

¿Corrupción en la obra “Mejoramiento del Estadio Inca Garcilaso de la Vega del Cusco”?¹

1. Introducción

El proyecto de la obra “Mejoramiento del Estadio Inca Garcilaso de la Vega del Cusco” fue declarado viable el 17 de octubre de 2012, contemplaba como objetivos el mejoramiento y conclusión integral de la infraestructura existente del estadio, tanto de los espacios ubicados debajo de cada tribuna, como de las áreas exteriores y el tratamiento integral de la fachada, la colocación de una cobertura que cubra las tribunas y el equipamiento y mobiliario del estadio Inca Garcilaso de la Vega.

Con el mejoramiento integral del Estadio se buscó el cumplimiento de las normas de seguridad, accesibilidad y requerimientos para locales deportivos, para lo cual además de las normas vigentes del Reglamento Nacional de Edificaciones - RNE , se debía tener presente las Recomendaciones Técnicas y Requisitos para Estadios de Fútbol de la Federación Internacional Fútbol Asociación – FIFA; sin embargo en el transcurso sucedieron muchas irregularidades que pueden suponer indicios de actos de corrupción.

2. Antecedentes procesales

El caso en análisis se encuentra dentro de la etapa de investigación preparatoria a cargo de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Cusco.

3. Hechos relevantes del caso

Para esta obra se requirió dar licitaciones para la adquisición de bienes y servicios, por lo cual postularon dos empresas: 1) Consorcio formado por COMPREMEZCLADOS S.A.C. y GRUPO INMOBILIARIO LOS FAROS S.A.C. y 2) CONARENA C&G S.R.L; adjudicándose a la primera.

3.1. Forma como se desarrolló el concurso

Se habría desarrollado en forma irregular, pues se le habría otorgado un puntaje indebido en el ítem de presentación de las propuestas ya que la empresa adjudicataria presentó su propuesta el quinto día, por lo que le correspondía un puntaje de “0”. Sin embargo, se le asignó un puntaje de 30 puntos con lo que sumaría un puntaje de 90 puntos, lo que le habría permitido pasar a la siguiente etapa de evaluación de la propuesta económica obteniendo la buena pro, a pesar de que “CONARENA C&G S.R.L.” tenía **una propuesta económica inferior en S/ 21 055,50 respecto a la adjudicataria**, por lo cual, se habría ocasionado un desmedro de los intereses del Estado.

3.2. Antes de la buena pro

¹ Elaborado por: Evelyn Lucero Lucana Morales, Yoao Emerson Rojas Arias, Rosa Andrea Cruz Aro, Winny Anghela Ramirez La Torre, Ana Lucero Cjuiro Quispe. Bajo la dirección de la Mg. Fanny Katherin Latorre Acurio. Asimismo, fue revisado por el Equipo Anticorrupción del IDEHPUCP.

La ejecución del contrato se dio al día siguiente de haber sido notificada con la buena pro sin respetar el plazo de 8 días previsto para la apelación de los postulantes.

3.3. En la suscripción del contrato

Posteriormente, el Director Ejecutivo del PLAN COPESCO por el periodo de 1 de agosto de 2011 al 31 de diciembre de 2013, suscribió el “*Contrato para la adquisición de concreto premezclado*” el 2 de octubre de 2013, a favor del Consorcio conformado por las empresas Compmezclados SAC y Grupo Inmobiliario Los Faros SAC, en el cual **se habrían modificado las condiciones establecidas en la pro-forma** del contrato de las bases integradas, limitando la responsabilidad del contratista; entre otros; respecto al plazo de entrega (no se consignó ningún plazo), la garantía de fiel cumplimiento (se modificó el plazo de la ejecución de prestación de garantía, se dio con posterioridad a la suscripción del contrato) y responsabilidad por vicios ocultos; además, para la suscripción del contrato, el postor ganador de la buena pro no habría cumplido con la presentación de documentación obligatoria como:

- a) *la Constancia de no estar inhabilitado para contratar con el Estado - Consorciado 1, que es de fecha 04 de octubre de 2013.*
- b) *la Constancia de no estar inhabilitado para contratar con el Estado - Consorciado 2 es de fecha 09 de octubre de 2013.*
- c) *la Garantía de Fiel Cumplimiento, a nombre del consorcio data del 09 de octubre de 2013 Copia de carta fianza N° 0058-2013/FG/CUZCO del FOGAPI.*
- d) *Carta de autorización Código de CUENTA INTERBANCARIO.*
- e) *DNI del representante legal de la Empresa.*
- f) *Vigencia de poder del representante legal de la Empresa.*
- g) *Testimonio de la empresa.*
- h) *Contrato del consorcio.*
- i) *Ficha RUC de la empresa.*

Además, se habría transgredido lo establecido en los artículos:

- 35° (del contrato) de la Ley de Contrataciones del Estado
- 141° (requisitos para suscribir el contrato) del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado
- 148° (plazos y procedimiento para suscribir el contrato) del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Finalmente, a la fecha de solicitud de la suscripción **no se contaba con los documentos exigidos para la suscripción del contrato.**

3.4. En la ejecución del contrato

Se habría incumplido una especificidad técnica en la que se consignó que la resistencia del concreto premezclado- $f'c=210 \text{ kg/cm}^2$ ocasionó perjuicio económico por S/637 017,24 e inejecución de la garantía de fiel cumplimiento por S/ 189 265,55 debido a que el concreto premezclado fue entregado fuera de los plazos establecidos por la Entidad y además no se consignó la aplicación de penalidad

por mora.

3.5. Durante la ejecución de la obra

Se suscribió el *Contrato de Adquisición de Cemento* entre el Director Ejecutivo del PLAN COPESCO y, de otro lado, Augusto Flores Chambilla por la empresa INVERSIONES MULTIGAS S.A.C. para la provisión de 8,500 bolsas de cemento por la suma total de S/. 208,197.30. Sin embargo, 3,200 bolsas de cemento del total de las asignadas para la obra “Mejoramiento del Estadio Inca Garcilaso de la Vega del Cusco” **habrían sido desviadas y entregadas en calidad de préstamo al Programa Regional de Obras del Gobierno Regional del Cusco – “PRO CUSCO”**, de las que se pretendieron devolver 200 bolsas y posteriormente se devolvieron 400 bolsas alegando que el préstamo fue de 560 bolsas de cemento y no de 3200 pues no existe documentación que sustente dicho préstamo

3.6. Sobre el préstamo de combustible

A la empresa COMPREMEZCLADOS S.A.C. y GRUPO INMOBILIARIO LOS FAROS S.A.C. le correspondía la obligación de asumir íntegramente los costos inherentes que implicara el transporte del concreto pre mezclado desde sus plantas hasta la obra a cambio del desembolso efectuado por el Estado, sin embargo el almacenero prestó 500 galones de combustible para el funcionamiento de la bomba concretera y los cuatro mixer de la empresa Los Faros. Luego, se prestaron 295 galones y, finalmente, se prestaron 70 galones más, haciendo un total de 865 galones de los cuales solo 295 faltando 570 galones de petróleo adjudicados y entregados al “CONSORCIO CONCREFACIL LOS FAROS” conformado por “CONCRETOS PREMEZCLADOS DEL SUR DEL PERU S.A.C. “COMPREMEZCLADOS S.A.C.” GRUPO INMOBILIARIO LOS FAROS S.A.C.”. Todo esto habría perjudicado la obra de “Mejoramiento del Estadio Inca Garcilaso de la Vega del Cusco”.

3.7. Sobre la adquisición de varillas de fierro

En principio la empresa K.S. DISTRIBUCIONES S.A.C fue contratada dentro del marco de la Licitación Pública por subasta inversa presencial para efectos de proveer varillas de fierro de 3/8” a la obra de “Mejoramiento del Estadio Inca Garcilaso de la Vega del Cusco”, el problema radicó en que según la empresa “CONSORCIO CONCREFACIL LOS FAROS” conformado por “CONCRETOS PREMEZCLADOS DEL SUR DEL PERU S.A.C. “COMPREMEZCLADOS S.A.C.” GRUPO INMOBILIARIO LOS FAROS S.A.C.”, aparentemente **adquirió únicamente la cantidad de 37917 varillas de fierro de CETESA Aceros y Techos S.A.**, pero de otro lado, se cuenta con las **guías de remisión de la empresa K&S Distribuciones** supuestamente presentadas al Almacén Central de la obra de “Mejoramiento del Estadio Inca Garcilaso de la Vega del Cusco”, que dan a entender una supuesta recepción de un total de 41920 varillas de fierro en obra.

4. Análisis de las problemáticas jurídicas del caso

4.1. La supuesta comisión del delito de colusión agravada

“El delito de colusión viene a ser el acuerdo clandestino entre dos o más agentes para lograr un fin

ilícito con perjuicio de un tercero”².

Justamente, por esta naturaleza clandestina, se necesitan de varios indicios para probar el acuerdo colusorio³; es por ello que para acreditar este, en el presente caso, se pueden ver los siguientes hechos como indicios:

- Elaborar inconsistentemente las bases del proceso de selección.
- Admitir la propuesta que no cumplió los requerimientos técnicos mínimos.
- Asignar el puntaje superior al que correspondía y consecuente otorgar la buena pro a postor que presentó propuesta económica mayor.
- Ejecutar las prestaciones antes del consentimiento de la buena pro y por ende previo a la firma del contrato.
- Modificar la proforma establecida en las bases, limitando responsabilidades de contratista.
- Suscribir el contrato sin la presentación de documentación obligatoria.
- Consentir el incumplimiento de los términos contractuales en plazo y especificaciones técnicas.
- Simular documentación para aparentar la entrega de 5408 barras corrugadas astm a515 grado 60-3/8”x9m por parte de la empresa K&S Distribuciones S.A.C., cuando en realidad tales bienes no ingresaron al almacén de la obra. cuyo valor sería un aproximado de 69,454.09 mil soles.

Consiguientemente, en este caso, atendiendo a que se habría producido el acuerdo colusorio, se habría consumado la comisión del delito previsto en el segundo párrafo del artículo 384 del Código Penal vigente, el cual prescribe:

Artículo 384. Colusión simple y agravada – Segundo párrafo

(...) El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, (...).

4.2. La supuesta comisión del delito de malversación de bienes

Bien Jurídico

De acuerdo a la ejecutoria suprema, recaída en el Exp. N° 3630, del 23 de enero del 2003, “en la malversación de fondos el bien jurídico tutelado es preservar la correcta y funcional aplicación de los fonos públicos, es decir, la racional organización en la ejecución del gasto y en la utilización y el empleo de dinero y bienes públicos, en suma, se trata de afirmar el principio de legalidad presupuestal; esto es la, disciplina y racionalidad funcional en el servicio”.

En el presente, se habría vulnerado la correcta y funcional aplicación de las 8,500 bolsas de cementó,

² Ejecutoria Suprema. EXP N° 027-2004 del 1 de octubre de 2004

³ Cfr. Montoya, Y. (2016). Manual sobre delitos contra la administración pública. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), p. 139.

(bienes muebles), cuyo costo fue de S/208,197.30 soles, en la obra mejoramiento del estadio Garcilaso.

Objeto material

La acción del sujeto activo, en todas las modalidades del delito de malversación, recae sobre el patrimonio público, la misma que está constituida por bienes y derechos, cualquiera sea su naturaleza y el título de adquisición o aquel en virtud del cual les haya atribuido. En la presente, recae sobre las 2,800 bolsas de cemento desviadas del total de 8,500 bolsas que estaban destinadas para la obra de mejoramiento del estadio Garcilaso.

Sujeto Activo

El sujeto activo es el funcionario o servidor público que actúa de manera contraria a la norma, vulnerando un bien jurídico protegido. En este caso el sujeto activo sería el Director ejecutivo del PLAN COPESCO.

Conducta típica

De acuerdo a la R.N. N° 100-2004 (ejecutoria suprema emitida el 19 de enero de 2005), indica que “el comportamiento típico en el delito de malversación de fondos (...) se sintetiza en cuatro conductas específicas de malversación: a) dar aplicación oficial diferente a aquella destinada, cabe precisar que la desviación (...) no debe darse hacia un fin o beneficio privado, sino que sean utilizados para otro destino público(...) conforme a la Ejecutoria Suprema del 26 de marzo de 1986- Expediente N°469-85 Huánuco, y que con dicha conducta peligre la ejecución del servicio o función pública, se perjudiquen los plazos, o se incrementen los costos o decrezca la calidad del servicio del preste como señala la R.N. 5022-2006 (Ejecutoria Suprema emitida el 02 de mayo de 2007); b) comprometer sumas superiores a las fijadas; c) invertir en forma no prevista; y d) utilizar los fondos en forma no prevista”.

En el caso materia de análisis, se observa que estamos ante la conducta típica de “dar aplicación oficial diferente a aquella destinada”, pues, conforme se desprende de los hechos, se tiene que, se habría suscrito el Contrato de Adquisición de Cemento entre el Director Ejecutivo del PLAN COPESCO y de otro lado Augusto Flores Chambilla por la empresa INVERSIONES MULTIGAS S.A.C., para la provisión de 8,500 bolsas de cemento por la suma total de S/. 208,197.30. Sin embargo, 3,200 bolsas de cemento del total de las asignadas para la obra “Mejoramiento del Estadio Inca Garcilaso de la Vega del Cusco” habrían sido desviadas y entregadas en calidad de préstamo al Programa Regional de Obras del Gobierno Regional del Cusco – “PRO CUSCO”, generando perjuicio a la Obra de mejoramiento del estadio Garcilaso, pues se disminuyó la aplicación de cemento en dicha obra, diferente la cantidad que requería, generando que decrezca la calidad de esta.

Artículo 389. Malversación simple de bienes– Primer párrafo

“El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación

definitiva diferente de aquella a la que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, (...)”.

4.3. La supuesta comisión del delito de peculado doloso agravado

A continuación, analizaremos si caso se subsume en los alcances del Acuerdo Plenario 04-2005/CJ-116 sobre los elementos típicos del delito de peculado doloso agravado:

- a) **Relación funcional por razón del cargo.** Los bienes deben hallarse en posesión del sujeto activo en virtud a los deberes o atribuciones de su cargo, por tanto, en el presente caso hay una vinculación jurídica entre los sujetos y los bienes.
- b) **Percepción, administración y custodia.** La posesión que tiene el funcionario o servidor público sobre los bienes se materializa a través de tres formas: a) percepción (implica acción de captar o recepcionar), b) administración (que conlleva funciones activas del manejo y conducción de los bienes —gobierno-), y, c) custodia (que implica la protección, conservación y vigilancia debida). Por lo que en el presente caso se los agentes habrían ejercido estas tres potestades sobre los bienes (galones de gasolina)
- c) **Modalidades delictivas:** apropiación o utilización. La norma penal prevé dos modalidades delictivas: a) apropiarse (hacer suyo caudales o efectos que pertenecen al Estado) y b) utilizar (aprovecharse de las bondades que permite el bien sin tener el propósito firme de apoderarse, ánimo de servirse del bien). En el caso expuesto se pone de manifiesto que se habría producido la modalidad de utilizar al prestar 865 galones de petróleo al consorcio conformado por Concretos premezclados del sur del Perú S.A.C. y Grupo inmobiliario Los Faros S.A.C.; así como, también la modalidad de apropiarse cuando el tercero no devolvió el total de 570 galones.
- d) **Destinatario:** para sí o para otro. La utilización del bien puede ser en beneficio propio o de un tercero. En este caso se habría utilizado para el provecho de un tercero.
- e) **Objeto material de la acción:** los caudales o efectos. Los caudales son bienes en general, muebles e inmuebles, de contenido económico, incluido el dinero y los valores negociables. Los efectos son objetos, documentos y símbolos con representación económica⁴. En el caso en análisis el objeto habrían sido los caudales (bienes inmuebles consistentes en galones de combustible)

Cabe destacar que, además, la Segunda Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima en el caso Crousillat ha señalado: “(...) *En términos específicos, este tipo penal protege la intangibilidad de los intereses patrimoniales del Estado y procura controlar los excesos de poder que los funcionarios puedan cometer en el ejercicio de su función al administrar caudales públicos*”⁵ (subrayado agregado) y en razón a que se han visto excesos de poder al administrar los bienes (galones de combustible), en el presente caso, estaríamos dentro de los alcances de esta figura delictiva.

⁴ Academia de la Magistratura. Temas de Derecho Penal Especial. 2012. Págs. 108-109

⁵ Segunda Sala Penal Especial de la Cortes Superior de Justicia de Lima. EXP. N° 011-2001 del 8 de agosto de 2006.

En sentido similar, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia, sobre el delito de peculado doloso, en el caso CTS Montesinos, ha referido que “(...) *siendo su nota característica y exigencia de naturaleza objetiva que la conducta del funcionario o servidor público exprese un acto de disposición patrimonial que desconoce la titularidad del Estado sobre los bienes ejecutados (...)*”⁶, por lo que, en este caso, al existir una presumible disposición patrimonial ilícita de los galones de combustible, se desconoce la titularidad del Estado sobre estos bienes.

Artículo 387. Peculado doloso. Agravado- Segundo párrafo.

“El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, (...).

Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, (...)”.

5. Conclusiones

Con la realización de obras o el mejoramiento de estas, se pueden dar muchos acuerdos por debajo de las exigencias legales y morales que la sociedad exige, contaminándose de esta manera todo el sistema de contrataciones. En muchas ocasiones, estos acuerdos se realizan de manera subrepticia para evitar que los autores, colaboradores y partícipes asuman las responsabilidades correspondientes. Sin embargo, debido a las investigaciones y el trabajo realizado por organismos del Estado, como en este caso la Contraloría, estos actos de corrupción salen a la luz y pueden ser investigados.

El presente caso da cuenta de hechos que pueden subsumirse en los delitos de colusión agravada, malversación simple de bienes y peculado doloso agravado.

La corrupción es un mal que contamina a toda la sociedad y la perjudica en gran escala, por eso, es necesario que se den investigaciones correctas y sentencias justas a las personas involucradas, quienes por intereses personales disminuyen la calidad de las obras y sustraen más presupuesto del debido. De esta forma, perjudican la posibilidad de que se puedan realicen más obras.

⁶ Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia. EXP N° AV-23-2001 del 23 de julio de 2009