



**SALA PENAL NACIONAL DE APELACIONES ESPECIALIZADA EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS
COLEGIADO A**

Expediente : 00022-2017-4-5201-JR-PE-02
Jueces superiores : Castañeda Otsu / Guillermo Piscoya / Burga Zamora
Ministerio Público : Primera Fiscalía Superior Nacional Anticorrupción
Investigado : Américo Montañez Tupayachi
Delito : Colusión agravada
Agraviado : El Estado
Especialista judicial : Mary Elena Vilcapoma Salas
Materia : Apelación de auto excepción de improcedencia de acción

Sumilla: Excepción de improcedencia de acción. Análisis a partir de los hechos descritos en la Disposición Fiscal de Formalización de la Investigación.

El análisis de una excepción de improcedencia de acción debe partir de los hechos descritos en la Disposición Fiscal de Formalización de la Investigación Preparatoria.

En el presente caso, conforme al estado y avance de la investigación, a la fecha, la imputación que se le formula al investigado no reside únicamente en haber participado en el acto de apertura de ofertas ante la Unops realizado en la ciudad de Lima con fecha once de junio de dos mil doce, sino también en otros hechos que corresponden al periodo del cargo que ejerció como gerente de infraestructura del Gobierno Regional del Cusco, los cuales tienen relevancia penal y que, por ahora, se subsumen en el delito que se le imputa.

Resolución N.º 03

Lima, veintitrés de febrero
de dos mil dieciocho

AUTOS y OÍDOS: En audiencia pública, los recursos de apelación formulados por el Noveno Despacho Transitorio de la Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios y la Procuraduría Pública Ad hoc¹, contra la resolución N.º 13. Interviene como ponente el juez superior GUILLERMO PISCOYA, y **ATENDIENDO:**

¹ Procuraduría Ad hoc a cargo de la defensa del Estado en las investigaciones y procesos vinculados a delitos de corrupción de funcionarios, lavado de activos y conexos, en los que habrían incurrido la empresa Odebrecht y otras.

I. ANTECEDENTES

1.1 Con fecha 1 de marzo de 2016, la defensa del imputado Américo Montañez Tupayachi dedujo excepción de improcedencia de acción en la investigación seguida contra este por la presunta comisión del delito de colusión agravada en agravio del Estado, medio de defensa que fue tramitado ante el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Cusco. Dicha audiencia no se llevó a cabo por diversos inconvenientes. Mediante la resolución N.º 10, del 1 de agosto de 2017, el referido órgano jurisdiccional dispuso la remisión de los actuados al Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios competente.

1.2 A través de la resolución N.º 11, de fecha 27 de octubre de 2017, el juez del Segundo Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios asume competencia y programa audiencia pública. Por resolución N.º 12, la audiencia es reprogramada, y mediante resolución N.º 13, de fecha 7 de diciembre de 2017, resuelve declarar fundada la excepción de improcedencia de acción deducida en la investigación que se le sigue a Montañez Tupayachi por la presunta comisión del delito contra la administración pública, en la modalidad de colusión agravada.

1.3 En este contexto es que los representantes del Noveno Despacho Transitorio de la Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios y la Procuraduría Pública Ad hoc, con fecha diecisiete y dieciocho de enero del año en curso, respectivamente, interpusieron recursos de apelación contra la resolución N.º 13, lo que es objeto de decisión en esta instancia.

II. DE LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

2.1 En la resolución materia de recurso, se sostiene que resulta evidente que el investigado Montañez Tupayachi únicamente participó en el acto de apertura de sobres, el mismo que se produjo durante la etapa de selección, la cual estuvo a cargo de la Oficina de la Naciones Unidas para el Servicio de Proyectos (en adelante Unops); además, señala que en este acto no se adoptó decisión alguna en relación al otorgamiento de la buena pro; por tanto, pasa a analizar si esa conducta atribuida puede ser subsumida en el tipo penal de colusión o si, por el contrario, resulta atípica.

2.2 Al respecto, sostiene que el haber participado en el acto de apertura de sobres es una conducta neutra que no tiene ninguna relevancia para el resultado, pues en dicho acto únicamente se dieron a conocer las propuestas de los tres postores que se presentaron a la licitación pública convocada, dado que la finalidad de ese acto era darle la publicidad necesaria, más aún si la apertura de los sobres no llevó consigo algún juicio de valor sobre la calificación de los postores. Además, toma en cuenta que dicho acto estuvo a cargo de los funcionarios de la Unops, quienes fueron finalmente los que otorgaron la buena pro al consorcio ganador, y que el investigado Montañez Tupayachi participó por designación del Gobierno Regional de Cusco como observador, sin que ejerza ningún acto en su calidad de gerente de



infraestructura. Así, considera que pudo haber recaído esa designación en cualquier otro funcionario.

2.3 Concluye que los argumentos esgrimidos por la defensa del excepcionante resultan atendibles, pues la conducta reputada como constitutiva del delito no importa un riesgo jurídicamente desaprobado por enmarcarse dentro del cumplimiento de un rol previamente asignado y por no haberse excedido en dicho cometido.

III. ARGUMENTOS DE LOS IMPUGNANTES

§ Del Ministerio Público

3.1 Conforme al recurso de apelación y a lo sostenido en audiencia, el representante del Ministerio Público sostiene que el *a quo* incurre en error, ya que extrae circunstancias que favorecen para declarar fundada la excepción y no toma en cuenta de manera integral los hechos que se describen y se atribuyen al investigado Montañez Tupayachi en la disposición de acumulación, aclaración y ampliación de formalización y continuación de investigación preparatoria de fecha 8 de junio de 2017. Entre los hechos no tomados en cuenta, están: "(...) Ya habiendo previamente elegido a la empresa que ejecutaría la obra y a favor de quien se direccionaría la licitación como fue la empresa brasileña OAS S.A., es que el imputado Jorge Isaacs Acurio Tito estratégicamente nombra como gerente de infraestructura a Américo Montañez Tupayachi (quien ha sido supervisor de la obra 'Construcción del Coliseo de Calca', donde Jorge Isaacs Acurio Tito es sentenciado en su condición de residente de obra)".

3.2 En relación a la imputación de Montañez Tupayachi por el delito de colusión agravada, para que exista este delito, deben cumplirse con dos requisitos: la colusión y el perjuicio; en este caso, se cumplen ambos: i) al imputársele el haberse coludido con otros funcionarios y la empresa beneficiada para poder direccionar la buena pro, en criminalidad organizada; y ii) porque mediante la resolución directoral N.º 508-2013, emitida por el Gobierno Regional del Cusco, se autorizó y aprobó la destrucción de dos pabellones del Hospital Antonio Lorena, lo que ocasionó un perjuicio de S/ 5 895 430. 00 solo por la destrucción, sin considerar el monto total ocasionado a ese gobierno regional. De esta forma, la conducta que se le atribuye al referido investigado resulta ser típica. Señala que, además, existe antijuridicidad, no solamente procesal frente al incumplimiento de normas de carácter penal, sino también material, lo cual hace efectivo el perjuicio al gobierno regional.

3.3 El juez de primera instancia incurre en error al señalar, primero, que el hecho atribuido no supone un riesgo jurídicamente desaprobado y, luego, al mencionar que es una conducta neutral. De esta manera, vulnera los criterios de imputación objetiva, ya que la conducta neutral es un elemento de prohibición de regreso y no

de riesgo jurídicamente desaprobado. En audiencia, refiere que no es posible declarar que la conducta de un imputado que se desenvuelve dentro del proceso de una organización criminal, vista aisladamente, sea calificada conducta neutra, sin antes calificar si existe o no la prohibición de regreso. Asimismo, refiere que, estando en etapa de investigación preparatoria, no resulta oportuno aplicar los criterios de imputación objetiva.

3.4 A través de la disposición N.º 19, disposición de inclusión de hechos e imputados en la formalización de investigación preparatoria, del **12 de diciembre de 2017**, se está incluyendo un nuevo hecho imputado al señor Montañez Tupayachi: que el día 23 de octubre de 2012 habría suscrito el acta en la que se autorizó la demolición deliberada de dos pabellones del Hospital Antonio Lorena para implementación de metas e incremento de costos adicionales en perjuicio del Gobierno Regional del Cusco, pese a que se encontraba prohibida la modificación del programa médico arquitectónico.

3.5 El Ministerio Público llega a la conclusión de que la conducta del imputado Montañez Tupayachi es jurídico penalmente relevante, al punto que, mediante disposición N.º 21, disposición de ampliación de hechos y calificación jurídica en la formalización de investigación preparatoria, del **18 de enero de 2018**, se ha modificado el grado de participación de Montañez Tupayachi a cómplice primario.

3.6 Por las razones anteriormente expuestas, solicita se revoque la resolución apelada y, en consecuencia, se declare infundada la excepción de improcedencia de acción deducida.

§ Procuraduría Pública Ad hoc

3.7 Conforme al recurso de apelación y a lo sostenido en audiencia, refiere que, según lo señalado por el Ministerio Público, la resolución recurrida no ha sido debidamente motivada, pues el juez de primera instancia debió profundizar sobre los alcances de la excepción de improcedencia de acción, analizando si el hecho atribuido a Montañez Tupayachi constituye delito o no, y si es justiciable penalmente.

3.8 El *a quo* basa erróneamente su decisión en una conducta atribuida individualmente al investigado Montañez Tupayachi, sin tomar en consideración que este forma parte de una organización criminal. Refiere que el imputado Montañez Tupayachi ha sido designado dentro de la estructura jerarquizada para materializar el otorgamiento de la buena pro al "Consortio de Salud Lorena", razón por la cual participó en la apertura de sobres en dicha organización, en la que cumpliría un rol determinado en su calidad de gerente de infraestructura del gobierno regional.

3.9 Conforme a la Casación N.º 407-2015 Tacna, del 7 de julio de 2017 (quinto fundamento), el juez debe evaluar el medio de defensa a partir de los hechos incorporados por el fiscal, en las disposiciones de formalización de investigación preparatoria. En ese sentido, en la disposición de acumulación, aclaración y ampliación de formalización y continuación de investigación preparatoria, del 8 de



junio de 2017, se imputa a Montañez Tupayachi el haber participado como veedor en el acta de apertura de sobres el día 11 de junio de 2012; asimismo, se hace mención como medio probatorio del acta de fecha 23 de octubre de 2012, en la que participan diferentes funcionarios públicos y también representantes de la empresa OAS, como es el señor Marcelo Galván Machado, cuyo objetivo fue no solamente hablar sobre el tema de la demolición de los pabellones materno infantil y hemodiálisis, sino también proponer y presentar un nuevo programa médico arquitectónico. Además, existe un tercer hecho que se le imputa a Montañez Tupayachi: el haber autorizado una orden de servicio a favor de la empresa constructora OAS, por la suma de S/ 1 225 027. 52, el 7 de agosto de 2012. En consecuencia, incurre en error el magistrado de primera instancia cuando solamente se pronuncia sobre un hecho aislado.

3.10 El juez realiza un juicio de valor y se pronuncia sobre la conducta del investigado Montañez Tupayachi, sin considerar que el proceso se encuentra en la etapa de investigación preparatoria en la que el fiscal debe reunir los elementos de convicción de cargo y de descargo que le permitan decidir si formula o no acusación.

3.11 Solicita se revoque la resolución impugnada y se reformule, a fin de declarar infundada la excepción de improcedencia de acción deducida por la defensa del investigado Américo Montañez Tupayachi.

IV. ABSOLUCIÓN DE LA DEFENSA DE MONTAÑEZ TUPAYACHI

4.1 Fundamenta su absolución en que los hechos imputados por el Ministerio Público se delimitan según la disposición de formalización de investigación preparatoria, las dos aclaraciones y, en específico, la disposición de acumulación, aclaración y ampliación de formalización y continuación de investigación preparatoria, del 8 de junio de 2017, imputación que se encuadra en la comisión del delito de colusión agravada. Con base en estos hechos, el juzgado declara fundada la excepción de improcedencia de acción. La imputación de Montañez Tupayachi consiste en haberse coludido con sus coimputados, pues, sin hallarse debidamente acreditado, ha participado en la presentación de propuestas y apertura de sobres ante la Unops, lo que evidenciaría el direccionamiento para el otorgamiento de la buena pro al Consorcio Salud Lorena.

4.2 Alega que, considerando la línea de tiempo, todos los actos relacionados al nombramiento de Unops (firma del convenio, aprobación del memorándum y firma de memorándum con Unops) se llevaron a cabo antes del nombramiento del investigado Montañez Tupayachi como gerente regional de infraestructura, mientras que el pago de las partidas y la aprobación del expediente técnico se llevaron a cabo con posterioridad a su cese como funcionario público del gobierno regional. En consecuencia, Montañez Tupayachi participó básicamente en la apertura de sobres, hecho que no implica incrementar un riesgo prohibido.

Asimismo, refiere que no se presentan los elementos objetivos del tipo, es decir, la intervención directa o indirecta en el acto de concertación por parte del referido investigado, porque, según las bases de esta licitación internacional, específicamente, su labor consistía en la apertura de sobres, es decir, ver quiénes son los postores y advertir su propuesta económica. Además, la entidad encargada de la calificación y evaluación de todo este proceso de selección era Unops.

4.3 El tema introducido por el representante del Ministerio Público, es decir, que el investigado habría participado en la reunión del 23 de octubre de 2012, se encuentra completamente decantado, por cuanto en la disposición del 8 de junio de 2017, respecto a los elementos de convicción, menciona que en el acta de la referida reunión participa como gerente regional de infraestructura el señor José Antonio Vargas Espinoza.

4.4 Un simple acto causal no constituye un factor determinante para imputar un delito a una persona, sino que debe analizarse la conducta y observar si actuó dentro de la normatividad expresa o tácita, a efectos de atribuir objetivamente el tipo a una conducta determinada. Los límites de actuación de los funcionarios públicos nacen de normas extrapenales, las cuales regirán su estatus y competencia, como en este caso, el memorándum del acuerdo en el que se regula las funciones y ámbitos de competencia de la Unops y el Gobierno Regional del Cusco. En la medida que los portadores de roles se mantengan en estos, sus conductas, como ocurre en este caso, no pueden configurar un favorecimiento a la comisión de los delitos a favor del *extraneus*; ya que estas conductas catalogadas neutras, cotidianas y no tendrán relevancia penal si se mantienen dentro de su rol. Como en este caso, el investigado concurrió en calidad de observador a un acto público de apertura de sobres, según el rol atribuido, conforme al memorándum antes mencionado.

4.5 La incrementación de hechos por la Fiscalía, luego de la audiencia y emitida la resolución de primera instancia, va contra la actuación completamente objetiva del Ministerio Público.

4.6 Solicita se declare infundado el recurso de apelación y se confirme la resolución venida en grado.

V. TEMA MATERIA DE CONTROVERSIA Y OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO

5.1 Sometidas al debate las pretensiones planteadas, corresponde a esta Sala determinar la procedencia o no de una excepción de improcedencia de acción deducida.

5.2 Un adecuado análisis pasa por reconocer los supuestos y límites de este medio de defensa, y por analizar la imputación que se le ha formulado al investigado Montañez Tupayachi.

VI. FUNDAMENTOS QUE SUSTENTAN LA DECISIÓN



§ La excepción de improcedencia de acción

6.1 La excepción de improcedencia de acción se encuentra regulada en el numeral 1 literal b) del artículo 6 del Código Procesal Penal (en adelante CPP) y puede deducirse "cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente", según el numeral 2 del artículo antes citado, si se declara fundada, el proceso será sobreseído definitivamente.

6.2 En ese orden de ideas, la excepción de improcedencia de acción solo procede cuando el hecho por el cual se viene investigando a un imputado: i) no constituye delito o ii) no es justiciable penalmente. El primer supuesto comprende todos aquellos casos de atipicidad penal absoluta o relativa del hecho objeto de imputación o de la concurrencia de una causa de justificación; en cambio, el segundo supuesto hace referencia a la ausencia de una condición objetiva de punibilidad o a la presencia de una causa personal de exclusión de pena o excusa absolutoria².

6.3 De otro lado, como lo ha precisado nuestra Suprema Corte "es obvio que para deducir una excepción de improcedencia de acción se debe partir de los hechos descritos en la Disposición Fiscal de Formalización de la Investigación Preparatoria. A su vez, el juez, al evaluar dicha excepción, solo debe tener en cuenta los hechos incorporados por el fiscal en el acto de imputación pertinente. En efecto, la excepción de improcedencia de acción se concreta, por su propia configuración procesal, en el juicio de subsunción normativa del hecho atribuido a un injusto penal o a la punibilidad, en tanto categorías del delito, distintas de la culpabilidad -tanto como juicio de imputación personal cuanto como ámbito del examen de su correlación con la realidad-"³.

§ La imputación formulada contra el investigado Montañez Tupayachi

6.4 En la fase final de la audiencia de apelación, se formularon preguntas aclaratorias a los sujetos procesales, quienes precisaron que respecto de la imputación atribuida al investigado Américo Montañez Tupayachi, se habían emitido las siguientes disposiciones: i) Disposición de fecha 01 de abril de 2015, ii) Disposición s/n de fecha 8 de junio de 2017, iii) Disposición N.º 19 de fecha 12 de diciembre de 2017 y iv) Disposición N.º 21 de 16 de enero de 2018.

6.5 Este Colegiado Superior, para efectos de resolver adecuadamente la excepción planteada y dentro de sus facultades establecidas en la parte *in fine* del numeral 3 del artículo 420 del CPP, solicitó al fiscal superior que hiciera llegar las disposiciones anotadas en el considerando anterior. Este ha dado cumplimiento a

² R.N. N.º 1117-2010-Piura, del 03-03-2011, f. j. 3.1. Sala Penal Permanente.

³ Casación N.º 407-2015-Tacna, del 07-07-2016, f. j. 5. Sala penal Transitoria.

dicho mandato a través del Oficio N.º 1526-2018-MP-FN-FSNCEDCP, de fecha 9 de enero de 2018. De la revisión de las disposiciones se tiene lo siguiente:

6.6 Mediante **disposición s/n de fecha 1 de abril de 2015**, se formaliza investigación contra diez exfuncionarios del Gobierno Regional del Cusco, entre ellos Américo Montañez Tupayachi (Gerente Regional de Infraestructura), a quien se le imputa, en calidad **coautor** los delitos de **peculado doloso simple por apropiación**, previsto en el primer párrafo del artículo 387 del Código Penal (en adelante CP), y de **colusión simple**, previsto en el artículo 384 primer párrafo del CP agravio del Estado. La imputación es la siguiente;

4.- **AMÉRICO MONTAÑEZ TUPAYACHI**, Gerente Regional de Infraestructura, cuya función principal era controlar el correcto uso de los recursos en la ejecución de las obras por administración indirecta, **es así que habría participado directamente en el proceso de selección convocado por UNOPS**, ya que se tiene que ha estado presente en las Oficinas de UNOPS situadas en el Complejo Javier Pérez de Cuellar sito en la Av. Ejército 750, Magdalena del Mar - Lima, con la participación de Alexandra Kianman y Karina Ruiz representantes de UNOPS, y Américo Montañez Tupayachi - Gerente de Infraestructura del Gobierno Regional de Cusco, se lleva a cabo la **Apertura de Ofertas de la Licitación Pública Internacional PER/12/82063/1745, convocada por UNOPS, donde se deja constancia que se han recibido 3 ofertas entre estas la del Consorcio Salud Lorena, conformado por OAS, MOTLIMA y DEXTRE.** (resaltado agregado)

6.7 El **8 de junio de 2017**, se emite la disposición de acumulación, aclaración y ampliación de formalización de investigación preparatoria contra diez exfuncionarios más del Gobierno Regional del Cusco, y al mismo tiempo se aclara la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria, en la que se precisa que a Américo Montañez Tupayachi (Gerente Regional de Infraestructura) se le imputa en calidad **autor** el delito de **colusión agravada**, en agravio del Estado - Gobierno Regional del Cusco. La imputación está formulada en los siguientes términos:

(7) AMÉRICO MONTAÑEZ TUPAYACHI

Se le imputa que en su condición de Gerente Regional de Infraestructura del Gobierno Regional del Cusco -desde 17 de abril de 2012 al 04 de enero de 2013-, **el haberse coludido con sus co-imputados Jorge Acurio Tito, Eduardo Patricio Luna Ochoa, Arcenio Orduña Paredes, Mario Edgar Cárdenas Huamán, César Gil Ochoa, José Calderón Pacohanca y Q.E.V.F. Roberto Zegarra Alfaro, pues sin hallarse debidamente acreditado, ha participado en la presentación de propuestas y apertura de ofertas ante la UNOPS en la ciudad de Lima en fecha 11 de junio de 2012 y quien en dicha fecha ha suscrito el "Acta de Apertura de Ofertas" en calidad de "representante del Gobierno Regional del Cusco", pese a que en fecha 18 de abril del 2012 el Gobierno Regional del Cusco, habría acreditado ante la UNOPS el grupo de trabajo y coordinación, accionar desplegado por el imputado que evidenciaría el direccionamiento para el otorgamiento de la buena pro al Consorcio Salud Lorena -integrado por la Empresa OAS- en la licitación de la obra del Hospital Antonio Lorena.** (resaltado agregado)

En esta disposición también se indica que los hechos que se vienen investigando se encuentran dentro del marco normativo de la Ley N.º 30077, pues, en el presente caso, se evidencia una **presunta organización criminal** con estructura propia (financiera, logística, sistemas y otros para cumplir sus fines) cuyos integrantes



tienen diversas tareas o funciones dentro del seno de dicha organización enquistada en el Gobierno Regional del Cusco; es decir, habría existido todo un compartimentaje con roles paralelos o sectoriales como los expuestos anteriormente; y que, si bien se puede alegar que dicha organización tiene un fin político, se advierte claramente que se ha producido un provecho económico. Asimismo, se indica en la citada disposición que.

En esta estructura jerarquizada ejercida por Jorge Isaac Acurio Tito, los actos de colusión y peculado se habrían logrado materializar desde la licitación pública llevada a cabo por UNOPS, el otorgamiento de la buena pro a favor de Consorcio Salud Lorena y con la modificación el expediente técnico de la obra con un incremento del costo de la obra, en la que han intervenido los miembros de su organización criminal como son sus funcionarios designados para tal fin como son Q.E.V.F. Roberto Zegarra Alfaro, Juan Carlos Paredes Concha, César Gil Ochoa, Mario Egdar Cárdenas Huamán, Javier Felix Huisa López, José Rosendo Calderón Pacohuanca, **Américo Montañez Tupayachi**, Winston Vargas Maldonado, Eduardo Patricio Luna Ochoa, Arcenio Orduña Paredes, quienes conforme se tiene de la relación de funcionarios del Gobierno Regional del Cusco - Gestión 2011 al 2014 han ocupado cargos de confianza en las diferentes Gerencias y Sub Gerencias del Gobierno Regional del Cusco.

Igualmente se precisa que la calificación jurídica establecida en la disposición de formalización de la investigación preparatoria de fecha 1 de abril de 2015 y la disposición del 13 de julio de 2016 resulta ser provisional, conforme lo establece la norma procesal, razón por la cual debe entenderse que el **único delito que se imputa es el de colusión**.

6.8 Mediante **disposición N.º 19 de fecha 12 de diciembre de 2017**, en aplicación del principio de progresividad y variabilidad de los alcances del planteamiento del tema y hechos materia de imputación concreta, se amplían los hechos imputados en la disposición de formalización de la investigación preparatoria contra **Américo Montañez Tupayachi**, en calidad de **autor del delito de colusión**, previsto y sancionado en el artículo 384 primer y segundo párrafo del CP, en agravio del Estado - Gobierno Regional del Cusco, en los siguientes términos:

GERENCIA REGIONAL DE INFRAESTRUCTURA

II.7. AMÉRICO MONTAÑEZ TUPAYACHI. (Autor) quien ha ejercido el cargo público como Gerente Regional de Infraestructura en el Gobierno Regional de Cusco y se le atribuye lo siguiente:

Por haber contribuido en el acuerdo colusorio indebidamente con sus co-imputados Jorge Acurio Tito, Eduardo Patricio Luna Ochoa, Arcenio Orduña Paredes, Mario Edgar Cárdenas Huamán, César Gil Ochoa, José Calderón Pacohanca y Q.E.V.F. Roberto Zegarra Alfaro, quienes han participado y tomado decisión indebida a fin de que puedan avalar el trámite para la presentación de propuestas y apertura de ofertas ante la UNOPS en la ciudad de Lima en fecha 11 de junio de 2012 y en dicha fecha, ha suscrito el "Acta de Apertura de Ofertas" en calidad de "representante del Gobierno Regional del Cusco", pese a que en fecha 18 de abril del 2012 el Gobierno Regional del Cusco, ha acreditado ante la UNOPS el grupo de trabajo y coordinación, accionar desplegado por el imputado que evidenciaría el direccionamiento para el otorgamiento de la Buena Pro al Consorcio Salud Lorena -integrado

por la Empresa OAS en el Proceso de Selección Internacional: Licitación Pública de la obra del Hospital Antonio Lorena (resaltado agregado).

Que el imputado AMÉRICO MONTAÑEZ TUPAYACHI, en calidad de Gerente de la Gerencia Regional de Infraestructura del Gobierno Regional de Cusco, con fecha 23 de octubre de 2012, ha suscrito el acta de fecha 23 de octubre de 2012, con la participación de los funcionarios y servidores del Gobierno Regional de Cusco, y la participación del Consorcio Salud Lorena, a través de su apoderado, MARCELO GALVAO MACHADO, fecha en la cual, se determina sobre la demolición de los dos pabellones, situación que era improcedente, debido a que los recursos públicos del Estado, se debe destinar con eficiencia a los fines públicos y no beneficiar los intereses económicos de la empresa contratante (resaltado agregado).

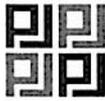
6.9 Finalmente, mediante disposición N.º 21 de fecha 16 de enero de 2018, el Ministerio Público sostiene que se han evidenciado actos colusorios sucesivos con el propósito de perjudicar al patrimonio del Gobierno Regional del Cusco; en ese sentido, amplía el fundamento fáctico y calificación jurídica en contra de los imputados, entre ellos, Américo Montañez Tupayachi, en calidad de cómplice primario del delito de colusión previsto y sancionado en el artículo 384 primer y segundo párrafo del CP, y alternativamente por la comisión del delito de Negociación Incompatible, previsto y sancionado en el artículo 399 del CP, en agravio del Estado - Gobierno Regional del Cusco.

En ese orden de ideas y sobre la base de los elementos incorporados a la investigación (comprobantes de pago) sostiene el Ministerio Público que, se puede evidenciar intervención en la petición, tramitación, conformidad, aprobación y ejecución financiera por parte de la Oficina de Administración del Gobierno Regional del Cusco y de la Gerencia Regional de Infraestructura en el periodo 2012 al 2015; tal es así que los comprobantes de pago verificados evidencian la participación de las personas involucradas, quienes han autorizado, con sus respectivos documentos fuentes, con apariencia de legalidad administrativa, a fin de beneficiar a la empresa ejecutante de la obra. Y con relación al imputado Américo Montañez Tupayachi, se precisa entre otros hechos, los siguientes.

Que, los imputados ING. AMÉRICO MONTAÑEZ TUPAYACHI (Gerente Regional de Infraestructura) y ABOG. MAX ALBERTO POZO UGARTE (Director de la Oficina de Abastecimiento y Servicios Auxiliares), con fecha 08 de agosto de 2012 autorizan la Orden de Servicio N.º 2852 (Fedateado) de fecha 07 de agosto de 2012, por la cantidad de S/. 1,225,027.52, acto donde reconoce la obligación de pago formal a fin de favorecer a la empresa CONSTRUCTORA OAS LTDA. SUCURSAL DEL PERÚ con RUC N.º 20518370881. Conjuntamente con la autorización del jefe de Adquisiciones de la Oficina de Abastecimiento y Servicios Auxiliares.

Que, la empresa CONSTRUCTORA OAS LTDA. SUCURSAL DEL PERÚ con RUC N.º 20518370881, con la Factura 001-N.º 000150 (Fedateado) de fecha 09 de agosto de 2012, emite dicha factura a nombre del Gobierno Regional del Cusco, por la siguiente descripción "ADELANTO DIRECTO A QUE SE REFIERE LA CLAUSULA OCTAVA DEL CONTRATO N.º 239-2012-GR CUSCO/GGR: elaboración del expediente técnico y construcción de la obra "MEJORAMIENTO DE LA CAPACIDAD RESOLUTIVA DE LOS SERVICIOS DE SALUD DEL HOSPITAL ANTONIO LORENA NIVEL III-I CUSCO" por un valor total de S/.1,225,027.52.

(...)



Que, el imputado ING. AMÉRICO MONTAÑEZ TUPAYACHI (Gerencia Regional de Infraestructura) solicitó Certificación de Crédito Presupuestario 2012 (copia simple), por ello con fecha 15 de junio de 2012 se emitió la Certificación de Crédito Presupuestario 2012, con registro N.º 566 (Copia simple), con el objeto para diversos gastos, entre ellos se encuentra la Meta (0028) "Construcción de Infraestructura de Salud", esta certificación cuenta con el visto bueno de la sub Gerencia de Presupuesto y Crédito Público, y como documento sustentatorio se tiene el Memorándum Múltiple N.º 079-2012GRCUSCO/GRPPAT; presupuesto que se encontraba incluido el pago de adelanto directo para la Elaboración del Expediente Técnico y Construcción de la Obra: Mejoramiento de la Capacidad Resolutiva de los Servicios de Salud del Hospital Antonio Lorena Nivel III-I Cusco.

(...)

Que, el imputado ING. AMÉRICO MONTAÑEZ TUPAYACHI (Gerente Regional de Infraestructura) con fecha 06 de agosto de 2012, suscribe el Memorándum N.º 2949-2012-GR-CUSCO/GRI (copia simple), dirigiéndose al imputado ING. CÉSAR GIL OCHOA (Director Regional de Administración), recepcionado por la oficina de este último con fecha 06 de agosto de 2012; documento mediante el cual informa que verificada la información y con la conformidad respectiva de la Oficina de Supervisión, Liquidación y Transferencias de Proyectos de Inversión, considera que el trámite de otorgamiento de Adelanto Directo es PROCEDENTE, por la suma de S/: 1,225,027.52, monto que representa el 20% de la suma establecida para la Elaboración del Expediente Técnico. Como documento de referencia se tiene el Informe N.º 1016-2012-GR CUSCO/GGR-OSLTPI, Informe N.º 1378-2012 GR CUSCO-ORAD/OASA, Carta N.º 007-2012-CSL, Contrato N.º 239-2012-GR CUSCO.

§ Descripción típica del delito de colusión

6.10 El delito de colusión que estuvo vigente durante el marco temporal que corresponde a los hechos, según las disposiciones anteriormente citadas, contiene la siguiente estructura típica:

Artículo 384. Colusión simple y agravada

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

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, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.⁴

Conforme al desarrollo efectuado por la doctrina nacional y la jurisprudencia de nuestra Suprema Corte, el delito de colusión, importa que el funcionario o servidor público se concierte con los particulares en la celebración o ejecución de un contrato derivado de un proceso de selección con la finalidad de defraudar los

⁴ Descripción típica, según la modificación efectuada por el artículo único de la Ley N.º 29758, publicada el 21 de julio de 2011.

intereses del Estado. Dentro de su estructura se reconocen básicamente los siguientes elementos: i) el acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito, ii) perjudicar a un tercero, en este caso al Estado, y iii) mediante diversas formas contractuales, para lo cual se utiliza el cargo.

6.11 Conforme a la casación N.º 661-2016 Piura, el delito de colusión previsto en la Ley N.º 29758 -que en su sustrato típico establece lo mismo que la modificación actual- regula dos supuestos: i) colusión simple (primer párrafo del artículo 384 del CP) y 2) colusión agravada (segundo párrafo del artículo 384 del CP). En ambos supuestos el núcleo típico es defraudar al Estado mediante la concertación con los interesados en los procesos de contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios para el Estado. En ese sentido, el marco para el acuerdo defraudatorio -colusión- es el ámbito de la contratación pública.⁵

6.12 Respecto a la **autoría y participación**, la Corte Suprema ha precisado que el funcionario o servidor público que por razón de su cargo tiene que ver con el patrimonio del Estado tiene la obligación especial de cautelarlo, protegerlo y solo usarlo en beneficio del propio Estado. Caso contrario, si se aprovecha de tal posición para obtener beneficio personal o de tercero en perjuicio del patrimonio estatal, infringe su deber funcional. En definitiva, se tutela el regular desempeño funcional del funcionario o servidor público en el manejo del patrimonio público. De ahí que, en este tipo penal, se reprimen los comportamientos defraudatorios que se revelan y surgen a través de concertación entre los funcionarios públicos y los terceros interesados. Si bien los **autores** realizan el tipo penal descrito, la conducta efectuada por los partícipes -entendido de los cómplices- no se subsume en la acción tipificada en el artículo 384 del CP por la razón de que **el partícipe, en sentido estricto, no realiza el hecho prohibido, pero su accionar contribuye a la comisión del hecho ajeno, delito o conducta prohibida**, pues los cómplices prestan auxilio para la realización del evento criminal (véase el artículo 25 del acotado Código), distinguiéndose la colaboración del cómplice primario como necesaria para la perpetración del ilícito⁶.

§ Análisis del caso en concreto.

6.13 Conforme al tenor de la disposición s/n de fecha **8 de junio de 2017**, el Ministerio Público ha precisado que los hechos que viene investigando se encuentran dentro del marco normativo de la Ley N.º 30077, pues, habrían sido cometidos en el contexto de la existencia de una presunta **organización criminal** liderada por el exgobernador regional del Cusco, Jorge Isaacs Acurio Tito e integrada por varios funcionarios y servidores públicos, quienes habrían cumplido diversos roles para concretar el designio criminal, que en este caso consistía en concertarse para defraudar al Estado a través del otorgamiento de la buena pro a la empresa OAS sucursal Perú, integrante del Consorcio Salud Lorena, así como la elaboración del expediente técnico y construcción de la obra pública

⁵ Casación N.º 661-2016 Piura, f.j. 14.

⁶ Recurso de Nulidad N.º 978-2011-Lima del 21-03-2012, f.j. 4



"Mejoramiento de la capacidad resolutive de los servicios de salud del hospital Antonio Lorena Nivel III-1-Cusco".

6.14 Se sostiene, además, en esta disposición que Jorge Isaacs Acurio Tito designó en cargos específicos a sus coimputados, a fin de que dentro de su competencia funcional participen en cualquiera de las etapas de la contratación pública internacional y defrauden al Estado beneficiando a terceros. Así, se sostiene textualmente:

Ya habiendo previamente elegido a la empresa que ejecutaría la obra y a favor de quien se direccionaría la licitación como fue la empresa brasileña OAS S.A., es que el imputado Jorge Isaacs Acurio Tito *estratégicamente nombra como Gerente de Infraestructura a Américo Montañez Tupayachi* (quien ha sido supervisor de la obra "Construcción del Coliseo de Calca" donde Acurio Tito es sentenciado en su condición de residente de obra), nombrando a su vez a Mario Edgar Cárdenas Haman en el cargo de Director de la Oficina de Supervisión, Liquidación y Transferencia de Proyectos de Inversión; así como designa a Arcenio Orduña Paredes en el cargo de Sub Gerente de Programación e Inversiones, gerencias que directamente estaban vinculadas con el proyecto y quien a través de estos iba a lograr que aquellas irregularidades o actos ilícitos desplegados por ellos en atribución a sus funciones sean inadvertidas. (resaltado agregado)

6.15 En el caso en concreto y según la imputación fiscal, el imputado Américo Montañez Tupayachi fue designado **estratégicamente** en la Gerencia de Infraestructura del Gobierno Regional del Cusco porque era una gerencia directamente vinculada al proyecto, y el imputado Jorge Isaacs Acurio Tito la consideraba un puesto clave para que con la participación de la persona a cargo de ella, se logre la concreción de los propósitos ilícitos.

6.16 De otro lado, de todas las disposiciones reseñadas y en las cuales consta la imputación⁷, se advierten los siguientes hechos que se le atribuyen al imputado Américo Montañez Tupayachi:

- i) haber participado en el acto de apertura de ofertas ante la Unops en la ciudad de Lima con fecha 11 de junio de 2012, pese a que en fecha 18 de abril de 2012 el Gobierno Regional del Cusco, habría acreditado ante la Unops el grupo de trabajo y coordinación, accionar desplegado por el imputado que evidenciaría el direccionamiento para el otorgamiento de la buena pro al consorcio Salud Lorena -integrado por la empresa OAS- en la licitación de la obra del Hospital Antonio Lorena (disposiciones de fechas 01 de abril de 2015 y 8 de junio de 2017);
- ii) haber suscrito el acta de fecha 23 de octubre de 2012, con la participación de los funcionarios y servidores del Gobierno Regional de Cusco y la participación del consorcio Salud Lorena, a través de su apoderado Marcelo

⁷ i) Disposición de fecha 01 de abril de 2015, ii) Disposición s/n de fecha 8 de junio de 2017, iii) Disposición N.º 19 de fecha 12 de diciembre de 2017 y iv) Disposición N.º 21 de 16 de enero de 2018.

Galvao Machado, fecha en la cual se determinó sobre la demolición de dos pabellones del citado hospital, situación que era improcedente, debido a que los recursos públicos del Estado se deben destinar con eficiencia a los fines públicos y no beneficiar los intereses económicos de la empresa contratante (**disposición N.º 19 de fecha 12 de diciembre de 2017**);

iii) haber suscrito con fecha 06 de agosto de 2012 el memorándum N.º 2949-2012-GR-CUSCO/GRI, documento mediante el cual considera que el trámite de otorgamiento de adelanto directo es procedente, por la suma de S/1 225,027. 52, monto que representa el 20% de la suma establecida para la elaboración del expediente técnico (**disposición N.º 21 de fecha 16 de enero de 2017**).

iv) haber autorizado con fecha 08 de agosto de 2012 la orden de servicio N.º 2852 por la cantidad S/ 1 225 027. 52, acto en el cual reconoce la obligación de pago formal a fin de favorecer a la empresa constructora OAS Ltda. sucursal del Perú (**disposición N.º 21 de fecha 16 de enero de 2017**).

6.17 Como se puede apreciar, conforme al estado y avance de la investigación, a la fecha, la imputación que se le formula al investigado Montañez Tupayachi no reside únicamente en haber participado en el acto de apertura de ofertas ante la Unops realizado en la ciudad de Lima con fecha 11 de junio de 2012, sino también otros hechos que corresponden al periodo del cargo que ejerció como gerente de infraestructura del Gobierno Regional del Cusco, en los que habría contribuido con aportes específicos a las actividades delictivas de la organización criminal que habría liderado el imputado Acurio Tito, los cuales tienen relevancia penal y que, por ahora, se subsumen en el delito que se le imputa. En consecuencia, tal y como hasta el momento está formulada la imputación, no es posible concluir que estemos frente a una conducta neutra que no tiene relevancia para el resultado.

6.18 De otro lado, en la resolución impugnada se sostiene que en el acto de apertura no se adoptó decisión alguna en relación al otorgamiento de la buena pro y que tampoco llevó consigo algún juicio de valor sobre la calificación de los postores. Asimismo, se agrega que su participación como observador obedeció a la designación del Gobierno Regional del Cusco, sin que ejerza ningún acto en su calidad de gerente de infraestructura. Sin embargo, como ya se ha señalado, al imputado Montañez Tupayachi se le atribuyen otros hechos que no se limitarían únicamente a la etapa de selección, sino también a otras fases de la obra materia de licitación. Además, en la última disposición - la disposición N.º 21 del 16 de enero de 2018-, se ha precisado que el grado de participación que se le atribuye al investigado Montañez Tupayachi en los hechos que se le imputan, es el de **cómplice primario** del delito de colusión; es decir, la calificación inicial de autor ha sido variada por el Ministerio Público. Como ya lo hemos anotado siguiendo a los criterios desarrollados por la Corte Suprema⁸, los partícipes (cómplices) en sentido

⁸ Recurso de Nulidad N.º 978-2011-Lima del 21-03-2012, f.j. 4



estricto no realizan el hecho prohibido, pero sí contribuyen o prestan auxilio con su accionar a la comisión de la conducta típica perpetrada por el autor.

6.19 Finalmente, el abogado defensor del impugnante admitió en la audiencia de apelación, haber tenido conocimiento de las disposiciones en que consta la imputación, salvo la disposición N.º 21 del 16 de enero de 2018; sin embargo, ello no impide que este Colegiado verifique el estado actual de la imputación, cuya construcción en orden a la naturaleza de la investigación siempre resulta provisional y progresiva, conforme ya se ha indicado anteriormente.

Conclusión.

6.20 Conforme a lo expresado en los fundamentos precedentes, tal y como hasta ahora está formulada la imputación, los hechos que se le atribuyen a Américo Montañez Tupayachi tienen contenido penal y por tanto no corresponden ser examinados a través de una excepción de improcedencia de acción.

6.21. En consecuencia, las impugnaciones formuladas por los representantes del Ministerio Público y de la Procuraduría Pública Ad hoc deben ser estimadas; por tanto debe ser revocada la resolución impugnada, y reformándola declarar infundada la excepción deducida.

DECISIÓN

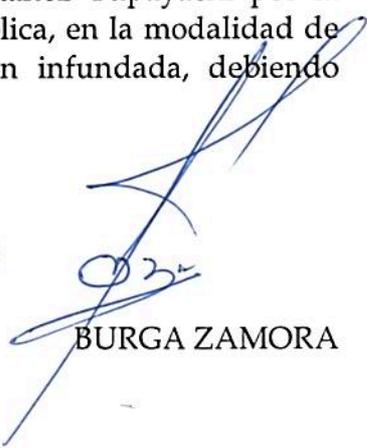
Por los fundamentos expuestos, los magistrados integrantes del Colegiado A de la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios **RESUELVEN**:

REVOCAR la resolución N.º 13, de fecha siete de diciembre de dos mil diecisiete, que resuelve declarar fundada la excepción de improcedencia de acción deducida en la investigación preparatoria que se le sigue a Montañez Tupayachi por la presunta comisión del delito contra la administración pública, en la modalidad de colusión agravada; y, **REFORMÁNDOLA** la declararon infundada, debiendo continuar el proceso conforme a su estado.

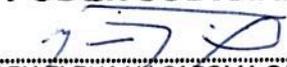
Notifíquese y devuélvase.-
S.S.


CASTAÑEDA OTSU


GUILLERMO PISCOYA


BURGA ZAMORA

PODER JUDICIAL


MARY ELENA VILCAPOMA SALAS
ESPECIALISTA JUDICIAL
Sala Penal Nacional de Apelaciones
Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

