

✓

33

**SALA PENAL TRANSITORIA**

**R.N. No. 2144-2011**

**LIMA**

Lima, nueve de mayo de dos mil doce.-

**VISTOS**; interviniendo como ponente el señor Lecaros Cornejo; el recurso de nulidad interpuesto por la Procuradora Pública del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social - MINDES contra la sentencia de fojas tres mil ochocientos trece, del dieciocho de noviembre de dos mil diez; de conformidad en parte con lo dictaminado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y

**CONSIDERANDO: Primero:** Que la parte civil en su recurso formalizado de fojas tres mil ochocientos cuarenta y nueve sostiene que la sentencia impugnada resulta incongruente por contener motivación aparente que no guarda relación con lo actuado y las normas aplicables a los delitos juzgados; que la Sala Superior no respetó el orden lógico legal para resolver las excepciones propuestas por la defensa de los acusados, pues debió resolver las excepciones de prescripción luego las de naturaleza de acción; que la sentencia es nula e insubsistente pues no se tuvo en cuenta que se trata de un concurso ideal de delitos, por lo que el plazo de prescripción de la acción penal corre hasta cuando culmine el plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave, y que en el caso de autos, el delito de colusión ilegal establece pena no menor de tres ni mayor de quince años, además el término, en casos de funcionarios y servidores públicos se duplica, por lo que la prescripción de la acción penal por delito de negociación incompatible deviene en infundado; en cuanto a la excepción de naturaleza de acción declarada fundada, por delito de colusión ilegal, al respecto, debió convocarse a concurso público y no en la modalidad de adjudicación directa con publicación, por tratarse de un monto mayor a ciento cincuenta mil nuevos soles, este proceso se suspendió sin explicaciones y

*[Handwritten signatures and marks are present in the left margin and bottom right of the page.]*

**SALA PENAL TRANSITORIA**

**R.N. No. 2144-2011**

**LIMA**

**-2-**

///.. posteriormente se convocó a nueva adjudicación con publicación y se explicó recién en esta los motivos de suspensión de la anterior, a pesar del informe de Asesoría Jurídica del PROMUDEH y de la Oficina General de Administración de Recursos, que precisó que el otorgamiento de refrigerio al personal era una contratación de servicio; que el doce de abril de mil novecientos noventa y nueve, la oficina de logística expresó una duda extemporánea sobre la naturaleza de la adquisición del servicio, por lo que elevó su consulta a CONSUCODE para que determine si continuaba o no con el proceso o se dejaba sin efecto, por lo que no se debió lanzar nueva convocatoria mientras no se supiera la opinión de asesoría jurídica y cuando se supo no se debió continuar; en cuanto al delito contra la fe pública alega que los carnés de sanidad estaban caducos y notablemente adulterados en la fechas, por parte del proveedor de la empresa "Delicias Marinas", quien nunca presentó los originales, porque fue quien ultimó dichos documentos para obtener la buena pro. **Segundo:** Que se atribuye a los acusados William Toro Cabrera -Vice Ministro de PROMUDEH y Presidente de CAFAE-, Eduardo Nagahata Nagahata -Gerente de Gestión Administrativa-, Carlos Gastelo Maltese, César Augusto Alosilla-Velasco Cuba -Jefes de la Oficina General de Administración de Recursos-, Teodomiro López Enriquez -Especialista de la oficina de Logística-, Ana Bertha Patiño Urco -Jefe de la Oficina General de Asesoría Jurídica-, Jorge Aníbal Peña Díaz -encargado del Area de Servicios Generales-, Alex Pure Rivera -oficina de logística- y Gina Liliana Basagoitia Cárdenas -técnico administrativo del Area de Adquisiciones-, en su condición de funcionarios y servidores públicos del Ministerio de Promoción de la Mujer y Desarrollo Humano

 TP.

**SALA PENAL TRANSITORIA****R.N. No. 2144-2011****LIMA****-3-**

//.. - PROMUDEH, hoy MIMDES: i) haber participado de manera irregular en el proceso de Adjudicación Directa número cero cero tres-noventa y nueve para la selección de una empresa destinada a proveer de alimentación (servicio de refrigerio y cafetería) para el personal del citado Ministerio durante el periodo de mayo a diciembre de mil novecientos noventa y nueve, publicando la convocatoria con fecha nueve de abril, en el diario "El Comercio" y "El Peruano", proceso en el que se otorgó de manera indebida la buena pro a la empresa denominada "Delicias Marinas", celebrándose el Contrato de Suministro de Alimentación número doscientos cincuenta y cinco-noventa y nueve/PROMUDEH/ GGA/ OGAR/OL, de fecha tres de mayo de mil novecientos noventa y nueve; cuyo monto total del costo base referencial, era ascendente a ciento noventa y dos mil cien nuevos soles -cinco mil cuatrocientos sesenta nuevos semanal multiplicado por treinta y cinco semanas contenidas en el periodo del uno de mayo al treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y nueve-, por lo que el proceso de selección correspondía a un concurso público, al constituir éste un monto mayor a ciento cincuenta mil nuevos soles, en virtud a lo normado por el artículo ocho de la Ley número veintisiete mil trece -Ley de Presupuesto del Sector Público para mil novecientos noventa y nueve-, quedando demostrado que la actuación de los acusados transgredió la ley de la materia, comportamiento que acarrea sanción penal conforme a la normatividad vigente; ii) haber fraccionado indebidamente la adquisición del servicio de preparación y atención de menús programado como un concurso público en el Plan Anual de Adquisiciones para el año dos mil a través de la celebración de una

**SALA PENAL TRANSITORIA**

**R.N. No. 2144-2011**

**LIMA**

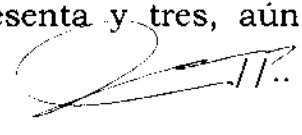
**-4-**

///.. cláusula adicional al Contrato de Suministro de Alimentación número doscientos cincuenta y cinco-noventa y nueve/PROMUDEH/GGA/OGAR/OL, sin justificación alguna y con exceso en el porcentaje de prestaciones adicionales, por el periodo comprendido entre el uno de enero al treinta y uno de marzo de dos mil, excediendo el porcentaje de prestaciones adicionales, pagándose la suma de setenta y un mil quinientos setenta y cuatro nuevos soles, con noventa céntimos a favor de la firma "Delicias Marinas", es decir un treinta y nueve punto setenta y seis por ciento del contrato inicial; la transferencia indebida de la administración del servicio de alimentación al comité de administración del fondo de asistencia y estímulo de los trabajadores del PROMUDEH (CAFAE) órgano que al no estar obligado a convocar a concurso público celebró contrato con la empresa "Delicias Marinas" con fecha tres de abril de dos mil, documento que fue suscrito por William Toro Cabrera, entonces Vice Ministro de PROMUDEH y Presidente del CAFAE, desembolsando la suma de cincuenta y dos mil ochocientos setenta y tres nuevos soles, con veinte céntimos constituyendo éste la segunda parte del fraccionamiento; iii) haber participado en la ejecución de una adjudicación directa con irregularidades mediante la publicación cero cero dos-dos mil-PROMUDEH para el periodo comprendido del doce de junio al treinta y uno de diciembre de dos mil, efectuada también de manera irregular en el que se desembolsó el importe total de ciento quince mil ochocientos cincuenta y tres nuevos soles con veinticinco céntimos, habiéndose comprometido al pago de tres mil doscientos ochenta y ocho nuevos soles con treinta céntimos con la orden de servicio número cero cero seis, del dos de enero de dos mil uno,

2117

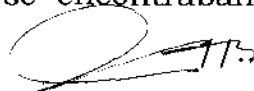
**SALA PENAL TRANSITORIA****R.N. No. 2144-2011****LIMA****-5-**

///.. beneficiando con ello indebidamente a la empresa "Delicias Marinas", por un importe total de doscientos cuarenta y tres mil quinientos ochenta y nueve soles con sesenta y cinco céntimos, causando de ese modo detrimento económico al patrimonio del Estado; se precisa que para esta Adjudicación Directa, los acusados Carlos Gastelo Maltese y César Alosilla-Velazco Cuba emitieron los términos de referencia con una vigencia contractual del doce de junio al treinta y uno de diciembre de dos mil, la que convocaron mediante aviso publicado en el Diario Oficial "El Peruano" del veintiocho de mayo de dos mil; que los miembros de la oficina de logística y encargados de la apertura de los sobres de cotizaciones, evaluación y otorgamiento de la buena pro, esto es, los acusados Carlos Gastelo Maltese y Álex Pure Rivera consideraron válida la propuesta técnica del postor "Delicias Marinas", pese a que adolecía de la deficiencia de fondo que tuvo incidencia en la clasificación de la misma, de no precisar el porcentaje del valor proteico y calórico de la programación de los menús, propuesta a la que no se adjuntó la licencia de funcionamiento municipal vigente, sin contar tampoco con los carnés de sanidad vigentes de Arlette Melgar Cabrera y Clara Díaz Masías; en cuanto a César Alosilla-Velazco Cuba, jefe de la Oficina General de Administración de Recursos, y Eduardo Nagahata Nagahata, Gerente de Gestión Administrativa, se les atribuye haber autorizado la suscripción de la Cláusula Adicional al contrato de suministro de alimentación número doscientos cincuenta y cinco-noventa y nueve-PROMUDEH/GGA/OGAR/OL tal como consta del Informe cero cero tres-dos mil-PROMUDEH/ GGA/OGAR de fecha veinticinco de mayo de dos mil, fojas trescientos sesenta y tres, aún



**SALA PENAL TRANSITORIA****R.N. No. 2144-2011****LIMA****-6-**

//.. cuando tenía pleno conocimiento de las notorias irregularidades que existieron en dicha convocatoria; que, a la acusada Ana Bertha Patiño Urco a cargo de la oficina general de asesoría jurídica se le atribuye haber visado el contrato de suministro de alimentación de la citada Clausula Adicional; al acusado William Toro Cabrera se le atribuye la transferencia indebida y temporal de la administración del servicio de alimentación al Comité de Administración del Fondo de Asistencia y Estímulo de los Trabajadores del PROMUDEH (CAFAE) órgano que al no estar obligado a convocar a concurso público celebró el anotado contrato con "Delicias Marinas", el tres de abril de dos mil, y su cláusula adicional el dos de mayo de dos mil; y, iv) por otro lado, se atribuye al acusado Américo Eusebio Farfán Díaz, en su condición de representante de la empresa "Delicias Marinas" haber presentado dentro de su expediente técnico copias de dos carnés de sanidad de las personas que estarían a cargo de la preparación de alimentos, Arlette Melgar Cabrera y Clara Díaz Masías, documentos emitidos por la Municipalidad de Miraflores y la de Santiago de Surco, alterando para ello el dígito que determinaba la fecha de caducidad ya que a la fecha de su presentación, éstas ya habían expirado tal como se advierte a folios setecientos seis. **Tercero:** Que en cuanto al delito contra la Fe Pública, en su modalidad de falsificación de documentos, imputado al acusado Farfán Díaz, se advierte que al respecto no obra prueba que acredite su responsabilidad penal; pues, además de no ser posible la realización de la pericia grafotécnica ordenada, por no obrar los carnés de sanidad en cuestión, en original, indicando al respecto el encausado -instructiva de fojas seiscientos noventa y ocho- que dichos documentos se encontraban



**SALA PENAL TRANSITORIA****R.N. No. 2144-2011****LIMA****-7-**

//.. en poder de los trabajadores -Arlette Melgar Cabrera y Clara Díaz Masías-, desconociendo si estos se encontraban adulterados; a ello se agrega que los documentos remitidos por las Municipalidades de Santiago de Surco -fojas seiscientos noventa y cinco- y de Miraflores -fojas setecientos seis-, tampoco acreditan la falsedad de los carnés en cuestión, pues uno informa que la numeración de los citados carnés de sanidad se reinician cada año, y el otro que no existe carné vigente a nombre de las citadas Melgar Cabrera y Díaz Masías; por tanto su absolución se encuentra arreglada a ley. **Cuarto:** Que en lo atinente al delito contra la Administración Pública, en la modalidad de colusión, previsto y penado en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, modificado por la Ley número veintiséis mil setecientos trece, pues los hechos ocurrieron entre mayo de mil novecientos noventa y nueve y diciembre de dos mil, empero al haberse producido modificaciones al citado tipo penal, corresponde la aplicación de la ley más favorable, en aplicación del artículo seis del Código acotado e inciso undécimo del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución, en este caso la llamada Ley Intermedia -Ley número veintinueve mil setecientos tres-. **Quinto:** Que, ahora bien, delimitada la aplicación del tipo penal y su modificatoria, se hace indispensable que para la formula incriminatoria fáctica del delito de colusión, previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro, modificado por la Ley número veintinueve mil setecientos tres, no sólo es necesario que contenga la afirmación de la existencia y descripción de un acuerdo colusorio entre el funcionario o servidor público y los interesados con descripción de la modalidad confabulatoria utilizada en el caso concreto, ello en razón a que la

 11.

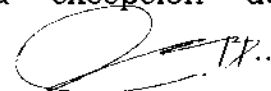
**SALA PENAL TRANSITORIA****R.N. No. 2144-2011****LIMA****-8-**

//.. concertación colusoria como elemento del tipo penal bajo análisis, comprende un amplio margen de pactos ilícitos contrarios a los intereses estatales en la negociación cuestionada, sino que con dicho acto defraudatorio, además resulte patrimonialmente afectado al Estado o entidad u organismo del Estado; que, por tanto la conducta imputada a los acusados William Toro Cabrera, Eduardo Nagahata Nagahata, Carlos Gastelo Maltese, César Augusto Alosilla-Velasco Cuba, Teodomiro López Enriquez, Ana Bertha Patiño Urco, Jorge Aníbal Peña Díaz, Alex Pure Rivera y Gina Liliana Basagoitia Cárdenas solo tendrá relevancia penal si además de estar sustentada fácticamente en la existencia de la concertación entre los procesados y los particulares interesados, en este caso la empresa "Delicias Marina", la defraudación al Estado este constituida por la afectación patrimonial; que al respecto conforme al Informe Pericial Contable de fojas dos mil cuatrocientos ochenta y uno, ampliado y rectificado a fojas dos mil novecientos cuarenta y cuatro y ampliado a fojas tres mil ciento noventa y uno, concluyó que en los Contratos de Suministro de Alimentación, tanto del año mil novecientos noventa y nueve -Contrato número doscientos cincuenta y cinco-noventa y nueve/PROMUDEH/GGA/OGAR/OL- y dos mil -Contrato número quinientos setenta y siete- dos mil /PROMUDEH/GGA/OGAR/OL- con la empresa "Delicias Marinas" no existe desmedro económico en su ejecución; que los peritos al concurrir al juicio oral a fojas tres mil quinientos setenta y seis, se ratificaron del mismo, indicando que los anotados Contratos se dieron en su término y el servicio fue proporcionado, incluso verificaron y determinaron que el monto en cuanto a menús en forma individual estaba dentro del precio

172

**SALA PENAL TRANSITORIA****R.N. No. 2144-2011****LIMA****-9-**

///.. del mercado de la época y que hubieron varias cotizaciones que fluctuaban por el mismo costo, pues la diferencia entre uno y otro postor era mínima; que, consecuentemente, al no existir la defraudación patrimonial en contra del Estado, lo que significa la ausencia de un componente esencial del anotado tipo penal, por tanto resulta amparable la excepción de naturaleza de acción. **Sexto:** Que en cuanto al delito de Corrupción de Funcionarios en la modalidad de negociación incompatible con el cargo, previsto en el artículo trescientos noventa y siete del Código Penal, modificado por Ley número veintisiete mil setenta y cuatro, sancionado con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años, y como ya se señaló, los hechos ocurrieron entre mayo de mil novecientos noventa y nueve a diciembre de dos mil, por lo que en aplicación de los artículos ochenta y ochenta y tres del acotado Código, a la fecha ha transcurrido los plazos ordinario y extraordinario de prescripción, no operando la duplicidad de los plazos, por cuanto no se trata de un delito en perjuicio real del patrimonio del Estado; por tanto este extremo también se encuentra arreglada a derecho. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia recurrida de fojas tres mil ochocientos trece, del veintiocho de noviembre de dos mil diez, que declara fundada la excepción de naturaleza de acción deducida por Eduardo Nagahata Nagahata, César Augusto Alosilla-Velasco Cuba, Teodomiro López Henríquez, Carlos Gastelo Maltese, William Toro Cabrera; y de oficio a favor de Ana Bertha Patiño Urco, Jorge Anibal Peña Díaz, Alex Pure Rivera y Gina Liliana Basagoitia Cárdenas por delito contra la Administración Pública -colusión-; y fundada la excepción de



**SALA PENAL TRANSITORIA****R.N. No. 2144-2011****LIMA****-10-**

//.. prescripción de la acción penal a favor de Eduardo Nagahata Nagahata, César Augusto Alosilla-Velasco Cuba, Teodomiro López Henríquez, Carlos Gastelo Maltese, William Toro Cabrera, Ana Bertha Patiño Urco, Jorge Anibal Peña Díaz, Alex Pure Rivera y Gina Liliana Basagoitia Cárdenas por delito de Corrupción de funcionarios -negociación incompatible con el cargo- en agravio del Estado; y absolviéron a Américo Eusebio Farfán Díaz por delito contra la Fe Pública -falsificación de documentos- en agravio del Estado; con lo demás que contiene; y los devolvieron.-

**S.S.****LECAROS CORNEJO****PRADO SALDARRIAGA****BARRIOS ALVARADO****PRINCIPE TRUJILLO****VILLA BONILLA****JLC/mrr.****SE PUBLICO CONFORME A LEY**

**DINY YURIANCA CHAVEZ VERAMENDI**  
SECRETARIA (e)  
Sala Penal Transitoria  
CORTE SUPREMA

**12 JUN. 2012**