



Sumilla. El tipo penal de colusión exige al sujeto procesal legitimado que cumpla con acreditar que los funcionarios públicos que integraron el Comité de Selección concertaron con los interesados en determinada contratación para defraudar patrimonialmente al Estado.

Lima, nueve de octubre de dos mil dieciocho

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el **señor fiscal superior representante de la Primera Fiscalía Superior Penal de Huánuco** contra la sentencia expedida el treinta y uno de julio de dos mil diecisiete por los señores jueces superiores integrantes de la Sala Mixta Permanente de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, en el extremo que absolvió a Kevin Honorio Dueñas Carbajal, Clever Orlando Castañeda Ramón y Jorge Amadeo Loreña Esteban –coautores– y a Rubén Pedro Figueroa Marujo –cómplice primario– de la imputación por la presunta comisión del delito contra la administración pública-colusión desleal, en agravio del Estado –Municipalidad Provincial de Huánuco–; y, en consecuencia, dispusieron el archivo definitivo de la presente causa.

Intervino como ponente el señor juez supremo Sequeiros Vargas.

PRIMERO. FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN

El accionante pretende la nulidad de la sentencia absolutoria y pide que se ordene un nuevo juzgamiento, argumentando que:

- 1.1.** En el procedimiento del requerimiento y la determinación del valor referencial del producto a adquirir, el área usuaria – Subgerencia de Abastecimientos– no podía desconocer la inexistencia real de la empresa Químico Pacífico S. A. y los datos de las



propuestas de la empresa Proquim S. A. C. y Progresiones Médicas del Perú E. I. R. L., que señalaban la misma dirección de la ciudad de Lima y Huánuco, así como el mismo número de teléfono, dado que el jefe de la referida unidad era quien enviaba las invitaciones a las empresas para que presentasen sus cotizaciones y participaran en el proceso de contratación.

- 1.2.** Conforme a los antecedentes, se tiene que la empresa Progresiones Médicas del Perú E. I. R. L. fue la que presentó las tres proformas con el objeto de que se apruebe el valor referencial propuesto por ellos, ya que para dar validez a este procedimiento se tenían que reunir como mínimo tres cotizaciones.
- 1.3.** De las mencionadas irregularidades tenían conocimiento los integrantes del Comité de Adjudicación porque recibieron del subgerente de Abastecimientos, Jorge Amadeo Loreña Esteban, un informe denominado "Resumen ejecutivo", que contenía la evaluación a las cotizaciones de las empresas que se presentaron. Las cotizaciones fueron mostradas por la empresa Progresiones Médicas del Perú E. I. R. L.
- 1.4.** Asimismo, se debe valorar que el bien que se pretendía adquirir no es producido en la ciudad de Huánuco e incluso se elabora en el extranjero, conforme lo establece el Informe número ciento sesenta y cuatro-dos mil diez-GR-HCO-DISA-HCO.ENT, emitido por el responsable del área de Ecología y Medioambiente de la Región Salud. Por tanto, es válido concluir que la empresa Progresiones Médicas del Perú E. I. R. L. carecía de infraestructura y una sede definida; además, no tenía la capacidad para elaborar el producto requerido. Tanto más si obra en autos la proforma emitida por la empresa Krasny del Perú S. R. L. –cfr. folio



trescientos cincuenta y ocho-, en la que se indica que el valor referencial del silicato pentahidratado es de novecientos noventa y siete soles con cincuenta céntimos; esto es, un monto superior al costo pagado por la entidad agraviada, lo cual demuestra que desde el inicio se tenía planificado que la empresa ganadora entregase un producto diferente al requerido por la entidad edil. Muestra de ello es que, conforme al dictamen pericial físico químico emitido por la Dirección de Criminalística de la Policía Nacional del Perú -cfr. folios doscientos cuarenta y doscientos cuarenta y uno-, el producto vendido no corresponde al silicato de calcio pentahidratado de tipo A, sino a una mezcla de carbonato de calcio e hidróxido de calcio con trozos de sílice, con lo que se corrobora la actividad irregular durante el desarrollo del proceso de adjudicación del producto. Ello denota la intención de favorecer a la empresa Progresiones Médicas del Perú E. I. R. L., configurándose así una afectación patrimonial a la Municipalidad Provincial de Huánuco, por cuanto el producto vendido tenía un valor menor a la suma pagada por la comuna.

SEGUNDO. ACUSACIÓN

2.1. HECHOS IMPUTADOS

El veinticinco de marzo de dos mil diez los miembros del Comité del Proceso de Adjudicación Directa Pública número uno-dos mil diez-MPHCO-PHCVO-A para la adquisición de silicato de calcio pentahidratado tipo A (Kevin Honorio Dueñas Carbajal -presidente general de Desarrollo Local-, Clever Orlando Castañeda Ramón -miembro gerente de Planificación y Presupuesto- y Jorge Amadeo Loreña Esteban -subgerente de Abastecimientos-) llevaron a cabo la apertura de sobres y otorgamiento de buena pro del mencionado proceso



de selección. Resultó favorecida la empresa Progresiones Médicas del Perú E. I. R. L. por ser la única que se presentó al proceso, y se le otorgó como puntaje: **i)** calificación técnica: **a)** experiencia del postor: treinta puntos, **b)** plazo de entrega: treinta puntos, **c)** garantía del producto: treinta puntos, haciendo un total de noventa puntos; y **ii)** calificación económica: noventa y tres puntos. Estas circunstancias no serían irregulares, de no ser por algunos hechos sospechosos producidos durante el proceso de calificación de proformas y otorgamiento de la buena pro, conforme al siguiente detalle:

- La empresa Químico Pacífico S. A. no tenía existencia real, conforme se advierte de las consultas virtuales realizadas a la Sunat, que a su vez informó mediante Oficio número dos-dos mil once-SUNAT/2R1000 que esa empresa no se encontraba inscrita en el registro de contribuyentes.
- Según los criterios de evaluación técnica –obrantes en el folio ciento cuarenta y cuatro–, solo debían otorgarse a la empresa Progresiones Médicas del Perú E. I. R. L. los siguientes puntajes: **a)** experiencia del postor: máximo cuarenta puntos y mínimo treinta puntos, **b)** plazo de entrega: máximo treinta puntos y mínimo veinticinco puntos y **c)** garantía del producto: máximo quince puntos y mínimo diez puntos. Respecto a este último rubro, inexplicablemente, se le otorgaron treinta puntos.
- La empresa Progresiones Médicas del Perú E. I. R. L. y Proquim S. A. C., de acuerdo con las proformas –obrantes en los folios doscientos catorce a doscientos trece, respectivamente–, tienen su sede legal en el mismo domicilio en la ciudad de Huánuco (jirón Mayro número ciento treinta y dos, Llicua, Amarilis, Huánuco) y en la ciudad de Lima (jirón Parinacochas número seiscientos noventa y uno,



urbanización Parque Naranjal, Los Olivos, Lima). Asimismo, las mencionadas empresas proporcionaron el número telefónico cero sesenta y dos-quinientos diecinueve mil setecientos treinta y ocho en la localidad de Huánuco.

- El procesado Rubén Pedro Figueroa Marujo, representante legal de la empresa ganadora, presentó la carta fianza número dos mil ochocientos veinticuatro, del veinticinco de marzo de dos mil diez, emitida por la Caja Municipal de Maynas S. A. por la suma de dos mil setecientos soles, que equivale al uno por ciento del valor referencial del Proceso de Adjudicación Pública Directa número uno-dos mil diez-MPHCO; sin embargo, según lo establecido en el punto tres punto cuatro punto dos de las bases administrativas del referido proceso de adjudicación sobre las garantías de fiel cumplimiento, se establece que el postor ganador debe entregar a la entidad –Municipalidad Provincial de Huánuco– el equivalente al diez por ciento del monto del contrato original, es decir, la suma de veinte mil setecientos soles.
- El producto adquirido por la Municipalidad Provincial de Huánuco, de acuerdo con el Proceso de Adjudicación Pública Directa número uno-dos mil diez, fue silicato de calcio pentahidratado tipo A; sin embargo, según el dictamen pericial físico químico realizado a la muestra del producto vendido por la empresa Progresiones Médicas del Perú E. I. R. L. recogida en el acta de constatación y tomas de muestra, se concluyó que corresponde a la mezcla de carbonato de calcio e hidróxido de calcio con tazas de sílice. De ello se desprende que los elementos del producto examinado tienen



un porcentaje que difiere de las especificaciones técnicas otorgadas por la Municipalidad Provincial de Huánuco.

CONSIDERANDO

PRIMERO. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE PRONUNCIAMIENTO

Corresponde evaluar si concurren indicios suficientes para determinar la configuración del tipo penal de colusión, así como la motivación debida de la decisión absolutoria.

SEGUNDO. FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- 2.1.** La decisión emitida a nivel superior se halla motivada. Absuelve cada uno de los términos expresados en la acusación, conforme consta en los fundamentos que integran el considerando octavo, de los cuales el representante del Ministerio Público impugnó determinados aspectos.
- 2.2.** El tipo penal de colusión exige al sujeto procesal legitimado que cumpla con acreditar que los funcionarios públicos que integraron el Comité de Selección concertaron con los interesados en determinada contratación para defraudar patrimonialmente al Estado.
- 2.3.** La proposición de una misma dirección tanto en las ciudades de Lima como de Huánuco, así como los números de teléfono, si bien podría constituir un acto inicial para estructurar un supuesto acto colusorio, también es preciso exigir al representante del Ministerio Público la acreditación de que esta omisión habría consistido parte del plan criminal para coludirse. Tanto más si las empresas Químico Pacífico S. A. y Proquim S. A. C. no se presentaron como postoras en el proceso de selección contenido en la Adjudicación Directa Pública número uno-dos mil diez-HCO –en adelante, el proceso de selección–; y, si bien la



presentación de sus propuestas sirvió para fijar el monto referencial de convocatoria, no se aprecia que el Ministerio Público haya precisado como una obligación del Comité de Selección la verificación de los datos de ubicación y contacto de las empresas postoras. Por tanto, este agravio queda desestimado. Tampoco se acreditó suficientemente que hubiera sido la empresa Progresiones Médicas del Perú E. I. R. L. la que habría presentado las propuestas empleando nombres de otros proveedores, tanto más si, conforme al artículo doce del Decreto Supremo número ciento ochenta y cuatro-dos mil ocho-EF-Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado-, para realizar el estudio de posibilidades que ofrece el mercado deben emplearse, como mínimo, dos fuentes. Por tanto, la exigencia de presentación de tres propuestas de cotización no constituye un supuesto que corrobore la prueba indiciaria que lleve a concluir la realización de un acto colusorio. Por tanto, este extremo también queda desestimado.

- 2.4.** En cuanto a la conducta omisiva en la que habría incurrido Jorge Amadeo Loreña Esteban, quien además de ser miembro del Comité de Adjudicaciones desempeñaba las funciones de subgerente de Abastecimientos de la Municipalidad de Huánuco, y como tal era el encargado de fijar el valor referencial para la adquisición y elaborar un resumen ejecutivo, se tiene que, conforme a la declaración del citado imputado, dicho informe fue elaborado por su personal de apoyo Desiderio Fortunato Osorio Esteban, quien hizo el cuadro comparativo –así lo reconoció este último en su declaración obrante en los folios mil ochocientos sesenta y cinco a mil ochocientos sesenta y seis-. Por tanto, tampoco reúne base suficiente para que las mencionadas



omisiones sean consideradas como parte de un plan colusorio; en virtud de ello, este agravio debe ser desestimado. Sin embargo, se debe dejar a salvo el derecho del encargado de la persecución penal para que proceda conforme a sus atribuciones en cuanto a esta omisión.

- 2.5.** Los cuestionamientos referidos al monto depositado en garantía para la ejecución del proceso de selección tampoco son amparados, pues, conforme a las bases del proceso de selección, este preveía que la empresa ganadora depositase como garantía de seriedad de oferta el monto correspondiente al uno por ciento del monto total de contratación, más aún si en la cláusula séptima del contrato celebrado se establece lo siguiente:

El contratista para efectos del presente contrato se ha acogido a la ley de pequeña y microempresa, según constancia que obra en el expediente de contratación, para lo cual la oficina de tesorería deducirá el diez por ciento del monto total como garantía de fiel cumplimiento, lo cual será devuelto cuando se cumpla con la recepción total de los bienes adquiridos y su respectiva conformidad.

Condición corroborada conforme al recibo número ciento veintiocho –obrante en el folio mil novecientos ochenta y uno–, emitido por la comuna huanuqueña, cuyo concepto es el referido a la entrega de la suma de veinte mil setecientos soles con motivo de la devolución de retención efectuada en el contrato del Proceso número uno-dos mil diez.

- 2.6.** Respecto a la imposibilidad de la empresa en proveer el silicato de calcio pentahidratado y que el producto entregado fue una mezcla de carbonato de calcio e hidróxido de calcio con trozos



de sílice, se tiene que los ahora procesados Kevin Honorio Dueñas Carbajal, Clever Orlando Castañeda Ramón y Jorge Amadeo Loreña Esteban fueron procesados en condición de miembros del Comité Especial de Adjudicación, y sus actividades funcionales se restringen a determinado proceso en el apartado nueve del artículo treinta y uno del antes mencionado Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que establece que el comité intervendrá en todo acto necesario para el desarrollo del proceso de selección hasta el consentimiento de la buena pro. Los actos posteriores a la declaración del ganador, como la ejecución del contrato, no corresponden al Comité de Selección. Por tanto, este agravio y los referidos a los momentos posteriores al otorgamiento de la buena pro no son amparados.

- 2.7.** Finalmente, resulta necesario precisar que el señor representante del Ministerio Público, a nivel supremo, expresó conformidad con la sentencia impugnada por el señor fiscal.

DECISIÓN

Por ello, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, de conformidad con la opinión expresada por el señor representante del Ministerio Público,

ACORDARON:

- I. DECLARAR NO HABER NULIDAD** en la sentencia expedida el treinta y uno de julio de dos mil diecisiete por los señores jueces superiores integrantes de la Sala Mixta Permanente de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, en el extremo que absolvió a Kevin Honorio Dueñas Carbajal, Clever Orlando Castañeda Ramón y Jorge Amadeo Loreña Esteban –coautores– y a Rubén Pedro Figueroa



Marrujo –cómplice primario– de la imputación por la presunta comisión del delito contra la administración pública-colusión desleal, en agravio del Estado –Municipalidad Provincial de Huánuco–; y en consecuencia dispusieron el archivo definitivo de la presente causa.

II. DISPONER que se transcriba la presente ejecutoria al Tribunal de origen. Hágase saber.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

SEQUEIROS VARGAS

CHÁVEZ MELLA

IASV/WHCh