

**Prueba suficiente para condenar:
colusión**

Las irregularidades en el sustento técnico-financiero del concurso público y la deficiente conformación del comité especial deben ser valoradas en conjunto con la inadecuada evaluación a las propuestas técnicas del postor ganador, la arbitraria fijación de un valor referencial de la licitación y los cobros adicionales no pactados.

Aunado a ello, el servicio que prestó el consorcio AC Corporación S. A. C. y AC Cargos E. I. R. L. no fue mejor que el anterior, según la encuesta realizada en las principales administraciones postales de Serpost.

Ante la falta de prueba directa de la concertación, esta puede ser acreditada mediante prueba indiciaria o indirecta.

Lima, veintitrés de julio de dos mil diecinueve

VISTOS: i) los recursos de nulidad interpuestos por los encausados **Raúl Ángel Fortunic Galindo y Juan Andrés Carmona Aguilar** contra la sentencia del diecisiete de enero de dos mil dieciocho (foja 5569), en el extremo en el que los condenó, respectivamente, como coautor y cómplice primario del delito contra la administración pública-colusión, en agravio del Estado, a cuatro años de pena privativa de libertad, que se convertirán en 208 jornadas de prestación de servicios comunitarios –a cumplirse dentro del tratamiento denominado “Medio libre”, ejecutado por el INPE, sujeto a reglas de conducta–, y fijó el pago solidario de S/ 15 000 (quince mil soles) por concepto de reparación civil, sin perjuicio de que **Juan Andrés Carmona Aguilar** restituya la suma de S/ 772 200.32 (setecientos setenta y dos mil doscientos soles con treinta y dos céntimos) a Servicios Postales del Perú; y **ii)** el recurso de nulidad interpuesto por el **fiscal superior** contra la citada sentencia, en el extremo en el que absolvió a **Luis Antonio Barraza López** como

autor del delito contra la administración pública-colusión, en agravio del Estado. De conformidad con lo opinado por el señor fiscal supremo en lo penal.

Intervino como ponente el señor juez supremo Príncipe Trujillo.

CONSIDERANDO

§ I. De las pretensiones impugnativas

Primero. El procesado Fortunio Galindo, al fundamentar su recurso (foja 5654), solicitó su absolución.

Refirió que el Informe número 006/0-2, que fue la base del concurso público cuestionado, contó con el sustento técnico elaborado por el señor Humberto Manuel Lozano Gavidia. No es verdad que este hubiera realizado el diagnóstico técnico en tres días; pues, si bien suscribió su contrato con Servicios Postales del Perú –en adelante, Serpost– el diecinueve de marzo del dos mil dos, laboró desde el dieciséis de febrero del citado año.

Argumentó que el único cuestionamiento al concurso público para el servicio de transporte nacional de Sacas y Valijas fue la supuesta falta de experiencia de los integrantes del comité especial; sin embargo, los testigos Carla Marissa Eslava Barbieri (asesora legal de Serpost) y Jorge Antonio Lazo Calvo (subgerente de Operaciones Postales) indicaron que no observaron irregularidades en el citado concurso ni en el posterior contrato firmado con el consorcio ganador.

Por otro lado, refirió que el concepto de Paquetería no puede subsumirse en el de Sacas y Valijas. El primero se maneja bajo un estándar de carga y tiene tamaños y volúmenes distintos, mientras que el segundo opera bajo un estándar postal y posee tamaños y volúmenes estandarizados, lo que implica tarifas y tiempos distintos.

Además, la etapa de ejecución del contrato no está en su ámbito de responsabilidad, tanto más si dejó de tener vínculo laboral con Serpost en noviembre de dos mil dos.

Segundo. El encausado Carmona Aguilar, en la formalización de su recurso (foja 5621), pidió la absolución por insuficiencia probatoria.

Manifestó que, antes del concurso público cuestionado, el servicio de Serpost era deficiente, lento y defectuoso, lo que llevó al directorio a realizar el referido concurso. Su representada era un consorcio integrado por dos empresas, una de las cuales tenía la experiencia que se requería, pues había prestado servicio a la empresa Hermes Transportes Blindados a partir de julio de dos mil.

Añadió que se cumplió con el objetivo del contrato, que no estaba circunscrito al servicio de Paquetería, e insistió en que no es culpable de que no se hubiera incluido tal servicio dentro del concurso público. En lo relevante, el contrato se cumplió como lo indicaron los funcionarios Carla Marissa Eslava Barbieri, Petrolina Ysabela Blaz Mogollón, Ángelo Jesús Nastasi Bolívar y Luis Antonio Barraza López, y se entregó una carta fianza equivalente al 10 % del contrato (foja 2924). Refirió que el Informe Contable número 182-2004-DIRINCRI-PNP calificó equivocadamente como cobro ilegal S/ 317 574.38 (trescientos diecisiete mil quinientos setenta y cuatro soles con treinta y ocho céntimos), ya que correspondió al servicio prestado desde el veintitrés de julio al cinco de septiembre de dos mil dos. Tampoco existió un sobrecosto de S/ 151 558.32 (ciento cincuenta y un mil quinientos cincuenta y ocho soles con treinta y dos céntimos), sino que se trató de un error de la citada pericia al momento de la conversión de dólares a soles. Luego, los S/ 454 626 (cuatrocientos cincuenta y cuatro mil seiscientos veintiséis soles) que menciona la pericia como monto defraudado corresponden al transporte de carga aérea y terrestre a nivel nacional (foja 2915).

Insistió en que la falta de información técnico-financiera, la conformación del comité y la inadecuada evaluación de la propuesta técnica no son su responsabilidad.

Tercero. Al fundamentar su recurso (foja 5643), el representante de la Primera Fiscalía Superior Penal de Lima Norte refirió que existen indicios razonables que acreditan que existía una concertación entre el procesado absuelto y sus coimputados con el consorcio AC Corporación S. A. C. y AC Cargos E. I. R. L.

El imputado Luis Antonio Barraza López, en su calidad de gerente general de Serpost, designó a sus coprocesados como integrantes del comité especial, a pesar de que no acreditaron la experiencia laboral exigida por ley (en materia del proceso de selección y buena pro). Además, tuvo incidencia funcional directa con la aprobación del concurso público sustentado en un deficiente estudio técnico. Si bien no participó en la suscripción del contrato cuestionado, la imputación contra este se circunscribe a la concertación que tuvo lugar para el otorgamiento de la buena pro.

§ II. De los hechos objeto del proceso penal

Cuarto. Conforme a la acusación fiscal (foja 5265 y aclarada a foja 5342) y la requisitoria oral (foja 5503), el Tribunal Superior declaró probado que los procesados Raúl Ángel Fortunio Galindo (gerente postal y secretario del comité especial) y Jorge Enrique Bernal García (subgerente de Informática y presidente del comité especial) se coludieron con el *extraneus* Juan Andrés Carmona Aguilar en el Concurso Público número 002-2002-Serpost S. A.-Servicio de Transporte Nacional de Sacas y Valijas, en el que resultó ganadora la empresa AC Corporación S. A. C. y AC Cargos E. I. R. L., representada por el citado *extraneus*.

El proceso de selección y las bases de la convocatoria se efectuaron con una inadecuada e insuficiente sustentación técnico-financiera, pues no estaban respaldados por informes, opiniones u otros documentos provenientes de las subgerencias y áreas que dependían de la Gerencia Postal. No obstante, el acusado Raúl Ángel Fortunic Galindo, mediante el Informe número 006/0-02, del veinticuatro de abril de dos mil dos, solicitó al gerente general, Luis Antonio Barraza Aguilar, que efectúe la respectiva convocatoria.

El dieciséis de abril de dos mil dos el acusado Luis Antonio Barraza Aguilar designó a Jorge Enrique Bernal García, Raúl Ángel Fortunic Galindo y César Raimundo Cortez Cerna (fallecido) como integrantes del comité especial, a pesar de que no tenían experiencia laboral en este ámbito. Estos efectuaron una inadecuada evaluación de las propuestas técnicas del postor ganador, el consorcio AC Corporación S. A. C. y AC Cargo E. I. R. L.

Luego, aunque el Contrato número 39-CEP/02 derivado del citado concurso público se firmó el seis de septiembre de dos mil dos, Serpost pagó al consorcio S/ 317 574.38 (trescientos diecisiete mil quinientos setenta y cuatro soles con treinta y ocho céntimos) durante el periodo del veintitrés de julio al cinco de septiembre de dos mil dos.

Finalmente, se verificó una doble facturación por el servicio de transporte terrestre y aéreo de Sacas y Valijas, y el servicio de Paquetería, a pesar de que este último estaba incluido en el primero. El monto cobrado ilegalmente ascendió a S/ 454 626 (cuatrocientos cincuenta y cuatro mil seiscientos veintiséis soles).

§ III. De la absolución del grado

Quinto. El veinticuatro de abril de dos mil dos el acusado Raúl Fortunic Galindo (gerente postal de Serpost) remitió al encausado Luis Antonio

Barraza López (gerente general) el Informe número 006/O-02, mediante el cual requería la convocatoria a un concurso público de los servicios de transporte de carga nacional e internacional (foja 101).

De ello se desprende que el citado informe debió ser la razón para la convocatoria al concurso público del servicio de transporte de Valijas y Sacas; sin embargo, obra a foja 179 la Resolución de Gerencia General número 096-G/2002, del dieciséis de abril de dos mil dos, que designó a los titulares del comité especial encargado del Concurso Público número 002-2002-Serpost S. A.-Servicio de Transporte Nacional de Valijas y Sacas. Esta primera irregularidad de designar al comité especial antes de que se emita el informe que sustentó el concurso público no ha sido explicado por el encausado Barraza López (véase su instructiva a foja 4044 y su declaración en juicio oral a foja 5467).

Sexto. Aunado a ello se tiene que, como consecuencia de la acción de control efectuada por la Oficina General de Auditoría del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en cumplimiento del Plan Anual de Auditoría Gubernamental 2002, y lo dispuesto por la Contraloría General de la República, se emitió el Informe AUDI-I número 038-2002-02-4354/MTC-06, del cuatro de diciembre de dos mil dos, que concluyó que el citado Concurso Público número 002-2002-Serpost S. A.-Servicio de Transporte Nacional de Sacas y Valijas tuvo una inadecuada e insuficiente sustentación técnico-financiera y una inadecuada evaluación a la propuesta técnica del postor ganador, el Consorcio AC Corporación S. A. C. y AC Cargo E. I. R. L. (debatido en el estadio de oralización de piezas procesales, según el acta de foja 5500).

Séptimo. En lo relevante, se determinó la inconsistencia del Informe número 006/O-02 elaborado por el acusado Fortunic Galindo, en virtud de lo siguiente:

- 7.1.** No estuvo respaldado por informes, opiniones y otros documentos provenientes de las Subgerencias de Administraciones Postales, Operaciones Postales y Paquetería-Operaciones Aduaneras y de las áreas de Atención al Cliente, Transportes y Seguridad Postal, que eran las dependencias vinculadas con el servicio que se estaba sometiendo a concurso.
- 7.2.** Presentó información que no se condijo con los resultados alcanzados en el nivel de cumplimiento de los indicadores de dos mil uno, del Plan Operativo correspondiente a la Evaluación Presupuestal de Cierre Anual-2001. Así, según la evaluación de dicho año, en tal periodo hubo un crecimiento del servicio de encomiendas, un ingreso unitario del correo empresarial y un ingreso unitario del correo de encomiendas y paquetería, y en todos estos rubros se alcanzó el 100 %; mientras que el Informe número 006/O-02, que presentó el acusado Fortunic Galindo, postuló como uno de sus fundamentos para el servicio “una continua tendencia decreciente del movimiento de correspondencia anual en Serpost S. A., por baja calidad del servicio realizado (estándares de tiempo)”.
- 7.3.** Estableció que un estudio elaborado por la Gerencia Comercial y por una empresa consultora determinó que el servicio de Serpost S. A. tenía bajo nivel de credibilidad en el servicio, incumplimiento de entregas de envíos, carencia de seguridad y rapidez, insuficiencia de unidades de transporte, falta de confianza de los servicios postales y bajo nivel de entrenamiento del personal en las administraciones. No obstante, en el Informe número 003-C/02, del veintidós de abril de dos mil dos, suscrito por la gerente comercial, Nancy Cecilia Escribens Talledo, y remitido a la Gerencia General, no se observan tales afirmaciones o calificativos. Luego, se obvió mencionar cuál es

la empresa consultora del acotado estudio. En las copias alcanzadas por la Gerencia Postal no obran las del referido informe de la empresa consultora.

- 7.4.** El informe señaló que había un alto nivel de incidencias presentadas por el envío de la correspondencia, entregas con demora y pérdidas de envíos. Sin embargo, se determinó que la atención de reclamos tenía una meta programada del 90 %, y al cierre del ejercicio se alcanzó una meta del 93 %.

Octavo. Ante las mencionadas irregularidades y la nula sustentación técnico-financiera en el concurso público, el procesado Fortunio Galindo indicó que elaboró el Informe número 006/O-02 sobre la base del diagnóstico de tercerización de procesos internos de encaminamiento de la empresa Serpost S. A., realizado por el señor Roberto Manuel Lozano Gavidia. No obstante, aquel servidor suscribió un contrato con Serpost apenas tres días antes de elaborar el citado diagnóstico, por lo que resulta poco creíble que en aquel lapso hubiera recopilado la información adecuada para generar su pronunciamiento. Es verdad que Lozano Gavidia indicó en juicio oral que inició sus labores el dieciséis de febrero de dos mil dos (foja 5488); sin embargo, no existe documento que sustente tal argumento, pues su contrato data del diecinueve de marzo de dos mil dos.

Noveno. Es un hecho acreditado que el procesado absuelto Luis Antonio Barraza López, en su calidad de gerente general, suscribió la Resolución número 096-G/02, del dieciséis de abril de dos mil dos, y la Resolución número 103-G/02103-G/02, del trece de mayo de dos mil dos, mediante las cuales designó a los miembros del comité especial del Concurso Público número 002-2002-Serpost S. A.-Servicio de Transporte Nacional de Sacas y Valijas. Lo que se cuestiona es que

entre los integrantes del citado comité no se encontraba un experto en encaminamiento postal, como lo exigía el artículo 23 del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; y, en su defecto, ante la ausencia de un experto en la entidad requirente, debía contratar a una persona natural o jurídica, conforme al artículo 35 de la acotada ley. Por lo tanto, se concluye inconcusamente que existió una deficiente conformación del comité especial que llevó a cabo el concurso público para el servicio de transporte de Sacas y Valijas.

Décimo. Las irregularidades en el sustento técnico del concurso público cuestionado y la deficiente conformación del comité especial deben ser valoradas en conjunto con la inadecuada evaluación a las propuestas técnicas del postor ganador.

En tal sentido, se aprecia que para la calificación del personal (jefe de Operaciones y Supervisores) el consorcio ganador presentó como jefa de Operaciones a Carmen María Chávez Fiestas y adjuntó el certificado de trabajo de dicha persona, en que se expresó que prestó servicio como jefa de Operaciones en AC Cargo E. I. R. L. desde abril de mil novecientos noventa y nueve hasta junio de dos mil uno; sin embargo, la respectiva certificación de trabajo la suscribió un representante del área de Recursos Humanos de la empresa AC Corporación S. A. C., que es la otra compañía consorciada; pero esta empresa se constituyó el treinta y uno de mayo de dos mil uno, por lo que no podía acreditar servicios de Chávez Fiestas por años anteriores a su constitución. Luego, no existe un poder u otro documento que acredite que Carmen María Chávez Fiestas trabajó en la empresa AC Corporación S. A. C.

Además, según se indicó en el Informe de Auditoría número 038-2002-02-4354/MTC-06, los certificados de trabajo expedidos por AC Cargo E. I. R. L. a nombre del personal con experiencia en supervisión

especifican que los servicios han sido prestados desde febrero de mil novecientos noventa y ocho a junio de dos mil uno. Estos periodos resultan contradictorios con los indicados en sus respectivos *curriculum vitae* (en estos se mencionan fechas de inicios de abril de mil novecientos noventa y nueve, y diciembre de mil novecientos noventa y nueve, con lo que no alcanzaban los dos años de experiencia que exigían las bases).

Undécimo. El Informe número 018-GJ/03 (debatido en juicio, según el acta de desglose de piezas procesales, a foja 5500), que evaluó el contrato suscrito entre Serpost S. A. y el Consorcio AC Corporación S. A. C. y AC Cargo E. I. R. L., determinó que, aunque no había contrato vigente, se efectuaron pagos al citado consorcio por la suma de S/ 317 574.38 (trescientos diecisiete mil quinientos setenta y cuatro soles con treinta y ocho céntimos) aplicando una tarifa (S/ 2.93) que regiría recién con la firma del contrato. Además de pagos por el servicio de Transporte de Sacas y Valijas, se facturó por el concepto de Paquetería un monto ascendente a S/ 454 626 (cuatrocientos cincuenta y cuatro mil seiscientos veintiséis soles).

En lo relevante, se dispuso resolver el contrato y se concluyó que el servicio tercerizado del transporte de Sacas y Valijas se efectuó en condiciones técnicas y económicas desventajosas para Serpost desde septiembre de dos mil dos, pues hubo una sobrevaloración del servicio y se aplicó una tarifa mayor a la fijada en el contrato.

Duodécimo. Corresponde rechazar los agravios de los recurrentes. La tesis fiscal no cuestiona la no realización del servicio, sino la concertación en el otorgamiento de la buena pro de un servicio de transporte que no contó con la información técnico-financiera para su realización, cuya designación *a priori* o favorecimiento al consorcio ganador se verificó con el lanzamiento de una convocatoria

defectuosa, la arbitraria fijación de un valor referencial de la licitación – sin estudio técnico económico, solicitada a los departamentos de Encaminamiento y Logística–, la inadecuada conformación del comité especial, el elevado puntaje otorgado al consorcio ganador y los cobros adicionales no pactados.

Aunado a ello, el servicio que prestó el consorcio AC Corporación S. A. C. y AC Cargos E. I. R. L. no fue mejor que el anterior, según la encuesta realizada en las principales administraciones postales de Serpost, como Piura –con la empresa AC Cargo la entrega de Sacas y Valijas está causando problemas con los clientes y usuarios, por la demora en la llegada de correspondencia tanto nacional como internacional–, CUSCO –el servicio es directo porque se recoge y entrega en la oficina, pero no es el más rápido–, Iquitos –la empresa transportista llega de 11:00 a 11:30 horas, sin repartir el servicio *overnight*, y no es el más rápido–, Pucallpa –se considera que el procedimiento anterior era mejor y mucho más rápido–, Ayacucho –la persona encargada del recojo lo realiza a deshora, entrega las valijas con retraso y perjudica la entrega oportuna de la correspondencia, por lo que es conveniente que Serpost se vuelva hacer cargo del recojo de valijas, pues se cuenta con personal, chofer, camioneta e infraestructura adecuada– y Moquegua –el anterior servicio era mejor– (véase el Informe AUD-I-N.º 038-2002-02-4354/MTC-06).

Decimotercero. Los testigos invocados no desvirtuaron el mérito de la prueba actuada. Carla Marissa Eslava Barbieri (asesora legal de Serpost) se limitó a señalar que no recordaba haber participado en el referido concurso público (declaración en juicio a foja 5485), y Petronila Ysabela Blaz Mogollón (gerente de finanzas) testificó que realizó el pago al consorcio ganador en virtud de las conformidades de servicio otorgadas por el área técnica de Encaminamiento de la Gerencia Postal, representada por el acusado Raúl Fortunic (primera etapa) y por Ángelo Nastasi (segunda etapa) –manifestación a foja 2195–.

En tal sentido, tampoco es relevante que el imputado Fortunio Galindo laborara solo hasta el siete de noviembre de dos mil dos; pues mientras trabajó en Serpost emitió el Informe número 006/O-02 –que se usó de sustento para la convocatoria del servicio de transporte de Sacas y Valijas–, conformó la comisión que calificó inadecuadamente al consorcio ganador y su opinión fue relevante para que se efectuaran los pagos cuestionados.

Precisamente, sobre la doble facturación por el concepto de Sacas y Valijas y Paquetería, la testigo Nancy Pilar Quispe Cornejo y los procesados César Raimundo Cortez Cerna –fallecido– y Raúl Ángel Fortunio Galindo indicaron que el primero comprendía el segundo –véanse manifestaciones a fojas 123, 127 y 131–. Luego, es ilógico que se sometiera a concurso el servicio de transporte de Sacas y Valijas sin incluir el de Paquetería, si este resultaba esencial para la realización del otro.

Decimocuarto. Es doctrina consolidada por este Tribunal Supremo que, ante la ausencia de prueba directa –testigos presenciales o documentos que consignen la existencia de reuniones, contactos y acuerdos indebidos–, la concertación puede ser establecida mediante prueba indirecta o indiciaria. Por ejemplo: **i)** si el procedimiento de contratación pública fue irregular en sus aspectos fundamentales o más relevantes –verbigracia: celeridad inusitada, elaboración patentemente deficiente, falta de sustento técnico-financiero, conformación irregular del comité, etc.–; **ii)** si la calificación a los participantes fue arbitraria y con falta de rigor y objetividad –criterios subjetivos de calificación y favorecimiento a determinados proveedores–, y **iii)** si el valor referencial ofertado –y aceptado– fue sobrevalorado o los servicios ofrecidos y/o aceptados no se corresponden con las exigencias del servicio público o fundamento de la adquisición, es razonable inferir que la buena pro solo se explica por

una actuación delictiva de favorecimiento a terceros con perjuicio del Estado¹.

Decimoquinto. Corresponde amparar el recurso del fiscal superior. El encausado Luis Antonio Barraza López no solo dio el visto bueno al Informe número 006/O-02 –que posteriormente se presentó al directorio de Serpost–, sino que nombró una comisión especial para elaborar las bases del Concurso Público número 002-2002-Serpost S. A.-Servicio de Transporte Nacional de Sacas y Valijas con anterioridad, incluso, de la emisión del citado informe, con lo que este último se habría confeccionado solo para simular la existencia de un fundamento que ampare la tercerización del servicio de transporte de Sacas y Valijas. Luego, el comité que nombró no cumplió con las exigencias del artículo 23 del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pues ninguno era experto o especialista en encaminamiento postal –no tenían experiencia laboral en ese ámbito–.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los jueces integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República

DECLARARON:

- I. NO HABER NULIDAD** en la sentencia del diecisiete de enero de dos mil dieciocho (foja 5569), en el extremo en el que condenó a **Raúl Ángel Fortunio Galindo y Juan Andrés Carmona Aguilar**, respectivamente, como coautor y cómplice primario del delito contra la administración pública-colusión, en agravio del Estado, a cuatro años de pena privativa de libertad, que se convertirán

¹ Véase al respecto la ejecutoria suprema recaída en el Recurso de Nulidad número 1722-2016/Santa, del veintitrés de enero de dos mil diecisiete.

en 208 jornadas de prestación de servicios comunitarios –a cumplirse dentro del tratamiento denominado “Medio libre”, ejecutado por el INPE, sujeto a reglas de conducta–, y fijó el pago solidario de S/ 15 000 (quince mil soles) por concepto de reparación civil, sin perjuicio de que **Juan Andrés Carmona Aguilar** restituya la suma de S/ 772 200.32 (setecientos setenta y dos mil doscientos soles con treinta y dos céntimos) a Servicios Postales del Perú.

- II. **NULA** la referida sentencia, en el extremo en el que absolvió a **Luis Antonio Barraza López** como autor del delito contra la administración pública-colusión, en agravio del Estado.
- III. **DISPUSIERON** que se remita la causa al Tribunal Superior para los fines pertinentes. En consecuencia, **ORDENARON** la realización de un nuevo juicio oral por otro Colegiado Superior, en el que deberán efectuarse las diligencias que se estimen pertinentes para el debido esclarecimiento de los hechos imputados. Hágase saber a las partes procesales personadas en esta Sede Suprema.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

FIGUEROA NAVARRO

PRÍNCIPE TRUJILLO

SEQUEIROS VARGAS

CHÁVEZ MELLA

PT/vimc