

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 1463 – 2012

LIMA

Lima, trece de febrero de dos mil trece.-

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Príncipe Trujillo; el recurso de nulidad interpuesto por el Fiscal Superior contra la sentencia de fojas ocho mil setenta y seis, del quince de febrero de dos mil doce, que absolvió a los encausados Miguel Genaro Aguirre Martínez, Víctor Manuel Sánchez Jaramillo, Mario Humberto Delgado Vásquez, Ricardo Mont Ling y César Enrique Saucedo Sánchez de la acusación fiscal formulada en contra de ellos por delito contra la Administración Pública – colusión desleal en agravio del Estado – Fondo de Vivienda Militar del Ejército Peruano; de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO:** **Primero:** Que el Fiscal Superior en su recurso formalizado de fojas ocho mil noventa y uno sostiene que el delito investigado así como la responsabilidad penal de los procesados se encuentran debidamente acreditados con los medios probatorios glosados en autos; que en efecto: **i)** se ha establecido que durante la gestión de los procesados Miguel Aguirre Martínez y Víctor Sánchez Jaramillo, en calidad de Presidente del Consejo Ejecutivo y Director Ejecutivo de ORES-FOVIME respectivamente, ejecutaron los proyectos de construcción de las viviendas "Buena Vista", "Salaverry" y "Costanera", sin ninguna autorización ni fundamento legal o normativo; además que incumplieron con realizar la convocatoria para la licitación pública; **ii)** que la Comisión de control no ejerció sus funciones, tal como se advierte del Informe de Investigación número cero cinco IGE/K uno/veinte punto cero cuatro b, el mismo que concluye la sobrevaloración en los precios de los costos de la ejecución de las obras, ya que el equipo técnico del SINGE ha tomado

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 1463 – 2012

LIMA

- 2 -

los precios más altos del mercado para la valoración de cada proyecto;

iii) el Informe número cero cero tres guión K tres A establece que en cuanto a las adquisiciones de bienes, suministros y servicios para la ejecución de obras, se ha evidenciado que no se realizó licitaciones ni concurso público; además, todas las compras, indebidamente se han efectuado por adjudicación directa, no existiendo cotizaciones ni cuadros comparativos de los precios de los bienes, construcciones, supervisiones y servicios por trabajos de carpintería e instalación de mamparas y vidriería; y iv) finalmente, señala que los considerandos noveno y duodécimo de la sentencia, colisionan notoriamente con lo actuado en el proceso, pues omite valorar las testimoniales de José Guillermo Villanueva Ruesta, Tomás Marki Montero y Leopoldo Uriarte Mora, que corroboran lo plasmado en los informes que determinan la participación de los procesados en los hechos imputados; además que se ha demostrado que no se realizó la Licitación Pública y el Concurso Público de méritos, a pesar de ser un requisito expreso de la normatividad del ORES-FOVIME; asimismo, que tampoco se ha tomado en cuenta las observaciones señaladas en el Informe número cero cero tres guión K tres A, Informe número cero cero siete K guión uno/veinte punto cero cuatro punto b, y el Informe de Investigación número cero cero cinco IGE/K uno/veinte punto cero cuatro punto b de la Inspectoría General del Ejército Peruano, los que determinan y refuerzan la hipótesis inculpativa del Ministerio Público. **Segundo:** Que, según la acusación fiscal de fojas dos setecientos sesenta y siete, se tiene lo siguiente: i) Que se imputa a los procesados Manuel Genaro Aguirre Martínez y Víctor Sánchez Jaramillo, en sus condiciones de Presidente del Consejo Directivo del

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 1463 – 2012
LIMA

- 3 -

Fondo de Vivienda del Ejército Peruano –en adelante ORES-FOVIME- y Director Ejecutivo del ORES-FOVIME, respectivamente, haberse aprovechado de sus cargos y, por tanto, del manejo de los caudales aportados por personal del Ejército Peruano al FOVIME, para coludirse con los acusados Mario Humberto Delgado Vásquez y Ricardo Mont Ling, a fin de favorecerlos con la adquisición de materiales de construcción para los proyectos de vivienda Condominio "Buena Vista", Conjunto Residencial "Salaverry" y Condominio "Costanera", no sólo eludiendo todos los sistemas de selección que la ley administrativa prevé -licitaciones y concursos públicos de precios-, sino también pactando precios muy superiores a los que se ofertaban en el mercado, provocando así una sobrevaloración en el financiamiento de los mencionados proyectos de vivienda, ascendentes a la suma de siete millones ciento cuarenta y un mil nuevos soles; hechos ocurridos durante el año mil novecientos noventa y ocho; y

ii) Que, de otro lado, se imputa al encausado César Saucedo Sánchez, en su condición de Comandante General del Ejército Peruano, haber tomado conocimiento oportunamente por parte del Inspector General del Ejército, Tomás Marky Montero, de la indebida gestión en la realización de los proyectos de vivienda mencionados, los primeros días del mes de enero de mil novecientos noventa y nueve, asumiendo así la obligación de realizar las acciones necesarias para impedir la consumación del acto ilícito, no obstante aquello, aquel no sólo incumplió su deber jurídico, sino también omitió dar el trámite correspondiente a dicho informe, ordenando además al General Leopoldo Uriarte Mora -sucesor de Tomás Marky Montero- en el mes de febrero de mil novecientos noventa y nueve, borrar los antecedentes que se

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 1463 – 2012
LIMA

- 4 -

hubiesen generado en torno a la investigación e informe. **Tercero:** Que la tipicidad de los hechos imputados es una exigencia material vinculada al principio de legalidad penal que consiste en la adecuación de la conducta que se atribuye al encausado a la descripción legal de un delito formulado en abstracto por la ley penal. **Cuarto:** Que para que se configure el delito de colusión ilegal previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, deben darse dos elementos necesarios: la concertación con los interesados y la defraudación al Estado; el primero –la concertación– que implica ponerse de acuerdo con los interesados, en un marco subrepticio y no permitido por la ley, lo que determina un alejamiento del agente respecto a la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informa la actuación administrativa; el segundo de ellos –esto es, la defraudación–, que debe precisarse que no necesariamente debe identificarse defraudación –que propiamente es un mecanismo o medio delictivo para afectar el bien jurídico– con el eventual resultado. Asimismo, tampoco puede identificarse perjuicio con la producción de un menoscabo efectivo del patrimonio institucional, pues desde la perspectiva del tipo penal lo que se requiere es la producción de un peligro potencial dentro de una lógica de conciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado, y comprometer indebidamente y lesivamente recursos públicos; desde esta perspectiva, la colusión, en esencia, no es un delito propiamente patrimonial o común, de organización o de dominio, sino esencialmente es un delito de infracción de deber vinculado a la correcta actuación dentro de los cánones constitucionales del Estado de Derecho de la función administrativa [En

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 1463 – 2012
LIMA

- 5 -

Recurso de Nulidad número mil doscientos noventa y seis guión dos mil siete, de fecha doce de diciembre de dos mil siete]. **Quinto:** Que, en efecto, de autos se advierte que la prueba de cargo concreta contra los encausados Miguel Genaro Aguirre Martínez -Presidente del Consejo Directivo del FOVIME-, Víctor Manuel Sánchez Jaramillo -Director Ejecutivo del FOVIME-, Mario Humberto Delgado Vásquez y Ricardo Mont Ling -éstos dos últimos fueron los favorecidos con los contratos de mano de obra y adquisición de materiales de construcción para los proyectos de vivienda del Condominio "Buena Vista", Conjunto Residencial "Salaverry" y Condominio "Costanera"-, se sustenta en el Informe de Investigación número cero cero cinco IGE/K uno/veinte punto cero cuatro punto b de la Inspectoría General del Ejército Peruano -documento final de una investigación administrativa interna-, en el que se concluyó que: (i) está probado que existen sobreprecios en los costos de la ejecución de las obras por cuanto el equipo técnico del SINGE tomando los precios más altos del mercado para la valorización de cada proyecto de vivienda, ha obtenido como resultado un sobreprecio en los proyectos Buena Vista, Salaverry y Costanera por un monto de siete millones ciento cuarenta y un mil setecientos noventa nuevos soles con cuarenta céntimos; (ii) está probado que las adquisiciones de bienes, suministros y servicios para la ejecución de las obras se realizaron sin licitaciones ni concursos públicos y todas las compras se han efectuado por "adjudicación directa" en forma indebida, no existiendo cotizaciones ni cuadros comparativos de precios de muchos bienes adquiridos en grandes cantidades, y mucho menos de los constructores, supervisores y servicios por trabajos de carpintería e instalación de mamparas y vidriería; (iii) que existe responsabilidad administrativa por parte del

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 1463 – 2012
LIMA

- 6 -

Presidente del Consejo Directivo del Fondo de Vivienda Militar –el encausado Aguirre Martínez- y del Director Ejecutivo –el acusado Sánchez Jaramillo-, al no cumplir con sus funciones contempladas en el Reglamento del ORES – FOVIME; sin embargo, también se debe tener en cuenta que en otras de sus conclusiones se determinó que las obras habían sido bien ejecutadas de acuerdo a cronogramas de trabajo, no existiendo problemas referentes a técnicas constructivas, y que los materiales utilizados en las obras fueron de muy buena calidad; por tanto, al ser el citado Informe un documento final de una investigación administrativa, su solidez y confiabilidad deben ser ponderados a la luz del respaldo probatorio que debe existir en autos, pues se trata de un informe recompuesto en el año dos mil, debido a que el informe primigenio había desaparecido. **Sexto:** Que, en el caso de autos, no se advierte la existencia de pruebas indiciarias concomitantes a la etapa de negociación que permitan inferir que nos encontramos ante una concertación fraudulenta en tanto que si bien los procesados Manuel Genaro Aguirre Martínez –en su calidad de Presidente del Consejo Directivo del Fondo de Vivienda Militar del Ejército- y Víctor Manuel Sánchez Jaramillo –en su condición de Director Ejecutivo- fueron los que autorizaron la adquisición de materiales de construcción y prestación de servicios de mano de obra a los extraneos Ricardo Mont Ling y Mario Humberto Delgado Vásquez para llevar a cabo los proyectos de vivienda de los condominios "Buena Vista", "Salaverry" y "Costanera" sin realizar el procedimiento de licitación pública como lo requería el Reglamento del Organismo Especial de Fondo de Vivienda Militar del Ejército –véase a fojas trescientos cuarenta y seis-, sin embargo, ello estaba permitido en atención a la Hoja

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 1463 – 2012
LIMA

- 7 -

de recomendación número doce CP guión FOVIME, emitida el tres de junio de mil novecientos noventa y siete, la cual autorizaba la construcción de obras por parte del ORES – FOVIME mediante la modalidad de administración directa, tal como se había ejecutado en el Proyecto Piloto "Los Álamos" de Monterrico –véase a fojas dos quinientos diecisiete-. **Séptimo:** Que, asimismo, se tiene la Hoja Informativa número cero treinta H guión dos/SINGE/diez punto cero tres punto cero siete punto, suscrita por el Comandante General del Comando Logístico del Ejército – COLOGE, en la que se encuentra estipulado que ORES-FOVIME puede ejecutar los programas de construcción de vivienda por Administración Directa, utilizando la infraestructura del COLOGE - SINGE – véase a fojas cinco mil seiscientos dos-; aunado a que según el Reglamento del ORES-FOVIME número cero once setenta y siete emitida el veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y nueve, en su artículo treinta y cinco, se autoriza a ejecutar obras por administración directa, a fin de alcanzar los fines perseguidos –obranse a fojas trescientos cuarenta y nueve-. **Octavo:** Que, igualmente, se advierte que las adquisiciones de los materiales se realizaron sobre la base de las cotizaciones con varios proveedores, lo que se encuentra acreditado con los siguientes medios probatorios: **i)** testimonial de Jorge Román Bustamante Albújar –que fue asignado al FOVIME en calidad de apoyo como oficial cotizador-pagador-, quien señaló que entre sus funciones estaba la de recibir las cotizaciones de los proveedores para realizar un cuadro comparativo de los precios de varias empresas; no habiendo observado alguna irregularidad o ilicitud en dichos proyectos – véase su manifestación policial de fojas setenta y nueve-; versión que fue ratificada en sede judicial, donde además señaló que las compras se

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 1463 – 2012
LIMA

- 8 -

realizaron con las cotizaciones de fábrica, buscando los precios más baratos y de buena calidad; agregó que dichas cotizaciones eran entregadas al procesado Aguirre Martínez –en su calidad de Presidente del Consejo Directivo del Fondo de Vivienda Militar del Ejército- a través del procesado Sánchez Jaramillo –quien era Director Ejecutivo del FOVIME-, el mismo que autorizaba la adquisición de materiales por administración directa –véase sus declaraciones a fojas mil novecientos ochenta y ocho, y dos mil quinientos treinta y cuatro-; versión que fue ratificada en sede plenarial, donde agregó no haber tomado conocimiento de que haya existido algún acto colusorio para favorecer a los procesados –véase a fojas siete mil quinientos cincuenta y dos-; **ii)** testimonial de José Alcides Pereda Quiroz –quien se desempeñó como asesor de COPERE-, en acto oral refirió que su función consistía en coordinar para que los trabajos se concluyan en el tiempo previsto, siendo el oficial Bustamante Albújar el encargado de adquirir los materiales para las obras; asimismo, agregó que fue muy riguroso en la verificación de las obras, en las cuales participaron mas de cinco maestros, y no sólo los procesados Delgado Vásquez y Mont Ling, no habiendo observado ninguna irregularidad en la construcción de obras –véase a fojas cinco mil cuatrocientos sesenta y uno-; **iii)** testimonial de Félix Augusto Indacochea Iriarte –oficial destacado a la obra "Buena Vista"-, quien refirió que el oficial Bustamante Albújar era quien realizaba y canalizaba la adquisición de los materiales, no habiendo tomado conocimiento de irregularidades sobre valoraciones en los precios –véase a fojas seis mil cincuenta y uno-; **iv)** testimonial de Gari Enrique Urquiza Solís –Jefe de Construcciones Militares- quien en sede plenarial señaló que el informe de costos referenciales sí correspondía a la evaluación física de los departamentos aludidos y

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 1463 – 2012
LIMA

- 9 -

además, los materiales son de buena calidad, motivo por el cual en el Informe número siete no se realizó observación alguna –véase a fojas seis mil cincuenta y cuatro-; y **v)** testimonial de Gaspar Augusto Jiménez Peña – Inspector del SINGE- quien en juicio oral refirió que las obras se ejecutaron con normalidad de acuerdo al expediente técnico, al cronograma establecido y al precio del mercado, no evidenciando irregularidades en las mismas –véase a fojas seis mil cincuenta y siete-. **Noveno:** Que las declaraciones de los testigos citados precedentemente se condicen con lo manifestado por los encausados durante el curso del proceso: **i)** el procesado Delgado Vásquez –favorecido con los contratos de mano de obra y adquisición de materiales de construcción para los proyectos de vivienda del FOVIME- refirió que inicialmente presentó su propuesta para brindar los servicios de mano de obra en la construcción de dichos departamentos –obra realizada por adjudicación directa-; agregó que ORES- FOVIME solicitó a varios proveedores si podían abastecer de materiales de acabados como puertas, ventanas, alfombras, entre otros, habiendo presentado su proforma con materiales de calidad y a precios de mercado, propuesta que fue evaluada y aprobada, negando toda actuación irregular o colusoria con los procesados para beneficiarse con dinero de la entidad agraviada; asimismo, agregó que tampoco ha tenido conocimiento sobre presuntas irregularidades en la ejecución de los proyectos, y que los trabajos que realizó con ORES-FOVIME fueron correctos y legales, habiéndose culminado en el tiempo pactado –véase a fojas ciento dieciocho y dos mil ciento doce-; posteriormente, en sede plenarial señaló que junto a otros contratistas presentó las cotizaciones de los materiales al oficial Bustamante Albújar, el mismo que las evaluaba y seguidamente FOVIME

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 1463 – 2012
LIMA

- 10 -

les comunicaba si habían sido aprobadas o no, desconociendo de las deficiencias o sobrevaloración de precios de los materiales –véase a fojas cinco mil doscientos noventa y cuatro-; **ii)** el acusado Mont Ling –también favorecido con el contrato de mano de obra para la construcción de los proyectos de vivienda del FOVIME-, manifestó que tomó conocimiento de la construcción de los departamentos aludidos en una obra del FOVIME-Surco, comunicándole los trabajadores que iban a continuar construyendo obras, razón por la cual presentó sus cotizaciones y, junto con otros postores, le comunicaron que sólo sería por mano de obra, habiendo participado en la construcción de las tres obras del FOVIME; agregó que no se coludió con ningún funcionario para salir beneficiado, pues por el contrario, de acuerdo al avance de la obra que presentaba se aprobaban los pagos; versión que de manera uniforme mantuvo en sede plenaria –véase sus declaraciones a fojas dos mil ciento cuarenta y cinco, y cinco trescientos treinta y seis-; y **iii)** las declaraciones de los encausados Aguirre Martínez y Sánchez Jaramillo –Presidente del Consejo Directivo y Director Ejecutivo del ORES-FOVIME, respectivamente-, quienes durante el curso del proceso coincidieron en señalar categóricamente que no se coludieron con sus coprocesados Delgado Vásquez y Mont Ling para favorecerlos económicamente a través de la aprobación de sus propuestas para la construcción de los edificios FOVIME, en tanto que de acuerdo a la normatividad de aquel entonces –esto es, Hoja Informativa número cero treinta H guión dos/SINGE/diez punto cero tres punto cero siete punto- se podía adquirir artículos de construcción mediante el proceso de adjudicación directa –véase sus declaraciones a fojas dos mil cuarenta y nueve, dos mil seiscientos cincuenta y cuatro, cinco mil doscientos veintisiete, cinco mil doscientos setenta y tres, cinco mil

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 1463 – 2012
LIMA

- 11 -

doscientos cincuenta y seis, y cinco mil doscientos ochenta y nueve-. **Noveno:** Que, asimismo, se advierte que respecto del Informe de Investigación número cero cero cinco IGE/K uno/veinte punto cero cuatro punto B –que fue considerado como elemento probatorio de cargo- que concluye que los costos de la ejecución del proyecto de viviendas –incluido adquisición de bienes, suministros y servicios- son los más altos del mercado; es de apreciarse que sus conclusiones se condicen con la información de los testigos que han concurrido en el curso del proceso, quienes en ningún momento han observado el valor de las construcciones y los acabados, siendo que por el contrario han referido que son de la mejor calidad; finalmente, respecto al Informe número cero cero tres K tres A, con el cual el representante del Ministerio Público atribuye responsabilidad penal a los procesados, debe precisarse que si bien en una de sus conclusiones se expresa que el costo de la ejecución de las obras realizadas por adjudicación directa han resultado mayor al costo de obras por contrato, debe tener en cuenta que en el referido informe no se analizó ningún elemento técnico de comparación que justifique tal conclusión– véase documento de fojas tres mil quinientos cincuenta y ocho-; por tanto de los citados documentos tampoco se advierte que los encausados se hayan confabulado para beneficiarse y defraudar al Estado. **Décimo:** Que, siendo así, no se acreditó que los encausados Manuel Genaro Aguirre Martínez y Víctor Sánchez Jaramillo –en sus condiciones de Presidente del Consejo Directivo del Fondo de Vivienda del Ejército Peruano – FOVIME y Director Ejecutivo del ORES-FOVIME, respectivamente- se hayan concertado dolosamente con los extraneos Delgado Vásquez y Mont Ling para defraudar al Estado, lo que hubiera implicado una abierta transgresión a

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 1463 – 2012
LIMA

- 12 -

los deberes de lealtad, veracidad, honradez y buena fe que debe observar todo funcionario o servidor público -principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública-; por lo que válidamente se logra colegir que lo resuelto por el Colegiado Superior se encuentra arreglado a ley. **Undécimo:** Que, frente a lo expuesto, los demás agravios invocados por el recurrente de modo alguno desvirtúan los argumentos esbozados en los fundamentos jurídicos que anteceden y, por lo tanto, no resultan atendibles. **Duodécimo:** Que, finalmente, respecto a la imputación realizada en contra del acusado Saucedo Sánchez por el delito de colusión desleal por haber omitido controlar y denunciar las graves irregularidades advertidas durante el proceso, pese a haber tomado oportunamente conocimiento de los hechos, propiciando con ello la consumación de los actos defraudatorios en agravio del Estado – tal como se desprende de la imputación realizada por el representante del Ministerio Público en su acusación fiscal de fojas dos mil setecientos sesenta y siete-; al respecto, se debe tener en cuenta que la configuración del delito imputado implica que el citado encausado debía tener la facultad de decidir si se realizaba o no la licitación o la celebración de los contratos, resultando irrelevante para la configuración del tipo penal que el funcionario posea facultades de control posterior o de denunciar las irregularidades que pudieran detectarse, pues la omisión de estas obligaciones no constituyen actos de contribución a la actuación defraudatoria de los funcionarios que intervinieron en la celebración de los contratos; por lo que corresponde reiterar su absolución a este Supremo Colegiado. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas ocho mil setenta y seis, del quince de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 1463 – 2012
LIMA

- 13 -

febrero de dos mil doce, que absolvió a los encausados Miguel Genaro Aguirre Martínez, Víctor Manuel Sánchez Jaramillo, Mario Humberto Delgado Vásquez, Ricardo Mont Ling y César Enrique Saucedo Sánchez de la acusación fiscal formulada en contra de ellos por delito contra la Administración Pública – colusión desleal en agravio del Estado – Fondo de Vivienda Militar del Ejército Peruano; con lo demás que al respecto contiene y es materia del recurso; interviniendo el señor Juez Supremo Príncipe Trujillo por goce vacacional de la señora Jueza Suprema Barrios Alvarado; y los devolvieron.-

S.S.

VILLA STEIN

PARIONA PASTRANA

SALAS ARENAS

TELLO GILARDI

PRINCIPE TRUJILLO

PT/mist.

10 JUL 2013

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA