



Ministerio Público
Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa
CHICLAYO

CASO N° 3142 - 2009

IMPUTADO : NERY SALDARRIAGA DE KROLL Y OTROS
AGRAVIADO : EL ESTADO
DELITO : ABUSO DE AUTORIDAD Y OTROS

DISPOSICION N° CUATRO

Chiclayo, 24 de marzo
del dos mil diez.

VICTOR LUNA VICTORIA MENACHO
ABOGADO
Reg. CALI. 5355

Ch. 25-03-10
40 folios.

I. ANTECEDENTES

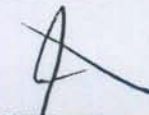
Con la Carpeta Fiscal N° 3142-2009 que contiene las diligencias preliminares desarrolladas en la investigación iniciada contra NERY SALDARRIAGA DE KIROL y PABLO ENRIQUE SALAZAR TORRES por presuntos delitos de ABUSO DE AUTORIDAD; OMISIÓN, REHUSAMIENTO O DEMORA DE ACTOS FUNCIONALES; COLUSIÓN y CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS EN SU MODALIDAD DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE O APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE CARGO en agravio del ESTADO; y contra JUAN ANDRÉS MARSANO SOTO y RAMESH BEHARI AGRAWAT FERNÁNDEZ por presuntos delitos de CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS EN SU MODALIDAD DE COHECHO ACTIVO GENÉRICO en agravio del ESTADO y estando al término del plazo de investigación.

II. CONSIDERACIONES DE HECHO Y DE DERECHO

PRIMERO.-

Hechos denunciados

Son hechos objeto de la investigación que el 25 de junio del 2008 el Consorcio Irrigación Olmos, que integra la empresa Odebrecht, representado por JUAN ANDRÉS MARSANO SOTO y RAMESH BEHARI AGRAWAT FERNÁNDEZ presentó la iniciativa privada denominada "Proyecto Irrigación Olmos" a fin de solicitar la implementación de un contrato de concesión al amparo del Decreto


Dr. Carlos Enrique Osorio Padilla

Supremo N° 059-96-PCM que comprende la construcción de obras del Proyecto de Irrigación Olmos.

Posteriormente, el 24 de julio del 2008, el Comité de Promoción de la Inversión Privada del Gobierno Regional de Lambayeque acordó mediante Acta N° 02-2008 CEPRI-GR dar opinión favorable para admitir a trámite la iniciativa privada presentada por el Consorcio Irrigación Olmos denominada "Proyecto Irrigación Olmos", emitiéndose para tal efecto el Acuerdo Regional N° 109-2008-GR.LAMB/CR con la que se admitió a trámite la referida iniciativa, dando lugar a la Declaración de Interés de la Iniciativa Privada Proyecto Irrigación Olmos, mediante Acuerdo Regional N° 049-2008-GR.LAMB/CR.

SEGUNDO.-

Argumentos de la denuncia

Sobre los hechos descritos, los denunciantes consideran que la iniciativa privada pretende privar al Proyecto Olmos de gran parte del inicial potencial hídrico puesto a su disposición, pues se estaría promoviendo la irregular hipoteca de su ya recortado proyecto de irrigación, bajo criterios insostenibles, desde el punto de vista técnico y de la conveniencia de la agricultura Lambayecana. Así consideran que de aceptarse la iniciativa privada se estaría regalando las tierras del Proyecto Olmos, pues se utilizarían gratuitamente el agua cuando ésta le ha costado al Estado más de 500 millones de dólares.

Asimismo consideran los denunciantes que los requisitos exigidos a potenciales postores tiene como objetivo impedir que estos participen, además de una carta fianza altísima para esta etapa del proceso, agregando que los demás requisitos están hechos a la medida del proponente.

También denuncian que el presupuesto a ejecutar de US \$ 185'314,810.00 más IGV se encuentra escandalosamente sobrevaluado, si se tiene en cuenta que no considera la ejecución del Hidráulico Olmos y propone además un sistema obsoleto de riego mediante canales; precisando que la NIPPON KOEI estimó el costo de las obras de riego en US \$ 180 millones con un sistema moderno mediante tuberías e incluyendo el Hidráulico Olmos. Al respecto, citan un conjunto de costos referenciales donde se incluyen costos de partida de precios sobrevaluados como el costo de m³ de concreto armado, acero, losa, encofrado y otros, precisando el valor que podría tener cada concepto.

Además, señalan que la empresa Odebrecht pone como condición el denominado "cierre financiero" que significa la venta de 38,000 Has de tierras pertenecientes al Proyecto Olmos a un precio mínimo de US\$ 4,000.00 que multiplicados por 38,000 Has. arrojan US\$ 152'000,000.00, considerando que esto implica que construirán las obras con dinero de todos los peruanos, pese a que cobrarán una tarifa de 6.125 centavos de dólar por cada metro cúbico de agua durante 25 años, lo que equivale a más de 20 millones de dólares anuales.

Por otro lado, los denunciantes señalan que el Gobierno Regional y el PEOT, no han cumplido con la formalidad prescrita por el artículo 15 del Decreto Legislativo



Dr. Carlos Enrique Osorio Padilla
COORDINADOR
Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa
Chiclayo
Distrito Judicial de Lambayeque

Nº 1012, que no distingue entre la declaratoria de interés de la iniciativa por un lado, y un resumen ejecutivo de la misma, por otro.

Asimismo denuncian que el Gobierno Regional y el PEOT no han cumplido con publicar el acuerdo regional, conforme lo prescribe el artículo 15º del Decreto Legislativo Nº 1012, dado se efectuó una publicación fraccionada de la declaratoria de interés (el 11 de abril y el 15 de mayo del 2009). Así también señalan que el Gobierno Regional y el PEOT no han cumplido con realizar sus publicaciones conforme al artículo 15º del Decreto Legislativo Nº 1012 que dispone realizarlas en el Diario Oficial El Peruano y en un diario de circulación nacional, además de hacerlo en la página web del Gobierno Regional de Lambayeque. Los denunciantes consideran que estas nulidades en la publicación han estado encaminadas a favorecer al Consorcio Irrigación Olmos, incumplimiento con su función consistente en promover la participación de terceros interesados en el proyecto.

También señalan los denunciantes que el Gobierno Regional y el PEOT no han cumplido con informar coherentemente sobre la garantía de fiel cumplimiento de las obligaciones contractuales que debe presentar el Consorcio Irrigación Olmos, pues mientras en la publicación del 11 de abril se señalan las cantidades de US \$ 2'000,000; 8'200,000.00; 4'000,000.00 y 2'000,000.00 respectivamente para cada uno de los tramos, en la página web del Gobierno Regional figura la de US \$ 2'000,000; 16'690,000.00; 4'000,000.00 y US \$ 2'000,000.00 por los mismos conceptos. Agregan que no hay garantía del postor para responder por un eventual incumplimiento de contrato.

Además, señalan que el Consejo Regional con aval de la Presidenta Regional transgreden el Acuerdo Regional Nº 099-2009-GR.LAMB.CR del 02 de julio del 2009, puesto que la Presidenta Regional no ha exigido que su órgano especializado, el PEOT, convoque a las instituciones representativas de la sociedad civil y a los ciudadanos interesados.

Asimismo indican que se ha constatado notarialmente que en la página web del Gobierno regional no se publicó el Acuerdo Regional Nº 00099-GR-LAMB-CR sino aparece el Acuerdo Regional 098-GR-LAMB-CR del 30 de junio del 2009.

Teniendo en cuenta lo expuesto, los denunciantes consideran que el impedir la participación de postores a través de una carta fianza altísima, así como que se fijen requisitos a la medida del proponente, la sobrevaluación del presupuesto de las obras, la obsolescencia del sistema de riego y la insuficiencia de la información técnica para que alguna empresa pueda elaborar una propuesta, evidencian una actitud malintencionada y de un ofrecimiento económico "ventaja".

TERCERO.-

Discrecionalidad y arbitrariedad en la actividad estatal

Conforme lo señala el Tribunal Constitucional en su sentencia emitida en el expediente Nº 0090-2004-AA/TC, la actividad estatal se rige por el principio de legalidad, el cual admite la existencia de los actos reglados y los actos no



Dr. Carlos Enrique Osorio Padilla
COORDINADOR
Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa
Chiclayo

reglados o discrecionales. Respecto a los actos no reglados o discrecionales, sostiene el TC que los entes administrativos gozan de libertad para decidir sobre un asunto concreto dado que la ley, en sentido lato, no determina lo que deben hacer o, en su defecto, como deben hacerlo.

Tomando en cuenta ese criterio el Tribunal Constitucional señala que se trata de una herramienta jurídica destinada a que el ente administrativo pueda realizar una gestión concordante con las necesidades de cada momento. Agrega el referido organismo constitucional que la discrecionalidad tiene su justificación en el propio Estado de Derecho, puesto que atañe a los elementos de oportunidad, conveniencia, necesidad o utilidad; amén de las valoraciones técnicas que concurren en una gran parte de las actuaciones de la administración estatal.

Ahora, dentro de los tipos de discrecionalidades, el Tribunal Constitucional cita entre otras,

- La discrecionalidad política, entendida como el arbitrio de la determinación de la dirección y marcha del Estado. Por ende, tiene que ver con las funciones relacionadas con el curso de la acción política, los objetivos de gobierno y la dinámica del poder gubernamental. Para tal efecto, define las prioridades en lo relativo a políticas gubernamentales y al ejercicio de las competencias de naturaleza política. Dicha discrecionalidad opera en el campo de la denominada cuestión política; por ello, se muestra dotada del mayor grado de arbitrio o libertad para decidir.
- La discrecionalidad técnica, definida como el arbitrio para valorar o seleccionar, dentro de una pluralidad de de opciones, un juicio perito o un procedimiento científico o tecnológico.

En relación a la arbitrariedad el Tribunal Constitucional señala que el requisito de razonabilidad excluye la arbitrariedad, siendo que la idea que confiere sentido a la exigencia de razonabilidad es la búsqueda de la solución justa de cada caso. Así cita a Fernando Sainz Moreno quien señala: *"una decisión arbitraria, contraria a la razón (entendiendo que en un sistema de derecho positivo la razonabilidad de una solución está determinada por las normas y principios que lo integran, y no sólo por principios de pura razón), es esencialmente antijurídica"*.

Además, el Tribunal Constitucional señala que el concepto arbitrario apareja tres acepciones proscritas por el derecho: a) lo arbitrario entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica, b) lo arbitrario entendido como decisión despótica, tirana y carente de toda fuente de legitimidad; y c) lo arbitrario entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica.

En ese orden de ideas el TC señala que el principio de interdicción de la arbitrariedad tiene un doble significado:

- a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho.


Dr. Carlos Enrique Osorio Padilla
COORDINADOR
Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa

- b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo.

En mérito a ello concluye que lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad.

Sobre el extremo analizado el TC cita al Tribunal Constitucional Español, el cual en la Sentencia N° 353/1993 determina que **existe presunción de razonabilidad o de certeza de la actuación administrativa**, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación, precisando que la presunción iuris tantum **podrá desvirtuarse si se acredita la infracción o desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador**.

Sobre el tema analizado en presente considerando, también resulta interesante citar la NAGU (Normas de Auditoría Gubernamental) 3.20, donde se señala: *"Cuando la legislación vigente autorice a los funcionarios expresamente algún grado de discrecionalidad para determinada toma de decisión, el auditor no puede cuestionar su ejercicio por el solo hecho de tener una opinión distinta. Tales decisiones sólo pueden observarse si fueron tomadas sin una consideración adecuada de los hechos o riesgos en el momento oportuno o por los resultados adversos que la decisión conllevó a la entidad"*.

De lo expuesto se puede concluir en concreto que la actuación estatal cuenta con un poder discrecional para adoptar decisiones sobre actos no reglados, siendo el límite de esta discrecionalidad la razonabilidad (antes explicada).

CUARTO.-

Responsabilidad limitada por criterios opinables o dudosos

Sobre este extremo resulta interesante citar a la Sala 1° del Tribunal Supremo Español del 06 de noviembre de 1970 (En http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1988_117_099.PDF), en la que sostiene: *"Siendo inconcuso por ello que, aunque pudiera ser dudosa la estimación de la excepción de cosa juzgada, no puede predicarse que el pronunciamiento absolutorio de la reconvenición, suficientemente elaborado en su fundamentación, infrinja Ley alguna y menos por negligencia o ignorancia inexcusable del Juzgador de segunda instancia"*. Tomando este criterio, el autor Pablo García Manzano (en la página web antes señalada) sostiene que la discrepancia de criterios entre lo resuelto por un superior y un inferior no genera responsabilidad civil, dada la **falibilidad de la inteligencia humana**.

Recogiendo los argumentos citados en el párrafo precedente, y a efectos de meritarlos en el presente caso, es de señalar que el concepto trascendente a recogerse es la falibilidad de la inteligencia humana, por lo que en el supuesto que existan criterios opuestos (no sólo entre un superior y un jerárquicamente inferior), sino también entre cualquier persona o institución, no puede conllevar a


Dr. Carlos Enrique Osorio Padilla
COORDINADOR

Comando Elemental Provincial Penal Comarcal

una responsabilidad, que implica la exclusión no sólo de una responsabilidad civil, sino con mayor razón de una responsabilidad penal.

QUINTO.-

Algunas ideas sobre interpretación de normas

En relación a la interpretación Riccardo Guastini sostiene: *"la asunción subyacente, de hecho, es que un texto claro no requiere interpretación, y que la interpretación constituye una falsificación del significado propio (obvio, indiscutible) de las palabras. Este uso del término está implícito en la opinión (difundida entre nuestros especialistas), según la cual, cuando la ley es clara, no sólo es inútil, sino dañoso, interpretarla".*¹

Complementariamente, es de señalar que la interpretación correctora (dentro de la cual se encuentra la interpretación ratio legis, esto es, basada en buscar la intención del legislador) se caracteriza por oposición a la declarativa o literal². Agrega Guastini que es evidente que la argumentación correctora debe sostenerse con argumentos que desacrediten por impracticable, y por tanto, excluyan, la interpretación literal³.

SEXTO.-

El delito de abuso de autoridad – Art. 376° del Código Penal

El delito de abuso de autoridad se configura cuando un funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena, en perjuicio de alguien, un acto arbitrario cualquiera.

En relación al sujeto activo, éste es un funcionario público, precisándose que son funcionarios públicos aquellos señalados en el artículo 425° del Código Penal; añadiéndose que conforme lo señala Fidel Rojas Vargas⁴, la alusión a la calidad de funcionario público no es formal sino funcional, es decir, en actividad, en ejercicio de actos inherentes a su competencia.

Respecto al comportamiento típico el tipo prevé el abuso de atribuciones, definiendo Fidel Rojas Vargas⁵ a las atribuciones como las facultades legalmente concedidas al funcionario que emanan de la función o cargo desempeñado, las mismas que se hallan regladas o establecidas en las respectivas normas legales o en reglamento y que definen un marco o varios de competencia. Agrega Fidel Rojas Vargas lo siguiente: *"El abuso de atribuciones se produce, con palabras de ANTOLISEI, cuando el funcionario público extralimita los límites de su competencia actuando fuera de los casos establecidos por la ley o reglamentos o*

¹ GUASTINI, Riccardo. Estudios sobre la interpretación jurídica. Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México. Traducción Marina Gascón y Miguel Carbonell. México. 2000. Pág. 9.

² GUASTINI, Riccardo. Op. Cit. Pág. 31 y 33.

³ GUASTINI, Riccardo. Op. Cit. Pág. 32.

⁴ ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Cuarta Edición. 2007. Editorial Grijley. Pág. 223.

⁵ ROJAS VARGAS, Fidel. Op. Cit. Pág. 224.


Dr. Carlos Enrique Osorio Padilla
COORDINADOR
Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa
Chiclaya
Distrito Judicial de Chiclaya

cuando no observa las normas o formalidades prescritas o las instrucciones que le han sido impuestas y, finalmente, cuando hace uso de sus poderes para un objetivo distinto de aquel para el cual le fueron conferidos dichos poderes”.

Por otra parte, el mismo Fidel Rojas Vargas⁶, al analizar el concepto “acto arbitrario cualquiera” define al acto arbitrario como toda decisión personal que sustituye o reemplaza lo mandado o contemplado por la ley y reglamento; en tal sentido es lo que carece de legitimidad y se aparta del derecho. Señala también el autor que en el acto arbitrario la conducta funcional del funcionario no está guiada por los intereses públicos y la ley sino por finalidades distintas y diversas de carácter doloso – es decir ilegítimas – en el desempeño de sus funciones.

Además, en relación a algunos elementos del tipo de abuso de autoridad, resulta conveniente citar a Fidel Rojas Vargas quien sostiene:

*“Lo dicho anteriormente no va a negar en modo alguno que existen actos arbitrarios desprovistos de relevancia penal en diferentes órdenes de conducta y reconducibles al ámbito de las negligencias sancionadas administrativamente. Pero al referirnos a la estricta esfera del artículo 376 se requiere vinculación necesaria del acto arbitrario con el abuso y el perjuicio, producido con dolo” (subrayado y resaltado agregados)*⁷.

Por otra parte, en relación al elemento perjuicio el mismo Fidel Rojas Vargas⁸ señala:

“El perjuicio constituye el límite objetivo, la condición que coloca la norma penal para perfeccionar la tipicidad del delito, debiendo tratarse de un perjuicio injusto, producto de la arbitrariedad y comprendido en el elemento cognoscitivo del sujeto activo (...)”

El principio de lesividad ha sido destacado por la Corte Suprema a fin de penalizar actos de negligencia o de mero trámite administrativo o de aquellas otras decisiones arbitrarias que tengan en el marco procedimental administrativo las vías pertinentes para recurrir ante las instancias de apelación respectivas. En virtud a tal principio el acto arbitrario, típico del abuso de autoridad, deberá asumir niveles de significatividad y comprometer de modo no removible los intereses de la persona afectada. Con ello focalizamos la atención penal en actos que siendo significativos tienen una etiología dolosa y ha sido cometidos en ejercicio de atribuciones. Ni las simples órdenes no ejecutadas (con la excepción de las notificadas) o no ejecutables, ni los actos arbitrarios de base negligente son reconducibles a las exigencias del abuso de autoridad como figura delictiva” (subrayado y resaltado agregados).

Es de señalar que a este delito le es aplicable el concepto de mínima intervención del Estado (que será posteriormente desarrollado), por ser inherente al estado de derecho.

⁶ ROJAS VARGAS, Fidel. Op. Cit. Pág. 233.

⁷ ROJAS VARGAS, Fidel. Op. Cit. Pág. 235.

⁸ ROJAS VARGAS, Fidel. Op. Cit. Pág. 236.


Dr. Carlos Enrique Osorio Padilla
COORDINADOR
Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa
Chiclayo
Distrito Judicial de Lambayeque

SÉTIMO.-

El delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales – Art. 377° del Código Penal

El delito de omisión de actos funcionales se configura cuando un funcionario público, ilegalmente, omite, rehusa o retarda algún acto de su cargo.

Respecto a los elementos del tipo penal en análisis, es de señalar que en relación al término "ilegalmente" Fidel Rojas Vargas⁹ sostiene: *"Con el empleo – para constituir la figura penal del incumplimiento de obligaciones – del término ilegalmente se ha querido enfatizar la gravedad del comportamiento del sujeto activo, quien orienta dolosamente su conducta en inobservancia de los ordenado por la ley o contra lo reglado por la misma en el desenvolvimiento de sus actos, para así también diferenciarlo de aquellos comportamientos que resulten por negligencia culposa o por imposibilidades funcionales o técnicas. El agente actúa omisivamente cuando pudiendo actuar no lo hace, sabiendo que está infringiendo lo dispuesto en la respectiva ley que norma sus funciones o en los genéricos dispositivos constitucionales".*

En relación a la omisión, el mismo Fidel Rojas Vargas señala que *"omitir es dejar de hacer dolosamente el acto al que está obligado por ley el funcionario, esto es, frente al cual se halla en el deber de actuar, o hacerlo dolosamente en forma no debida, ya que la concepción penalmente relevante de la omisión no sólo es la inactividad... No se trata obviamente de cualquier omisión en la que incurre el funcionario, que puede tener su origen en causalidades que no interesan al derecho penal sino sólo a aquella que siendo debida y legal su falta o ausencia tiene el suficiente poder o idoneidad para poner en peligro o lesionar el bien jurídico protegido"*

Asimismo sobre el rehusamiento indica: *"rehusar supone previamente que alguien, sea otro funcionario, el superior jerárquico, el particular o autoridad distinta competente para ello, requiera (solicite u ordene) con las formalidades del caso del sujeto activo un acto debido (o conforme a sus deberes) y que éste rechace, niegue o no acepte realizar el acto funcional mediante escrito, verbalmente o a través de otro acto que implique negativa"*

Además, respecto el retardo sostiene: *"el retardo del acto debido presupone que el agente pospone, aplaza, retrasa o atrasa ilegalmente el cumplimiento del acto más allá de los términos legalmente fijados. A diferencia de la omisión, en la que simplemente no se ejecuta el acto esperado del funcionario, y del rehusamiento, en el que hay una expresa o implícita renuencia a cumplir con sus deberes, en el retardo existen plazos establecidos que el funcionario dolosamente no observa, realizando el acto debido inoportunamente a capricho suyo"*

Es de señalar que a este delito también le es aplicable el concepto de mínima intervención del Estado (que será posteriormente desarrollado), por ser inherente al estado de derecho.

⁹ ROJAS VARGAS, Fidel. Op. Cit.


Dr. Carlos Enrique Osorio Padilla
COORDINADOR
Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa
Chiclayo
Distrito Judicial de Lambayeque

OCTAVO.-

El delito de colusión – Art. 384° del Código Penal

El delito de colusión sanciona al funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga en razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros.

Sobre el presente tipo penal resulta necesario analizar los siguientes conceptos:

- **Defraudar al Estado y a sus organismos o entidades:**

Al respecto, Fidel Rojas Vargas¹⁰ sostiene que la defraudación resulta del quebrantamiento de los roles especiales asumidos por los sujetos vinculados, con la consiguiente violación de la confianza depositada por la sociedad y el Estado al producirse engaño al interés público. Así señala que en este caso el funcionario o servidor asume roles incompatibles con los de negociar profesionalmente en tanto parte representante de la administración pública, que contrarían sus atribuciones o los mandatos de la comisión y afectan las expectativas e intereses patrimoniales del Estado. La defraudación producto de la concertación, que es lo que aquí se castiga, configurando el disvalor de la acción y del resultado supone un ingrediente que además de suponer engaño se estructura con la presencia del perjuicio ocasionado a los intereses estatales.

- **La concertación del agente público con los interesados**

Sobre este concepto, Fidel Rojas Vargas¹¹ sostiene que esto implica un amplio margen de pactos ilícitos, componendas o arreglos en perjuicio de los intereses del Estado en juego. Respecto al concepto "interesados" el mismo autor señala que esta es una locución que engloba a todos quienes contratan (vía las diferentes negociaciones u operaciones nominadas o innominadas establecidas en el tipo) con el Estado, sean éstos contratistas extraneus absolutos (extraños a la administración pública) o relativos, en este último caso cuando los contratistas sean empresas estatales o mixtas. Los interesados pueden estar constituídos por las empresas privadas (nacionales o internacionales).

- **Ámbito de comprensión típica de los negocios jurídicos.**

Al respecto, Fidel Rojas Vargas¹² sostiene:

✓ Contratos:

¹⁰ ROJAS VARGAS, Fidel. Op. Cit. Pág 411-412.

¹¹ ROJAS VARGAS, Fidel. Op. Cit. Pág 414.

¹² ROJAS VARGAS, Fidel. Op. Cit. Pág 417.



Dr. Carlos Enrique Osorio Padilla
COORDINADOR
Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa
Chiclayo
Distrito Judicial de Lambayeque

Los contratos en los que interviene el Estado son necesariamente acuerdos escritos formalizados con los particulares para ejecución de obras, provisión de bienes y/o prestación de servicios (transporte de bienes, programas de asesoramiento nacional o internacional, etc), proyectos conjuntos, etc, que vinculan

✓ **Suministros:**

El término suministro está usado en sentido ordinario para aludir a él a las provisiones o abastecimiento de bienes diversos que hace o recibe el Estado. El suministro como contrato es aquel que se acuerda entre el estado y un particular en virtud del cual éste se encarga, por su cuenta y riesgo, y mediante una remuneración pagada por la administración de proporcionar prestaciones mobiliarias (por ejemplo combustible, alimentos, armas, ropas, mercadería, etc).

✓ **Licitaciones:**

Es un procedimiento legal y técnico de interesados contratistas que permite a la administración pública conocer quienes pueden, en mejores condiciones de idoneidad y conveniencia prestar servicios públicos o realizar obras. Es un procedimiento administrativo por el cual la administración pública invita a los interesados a que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas, de las cuales se seleccionará y aceptará (adjudicación) la más ventajosa, con lo cual quedará perfeccionado el contrato.

✓ **Concurso de precios:**

La palabra concurso es entendida como la convocatoria o llamamiento público para que se proceda ulteriormente a la elección de la mejor oferta de costos. Como su nombre mismo lo indica el énfasis administrativo de la locución está colocado en el mejor precio que representará la oferta dirigida a la administración.

✓ **Subastas:**

Son operaciones de venta pública de bienes al mejor postor.

✓ **Cualquier otra operación semejante:**

Con esta frase el tipo penal efectúa una vasta apertura al cúmulo posible de operaciones que se asemejen a las designadas en el tipo. Sobre este punto resulta importante citar a manera de complemento a Ramiro Salinas Siccha¹³, quien sostiene que estas operaciones deberán enmarcarse necesariamente en los procesos de selección y contratación pública para las **adquisiciones del Estado**. Así, agrega que podrá incluirse por ejemplo otros procesos de selección no mencionados expresamente en el

¹³ SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. Editorial Iustitia y Editorial Grijley. 2009. Pág. 251.



Dr. Carlos Enrique Osorio Padilla
COORDINADOR
Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa
Chiclayo

tipo penal, como sería el caso de la adjudicación directa o la adjudicación de menor cuantía; precisando que no puede aplicarse este delito a cualquier tipo de operación económica que realice el Estado a través de sus funcionarios, pues esta extensión del ámbito de aplicación del tipo penal implicaría salirse del tenor establecido por el tipo penal.

- **Consumación**

Al respecto, Fidel Rojas Vargas¹⁴ señala que el delito de colusión es un delito de resultado, es decir, requiere – ya que la norma penal así lo plantea – que se produzca defraudación a los intereses del Estado u organismos sostenidos por él, esto es, que se dé el perjuicio económico, lo que tendrá que establecerse técnicamente. Agrega Fidel Rojas Vargas que considerar que el tipo penal de colusión defraudatoria o ilegal es un tipo de peligro y simple actividad es efectuar una interpretación contraria al texto literal de la norma, para adelantar las barreras punitivas; precisando que no es aceptable sostener que exista colusión cuando la concertación contenga potencialmente el perjuicio patrimonial.

Similar posición adopta la Corte Suprema en la Ejecutoria Suprema del 04 de julio del 2002 expedida en el Expediente N° 1402-2002-Tumbes, en la que se señala: *“Cabe precisar que el delito de colusión ilegal, previsto en el artículo 384° del Código Penal contempla como núcleo rector típico el defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros... siendo el perjuicio un elemento intrínseco de la defraudación, que viene a ser un componente material en cuanto implica un perjuicio ocasionado a los intereses estatales, que en la mayoría de los casos se concretará en su sentido patrimonial, pero también se concreta cuando un perjuicio se da con relación a las expectativas de mejoras, de ventajas, entre otras”* (subrayado y resaltado agregados).

NOVENO.-

El delito de negociación incompatible – Art. 399° del Código Penal

El delito de negociación incompatible sanciona al funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, de cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo.

En relación al sujeto activo, y conforme lo señala Fidel Rojas Vargas¹⁵, será sujeto activo el funcionario o servidor público con facultades para intervenir en contratos u operaciones por razón de su cargo. Ello supone que es inherente al ámbito de su competencia el ser parte en el contrato u operación y que es el llamado a intervenir por ley, reglamento o mandato legítimo. De emplear el autor terceras personas que ejecutan el acto de interesarse, éstas serán sus cómplices, de comportarse dolosamente, dada la imposibilidad que compartan roles de

¹⁴ ROJAS VARGAS, Fidel. Op. Cit. Pág 422.

¹⁵ ROJAS VARGAS, Fidel. Op. Cit. Págs. 819, 824 y 825.


Dr. Carlos Enrique Osorio Padilla
COORDINADOR

coautoría con el sujeto especial, pese a lo decisivo que pueda representar su aporte material. De no existir vinculación en razón al cargo o función en el interés ilícito del funcionario o servidor, el supuesto de hecho ilícito será atípico de esta figura.

Sobre el comportamiento típico, Fidel Rojas Vargas¹⁶ señala que el interesarse es tomar interés propio, lo cual excluye del ámbito de tipicidad intereses futuros o hipotéticos. Respecto a la naturaleza del interés el citado autor sostiene que se trata de un interés en procura de provecho o ventaja económica para sí o para un tercero; así como que el interés posee naturaleza amplia, es decir, no sólo económica, basta que sea incompatible funcionalmente. Agrega el autor en mención que se trata de injerencias infuncionales donde el interés del funcionario o servidor, dado la naturaleza de los actos en que interviene, reviste naturaleza económica (provechos, ventajas, etc), precisando que de no ser indebido el interés puesto por el funcionario o servidor, el hecho será atípico.

Respecto al objeto del interés del funcionario (contrato u operación), Fidel Rojas Vargas¹⁷ señala que los contratos en los que es parte el Estado son variables y numerosos y se refiere a negociaciones obviamente lícitas de contenido múltiple, no sólo económico, de derecho privado o derecho público. Asimismo indica que las operaciones son los actos dispuestos o convocados por el Estado que no reúnen las características formales y bilaterales de los contratos, precisando que el objeto de la norma penal al emplear este término genérico con carácter subsidiario es ampliar el círculo de actos en los cuales está prohibido poner en práctica intereses infuncionales.

En relación a la consumación señala Fidel Rojas Vargas¹⁸ que se trata de un delito de peligro que se consuma al verificarse el interés particular puesto por el funcionario o servidor público en los contratos u operaciones, es decir, cuando el provecho, generalmente patrimonial propio para terceros, comanda su comportamiento funcional.

DÉCIMO.-

El delito de cohecho activo genérico – Art. 397° del Código Penal

Que conforme al artículo 397° del Código Penal comete cohecho activo genérico el que bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones.

DÉCIMO PRIMERO.-

Del principio de mínima intervención y carácter fragmentario del Derecho Penal; así como la distinción entre sanción administrativa y sanción penal.

¹⁶ ROJAS VARGAS, Fidel. Op. Cit. Pág 821.

¹⁷ ROJAS VARGAS, Fidel. Op. Cit. Pág 824.

¹⁸ ROJAS VARGAS, Fidel. Op. Cit. Pág 825.



Dr. Carlos Enrique Osorio Padilla
COORDINADOR
Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa
Chiclayo
Distrito Judicial de Lambayeque

De manera similar, Andrés Martínez Arrieta sostiene: *“La arbitrariedad, por lo demás, no es equivalente a la ilegalidad – cuyo control, como hemos dicho, es propio, en principio, de la jurisdicción contencioso – administrativa – y deberá apreciarse cuando aquélla implique un verdadero retorcimiento del derecho, por constituir una contradicción insuperable y de grado notorio con legalidad vigente (v.S de 15 de febrero de 1998); pues la arbitrariedad de la resolución – injusticia, en el Código derogado (art. 358) – ha de ser interpretada de forma restrictiva, como consecuencia del principio de intervención mínima, inherente al Estado de Derecho (v. art. 1 C.E.), que sin duda ha sido una apuesta clara del legislador de 1995, así como del carácter fragmentario y subsidiario del Derecho Penal. Por ello, los Tribunales han de actuar con la mayor cautela frente a lo que algún autor ha denominado “el fenómeno de la judicialización de la vida pública”, que según el mismo, implica graves consecuencias para el sistema jurídico. No en vano, el respeto del principio de legalidad, que debe regir toda la acción administrativa, se garantiza principalmente a través de otras ramas del ordenamiento jurídico distintas de la penal, especialmente la administrativa, por cuanto la penal debe reservarse únicamente para los ataques más graves contra la función pública”¹⁹ (subrayado y resaltado agregados). Es de señalar que estos principios son perfectamente aplicables a nuestra realidad, por ser el Perú también un estado de derecho.*

Es de agregar que en virtud “del principio de subsidiaridad del derecho penal derivado del principio de MINIMA INTERVENCIÓN, el Derecho Penal debe ser el último recurso que debe usar el Estado, debido a la gravedad que revisten sus sanciones. Los ataques leves a los bienes jurídicos deben ser atendidos por otras ramas del derecho o por otras formas de control social”²⁰, lo cual debe ser respetado por los operadores del derecho a fin de efectivizar los principios procesales del Derecho penal, y teniendo en cuenta que la sobre carga procesal existente, determina la prioridad de intereses penalmente relevantes, cuando los bienes jurídicos trascendentes se encuentren amenazados o vulnerados, máxime si teniendo en cuenta el análisis económico del Derecho, lo resuelto por los magistrados en la sede que fuere-fiscal o penal-, sirve de criterio orientador a los ciudadanos potenciales partes de un proceso penal. Así pues al ser el Derecho Penal el último medio de control social se debe recurrir a él una vez agotado todos los medios de solución de conflictos que la ley establece.

En forma similar Santiago Mir Puig sostiene: *“Para proteger los intereses sociales el Estado debe agotar los medios menos lesivos que el Derecho Penal antes de acudir a éste, que en este sentido debe constituir un arma subsidiaria, una última ratio. Deberá preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción, como una adecuada política social. Seguirán a continuación las sanciones no penales: así, civiles (por ejemplo impugnabilidad y nulidad de negocios jurídicos, repetición por enriquecimiento injusto, reparación de daños y perjuicios) y administrativas (multas, sanciones disciplinarias, privación de concesiones, etc). Sólo cuando ninguno de los medios anteriores sea suficiente*

¹⁹ Bacigalupo Zapater, E; Martínez Arrieta Andrés y otros. Comentarios al Código Penal. Tomo 4. Editorial Bosch. Barcelona – España. Abril 2007. Pág. 3034 y 3035.

²⁰ VILLAVICENCIO TERREROS FELIPE, MANUEL DE DERECHO PENAL: PARTE GENERAL, EDITORIAL GRILEY- LIMA MARZO DEL 2006.PP 93.


Dr. Carlos Enrique Osorio Padilla
COORDINADOR
Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa
Chiclayo
Distrito Judicial

*estará legitimado el recurso de la pena o de la medida de seguridad. Importa destacarlo especialmente frente a la tendencia que el Estado social tiene a una excesiva intervención y a una fácil huída al derecho penal. Pero también el estado social puede conseguirlo si hace uso de sus numerosas posibilidades de intervención distintas a la prohibición bajo sanción*²¹

Respecto al carácter fragmentario del derecho penal, Mir Puig sostiene: "Un segundo principio derivado de la limitación del derecho Penal a lo estrictamente necesario, es el postulado del carácter fragmentario del derecho penal. Significa que el derecho penal no ha de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos, Así, no todos los ataques a la propiedad constituyen delito, sino sólo ciertas modalidades especialmente peligrosas, como el apoderamiento subrepticio, violento o fraudulento".²²

Sobre la distinción entre sanción administrativa y sanción penal Clus Roxín señala. "De lo expuesto sobre el concepto material de delito resulta ya que los hechos punibles y las contravenciones (a las que Roxín las equipara a sanciones administrativas) no se distinguen por la presencia o falta de una lesión de un bien jurídico, puesto que ambos lesionan bienes jurídicos. En cambio, como también se ha expuesto ya, el principio de subsidiariedad es el criterio de delimitación por su contenido. El legislador debe recurrir a la contravención y a la multa administrativa, en vez de a la incriminación y a la pena, cuando la perturbación social pueda anularse con la sanción menos onerosa (por evitar la pena de prisión y en todo caso los antecedentes penales) del Derecho contravencional mejor o también como con la pena."²³

DÉCIMO SEGUNDO.-

Naturaleza jurídica de la iniciativa privada

Conforme al Decreto Legislativo N° 1012 "Decreto Legislativo que aprueba la ley marco de asociaciones público - privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada", las iniciativas privadas constituyen peticiones de gracia presentadas por firmas privadas para la ejecución de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, la opere por un número determinado de años y finalmente transfiera el activo al Estado, y que presenten una nula o mínima demanda de uso de recursos públicos.

De lo señalado corresponde descartar a priori que las iniciativas privadas se hubieran regido por el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Decreto Supremo N° 083-2004-PCM (vigente en el año 2008) o se rijan por el Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo N° 1017 (vigente desde el 01 de febrero del

²¹ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Editorial Reppertor. Séptima Edición. Barcelona España. 2004. Pág. 127.

²² MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. Pág. 127-128.

²³ ROXÍN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Editorial Civitas. 2º edición. Madrid. Pág. 71.



Dr. Carlos Enrique Osorio Padilla
COORDINADOR
Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa
Chiclayo
Distrito Judicial de Lambayeque

2009); dado que la primera de las normas citadas establece en su artículo 1º que ésta establece las normas básicas en las adquisiciones y contrataciones de bienes, servicios u obras y en su artículo 2º inc. 2 que las adquisiciones y contrataciones cuyos procesos de selección regula dicha ley comprenden todos los contratos mediante los cuales el Estado requiere ser provisto de bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, asumiendo el pago del precio o de la retribución correspondiente y las demás obligaciones derivadas de la calidad de contratante; mientras que la segunda también señala que regula los procesos de contrataciones de bienes, servicios u obras y que ésta se aplica a las contrataciones que deben realizar las entidades para proveerse de bienes, servicios u obras, asumiendo el pago del precio o de la retribución correspondiente con fondos públicos.

Habiéndose descartado que las iniciativas privadas se rijan por las normas sobre contrataciones y adquisiciones del Estado y que por lo tanto se trate una adquisición o una contratación que efectúa el Estado para proveerse de bienes o servicios (como por ejemplo ejecución de obras de infraestructura), se determina que estas iniciativas privadas constituyen mecanismos para que el Estado pueda proveerse después de un determinado número de años de obras de infraestructura y otros con el uso nulo o mínimo de recursos públicos, en beneficio de la población.

Por otro lado, las iniciativas privadas son autosostenibles, esto es, que no podrán demandar el uso de recursos públicos, conforme se advierte de los artículo 4º y 14º del Decreto Legislativo N° 1012 y asumen el riesgo total de la inversión.

DÉCIMO TERCERO.-

De los medios probatorios actuados

Testimonios

Se recabó la declaración del denunciante GALVARINO CASTRO ESPINOZA, quien además de lo denunciado agregó que se ha solicitado una elevadísima garantía, si se tiene en cuenta que en otros estudios de igual monto de inversión, como por ejemplo Taboada y Emisor Submarino La Chira, solicitan menor garantía (US\$ 280,000.00 y US\$ 140,000.00 respectivamente). Asimismo señaló que de las tierras que el Gobierno Central expropió a la Comunidad Campesina de Olmos (81364 Has) y que actualmente pertenecen al Gobierno Regional, 38,000 has van a ser vendidas para hacer la irrigación, precisando que luego de efectuada la venta de esas 38,000 has, recién el Consorcio Olmos iniciará la construcción de los canales de irrigación, pese a que se le tendrá que pagar US \$ 20'000,000.00 anuales durante 25 años, concluyendo que no van a invertir nada, pero si cobrar por 25 años.

También señala que el Presidente del Directorio del Proyecto Olmos, Ing. Zárate León, mencionó que su renuncia se debía a que las opiniones del Directorio (que se hacían en base al estudio de Nippon Koei) no eran tomadas en cuenta.



Dr. Carlos Enrique Osorio Padilla
COORDINADOR
Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa
Chiclayo
Distrito Judicial de Lambayeque

Por otro lado indica que el criterio técnico para determinar el monto de la garantía debe efectuarse en función al monto de inversión, aunque no existe un porcentaje determinado, precisando que inclusive puede no haber garantía. Además señala que las obras que debía ejecutar el Consorcio Irrigación Olmos aún no se han iniciado y que desconoce cuando se han previsto ejecutar.

Respecto a la sobrevaloración que denuncia indica que no conoce a cuanto ascendería.

Además indicó que desconoce si en el Perú existen irrigaciones por tubería, pero hay técnicos en el Colegio de Ingenieros que si conocen.

El denunciante CARLOS MANUEL MARTÍNEZ OBLITAS, además de lo denunciado señaló que existe la presunción de que se habrían cometido los delitos de colusión y cohecho, dado que podría haberse producido algún tipo de connivencia en los actos procesales para beneficiar la concesión al Consorcio Irrigación Olmos y que eso puede haber producido quizá algún acto irregular en beneficio personal que es materia de investigación. Agrega que NERY SALDARRIAGA DE KROLL como responsable del pliego presupuestal del Gobierno Regional tenía la función de fiscalizar que sus órganos de ejecución adecúen su función a las normas y procedimientos.

Respecto a la comisión de los delitos de colusión y cohecho, señaló que al momento de su declaración no podía determinar que ello haya ocurrido, sino que es materia de investigación.

El denunciante LUIS ESTEBAN CARVAJAL GRAVELLO, además de lo denunciado, indicó que el Proyecto Integral Hidroenergético de Irrigación Olmos comprende dos etapas, siendo que la primera de ésta prevé tres fases: la de trasvase, generación hidroeléctrica y la tercera que es la de riego. Precisa que la iniciativa privada está permitiendo el cercenamiento de la segunda fase (la fase de generación eléctrica), agregando que el proyecto está sobrevalorado en costos. Agrega que se denuncia que el gerente del PEOT no tomó las recomendaciones del Presidente del Directorio y del Gerente de Inversiones. Sobre Juan Andrés Marsano Soto y Armes Behari Agrawat Fernández señala que ellos tienen una estrecha relación con el Gerente del PEOT por su acercamiento y el auspicio publicitario.

El testigo HUMBERTO HEREDIA MORALES, ingeniero civil, señaló que conoce el contenido de la propuesta presentada por la iniciativa privada y que el Consorcio Irrigación Olmos plantea un presupuesto de obras que asciende a US\$ 185'000,000.00 aproximadamente, monto que va a ser financiado según la propuesta, en primer lugar mediante la venta de 38,000 has. a un precio mínimo de US\$ 4,000.00 la hectárea (de los cuales sólo US\$ 60.00 irán al Gobierno Regional y recaudando un total mínimo de US\$ 152'000,000.00, que puede ser más) y el saldo de la supuesta inversión total que van a efectuar sería financiado por el Consorcio Irrigación Olmos. Respecto a la recuperación del dinero por parte del Consorcio Irrigación Olmos, el testigo señala que ésta se realizará al adjudicársele una concesión para el manejo de la infraestructura de riego durante 25 años y cobrarán US\$ 0.06125 por cada metro cúbico de agua que se venda a



Dr. Carlos Enrique Osorio Padilla
COORDINADOR
Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa
Chiclayo
Distrito Judicial de Lambayeque

los futuros usuarios. Indica que la recuperación asciende a US\$ 20'000,000.00 anuales y la utilidad del orden de los US\$ 13'000,000.00. Por otro lado señala en relación a la carta fianza que el monto de ésta no está especificado y que no existe norma ni parámetros técnicos de medición que regulen el monto de la garantía solicitada, pero que por ser una etapa preliminar en que se trata de atraer a otros postores interesados, lo usual es que esta carta fianza sea de un valor bastante reducido, citando como ejemplo a la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales de Taboada cuyo monto de la carta fue de S/. 834,000.00 y la iniciativa privada de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales y emisor submarino La Chira se fijó en US\$ 140,000.00. Agrega que en la página web del PEOT se indicaba un monto mucho mayor para la Carta Fianza, como es US\$ 8'325,000.00. En relación a la sobrevaloración de la obra indica que la propuesta económica del Consorcio Irrigación Olmos es muy superior a la planteada por el mismo PEOT; precisando que la sobrevaloración es del orden de US\$ 60'000,000.00. También señala que el PEOT no ha hecho nada en relación a las centrales hidroeléctricas.

Además señala que la iniciativa privada presentada por el Consorcio Irrigación Olmos no es autosostenible porque en la práctica no va a significar inversión por parte del proponente, ya que la obra se financiará con los US\$ 152'000,000.00 recaudados como mínimo por la venta de las 38000 has. de tierras y además con la venta del agua que es propiedad del Estado. Sobre este aspecto, indica también que el pago de los US\$ 60.00 que se ha considerado para el Gobierno Regional es supuestamente por tierras eriazas, precisando que no son tierras eriazas porque ya tienen el recurso de agua prácticamente asegurado con las obras de trasvase; agregando luego que el acceso a riego es un proceso y que este proceso se ha iniciado con la ejecución de las obras de trasvase y culmina con la ejecución de las obras de riego, por lo que señala que ya tienen otro costo (al haberse garantizado el recurso hídrico); precisando que si bien actualmente no existen tierras cultivadas, éstas ya tienen el agua garantizada. Finalmente señala que el estudio de la Nippon Koei no es una propuesta sino solamente un estudio.

El testigo EDUARDO ALBERTO ZÁRATE LEÓN, ingeniero civil (quien según aparece en la denuncia no se encontraba de acuerdo con que las opiniones del Directorio del Proyecto Olmos – que se hacían en base al estudio de la Nippon Koei) no sean tomadas en cuenta – motivando su renuncia), señaló cuando el Consejo Regional de Lambayeque aprobó el otorgamiento de la buena pro (el 12 de agosto del 2009), había de por medio un acuerdo del Consejo Directivo del PEOT de conocimiento del Consejo Regional para efectuar un análisis comparativo de las ventajas y desventajas que corresponden a la iniciativa privada y al Plan Mínimo de la Nippon Koei, en la seguridad de que dicha comparación permitiría precisar cual de las dos alternativas era la mejor. Precisa que al otorgarse la buena pro se anulaba la posibilidad de realizar dicha comparación.

También señala que su idea no era que el proyecto se ejecute conforme a la forma presentada por la Nippon Koei, sino que se efectuara una comparación entre las dos soluciones: una que la presentada por la iniciativa privada (que es


Dr. Carlos Enrique Osoreo Padilla
COORDINADOR
Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa
Chiclayo
Distrito Judicial de Lambayeque

a través de riegos por canales con agua sin presión) y la de la Nippon Koei (que es a través de tuberías de riego presurizado).

Asimismo indicó que no existió algún postor que se interesara en ejecutar la obra conforme a la propuesta presentada por la Nippon Koei, pero menciona que si hubo una empresa representada por el señor García Mundaca que planteó algunas preguntas y observaciones.

Por otro lado, al preguntársele si se ha ocultado los informes técnicos de la propuesta, así como de la proforma de contrato, impidiendo de esta forma que participen en la licitación otros postores; señaló que eso corresponde al comentario e interpretación errada del Diario El Ciclón y no a su persona, precisando que no ha existido ocultamiento de la pro forma del contrato, ya que lo que él expresó en su carta de renuncia es que faltaban anexos y que no se habían incluido los informes de la Gerencia de Desarrollo de Olmos y de la Gerencia de Promoción de la Inversión, lo cual no significa que haya un ocultamiento, sino que existía la posibilidad de que estos informes no se hubieran efectuado o no se hubieran concluido a la fecha de su renuncia.

Además indicó que ocho a nueve meses antes de la recepción del Plan Mínimo de la Nippon Koei, la iniciativa privada había presentado su propuesta, e incluso ésta ya se había evaluado y contaba con informe de la CEPRI, agregando que la declaratoria de interés salió casi coetáneo a la presentación del Plan Mínimo (entre mayo y junio del 2009). Precisa que es con la llegada del Plan Mínimo que se presenta otra solución aparentemente más conveniente, pero no se puede llegar a afirmar ello, porque para eso era necesaria la comparación. Sobre las irregularidades señala que desconoce si éstas existen, y que lo único que considera es que existieron aspectos técnicos que se definieron en forma muy apresurada.

Asimismo, indica que el Colegio de Ingenieros siempre se ha opuesto a la iniciativa privada, desde el comienzo.

El testigo HORACIO GUSTAVO GARCÍA MUNDACA señaló que no ha pretendido presentar una iniciativa privada porque es una persona natural que no se encuentra en condiciones para hacerlo, pero indica que si ha solicitado información sobre el Proyecto de Irrigación Olmos ante el PEOT, el Gobierno Regional y la Presidencia del Consejo de Ministros, dado que la empresa Constructora Vialpa de Venezuela le solicitó le consiguiera información al respecto porque tenían la intención de presentar una oferta. Precisa que representantes de Vialpa se reunieron con la Presidenta Regional Nery Saldarriaga de Kroll y el Presidente del Consejo de Ministros Yehude Simon Munaro, agregando que la empresa Vialpa desistió de presentar la propuesta los primeros días de julio del 2009 porque a través de su embajada habían sido informados que el proceso estaba claramente orientado a favor de Odebretch y su iniciativa privada, aclarando que la afirmación de que el proceso estaba dirigido a favor de Odebretch es una presunción que se sustentan en la existencia de errores que invalidan el proceso de declaratoria de interés como son la publicación fraccionada de la citada declaratoria de interés y el Acuerdo Regional que la aprueba, discordancias en el monto de la expresión de interés y otros.

Dr. Carlos Enrique Osorio Padilla
COORDINADOR
Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa
Chiclayo
Distrito Judicial de Lambayeque

Asimismo indica que ante su reclamo se adopta el acuerdo 099 el 02 de junio del 2009 que dispone que el PEOT debería convocar de inmediato a reuniones en las que participen funcionarios del PEOT, del Gobierno Regional, representantes de la sociedad civil y ciudadanos interesados, con el objeto de examinar en conjunto tanto la iniciativa privada como el esquema de desarrollo presentado por la Nippon Koei y así contar con información veraz, precisa y oportuna; pero esto no se realizó, pues no se convocó a las reuniones.

También cuestiona el que se haya aplicado la Ley N° 28059 y el Decreto Legislativo N° 944 a la iniciativa privada, ya que sólo era aplicable el Decreto Legislativo N° 1012, teniendo en cuenta lo establecido en la tercera disposición complementaria transitoria de dicho decreto legislativo. Asimismo cuestiona que se use sistema de canales y el monto de la carta fianza, así como que no se trata de una obra autofinanciada.

Por otro lado, señala en relación al componente de generación de energía que consiste en instalar dos centrales a la salida del Túnel y canalizar alrededor de 600 megabatos, que esto ha quedado de lado porque el Presidente de la República ha decidido repartir las aguas ente el Proyecto Olmos y el Alto Piura y además de apoyar decididamente la perforación de otro túnel del Río Huancabamba a la altura de otro punto llamado Tronero, concluyendo que la licitación de las centrales hidroeléctricas, que se viene postergando cada seis meses, no tiene ningún futuro porque el proyecto ya es inviable.

El testigo LUIS VICENTE REYES CARRASCO, ingeniero civil e hidráulico, señala que la iniciativa privada mutilaría aún más el ya mutilado Proyecto Olmos, ya que el proyecto original se llamaba "Proyecto Hidroenergético y de Irrigación Olmos", el cual no se ejecutó por decisiones políticas. Señala que la parte hidroenergética es lo fundamental en el Proyecto Olmos y está basado en la ejecución de las obras del llamado hidráulico Tabaconas que no está siendo ejecutado y ni siquiera ha sido considerado; precisando que el Hidráulico Tabaconas se ubica al lado derecho de la Cordillera Central Norte (el túnel trasandino para el Proyecto Olmos cruza la cordillera occidental) y que se relaciona con el original Proyecto Hidroenergético y de Irrigación Olmos, siendo que mediante dos túneles a través de la Cordillera Central se entregarían aguas a un tercer túnel, el mismo que a su vez entregará este recurso hídrico al Río Huancabamba. Concluye que la mutilación del Proyecto Olmos se produce con la no ejecución del Hidráulico Tabaconas y la construcción de la laguna presa a mitad de la altura original que limita el volumen del Embalse Limón. También señala que desconoce si la iniciativa privada es autosostenible porque es un aspecto económico que no conoce. Indica que desconoce si el Hidráulico Tabaconas fue previsto en el Plan Mínimo.

Por otro lado indica que existe una propuesta de comprar tierras por parte del Consorcio Irrigación Olmos a un precio barato y que con el uso de agua que el Consorcio no pagaría, el costo de estas tierras se reevalúa (aumentan de valor). Además cuestiona el monto de la carta fianza que hace muy difícil o imposibilita la participación de terceros.



Dr. Carlos Enrique Osorio Padilla
COORDINADOR
Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa
Chiclayo
Distrito Judicial de Lambayeque

El testigo ARMANDO ALEJANDRO OROSCO QUIÑONES, ingeniero agrónomo, señaló que la iniciativa privada presentada por el Consorcio Irrigación Olmos es una grave distorsión al proyecto original de Olmos ya que se debería manejar el agua con el máximo posible de cuidado para evitar sus pérdidas, agregando que el tema importante de sus denuncias son las graves sobrevaloraciones y manejos inadecuados para impedir la participación de competidores de personas o entidades diferentes a Odebretch. Señala que la sobrevaloración se sustenta en que si se compara con otros proyectos presentados por la misma Región Lambayeque o la empresa Nippon Koei o la propuesta que presentó la CEPRI de Olmos, se tiene que se han verificado casos clamorosos como estructuras de concreto que valen alrededor de S/. 300.00 fueron presentadas como de S/. 1,500.00.

Asimismo considera irregular la forma como se ha manejado la convocatoria y el proceso de adjudicación, haciendo incapié en el valor del derecho de quienes pretendían presentarse a la convocatoria. También cuestiona la autosostenibilidad.

Por otro lado, señala que ejecutar lo que la iniciativa privada propone significa cortar dramáticamente las futuras posibilidades del desarrollo del Proyecto Olmos, es decir, dejarlo en esas falsas 43,000 has que proponen, con total impedimento para llegar a las 200,000 has de lata productividad que el Perú espera de Olmos.

También señala que otro aspecto grave de la iniciativa privada es que los canales y otras obras secundarias para el riego de las tierras será hecho con el cargo económico de quienes adquieran las tierras. Precisa que no se puede determinar quien será el beneficiario final de las tierras.

El testigo VÍCTOR RAÚL ROJAS DÍAZ señaló que fue miembro del Comité Especial de Promoción de la Inversión Privada (CEPRI) desde julio del 2008, precisando que el CEPRI se encargaba de evaluar la iniciativa privada presentada por el Consorcio Irrigación Olmos, precisando que la evaluación comprende los aspectos técnicos, legales, financieros y económicos. Señala que él no evaluó algún aspecto específico de la iniciativa privada, indicando que en sesiones del Comité se veían integralmente los aspectos, agregando que los temas específicos han sido evaluados por especialistas encargados por el CEPRI. También indica que el CEPRI hizo observaciones a la iniciativa privada presentada por el Consorcio Irrigación Olmos en varios aspectos desde el tema técnico. Indica que no conoce algún caso sobre la existencia de presiones o la entrega de dádivas o prevendas para emitir determinadas opiniones o no emitir observaciones sobre la iniciativa privada presentada por el Consorcio Irrigación Olmos. Finalmente señala que el estudio de la Nippon Koei surgió después de la declaratoria de interés de la iniciativa privada.

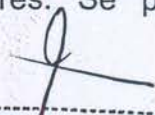
El testigo LEONCIO NAVARRETE MORENO señala que fue miembro del Comité Especial de Promoción de la Inversión Privada (CEPRI) desde julio del 2008, precisando que el CEPRI se encargaba de evaluar la iniciativa privada presentada por el Consorcio Irrigación Olmos, precisando que la evaluación comprende los aspectos técnicos, legales, financieros y económicos. También

Dr. Carlos Enrique Osorio Padilla
COORDINADOR
Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa
Chiclayo
Distrito Judicial de Lambayeque

indica que él no evaluó aspectos específicos de la iniciativa privada, sino que se veían integralmente en sesiones del Comité, precisando que los temas específicos han sido evaluados por especialistas encargados por el CEPRI. Además señala que el CEPRI efectuó observaciones a la iniciativa privada. Indica que desconoce si existió presión o entrega de dádivas o prevendas para emitir determinadas opiniones o no emitir observaciones sobre la iniciativa privada presentada por el Consorcio Irrigación Olmos. Finalmente señala que el Plan Mínimo de la Nippon Koei no es una propuesta firma para el diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento de las obras hidráulicas de un proyecto hidráulico para irrigar 38 000 has.

Documentos que sustentan la presente disposición.-

- Copia fedateada del Acuerdo Regional N° 049-2009-GR.LAMB/CR del 06 de abril del 2009, a través del cual se acuerda declarar de interés la iniciativa privada denominada "Proyecto Irrigación Olmos" presentada por el Consorcio Irrigación Olmos, incluyendo las modificaciones señaladas por la CEPRI y aceptadas por el proponente. Asimismo, aparece en el acuerdo que aquellas personas naturales jurídicas o consorcios interesados en participar en el proyecto con arreglo a los Decretos Legislativos N°s 994 y 1012 cuentan con un plazo de 90 días calendarios para presentar sus expresiones de interés. Además, se aprueba la declaración de interés que contiene en anexo el referido acuerdo regional.
- Copia legalizada notarialmente de la publicación de El Perúano del 11 de abril del 2009, donde aparece publicada la "Declaratoria de Interés", mencionándose en esta que el Gobierno Regional de Lambayeque mediante Acuerdo N° 049-2009-GR.LAMB adoptado en sesión de Consejo Regional del 06 de abril del 2009 acordó declarar de interés la iniciativa privada denominada "Proyecto Irrigación Olmos" presentada por el Consorcio Irrigación Olmos, indicándose que aquellas personas naturales o jurídicas o consorcios interesados en participar en el proyecto con arreglo a las disposiciones de los Decretos Legislativos N° 994 y 1012, así como sus respectivas disposiciones reglamentarias, cuentan con un plazo de 90 días calendarios para presentar sus expresiones de interés. Se publicó el contenido de la declaratoria de interés.
- Copia legalizada notarialmente de la publicación de El Correo – Lima de fecha 11 de abril del 2009, en la que aparece un aviso denominado "Declaratoria de Interés", observándose que se trata de la declaración de interés de la iniciativa privada denominada "Proyecto Irrigación Olmos" presentada por el Consorcio Irrigación Olmos. Se menciona en el aviso que el Gobierno Regional de Lambayeque mediante Acuerdo N° 049-2009-GR.LAMB adoptado en sesión de Consejo Regional del 06 de abril del 2009 acordó declarar de interés la iniciativa privada denominada "Proyecto Irrigación Olmos" presentada por el Consorcio Irrigación Olmos, indicándose que aquellas personas naturales o jurídicas o consorcios interesados en participar en el proyecto con arreglo a las disposiciones de los Decretos Legislativos N° 994 y 1012, así como sus respectivas disposiciones reglamentarias, cuentan con un plazo de 90 días calendarios para presentar sus expresiones de interés. Se publicó el contenido de la declaratoria de interés.



Dr. Carlos Enrique Osorio Padilla
COORDINADOR
Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa
Chiclayo
Distrito Judicial de Lambayeque

- Copia legalizada notarialmente del Diario La Industria del 11 de abril del 2009, en la que aparece una publicación denominada "Declaratoria de Interés" correspondiente a la iniciativa privada "Proyecto Irrigación Olmos" presentada por el Consorcio Irrigación Olmos. Igualmente se indica que aquellas personas naturales o jurídicas o consorcios interesados en participar en el proyecto con arreglo a las disposiciones de los Decretos Legislativos N° 994 y 1012, así como sus respectivas disposiciones reglamentarias, cuentan con un plazo de 90 días calendarios para presentar sus expresiones de interés. Se publicó el contenido de la declaratoria de interés.
- Copia de la publicación del Diario Oficial El Peruano del 15 de mayo del 2009 en la se consigna "Declaran de interés la iniciativa privada denominada Proyecto Irrigación Olmos" que corresponde al Acuerdo Regional N° 049-2009-GR.LAMB/CR. En esta norma no se publica el contenido de la declaratoria de interés.
- Copia legalizada del Acta de Constatación Notarial de Publicación en Página Web efectuada por Notario Carlos Caballero Burgos, en la que aparece que el día 27 de agosto del 2009 a las trece y cuarenta minutos se constató que en el ítem sobre acuerdos regionales de la página web del Gobierno Regional de Lambayeque se ubicó uno de nombre "Disponen Reuniones de Trabajo sobre temas relacionados al Proyecto Olmos" 02-07-09 – 000099-GR-LAMB/CR, siendo que al ingresar a éste se verifica que no se publicó el Acuerdo 00099-GR-LAMB/CR sino que aparece el Acuerdo 098-GR-LAMB/CR del 30 de junio del 2009. Así concluye el notario que se ha constatado que en el portal donde debe estar publicado el acuerdo 00099-GR-LAMB/CR se ha colocado un acuerdo distinto.
- Copia fedateada del Acuerdo Regional N° 099-2009-GR.LAMB/CR del 02 de julio del 2009, a través del cual se dispone que el Consejo Regional proceda a la inmediata convocatoria de reuniones de trabajo con la participación de funcionarios del Proyecto Especial Olmos Tinajones – PEOT, el Consejo Regional y Ejecutivo del Gobierno Regional de Lambayeque, con el objeto de contar con la información necesaria y se efectúen las precisiones que correspondan, en relación al proceso de iniciativa privada Proyecto de Irrigación Olmos.
- Copia fedateada del Acta de Reunión del Comité Especial de Promoción de la Inversión Privada del Gobierno Regional de Lambayeque N° 02-2008-CEPIP-GRL (integrada por Pablo Enrique Salazar Torres, Víctor Raúl Rojas Díaz y Leoncio Navarrete Moreno), en la que se adopta el Acuerdo N° 002-CEPIP-GRL, dándose por unanimidad una opinión favorable para admitir a trámite la iniciativa privada presentada por el Consorcio Irrigación Olmos denominada "Proyecto Irrigación Olmos"
- Copia fedateada del Acuerdo Regional N° 109-2008-GR.LAMB/CR.LAMB/CR del 01 de agosto del 2008, a través de la cual se aprueba el Acuerdo N° 002-CEPIP-GRL y se acuerda declarar admitir a trámite la iniciativa privada presentada por el Consorcio Irrigación Olmos denominada "proyecto de Irrigación Olmos"
- Copia fedateada del Oficio N° 096-2009-GR.LAMB/CD.SCR del 02 de junio del 2009 donde se comunica a Gustavo García Mundaca que el plazo de 90 días para la presentación de expresiones de interés se computa a partir del día siguiente de la publicación del Resumen Ejecutivo de la iniciativa privada aprobada en el Diario Oficial El Peruano.



 Dr. Carlos Enrique Osorio Padilla
 COORDINADOR
 Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa
 Chiclayo
 Distrito Judicial de Lambayeque


- Copia del documento suscrito por EDUARDO ZÁRATE LEÓN y dirigido a NERY SALDARRIAGA DE KROLL en condición de Presidenta del Consejo Regional de Lambayeque, en el que aparece que Eduardo Zárate León señala entre otros aspectos, que el 13 de agosto el Consejo Regional de Lambayeque aprobó en sesión extraordinaria del 12 de agosto del 2009 otorgando la buena pro al Consorcio Irrigación Olmos para la construcción de las obras de riego y su posterior operación y mantenimiento, decisión que el remitente considera apresurada que en la práctica anula las posibilidades de elegir la mejor solución para la irrigación Olmos entre las alternativas que corresponden a la iniciativa privada y al Plan Mínimo de Inversión. Asimismo señala que se observaron errores cometidos en publicaciones y en montos de la carta fianza que podían afectar el proceso de la iniciativa privada.
- Copias de tres documentos cursados por Constructora Vialpa el 05 y 27 de noviembre del 2008 dirigidas al Presidente del Consejo de Ministros y la Presidenta Regional del Gobierno Regional de Lambayeque, de las que se observa la intención de dicha constructora para participar en la ejecución integral del Proyecto Olmos.
- Oficio N° 58-2009-SJCCH/J del 10 de noviembre del 2009, a través del cual el Segundo Juzgado Especializado Civil de Chiclayo informa que la demanda sobre proceso de amparo signado con el N° 4416-2009 interpuesta por la Comisión de Apoyo y Defensa de los Grandes Proyectos Regionales de Lambayeque contra el Gobierno Regional de Lambayeque fue declarada improcedente por Resolución N° DOS del 24 de julio del 2009, la misma que fue apelada y elevada a la Sala Civil, habiendo adjuntado la parte imputada copia de la Resolución N° ocho emitida por la Sala Especializada de Derecho Constitucional de Chiclayo, en la que se confirma la antes mencionada Resolución N° DOS
- Oficio N° 0009-2010-CG/GCE del 03 de febrero del 2010, a través del cual la Gerencia Central de Control Especializado de la Contraloría General de la República arriba a las siguientes conclusiones:
 - ✓ Respecto a la publicación de la declaratoria de interés concluye: *"por tanto, en la aprobación de la declaratoria de interés se emiten dos documentos vinculados pero distintos, por un lado la denominada declaratoria de interés que contiene información técnica – económica – financiera de la iniciativa privada y de otro lado, el acto administrativo que lo aprueba; precisándose que la obligación de la publicación recae únicamente respecto del primero de los citados y que ésta publicación debe ser en el Diario Oficial El Peruano, en otro de circulación nacional y en la página web de la entidad. En el caso específico materia de análisis, el documento declaratoria de interés de la iniciativa privada de EL PROYECTO que como anexo forma parte del Acuerdo Regional N° 049-2009-GR.LAMB/CT del 06 de abril del 2009, se cumplió con la formalidad de su aprobación por el nivel competente y con su publicación, no advirtiéndose transgresión al ordenamiento jurídico; por tanto, el plazo de 90 días para aquellos terceros interesados de manifestar su interés en EL PROYECTO se debería computar desde el 11 de abril del 2009"*
 - ✓ Sobre los altos requisitos de precalificación exigidos para el concurso de proyectos (desincentivando la participación de otras empresas) y


 Dr. Carlos Enrique Osorio Padilla
 COORDINADOR
 Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa
 Chiclayo
 Distrito Judicial de Lambayeque

específicamente sobre la carta fianza bancaria ascendente a US\$ 4'100,000.00 (que inicialmente figuraba en la página web por US\$ 8'345,000.00) señaló: "Si bien en los documentos remitidos por los denunciantes se comenta sobre la exigencia de requisitos desmedidos para la participación de los interesados en el proyecto... no se adjuntan evidencias ni documentos que fundamente o sustente sus afirmaciones... Las normas reseñadas, determinan que la definición de los requisitos de precalificación y el monto de las cartas fianzas, son facultades discrecionales de la administración, condicionándose únicamente para el caso del monto de las cartas fianzas, que estén en función al monto de inversión del proyecto... Sin perjuicio de lo señalado, cabe referir que uno de los denunciantes plantea para el caso del monto de la carta fianza, un cuadro comparativo con el monto requerido, señalando que en el caso de la iniciativa privada de Tratamiento de Aguas Residuales de Taboada se requirió una carta fianza de S/. 834,000, sin relacionar esta con el monto de inversión correspondiente. Al respecto, a manera de referencia se obtuvo información de algunas concesiones y el monto de las fianzas requeridas²⁴, desprendiéndose del mismo que los porcentajes de incidencia de las cartas fianzas respecto al monto de inversión es bastante dispersa, lo que confirma de que esta decisión tiene alto margen de discrecionalidad para los funcionarios de la entidad... por lo tanto este (el monto de la carta fianza) debe ser establecido bajo criterio de CEPRI sin limitaciones y aprobado por el Consejo Regional en función de los riesgos y esquemas de la promoción de cada proyecto en particular; además señalan que la carta fianza que representa el 2.2 % del valor de la inversión... De lo señalado se advierte que la CEPRI al establecer una carta fianza por un porcentaje de 2.2 % del valor de la inversión, así como de los parámetros de calificación no infringió la normativa aplicable; por lo que la denuncia en este punto carece de sustento.

En cuanto a que la garantía de seriedad de expresión figuró inicialmente en la página web del GRL por un monto de US\$ 8 345 000 y en la publicación de declaración de interés en el Diario Oficial El Peruano y otros del 11 de abril del 2009 figura un monto ascendente a US\$ 4 100 00.00, el denunciante señala que el Notario Público Ricardo Fernandinho Barreda, constata y certifica que documento signado como el anexo (Declaratoria de Interés) del AR 049-2009-GR.LAMB/CR que se encuentra en el portal electrónico de la Región Lambayeque (Documento 1) era diferente al documento que se publicó el 11 de abril en la sección avisos del Diario Oficial El Peruano...; sin embargo, de la revisión del documento que en copia adjunta la Declaratoria de Interés en cuestión, se aprecia que en efecto la carta fianza de fiel cumplimiento exigida es por un valor de US\$ 8 345 000; pero ello no es evidencia suficiente para demostrar que dicho documento haya sido impreso de la página web del GRL, toda vez que en

²⁴ Es de señalar que la información obtenida se refiere a las concesiones de: El puerto de Paita donde la carta fianza fue el 2% del monto de inversión (US \$ 130 000 000), el Ducto de Camisea donde la carta fianza fue el 6% del monto de inversión (US\$ 1500 000 000), la Concesión de la Planta de Tratamiento de Tabeada donde la carta fianza fue el 0.10 % del monto de inversión (S/. 834,170 622) y la Inversión Privada Planta de Tratamiento emisor Submarino La Chira donde la carta fianza fue del 0.11% del monto de inversión (S/. 384 000 000)


Dr. Carlos Enrique Osorio Padilla
COORDINADOR
Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa
Chiclayo
Distrito Judicial de Lambayeque

la última hoja de dicho documento el notario público sólo certifica que: certifico: que la presente copia fotostática es igual al documento que he tenido a la vista y que costa de 15 fs útiles las que sello y rubrico de acuerdo a ley. Lima 12 de mayo del 2009, sin hacer mención a ninguna constatación notarial que el contenido del documento corresponde a lo que visiona en la página web del GRL, ni la fecha en que dicho acto se dio... El GRL mediante Oficio N° 935/2009-GR.LAMB/GG del 13 de octubre del 2009 señala que la publicación en la página web consignado para la garantía de seriedad de expresión una carta por US\$ 8 345 000, es atribuible a un error humano, ya que el Consejo Regional al momento de aprobar la Declaratoria de Interés estimó conveniente reducir el monto de la carta fianza, estableciéndolo en la suma de US\$ 4 100 000, error que el encargado de la página web de la región corrigió inmediatezmente identificado el mismo... Es decir, que el error aparentemente se presentó en un banner que según wikipedia está definido como un formasto publicitario en Internet. Esta forma de publicidad on line consiste en incluir una pieza publicitaria dentro de una página web.

En suma se establece que existió un error en el contenido de los documentos publicados en el banner de la página web del GRL, respecto al aprobado por el Consejo Regional; sin embargo, no es posible definir la fecha en que esta diferencia fue subsanada. Según el denunciante, la rectificación se efectuó el 02 de julio del 2009, es decir a los 83 días de la publicación de la declaratoria de interés... y según el GRL rectificó dicha diferencia el 15 de mayo del 2009, aspecto que resulta determinante para establecer si afectó el principio de competencia establecido en el artículo 5° del Decreto Legislativo N° 1012... Cabe referir que no se ha evidenciado que potenciales interesados de la iniciativa privada, hayan presentado consultas o reclamos sobre el particular. Por las consideraciones expuestas, este extremo de la denuncia carece de sustento.

- ✓ De la comparación de ambos esquemas planteados (la propuesta de Nippon Koei en su primera fase y de la iniciativa privada del proponente se advierte que son soluciones diferentes que se orientan a lograr el mismo objetivo; por tanto, cuestionar la validez de la iniciativa privada, por no considerar la ejecución del esquema hidráulico Olmos no resultaría apropiado, en tanto no se considere en el análisis comparativo las ventajas y desventajas de ambas soluciones en su conjunto... Las diferencias que se advierten es que la iniciativa privada permitirá irrigar aproximadamente 43 500 has, mientras que el esquema de la propuesta de Nippon Koei logrará irrigar 40 575 has. En cuanto a las inversiones para la ejecución de las obras, la iniciativa privada considera la suma de 185 314, 81 miles de dólares y en el caso de la propuesta de Nippon Koei a nivel de perfil estima la inversión de 456 811, 27 miles de dólares, mientras que a nivel de prefactibilidad crece a 537 583, 34 miles de dólares. Igualmente, vale tener en cuenta lo señalado por la GRL, en el sentido que con la ejecución de la iniciativa privada no se descarta la construcción del hidráulico Olmos, sino que se posterga hasta que se ejecute la segunda fase (trasvase de los ríos Manchara y Tabaconas y el levantamiento de la represa Limón) y las

Dr. Carlos Enrique Osorio Padilla
COORDINADOR
Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa
Chiclayo
Distrito Judicial de Lambayeque

hidroeléctricas; por lo tanto en este escenario futuro se podría construir el hidráulico Olmos con una inversión de US\$ 63,17 millones de dólares, según los cálculos efectuados en el Estudio de Prefactibilidad elaborado por Nippon Koei.

- ✓ En relación a la autosostenibilidad señala: *"El artículo 4º del Decreto Legislativo Nº 1012... de la lectura de esta norma se advierte que la clasificación de una asociación público privada autosostenible o cofinanciada, está en función de la existencia de garantías financiadas por el Estado, garantías financieras o no financieras, pero a su vez, que éstas tengan la probabilidad de demandar el uso de recursos públicos en algún momento de la operación; además para el segundo caso de asociaciones públicas es que exista cofinanciamiento. Es decir, desde el punto de vista legal, para la clasificación de una asociación público privado sólo se puede aplicar estos criterios, aún cuando la lógica nos pudiera señalar otras posibilidades. En cuanto a las garantías, de la revisión efectuada a los documentos que forman parte del expediente y en especial al proyecto de contrato, no se identifica que el GRL ni el Estado en su conjunto, en esta operación, estén asumiendo compromisos de garantías financiadas por el Estado o tenga que otorgar garantías financieras o no financieras... En cuanto a las tierras eriazas existentes, según la cláusula 13.1 literal a) del proyecto de contrato y en punto 1 a) de la Declaratoria de Interés, éstas pasarán en propiedad a los usuarios finales, pero su valor de US \$ 160 definido sobre la base de tasaciones efectuadas por profesionales de la ingeniería constituiría un ingreso del Gobierno Regional, a ser cobrado a través del fideicomiso que será constituido para dichos efectos, en consecuencia, el fondo que se obtenga producto de la venta de los terrenos, no constituye financiamiento del proyecto.*

- ✓ Respecto a que se han considerado precios unitarios elevados en las partidas de obras civiles y el monto de inversión en obras de US\$ 185 millones en el proyecto es superior al que señala uno de los estudios realizados por la Nippon Koei señala: *"Las denuncias presentadas señalan sobrevalorización de los precios unitarios de las obras civiles, pero no presentan los análisis o sustento que demuestre tales afirmaciones... es importante remarcar que de acuerdo a las cláusulas 2.4 del proyecto de contrato, el PROYECTO es una concesión del tipo BOOT y en la cláusula 2.1 se califica a la asociación público privada como autosostenible; contexto en el cual, el concesionario asume el riesgo total de la construcción y de las inversiones... En consecuencia, el Plan Mínimo incluido en el estudio de prefactibilidad del proyecto Obras de Conducción y Distribución de Aguas de Riego de Olmos, no es comparable con el Proyecto, porque atienden objetivos distintos, siendo las metas a lograr por el Plan Mínimo menor a EL PROYECTO. Por las consideraciones expuestas, este extremo de la denuncia no cuenta con fundamento."*

- ✓ Sobre la conducción de agua por canales abiertos o tuberías sostiene: *"Resulta importante señalar que proyectos importantes de irrigación como Chavimóchic, Chira Piura, Jequetepeque Zaña, Majes y otros, utilizaban canales abiertos para la conducción de agua y que están funcionando; por*



Dr. Carlos Enrique Osorio Padilla
COORDINADOR
Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa
Chiclayo
Distrito Judicial de Lambeyca

tanto, a manera de conclusión en este tema se puede afirmar que la conducción del agua se puede realizar a través de conductos abiertos, cerrados o mixtos, pero la decisión dependerá del resultado del análisis costo – beneficio... En ese sentido, la alternativa de EL PROPONENTE, no debe ser descartada, por cuanto no se ha demostrado que la conducción a través de tuberías sea lo más beneficioso, no existiendo experiencias para demostrar sus virtudes no sólo técnicas sino económicas de solución mediante tuberías, por el contrario la solución presentada por el PROPONENTE, considera en su diseño las pérdidas que se van a producir por la evaporación determinando el módulo de riego y, en cuanto a las pérdidas por filtración se prevé la conformación de juntas de contracción rellenas con material elastomérico, así como una junta de construcción longitudinal; por lo que un adecuado procedimiento constructivo harían imperceptible estas pérdidas”.

DÉCIMO CUARTO.-

Defensa de los imputados

JUAN ANDRÉS MARSANO SOTO, quien se desempeña como Agente autorizado del Consorcio Irrigación Olmos para la elaboración y presentación de la iniciativa privada denominada “Proyecto Irrigación Olmos”. Señala que a inicios del 2008 se publicaron los Decretos Legislativos N°s 994 y 1012, siendo que el primero de ellos promueve la inversión proyectos de irrigación para la ampliación de la frontera agrícola y el segundo que aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público Privadas para la generación de empleo productivo y para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada. Señala que en función a las citadas normas y la Ordenanza Regional N° 016-2008-GR.LAMB/CR del Consejo Regional Lambayeque el proponente o Consorcio Irrigación Olmos estructuró la iniciativa privada para la concesión autosostenible del Proyecto Irrigación Olmos. Precisa que las normas antes citadas permiten a un inversionista privado motu proprio presente a diversas instancias del Estado iniciativas en proyecto de inversión.

Asimismo señala que el Consorcio Irrigación Olmos presentó la iniciativa a finales de junio del 2008, la que fue admitida a trámite por el Gobierno Regional a través del Acuerdo Regional N° 109-2008-GR.LAMB/CR, con lo cual se inició el proceso de evaluación de aspectos técnicos, económicos, legales, financieros y sociales por parte del Gobierno Regional. Precisa que como parte del proceso de evaluación se les cursaron diversos oficios pidiéndoseles información adicional, absolución de consultas y levantamiento de observaciones (de índole técnico, económico, legal y financiero), además de haberse sostenido diversas reuniones de trabajo con el Comité Especial de Promoción de la Inversión Privada. Agrega que el proceso de evaluación y absolución de consultas y levantamiento de observaciones concluyó a finales de marzo del 2009, esto es nueve meses después de haberse presentado la iniciativa privada y que el Gobierno Regional mediante Acuerdo Regional N° 049-2009-GR.LAMB/CR declaró de interés la iniciativa privada denominada “Proyecto de Irrigación Olmos”.



Dr. Carlos Enrique Osore Padilla
COORDINADOR
Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa
Chiclayo
Distrito Judicial de Lambayeque

También indica que la publicación en el Diario Oficial El Peruano fue contratada por la Sucursal peruana de una de las empresas socias del Consorcio Irrigación Olmos, la misma que también ha cancelado las facturas de la Empresa Editora La Industria de Chiclayo y del Diario El Correo de circulación nacional. Agrega que la norma establece que se publique la declaratoria de interés y eso fue lo que se hizo, precisando que resulta un contrasentido que un privado publique acuerdos regionales en un Diario Oficial. Precisa que la declaratoria de interés publicada establece que la garantía será de expresión de interés mediante una carta fianza bancaria cuyo monto es US\$ 4'100,000, monto que es determinado por el Gobierno Regional.

Por otro lado señala que los representantes del Consorcio Irrigación Olmos no han sostenido conversaciones con funcionarios del Gobierno Regional de Lambayeque para evitar que se comparen las ventajas y desventajas de la iniciativa privada a través de información y consultas con la ciudadanía y sociedad civil.

Además señala que el Consorcio Irrigación Olmos no observó el Plan Mínimo de la Nippo Koei para la presentación de su iniciativa privada porque la iniciativa privada fue presentada a finales de junio del 2008, mientras que el documento de la Nippon Koei apareció en junio del 2009, es decir con posterioridad.

Agrega que la iniciativa privada no comprende la construcción de la hidroeléctrica, porque su iniciativa privada es para un proyecto de irrigación, siendo que las concesiones eléctricas se rigen por su normativa; precisando que las obras hidroeléctricas pueden ser ejecutadas con posterioridad, además de la ampliación de la presa Limón o la ejecución del Embalse Olmos.

Asimismo señala que la iniciativa privada es autosostenible porque cumple con los requisitos establecidos en la ley, ya que no demanda recursos dinerarios del Estado ni garantías financieras ni no financieras.

También indica que el Consorcio Irrigación Olmos aún no ha suscrito el contrato de concesión, aclarando que se encuentran ante un contrato de concesión de infraestructura y no del otorgamiento de una obra pública.

Sobre la venta de las 38 000 has de tierras pertenecientes al Proyecto Olmos, señaló que la venta de estas tierras eriazas será un ingreso para el Gobierno Regional.

Además señala que la iniciativa privada ha propuesto la conducción de agua por canales y no por tubería, dado que su alto costo inviabiliza una concesión autosostenible. Precisa que la conducción de agua por canales revestidos en concreto como los propuestos no registran pérdidas mayores al 2%, agregando que tales canales no producen salinización, sino que ésta sólo podría producirse por el uso irresponsable del recurso hídrico a nivel parcelario.

RAMESH BEHARI AGRAWAL FERNÁNDEZ, quien se desempeña como Agente Autorizado del Consorcio Irrigación Olmos para la elaboración y presentación de la iniciativa privada denominada "Proyecto Irrigación Olmos" al Gobierno Regional



Dr. Carlos Enrique Osorio Padilla
COORDINADOR
Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa
Chiclayo
Distrito Judicial de Lambayeque

de Lambayeque, señala que existe normativa que permite al sector privado presentar iniciativas privadas al Gobierno Regional para desarrollar proyectos de infraestructura, y que bajo esa normativa las empresas que conforman el Consorcio Irrigación presenta la iniciativa privada ante el Gobierno Regional. Indica que en junio del 2008 se presentó la iniciativa privada al Gobierno Regional de Lambayeque, la cual fue admitida a trámite en agosto del 2008, precisando que desde ese momento el Gobierno Regional de Lambayeque instala un Comité Especial de Promoción de Inversiones y en conjunto con sus asesores externos, realizan una serie de preguntas y solicitud de absolución de consultas, que durante los siguientes 6 a 9 meses (hasta abril del 2009) han venido absolviendo. Asimismo señala que el Gobierno Regional a través de sus entidades específicas declara de interés la iniciativa privada, lo cual se les comunica, y dentro de la normativa vigente proceden a publicar en tres medios de comunicación la declaratoria de interés (El Peruano, El Correo de circulación nacional y La Industria de circulación local). Posterior a la publicación corren 90 días calendarios, en los cuales terceras empresas interesadas en la ejecución del proyecto podían presentar esquemas alternativos o similares, indicando que pasados los 90 días si nadie se presenta se adjudica la concesión o buena pro al proponente de la iniciativa privada.

Por otro lado señala que la publicación efectuada el 11 de abril del 2009 incluye el monto de la garantía que se estaba solicitando al proponente y demás interesados. Asimismo indica sobre la publicación que la efectuada el 11 de abril del 2009 incluye todo lo que el Decreto Legislativo N° 1012, su reglamento y normativas aplicables nacionales exigen.

También indica que los representantes del Consorcio Irrigación Olmos no han sostenido conversaciones con funcionarios del Gobierno Regional de Lambayeque para evitar que se comparen las ventajas y desventajas de la iniciativa privada a través de información y consultas con la ciudadanía y sociedad civil; precisando que todas las reuniones que han sostenido como consorcio con la Región y sus brazos técnico y asesores externos han sido públicas.

Además indicó que el Consorcio Irrigación Olmos no observó el Plan Mínimo de la Nippo Koei para la presentación de su iniciativa privada porque la iniciativa privada fue presentada el 25 de junio del 2008, mientras que el documento de la Nippon Koei apareció en junio del 2009, es decir con posterioridad, precisando que incluso apareció tres meses después de que la iniciativa privada sea declarada de interés.

Asimismo indica que han trabajado en el marco de una concesión autosostenible, y que no han solicitado recursos económicos y financieros del Estado ni garantías financieras ni ningún tipo de cofinanciamiento.

También señala que el Consorcio Irrigación Olmos no ha suscrito el contrato correspondiente como consecuencia de la aprobación de la iniciativa privada, porque para que la Región pueda suscribir el contrato de concesión debe contar con la opinión favorable de diversos organismos del Estado como son la



Dr. Carlos Enrique Osorio Padilla
COORDINADOR
Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa
Chiclayo
Distrito Judicial de Lambayeque

Autoridad Nacional del Agua, el Ministerio de Economía y Finanzas y la Contraloría General de la República.

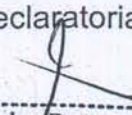
Agrega que las obras que no ha previsto ejecutar el Consorcio Irrigación Olmos en la iniciativa privada, como la hidroeléctrica, pueden ser ejecutadas con posterioridad, precisando que el Gobierno Central separó en tres componentes el Proyecto Integral Olmos, sin poner plazo de ejecución, y que cada uno se puede realizar de manera independiente sin afectar la viabilidad de ejecución y funcionamiento de las otras dos etapas.

En relación a la sobrevaloración, señala que la iniciativa privada no presenta costos de partida de precios sobrevaluados en el costo del concreto armado y en el canal central con un revestimiento de concreto; precisando que la iniciativa privada presentada por el Consorcio Irrigación Olmos no es para que se adjudique una obra pública, sino para que se le adjudique una concesión de largo plazo donde el consorcio y futuro concesionario se obliga a construir, a operar y mantener dicha infraestructura. Agrega que todos los gastos asociados al proceso de construcción están basados en una ingeniería preliminar y los riesgos de costos adicionales en los que se pudiera incurrir por alguna contingencia son asumidos íntegramente por el concesionario.

Agrega que las obras propuestas por la iniciativa privada no se construirán con la venta de las 38 000 has de tierras pertenecientes al Proyecto Olmos, ya que la venta de tierras es un ingreso que le corresponde al Gobierno Regional de Lambayeque como su propietario; precisando que ningún recurso proviene del Estado, pues todos son buscados, aportados y asumidos por el concesionario privado y sus inversionistas.

NERY ENNI SALDARRIAGA DE KROLL señaló que no participa en ningún estadio del procedimiento; pero que conoce el procedimiento, indicando que el Consorcio Irrigación Olmos presenta una iniciativa privada el 30 de junio del 2008 para la ejecución del Proyecto de Irrigación Olmos como una concesión autosostenible. Precisa que esta iniciativa fue presentada al Consejo Regional para su admisión a trámite, lo cual se efectúa con el Acuerdo Regional N° 109-2008 del 01 de agosto del 2008 que establecía aprobar el Acuerdo N° 002-CEPIT-GRL del Comité Especial de Promoción de la Inversión Privada (el mismo que contenía una opinión favorable para la admisión a trámite de la iniciativa privada).

Asimismo indica que desde setiembre del 2008 se realizaron reuniones para evaluar la propuesta desde el punto de vista técnico, económico, legal y financiero y para el 22 de diciembre del 2008 el proponente de la iniciativa privada remite a la CEPRI el informe complementario de la iniciativa privada. Todo el primer trimestre del 2009 se continúa todo el procedimiento de trabajo entre la CEPRI y el proponente de la iniciativa privada. Con fecha 24 de marzo del 2009 la CEPRI envía a la entidad proponente toda una lista de condiciones necesarias para declarar de interés la iniciativa privada. Agrega la declarante que todo esto es llevado al Consejo Regional y con fecha 06 de abril el Consejo Regional emite el Acuerdo Regional N° 049-2009 para declarar de interés la iniciativa privada. Culminado este proceso, se publica la declaratoria de interés en


Dr. Carlos Enrique Osorio Padilla
COORDINADOR
Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa
Chiclayo
Distrito Judicial de Lambayeque

el Diario Oficial El Peruano y en diarios El Correo (a nivel nacional) y La Industria (a nivel regional). En esa declaratoria de interés también se considera el monto de la carta fianza por US\$ 4'100,000.00.

Por otro lado, deja en claro que la Presidenta Regional no se ha avocado en ningún estadio del procedimiento porque esto es competencia técnica de los funcionarios, tanto de la Gerencia de Desarrollo como del Asesor Jurídico. También señala que el proyecto es de impacto y no le cuesta ni un sol al erario nacional. Agrega que se ha cumplido con mandar la propuesta a las entidades que pueden evaluarla y pueden decir si está bien o está mal, como son, la Autoridad Nacional del Agua, el Ministerio de Economía y Finanzas y la Contraloría General de la República.

Finalmente señala que la gente ha confundido la iniciativa privada con un Plan Mínimo que ha presentado la Nippon Koei, precisando que Nippon Koei presentó un Plan Mínimo y no un estudio definitivo que no se puede comparar con una iniciativa privada que está culminada.

PABLO ENRIQUE SALAZAR TORRES señaló ser Gerente General del Proyecto Especial Olmos Tinajones y representante legal del PEOT. Indica que como Presidente del CEPRI tiene la función de evaluar y proponer para su aprobación del Consejo Regional la iniciativa privada presentada por el Consorcio Irrigación Olmos. Asimismo señala que el PEOT es el órgano técnico para asesorar a la CEPRI en todo lo concerniente a la parte técnica en su evaluación de la iniciativa privada.

También señala que desde la presentación de la iniciativa privada y la conformación del CEPRI ha habido múltiples comunicaciones y reuniones de trabajo con participación del equipo de asesores, habiéndose formulado innumerables consultas y observaciones sobre aspectos técnicos, legales y financieras a los largo de todo el proceso.

Respecto al monto de la carta fianza señaló que este aspecto es evaluado por la CEPRI, precisando que lo que se buscaba es que las empresas que participen sean lo suficientemente grandes y serias para poder afrontar una concesión autosostenible. Otro criterio es el tema del tiempo con el que se cuenta para buscar culminar lo más pronto el proceso, más si toda demora en el caso Olmos generaría que las obras de trasvase que ya se encuentren culminadas generen un costo anual de 26'000,000.00 anuales sin que tengan utilidad práctica en la irrigación de tierras. Precisa que sin obras de infraestructura para la irrigación, las obras de trasvase no tienen utilidad práctica. Asimismo señala que la norma no establece criterios específicos para fijar el monto de la carta fianza y que al fijarse dicho monto no se consideró la posibilidad de la disminución de postores, dado que en el mercado existen postores capaces de ejecutar la obra y aceptar el monto de la carta fianza, precisando que la CEPRI ha remitido invitaciones a 26 empresas nacionales e internacional, siendo que de ellas aproximadamente 10 ó 12 les dieron cita, pero la preocupación de todos ellos era como recuperaban su inversión, es decir, todas requerían una garantía del Estado para poder participar. Por otro lado, indica que si se merituyó el Plan Mínimo de la Nippon Koei en la medida que fue presentado con posterioridad a la declaratoria de interés como un



Dr. Carlos Enrique Osorio Padilla
COORDINADOR
Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa
Chiclayo
Distrito Judicial de Lambayeque

simple informe. Precisa que el Plan Mínimo sale a luz y es de conocimiento del PEOT recién el 09 de julio del 2009. Agrega que al conocer de la existencia del Plan Mínimo y por encargo del Gobierno Regional se realiza un estudio técnico financiero sobre dicho Plan Mínimo con resultados que objetaban su viabilidad técnica y económica.

Respecto al componente hidroeléctrica señala que el Proyecto Olmos fue partido en tres fases; lo cual se concretizará a través de tres concesiones. La primera es el trasvase, la segunda corresponde a las obras hidroeléctricas dependiendo de su aceptación en el mercado como negocio, y la tercera es la distribución del agua que corresponde a la propuesta presentada por el Consorcio Irrigación Olmos. Así señala que la iniciativa privada presentada por el Consorcio Irrigación Olmos se ocupa exclusivamente de la tercera parte antes mencionada, y no tiene nada que ver con el sistema hidroenergético que vendría a significar otra concesión aparte. Respecto al Reservoirio Olmos, la iniciativa privada no limita la posibilidad de que en el futuro se construya el Hidráulico Olmos, lo cual sucederá cuando exista mayor recurso hídrico por nuevos trasvases.

Sobre las pérdidas generadas por la no ejecución de las obras, resalta que ante una falta de generación de producción agrícola el Estado dejaría de percibir tributos que se generan directa e indirectamente por el desarrollo económico.

En relación a la sobrevaluación de costos indica que esta corresponde a una concesión y no a una obra pública convencional, la cual está sujeta a ampliaciones de plazos de adicionales de obra, lo cual implica mayores costos, gastos generales y otros que son asumidos por el Estado; mientras que en la concesión es el concesionario quien asume los riesgos.

Sobre la distribución de aguas por canales señala que todos los proyectos hidráulicos del país conducen el agua por canales, precisando que la conducción por tuberías genera un alto costo y la necesidad de requerir cofinanciamiento al Estado, por lo que se tuvo que desechar dicha propuesta.

Además señala que el precio de venta de las tierras será trasladado íntegramente al Gobierno Regional, precisando que el pago de capacidad no es otra cosa que el pago adelantado de la tarifa por el servicio de captación, conducción y distribución de agua. Agrega que lo recaudado por el concesionario forma parte de la tarifa adicionado al aporte propio y al financiamiento que obtenga de terceras personas; precisando que ninguno de estos recursos son públicos y por lo tanto no afecta la naturaleza autosostenible de la concesión planteada por el proponente. Precisa que el precio de subasta de la tierra tiene dos componentes: el primero es el valor de la tierra propiamente dicho que es transferido al Estado Peruano y que es pagado por el usuario como contraprestación por la transferencia del dominio de cada hectárea subastada, siendo que cada hectárea de tierra a subastarse asciende a US\$ 160.00 conforme a tasaciones.

DÉCIMO QUINTO.-

Análisis del caso concreto


Dr. Carlos Enrique Osorio Padilla
COORDINADOR
Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa
Chiclayo
Distrito Judicial de Lambayeque

- A. Respecto a los requisitos exigidos a potenciales postores que tiene como objetivo impedir que estos participen, específicamente una carta fianza altísima; es de señalar que la norma no especifica los montos de las cartas fianzas, por lo que los funcionarios competentes cuentan con discrecionalidad (analizada en el considerando tercero) para definir dicho monto; precisándose que en el caso concreto, conforme aparece del anexo al Oficio N° 0009-2010-CG/GCE del 03 de febrero del 2010 emitido por la Gerencia Central de Control Especializado de la Contraloría General de la República, el monto de la carta fianza es el 2.2 % del monto de la obra, el cual resulta ser similar al requerido en la obra del Puerto de Paita (2 %) e incluso menor a la obra del Ducto de Camisea (6 %), por lo que no es posible determinar que el monto fijado sea irrazonable, más si se tiene en cuenta que conforme lo señala el Tribunal Constitucional, la razonabilidad o certeza de la actuación administrativa se presume, así como la Contraloría General de la República señala que esta decisión tiene alto margen de discrecionalidad para los funcionarios de la entidad. Bajo este contexto, el hecho de que se fije un monto que la parte denunciante considera es elevado, no es posible concluir que éste sea realmente elevado, y aún en el supuesto de que se trate de un monto alto, esto no permite concluir que el acto de determinar el monto constituye delito, dado que se trata de una decisión adoptada en base a un alto margen de discrecionalidad (al tratarse de actos no reglados o discrecionales), sin poderse comprobar por tanto, que NERY SALDARRIAGA DE KROLL y PABLO ENRIQUE SALAZAR TORRES se hayan excedido en sus atribuciones u omitido deberes funcionales, así como que se hubieran concertado para defraudar al Estado o interesado en un negocio o recibido alguna dádiva, promesa, ventaja o beneficio.
- B. En relación a la sobrevaluación del presupuesto a ejecutar (de US \$ 185'314,810.00 más IGV), es de indicar que conforme se ha mencionado precedentemente, las obras deben requerir mínimo o nulo financiamiento por parte del Estado, asumiendo el ejecutor los costos y riesgos de la obra, en aplicación del artículo 4° del Decreto Legislativo N° 1012. Es más la Contraloría General de la República (que ilustra a este Despacho Fiscal en temas técnicos y especializados) concluye al respecto, que de existir un mayor costo de obra debido al incremento de precios en el mercado, mayores cantidades de trabajo, identificación de obras no previsibles y otros factores, deben ser asumidos por el concesionario, sin que ello implique una afectación al monto de la tarifa del servicio, ni traslado de estos costos al Gobierno Regional de Lambayeque. En ese contexto, se advierte que la sobrevaloración denunciada no afecta recursos públicos, por lo que aún cuando existiera dicha sobrevaloración (lo que no ha sido determinado, más si no se presentan análisis o sustento que demuestre la sobrevaloración), esto no permitiría configurar el delito de colusión ni de negociación incompatible por parte de NERY SALDARRIAGA DE KROLL y PABLO ENRIQUE SALAZAR TORRES, más si se tiene en cuenta que la colusión requiere de la necesaria existencia de un perjuicio económico al Estado (lo cual no sucede si trata de recursos no estatales), aunado a que ésta sólo puede consumarse respecto de procesos de adquisición selección y contratación pública para las adquisiciones del Estado (siendo que la iniciativa privada no reúne tal condición, conforme a lo expuesto en los considerandos octavo y décimo segundo de la presente



Dr. Carlos Enrique Osorio Padilla
COORDINADOR
Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa
Chiclayo
Distrito Judicial de Lambayeque

disposición), y que no se ha acreditado que la decisión de aprobar la iniciativa privada se haya efectuado en función a un interés.

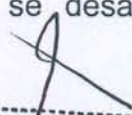
- C. Sobre el cierre financiero, en mérito al cual según señalan los denunciantes, la empresa Odebrecht pone como condición la venta de 38 000 has de tierras pertenecientes del Proyecto Olmos; cabe indicar que conforme al artículo 4° del Decreto Legislativo N° 1012, será asociación pública privada autosostenible la que demande mínima o nula garantía financiada por parte del Estado y que las garantías no financieras tengan una probabilidad nula o mínima de demandar el uso de recursos públicos. En ese contexto, se advierte que efectivamente son sólo los criterios mencionados los que se deben tomar en cuenta para determinar que una asociación público privada es autosostenible.

Así se concluye que será autosostenible la asociación público privada que demande mínima o nula garantía financiada por parte del Estado y que las garantías no financieras tengan una probabilidad nula o mínima de demandar el uso de recursos públicos. Es de señalar que esto se determina a través de una simple lectura de la norma (interpretación literal), la cual es clara y no necesita ser objeto de una interpretación correctora tendente a incorporar nuevos supuestos para que una asociación público privada sea autosostenible.

Tomando en cuenta dichos argumentos se advierte la iniciativa privada objeto de análisis no demanda garantías o recursos al Estado, más si se tiene en cuenta que la Contraloría General de la República concluye que los fondos que se obtenga producto de la venta de los terrenos no constituye financiamiento del proyecto. En ese contexto, y no demandando recurso del Estado, este no puede verse afectado, por lo que también se descarta la existencia de delitos de colusión y negociación incompatible por parte de NERY SALDARRIAGA DE KROLL y PABLO ENRIQUE SALAZAR TORRES, agregándose que este hecho tampoco acredita que existiera un interés tendente a beneficiar al Consorcio Irrigación Olmos, más si no afecta los recursos públicos y se ajusta a ley.

- D. Respecto al incumplimiento de la formalidad prescrita por el artículo 15° del Decreto Legislativo N° 1012 por parte del Gobierno Regional y el PEOT; es de señalar que el referido artículo establece que las declaraciones de interés serán publicadas por una sola vez en el Diario Oficial "El Peruano" y en otro de circulación nacional, así como en la página web del Organismo Promotor de la Inversión Privada (en este caso el Gobierno Regional en aplicación del artículo 6° inc. 6.2 del Decreto Legislativo N° 1012; precisando que la declaración de interés deberá contener como mínimo la siguiente información:

- Un resumen del proyecto contenido en la iniciativa privada, que contemple:
 - ✓ Objeto y alcance del proyecto de inversión.
 - ✓ Bienes y/o servicios públicos sobre los cuales se desarrollará el proyecto.
 - ✓ Modalidad contractual y plazo del contrato.



Dr. Carlos Enrique Osorio Padilla
COORDINADOR
Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa
Chiclayo
Distrito Judicial de Lambayeque

- ✓ Monto referencial de la inversión.
 - ✓ Cronograma tentativo del proyecto de inversión.
 - ✓ Forma de retribución propuesta (con indicación de si el proyecto requiere incremento de tarifa).
-
- Indicadores de calidad del servicio a prestarse, de ser el caso.
 - Elementos esenciales del proyecto de contrato, de acuerdo a los criterios que establezca el Organismo Promotor de la Inversión Privada.
 - Garantías de fiel cumplimiento de las obligaciones contractuales.
 - Requisitos de precalificación de la Oferta Pública, Licitación Pública o Concurso de Proyectos Integrales que se convoque.
 - Factor de competencia de la Oferta Pública, Licitación Pública o Concurso de Proyectos Integrales que se convoque.
 - Modelo de carta de expresión de interés y modelo de carta fianza a presentar por terceros interesados en la ejecución del proyecto.

Revisado el Contenido de la Declaratoria de Interés publicada en el Diario Oficial El Peruano el 11 de abril del 2009, se observa que ésta contiene toda la información mencionada en el párrafo precedente; precisándose que la norma no exige en forma expresa que la se publique el Acuerdo Regional por el que se declara de interés la iniciativa privada.

En ese contexto, es de señalar que una lectura del Decreto Legislativo N° 1012, y efectuándose una interpretación literal del artículo 15° del referido decreto legislativo, se concluye efectivamente que no resulta exigible publicar el acuerdo regional que aprueba la declaración de interés; precisándose que se trata de una norma clara y por lo tanto no requiere una interpretación correctora; agregándose que incluso si se efectuara una interpretación teleológica (ratio legis) se advertiría que el objeto de la publicación es dar a conocer la información que contiene la declaración de interés, lo cual se ha cumplido al efectuarse aquella (la publicación), haciéndose mención que lo señalado en el Acuerdo Regional que aprueba la declaratoria de interés no es relevante para promover la competencia (cualquier postor interesado participaría con tan solo conocer la información de la declaratoria de interés, más si en esta se señala *“aquellas personas naturales o jurídicas o consorcios interesados en participar en este proyecto... cuentan con un plazo de noventa (90) días calendarios que se computan a partir del día siguiente de la publicación de la presente en el Diario El Peruano, para presentar sus expresiones de interés...”* - subrayado agregado – así como que los datos del Acuerdo Regional ya se mencionan en la declaratoria de interés publicado el 11 de abril del 2009).

Respecto a que se incumplido con efectuar las publicaciones conforme al artículo 15° del Decreto Legislativo N° 1012, que dispone realizarlas en el Diario Oficial El Peruano y en un diario de circulación nacional, además de hacerlo en la página web del Gobierno Regional de Lambayeque; es de señalar que conforme aparece en el considerando décimo tercero, se han efectuado publicaciones en el Diario El Peruano, el Diario El Correo (de circulación nacional) y el Diario La Industria, por lo que se ha cumplido con lo exigido por la norma.

Dr. Carlos Enrique Osorio Padilla
COORDINADOR
Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa
Chiclayo
Distrito Judicial de Lambayeque

Bajo este contexto, se tiene que no se ha incumplido con lo dispuesto en el artículo 15° del Decreto Legislativo N° 1012, así como que este hecho en concreto no ha afectado el principio de competencia; por lo que no se configuran los delitos de abuso de autoridad, omisión de deberes funcionales, colusión ni negociación incompatible por parte de NERY SALDARRIAGA DE KROLL y PABLO ENRIQUE SALAZAR TORRES.

- E. En relación al hecho de que el Gobierno Regional y el PEOT no hayan cumplido con informar coherentemente sobre la garantía de fiel cumplimiento de las obligaciones contractuales que debe presentar el Consorcio Irrigación Olmos, (pues mientras en la publicación del 11 de abril se señalan las cantidades de US \$ 2'000,000; 8'200,000.00; 4'000,000.00 y 2'000,000.00 respectivamente para cada uno de los tramos, en la página web del Gobierno Regional figura la de US \$ 2'000,000; 16'690,000.00; 4'000,000.00 y US \$ 2'000,000.00 por los mismos conceptos); es de señalar que revisada la publicación del Diario Oficial El Peruano se advierte que se consigna las cantidades de US \$ 2'000,000; 8'200,000.00; 4'000,000.00 y 2'000,000.00 respectivamente para cada uno de los tramos, sin embargo, no resulta materialmente posible comprobar si a la fecha de la denuncia o incluso antes) la página web del Gobierno Regional consignaba otras cantidades (precisándose que la única que no coincide es la del segundo tramo); más si se tiene en cuenta que no se ha alcanzado documentos idóneos que permitan comprobar que al 28 de octubre del 2009 (o incluso antes, atendiendo a la fecha en que los denunciados hubieran visto la página web con datos distintos a los señalado en la publicación de El Peruano) existía tal consignación distorsionada de datos.
- F. Respecto a que con aval de la Presidenta Regional se ha transgredido el Acuerdo Regional N° 099-2009-GR.LAMB.CR del 02 de julio del 2009, al no exigirse que el PEOT, convoque a las instituciones representativas de la sociedad civil y a los ciudadanos interesados; resulta pertinente tomar los conceptos de derecho penal mínimo y de carácter fragmentario del derecho penal (analizados en el considerando décimo primero); puesto que si bien el Acuerdo Regional N° 099-2009-GR.LAMB.CR dispone que el Consejo Regional proceda a la inmediata convocatoria de reuniones de trabajo con la participación de funcionarios del PEOT, Consejo Regional y Ejecutivo del Gobierno Regional de Lambayeque, también es cierto que en mérito a los principios señalados, el sólo eventual incumplimiento no genera responsabilidad penal, puesto que el ordenamiento jurídico contempla otros mecanismos para hacer efectivo el cumplimiento del acuerdo regional, siendo que el delito sólo podrá sancionarse cuando se hayan agotado tales mecanismos.

Además, la Contraloría General de la República concluye que el Plan Mínimo no es comparable con el proyecto (iniciativa privada), porque atienden objetivos distintos, siendo las metas a lograr por el Plan Mínimo menor a El Proyecto. En ese contexto, se advierte que la existencia del Plan Mínimo de la Nippon Koei (que motivó la emisión del Acuerdo Regional N° 099-2009-GR.LAMB.CR para su comparación con la iniciativa privada), y la eventual omisión de realización de reuniones para su comparación con la iniciativa

Dr. Carlos Enrique Osorio Padilla
COORDINADOR
Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa
Chiclayo
Distrito Judicial de Lambayeque

privada, no afectó interés alguno, puesto que desde el punto de vista técnico, ambas propuestas resultan incomparables; deduciéndose de esto que aún cuando se hubieran realizado las reuniones, no se habría variado la situación de propuestas incomparables.

En relación a que se ha constatado notarialmente que en la página web del Gobierno Regional no se publicó el Acuerdo Regional N° 00099-GR-LAMB-CR sino que aparece el Acuerdo Regional 098-GR-LAMB-CR del 30 de junio del 2009, es de señalar que efectivamente existe un Acta de Constatación Notarial de Publicación en la Página Web por parte del Notario Carlos Caballero Burgos, en la que se ha constatado que en el portal donde debe estar publicado el acuerdo 00099-GR-LAMB/CR se ha colocado un acuerdo distinto. Al respecto, si bien se advierte que se ha publicado un acuerdo distinto, resulta necesario evaluar si esta conducta constituye delito o si sólo debe ser considerada como una falta administrativa.

Siguiendo los conceptos de derecho penal mínimo y de carácter fragmentario del derecho penal (analizados en el considerando décimo primero), se tiene el derecho penal no ha de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas. En el presente caso, si bien se ha acreditado que el 27 de agosto del 2009 (y sólo esa fecha) se había colocado un acuerdo distinto al consignado, también es cierto que no se conoce durante que período estuvo publicado el Acuerdo Regional 098-GR-LAMB-CR en el lugar que correspondía al Acuerdo N° 00099-GR-LAMB/CR y en consecuencia cual fue el grado de lesión al bien jurídico, a efectos de determinar si se trataba de una conducta peligrosa que merezca una sanción penal. Además, el sólo hecho de que se hubiera colocado un acuerdo distinto no permite por sí, determinar si nos encontramos frente a un acto doloso o a una negligencia, respecto de lo cual sólo existen presunciones sobre la concurrencia del dolo (conforme alegan los denunciados), las cuales no han sido corroboradas con medios probatorios.

Pese a lo señalado en el párrafo que antecede; cabe reiterar que la Contraloría General de la República ha sostenido desde el punto de vista técnico que el Plan Mínimo no es comparable con el proyecto (iniciativa privada), y en consecuencia es de señalar que igualmente la publicación distorsionada no afectó interés alguno (dado que desde el punto de vista técnico, ambas propuestas resultan incomparables; deduciéndose de esto que aún cuando se hubieran realizado las reuniones, no se habría variado la situación de propuestas incomparables).

También es de indicar que efectivamente existió una deficiencia en la publicación del monto de la garantía de seriedad de expresión; sin embargo, conforme también lo sostiene la Contraloría General de la República, no es posible definir la fecha en que fue subsanado el error y por tanto tampoco conocer el grado de afectación al principio de competencia.

En conclusión y si bien se observa que existe un conjunto de errores reseñados en el presente literal F (omitir convocar a instituciones representativas de la sociedad civil y a los ciudadanos interesados, el colocar

Dr. Carlos Enrique Osorio Padilla
COORDINADOR
Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa
Chiclayo
Distrito Judicial de Lambayeque

un acuerdo distinto en el lugar donde debe estar publicado el acuerdo 00099-GR-LAMB/CR y la existencia de discordancias en la publicación del monto de la garantía de seriedad de expresión), también es cierto que se trata de errores que no revisten gravedad y aún cuando sean concurrentes y plurales (más de un error) éstos no generan responsabilidad penal. Y es que tales errores no están relacionados con el eventual impedimento para la participación de postores (a excepción de las discordancias en la publicación del monto de la garantía de seriedad de expresión) ni con la presunta intención de beneficiar a una empresa, sino con la posibilidad de discutir alternativas (la de la iniciativa privada por un lado y la de la Nippon Koei por otro lado, precisándose que esta última constituye una propuesta a nivel de perfil y no una iniciativa privada con un postor que proponga ejecutarla de acuerdo a ese perfil), resaltando que dicha discusión de alternativas resultaba poco relevante al no afectar interés alguno, dado que de acuerdo a lo señalado por la Contraloría General de la República, desde el punto de vista técnico ambas propuestas resultan incomparables.

En todo caso, y si bien no puede desconocerse que los espacios de discusión constituyen un adecuado mecanismo de transparencia y eventualmente ayudan a la adopción de las decisiones más adecuadas y beneficiosas; también es cierto que conforme se ha venido sosteniendo al abordar los principios de mínima intervención y carácter fragmentario del Derecho Penal, sólo las conductas más graves y que hayan sido objeto de agotamiento de otros mecanismos menos lesivos (como las vías civil, constitucional o administrativa disciplinaria) pueden ser sancionadas en el ámbito penal; siendo que de acuerdo a lo expresado en los párrafos precedentes, y sin perjuicio de que no se acreditado el dolo y la existencia de acuerdos destinados a defraudar al Estado o de intereses (sólo se conocen presunciones), en el presente caso existen otros mecanismos que la ley prevé para hacer efectivo el cumplimiento de acuerdos y sancionar administrativamente a quien incurra en deficiencias que afecten el normal desarrollo de un proceso (concesión de obras de infraestructura a través de una iniciativa privada).

Y respecto a la existencia de discordancias en la publicación del monto de la garantía de seriedad de expresión, es de señalar que la publicación web no es la única forma para que se conozca el monto de la carta fianza en el extranjero, pues las publicaciones del Diario Oficial El Peruano e incluso de diarios distintos también son colocadas en páginas web y por lo tanto son accesibles no sólo en el Perú sino en todos los lugares en los que se tenga acceso a la web, resultando razonable que si alguna empresa tiene interés en invertir en el Perú, siempre revisará por lo menos el Diario Oficial.

Por tales razones no es posible imputar la comisión de los delitos de abuso de autoridad, omisión de deberes funcionales, colusión, negociación incompatible e incluso tampoco cohecho (no se conoce de la existencia de dádivas, prevendas o promesas) por parte de NERY SALDARRIAGA DE KROLL y PABLO ENRIQUE SALAZAR TORRES, respecto de los hechos analizados en el presente literal.



Dr. Carlos Enrique Osorio Padilla
COORDINADOR
Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa
Chiclayo
Distrito Judicial de Lambayeque

- G. Sobre el cuestionamiento a que la conducción de agua se efectúe por canales abiertos y no por tuberías, es de señalar que ya la Contraloría General de la República ha emitido un pronunciamiento técnico al respecto, en la cual concluye que la conducción del agua se puede realizar a través de conductos abiertos, cerrados o mixtos y que en consecuencia la alternativa del proponente (iniciativa privada) no puede ser descartada; precisándose en todo caso, que de existir diversas opiniones sobre cual es la mejor alternativa de conducción de agua, la adopción de alguna de las alternativas no puede ocasionar responsabilidad penal ni puede conllevar a sostener que necesariamente se recoja determinada alternativa porque existe una concertación o un interés (pues estas sólo constituirían presunciones), conforme los criterios expuestos en el considerando cuarto, en el sentido de que existe responsabilidad limitada por los criterios opinables o dudosos.
- H. Respecto a la responsabilidad de JUAN ANDRÉS MARSANO SOTO y RAMESH BEHARI AGRAWAT FERNÁNDEZ por los presuntos delitos de CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS EN SU MODALIDAD DE COHECHO ACTIVO GENÉRICO, es de señalar que no existiendo elementos para considerar la existencia de concertaciones, intereses o beneficios económicos por parte de NERY SALDARRIAGA DE KROLL y PABLO ENRIQUE SALAZAR TORRES, tampoco es posible sostener que JUAN ANDRÉS MARSANO SOTO y RAMESH BEHARI AGRAWAT FERNÁNDEZ hayan ofrecido, dado o prometido algún donativo, promesa, ventaja o beneficio; sin dejar de mencionar que los denunciados sólo presumen que se habría producido esta conducta, siendo que no se han recabado elementos de prueba que corroboren tal presunción.

DÉCIMO SEXTO.-

Del escrito presentado por el Presidente del Comité Multi Sectorial de la Tierras afectadas de la C.C. Santo Domingo de Olmos.

En su escrito del 24 de noviembre del 2009 el Presidente del Comité Multi Sectorial de la Tierras afectadas de la C.C. Santo Domingo de Olmos señala que se pretende afectar y arrebatar las tierras de los comuneros que se encuentran en posesión de éstas y solicitan medidas correctivas al respecto a la corrupción de funcionarios que señalan se viene investigando.

Al respecto y siendo que el escrito del 24 de noviembre del 2009 no especificaba en forma clara que delitos se estaban denunciando a través de dicho escrito, así como cuales eran las acciones correctivas y preventivas que solicitaban se adopten y en que contexto resultaba necesario adoptarlas; es que se dispuso recabar la declaración del Presidente del Comité Multi Sectorial de la Tierras afectadas de la C.C. Santo Domingo de Olmos Víctor Monja Soplapuco, a efectos de que informe sobre el alcance de la denuncia, y así conocer la existencia o no de delitos e incluso también la competencia funcional y territorial; sin embargo pese a habersele convocado en dos oportunidades, dicho presidente no asistió, lo que no permitió recabar los datos antes mencionados y en consecuencia determinar si existía algún delito por investigar (distinto a los que han sido materia de análisis en la carpeta Fiscal N° 3142-2009).



Dr. Carlos Enrique Osoreo Padilla
COORDINADOR
Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa
Chiclayo
Distrito Judicial de Lambayeque

III. PARTE DECISORIA

Por estas motivaciones expuestas y al amparo del Art. 334° inc. 1 del C.P.P; esta Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Chiclayo, en uso de sus atribuciones DISPONE:

- 1.- **NO PROCEDE FORMALIZAR NI CONTINUAR CON LA INVESTIGACION PREPARATORIA** contra NERY SALDARRIAGA DE KROLL y PABLO ENRIQUE SALAZAR TORRES por delitos de ABUSO DE AUTORIDAD; OMISIÓN, REHUSAMIENTO O DEMORA DE ACTOS FUNCIONALES; COLUSIÓN y CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS EN SU MODALIDAD DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE O APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE CARGO en agravio del ESTADO; y contra JUAN ANDRÉS MARSANO SOTO y RAMESH BEHARI AGRAWAT FERNÁNDEZ por delitos de CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS EN SU MODALIDAD DE COHECHO ACTIVO GENÉRICO en agravio del ESTADO. Notifíquese a los denunciantes y los Procuradores intervinientes en la presente investigación para que si no están de acuerdo, puedan interponer Recurso de Queja de Derecho dentro de los **CINCO** días de notificada, debiendo cumplir en fundamentar y expresar el agravio bajo apercibimiento de declararse Improcedente el mismo. Consentida la presente Disposición dispongo el **ARCHIVO** del caso.

VICTOR LUNA VICTORIA MENACHO
ABOGADO
Reg. CALL. 5355

ch. 25-03-10
40 folios

Dr. Carlos Enrique Osorio Padilla
COORDINADOR
Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa
Chiclayo
Distrito Judicial de Lambayeque



400198820100102405074503



MINISTERIO PÚBLICO
03° FISCALIA SUPERIOR PENAL DE
APELACIONES DE LAMBAYEQUE

CEDULA DE NOTIFICACION
1988 - 2010
Muy Urgente

Caso Nro 2406074502-2009-3142-0

NOMBRE: SALDARRIAGA DE KROLL, NERY

DIRECCION: AV. LIBERTAD 175 URB SANTA VICTORIA-CHICLAYO-CHICLAYO-LAMBAYEQUE-PROCESAL

REFERENCIA: ESTUDIO JURIDICO ABOG LUNA VICTORIA VICTOR

FINALIDAD: Para Conocimiento

MATERIA: ABUSO DE AUTORIDAD

A.A. (OMISION Y REHUS.RETARD.ACTO.OFIC.)

CONCUSION (COLUSION ILEGAL)

Y OTROS

Por disposición del Sr.(a) Fiscal ALEJANDRO LAMADRID UBILLUS se cumple con notificarle que, se adjunta Resolución/Disposición DISPOSICION N° 01-2010-3FSPA-LAMB con fecha 20 de MAYO del 2010 a fojas 25, CONFIRMAR DISPOSICION IMPUGNADA; DECLARAR INFUNDADA QUEJA DE DERECHO. Y anexos DISPOSICION N° 01-2010-3FSPA-LAMB.

R. Milagros Quevedo García
Asistente Administrativo
Tercera Fiscalía Penal de
Apelaciones de Lambayeque

Firma y Sello

Fecha de Emisión: 21 DE MAYO DEL 2010.

RECIBIO CONFORME

Caso : 2406074502-2009-3142-0

Nombre : _____
Vinculación : Victor Luna Victoria Menacho
DNI N° : ABOGADO
Fecha y Hora : CALL 5365
21-05-2010
8:30 AM
EO JESUS FISCAI

Observ.: _____
Caract. Domic.: _____
Sumin. de Agua o Energ. Elect.: _____

Firma de Recepción

Firma y Sello de Notificador



400198820100102405074503



400198720100102405074503



MINISTERIO PÚBLICO
03° FISCALIA SUPERIOR PENAL DE
APELACIONES DE LAMBAYEQUE

CEDULA DE NOTIFICACION

1987 - 2010

Muy Urgente

Caso Nro 2406074502-2009-3142-0

NOMBRE: SALAZAR TORRES, ENRIQUE

DIRECCION: AV. LIBERTAD 175-URB SANTA VICTORIA-CHICLAYO-CHICLAYO-LAMBAYEQUE-PROCESAL

REFERENCIA: ESTUDIO JURIDICO ABOG LUNA VICTORIA VICTOR

FINALIDAD: Para Conocimiento

MATERIA: ABUSO DE AUTORIDAD

A.A. (OMISION Y REHUS.RETARD.ACTO.OFIC.)

CONCUSION (COLUSION ILEGAL)

Y OTROS

Por disposición del Sr.(a) Fiscal ALEJANDRO LAMADRID UBILLUS se cumple con notificarle que, se adjunta Resolución/Disposición DISPOSICION N° 01-2010-3FSPA-LAMB con fecha 20 de MAYO del 2010 a fojas 25, CONFIRMAR DISPOSICION IMPUGNADA; DECLARAR INFUNDADA QUEJA DE DERECHO. Y anexos DISPOSICION N° 01-2010-3FSPA-LAMB.

R. Milagros Quevedo García
Asistente Administrativo
Tercera Fiscalía Penal de
Apelaciones de Lambayeque

Firma y Sello

Fecha de Emisión: 21 DE MAYO DEL 2010.

RECIBIO CONFORME

Caso : 2406074502-2009-3142-0

Nombre : _____
Vinculación : _____
DNI N° : _____
Fecha y Hora : _____

Victor Luna Victoria Menacho
ABOGADO
CALL 5355
21-05-10
8:30 AM
EN SEDE FISCAL

Observ.: _____
Caract. Domic.: _____
Sumin. de Agua o Energ. Elect.: _____

Firma de Recepción

Firma y Sello de Notificador



400198720100102405074503



MINISTERIO PÚBLICO
Distrito Judicial de Lambayeque
Tercera Fiscalía Superior Penal de Apelaciones

CARPETA FISCAL N° 3142 - 2009

DENUNCIADO: NERY SALDARRIAGA DE KROLL Y OTROS
AGRAVIADO: EL ESTADO
DELITO: ABUSO DE AUTORIDAD Y OTROS

DISPOSICION N° 02-2010-MP-3FSPA-LAMB

Chiclayo, veinte de mayo
del año dos mil diez.

Victor Luna Victoria Menacho
ABOGADO
CALL 5366

Ch. 21-05-10
8:30 AM
EN SEDE FISC!

MINISTERIO PÚBLICO
Dr. Alejandro Lamadrid Montaño
Fiscal Superior Penal Titular
Tercera Fiscalía Superior Penal de Apelaciones
Distrito Judicial de Lambayeque

VISTA: La queja de derecho interpuesta contra la disposición fiscal N° 04 del 24 de marzo del 2010, que obra a fs. 1055 - 1094 de la carpeta fiscal, emitida por la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Chiclayo que dispone la no procedencia de la formalización y continuación de la investigación preparatoria contra **NERY SALDARRIAGA DE KROLL Y PABLO ENRIQUE SALAZAR TORRES** por la presunta comisión de los delitos de **ABUSO DE AUTORIDAD; OMISIÓN, REHUSAMIENTO O DEMORA DE ACTOS FUNCIONALES; COLUSIÓN y CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS EN SU MODALIDAD DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE O APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE CARGO** en agravio del **ESTADO**; y contra **JUAN ANDRÉS MARSANO SOTO y RAMESH BEHARI AGRAWAT FERNÁNDEZ** por la presunta comisión de los delitos de **CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS EN SU MODALIDAD DE COHECHO ACTIVO GENÉRICO** en agravio del **ESTADO** y el informe escrito de la defensa de la parte denunciada.

ATENDIENDO:

PRIMERO: De la revisión de lo actuado se advierte que Galvarino Castro Espinoza, Decano del Colegio de Ingenieros, Carlos Manuel Martínez Oblitas y Luis Carvajal Gravello, Decano del Colegio de Periodistas de Lambayeque, interponen denuncia contra Nery Saldarriaga de Kroll, Presidenta del Gobierno Regional de Lambayeque¹, Enrique Salazar Torres, Gerente General, del

¹ Cargo al que es convocado, según Resolución N° 274 - 2009-JNE, cuya copia simple obra a fs. 251 a 252.

PEOT² y Presidente el Comité Especial de Promoción de la Inversión Privada del Gobierno Regional de Lambayeque³ y contra los agentes autorizados del Consorcio Irrigación Olmos, don Juan Andrés Marsano Soto y don Armes Behari Agrawat Fernández por la presunta comisión de los delitos de Abuso de Autoridad, Incumplimiento de Funciones, Colusión y Aprovechamiento Indebido de su Cargo, tipificados en los artículos 376, 377, 384, y 399 del Código Penal respecto a los dos primeros denunciados. Y respecto a los dos últimos denunciados por la presunta comisión del delito de cohecho tipificado en el Artículo 397 del Código Penal.

En ese sentido señalan que el día 25 de junio del 2008 el Consorcio Irrigación Olmos, que integra la empresa Odebrecht, representado por Juan Andrés Marsano Soto y Ramesh Behari Agrawat Fernández presentó la iniciativa privada denominada Proyecto Irrigación Olmos a fin de solicitar la implementación de un contrato de concesión al amparo del Decreto Supremo N° 059-96-PCM que comprende la construcción de obras del Proyecto de Irrigación Olmos. Posteriormente, el 24 de julio del 2008, el Comité de Promoción de la Inversión Privada del Gobierno Regional de Lambayeque acordó mediante Acta N 02-2008 CEPRI-GR dar opinión favorable para admitir a trámite la iniciativa privada presentada por el Consorcio Irrigación Olmos denominada Proyecto Irrigación Olmos, emitiéndose para tal efecto el Acuerdo Regional N° 109-2008-GR.LAMB/CR con la que se admitió a trámite la referida iniciativa, dando lugar a la Declaración de Interés de la Iniciativa Privada Proyecto Irrigación Olmos, mediante Acuerdo Regional N° 049-2008-GR.LAMB/CR.

Sobre los hechos descritos, los denunciados consideran que la iniciativa privada pretende privar al Proyecto Olmos de gran parte del inicial potencial hídrico puesto a su disposición, pues se estaría promoviendo la irregular hipoteca de su ya recortado proyecto de irrigación, bajo criterios insostenibles, desde el punto de vista técnico y de la conveniencia de la agricultura Lambayecana. Así consideran que de aceptarse la iniciativa privada se estaría regalando las tierras del Proyecto Olmos, pues se utilizarían gratuitamente el agua cuando ésta le ha costado al Estado más de 500 millones de dólares. Asimismo consideran los denunciados que los requisitos exigidos a potenciales postores tiene como objetivo impedir que estos participen, además de una carta fianza altísima para esta etapa del proceso, agregando que los demás requisitos están hechos a la medida del proponente. También denuncian que el presupuesto a ejecutar de US \$ 185'314,810.00 más IGV se encuentra escandalosamente sobrevaluado, si se tiene en cuenta que no considera la ejecución del Hidráulico Olmos y propone además un sistema obsoleto de riego mediante canales; precisando que la NIPPON KOEI estimó el costo de las obras de riego en US \$ 180 millones con un sistema moderno mediante tuberías e incluyendo el Hidráulico Olmos. Al respecto, citan un conjunto de costos referenciales donde se incluyen costos de partida de precios sobrevaluados como el costo de m³ de concreto armado, acero, losa,

² En cuyo cargo es renovado mediante Resolución Regional N 053 - 2009, cuya copia certificada obra a fs. 253.

³ Mediante Resolución Regional N 269-2008-GR.LAMB se conforma el Comité Especial de Promoción de la Inversión Privada del Gobierno Regional de Lambayeque, designándolo como Presidente, cuya copia obra a fs. 254.

encofrado y otros, precisando el valor que podría tener cada concepto. Además, señalan que la empresa Odebrecht pone como condición el denominado "cierre financiero" que significa la venta de 38,000 Has de tierras pertenecientes al Proyecto Olmos a un precio mínimo de US\$ 4,000.00 que multiplicados por 38,000 Has. arrojan US\$ 152'000,000.00, considerando que esto implica que construirán las obras con dinero de todos los peruanos, pese a que cobrarán una tarifa de 6.125 centavos de dólar por cada metro cúbico de agua durante 25 años, lo que equivale a más de 20 millones de dólares anuales.

Por otro lado, los denunciantes señalan que el Gobierno Regional y el PEOT, no han cumplido con la formalidad prescrita por el artículo 15 del Decreto Legislativo N° 1012, que no distingue entre la declaratoria de interés de la iniciativa por un lado, y un resumen ejecutivo de la misma, por otro. Asimismo denuncian que el Gobierno Regional y el PEOT no han cumplido con publicar el acuerdo regional, conforme lo prescribe el artículo 15° del Decreto Legislativo N° 1012, dado que se efectuó una publicación fraccionada de la declaratoria de interés (el 11 de abril y el 15 de mayo del 2009). Así también señalan que el Gobierno Regional y el PEOT no han cumplido con realizar sus publicaciones conforme al artículo 15° del Decreto Legislativo N° 1012 que dispone realizarlas en el Diario Oficial El Peruano y en un diario de circulación nacional, además de hacerlo en la página web del Gobierno Regional de Lambayeque. Los denunciantes consideran que estas nulidades en la publicación han estado encaminadas a favorecer al Consorcio Irrigación Olmos, incumplimiento con su función consistente en promover la participación de terceros interesados en el proyecto. También señalan los denunciantes que el Gobierno Regional y el PEOT no han cumplido con informar coherentemente sobre la garantía de fiel cumplimiento de las obligaciones contractuales que debe presentar el Consorcio Irrigación Olmos, pues mientras en la publicación del 11 de abril se señalan las cantidades de US \$ 2'000,000; 8'200,000.00; 4'000,000.00 y 2'000,000.00 respectivamente para cada uno de los tramos, en la página web del Gobierno Regional figura la de US \$ 2'000,000; 16'690,000.00; 4'000,000.00 y US \$ 2'000,000.00 por los mismos conceptos. Agregan que no hay garantía del postor para responder por un eventual incumplimiento de contrato. Además, señalan que el Consejo Regional con aval de la Presidenta Regional transgreden el Acuerdo Regional N° 099-2009-GR.LAMB.CR del 02 de julio del 2009, puesto que la Presidenta Regional no ha exigido que su órgano especializado, el PEOT, convoque a las instituciones representativas de la sociedad civil y a los ciudadanos interesados. Asimismo indican que se ha constatado notarialmente que en la página web del Gobierno regional no se publicó el Acuerdo Regional N° 00099-GR-LAMB-CR sino aparece el Acuerdo Regional 098-GR-LAMB-CR del 30 de junio del 2009.

Teniendo en cuenta lo expuesto, los denunciantes consideran que el impedir la participación de postores a través de una carta fianza altísima, así como que se fijan requisitos a la medida del proponente, la sobrevaluación del presupuesto de las obras, la obsolescencia del sistema de riego y la insuficiencia de la información técnica para que alguna empresa pueda elaborar una propuesta, evidencian una actitud malintencionada y de un ofrecimiento económico "ventaja".

MINISTERIO PUBLICO

Dr. Alejandro S. Sarmiento

Fiscal Superior Penal Titular

Tercera Fiscalía Superior Penal de Apelaciones

Distrito Judicial de Lambayeque

Imputar

}

SEGUNDO: El denunciante **GALVARINO CASTRO ESPINOZA** en su declaración de fs. 182 a 185 y 224 227 agrega que se ha solicitado una elevadísima garantía, si se tiene en cuenta que en otros estudios de igual monto de inversión, como por ejemplo Taboada y Emisor Submarino La Chira, solicitan menor garantía (US\$ 280,000,000 y US\$ 140,000.000 respectivamente). Asimismo señala que de las tierras que el Gobierno Central expropió a la Comunidad Campesina de Olmos (81,364 Has) y que actualmente pertenecen al Gobierno Regional, 38,000 has van a ser vendidas para hacer la irrigación, precisando que luego de efectuada la venta de esas 38,000 has, recién el Consorcio Olmos iniciará la construcción de los canales de irrigación, pese a que se le tendrá que pagar US \$ 20,000,000 anuales durante 25 años, concluyendo que **no van a invertir nada, pero si cobrar por 25 años.** También señala que el Presidente del Directorio del Proyecto Olmos, Ing. Zarate Len, menciona que su renuncia se debe a que las opiniones del Directorio (que se hacían en base al estudio de NIPPON KOEI) no eran tomadas en cuenta. Por otro lado indica que el criterio técnico para determinar el monto de la garantía debe efectuarse en función al monto de inversión, aunque no existe un porcentaje determinado, precisando que inclusive puede no haber garantía. Además señala que las obras que deba ejecutar el Consorcio Irrigación Olmos aún no se han iniciado y que desconoce cuando se han previsto ejecutar. Respecto a la sobrevaloración que denuncia indica que no conoce a cuanto ascenderá. Además indica que **desconoce si en el Perú existen irrigaciones por tubería, pero hay técnicos en el Colegio de Ingenieros que si conocen.**

TERCERO: El denunciante **CARLOS MANUEL MARTNEZ OBLITAS**, en su declaración de fs. 229 a 231 y 243 a 246 además de lo denunciado señala que existe la **presunción** de que se habrían cometido los delitos de colusión y cohecho, **dado que puede haberse producido algún tipo de connivencia** en los actos procesales para beneficiar la **concesión al Consorcio Irrigación Olmos** y que eso puede haber producido **quizá algún acto irregular** en beneficio personal que es materia de investigación. Agrega que NERY SALDARRIAGA DE KROLL como responsable del pliego presupuestal del Gobierno Regional tiene la función de fiscalizar que sus órganos de ejecución adecuen su función a las normas y procedimientos. Respecto a la comisión de los delitos de colusión y cohecho, señala que al momento de su declaración no podía determinar que ello haya ocurrido, sino que es materia de investigación.

CUARTO: El denunciante **LUIS ESTEBAN CARVAJAL GRAVELLO**, en su declaración de fs. 234 a 238 además de lo denunciado, indica que el Proyecto Integral Hidroenergético de Irrigación Olmos comprende dos etapas, siendo que la primera con tres fases, la de trasvase, generación hidroeléctrica y la tercera que es la de riego. Precisa que la iniciativa privada está permitiendo el cercenamiento de la segunda fase (la fase de generación eléctrica), agregando que el proyecto está **sobrevalorado en costos.** Agrega que se denuncia que el gerente del PEOT no tomó las recomendaciones del Presidente del Directorio y del Gerente de Inversiones. Sobre Juan Andrés Marsano Soto y Armes Behari Agrawat Fernández señala que ellos **tienen una estrecha relación con el Gerente del PEOT por su acercamiento y el auspicio publicitario.**

RESPECTO AL DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD

QUINTO: El delito de **ABUSO DE AUTORIDAD**, previsto y penado por el Artículo 376 del Código Penal se configura cuando el sujeto activo en su condición de funcionario público, abusando de sus atribuciones, comete u ordena, en perjuicio de alguien, un acto arbitrario cualquiera. Ilícito penal que requiere necesariamente en su parte subjetiva la concurrencia del **dolo**, es decir, el conocimiento y voluntad de realizar los elementos objetivos del delito. **"La acción típica consiste en abusar de las atribuciones públicas cometiendo u ordenando, en perjuicio de alguien, un acto arbitrario cualquiera; es decir, el funcionario público puede ejercer arbitrariamente sus atribuciones de manera directa y personal contra la víctima u ordenando la ejecución de los actos arbitrarios para lo cual no está autorizado, siendo el bien jurídico protegido (Genérico) el normal y correcto desarrollo de la administración pública, mientras que en el caso concreto de Abuso de Autoridad por Acto Arbitrario el bien jurídico se ve afectado en la dimensión que atañe a la legalidad del acto oficial, como así el sujeto activo sólo puede serlo los funcionarios que obran en el ámbito de sus funciones y en su tipo subjetivo el delito de Abuso de Autoridad es esencialmente doloso."**⁴

SEXTO: Asimismo es necesario señalar que conforme lo prescrito por dicho artículo **"La conducta ilícita, debe guardar relación con el cargo asumido, esto presupone el ejercicio de la función pública dentro de las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico vigente, por lo que en estos casos, dicho precepto debe ser integrado con las normas de otras ramas del Derecho Público que fijan las funciones de los órganos de la administración pública y, consiguientemente determinan la forma y los límites dentro de los cuales puede el funcionario ejercerlas libremente"**⁵; por otra parte respecto al delito de abuso de autoridad, es menester efectuar las siguientes precisiones: **"a) Tiene como objeto de tutela penal el interés público, en el sentido de que las funciones de las que están revestidos los funcionarios públicos no sean utilizados por estos para la comisión de hechos ilegítimos en perjuicio de los derechos reconocidos a los particulares; b) La conducta abusiva, presupone la facultad o el poder de ejercer la función pública, de la cual hace un uso excesivo el funcionario público, siempre dentro del marco de las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico; y, c) Que, el precepto debe ser integrado por las normas de otras ramas del derecho público que son las que fijan las funciones de los órganos de la administración, y, consecuentemente determinan la forma de los límites dentro de los cuales puede el funcionario ejercerlas lícitamente."**⁶

SETIMO: De la revisión de la denuncia y declaración de los denunciados se desprende que la imputación formulada contra Nery Saldarriaga de Kroll y

⁴ Manuel Frisancho Aparicio y Raúl Peña Cabrera. Delitos contra la administración pública Editorial Fecal. 2002. Lima. p. 256-263.

⁵ Ejecutoria Suprema del 06/08/2003, R.N. N° 2240-2002 Arequipa. Dialogo con la Jurisprudencia, Lima, Gaceta Jurídica, N° 75, 2004, p.266.

⁶ Exp. N° 1897-2000-A. ROJAS VARGAS, Fidel. "Jurisprudencia Penal y Procesal Penal (1999-2000). Idemsa, 2002. Lima. p. 729-730"

MINISTERIO PÚBLICO

D. Alejandro Llanos Alvarado

Fiscal Superior Penal Titular
Tercera Fiscalía Superior Penal de Apelaciones
Distrito Judicial de Lambayeque

Enrique Salazar Torres por la presunta comisión del delito de Abuso de Autoridad, previsto en el Artículo 376° del Código Penal, se sustenta en que ha existido un abuso funcional por parte de los denunciados, puesto que han actuado dolosamente en el proceso de trámite, evaluación y declaración de interés de la iniciativa privada Proyecto Irrigación Olmos, presentándose las siguientes omisiones: El Gobierno Regional de Lambayeque y su organismo especializado El Proyecto Especial Olmos Tinajones (PEOT), **no han cumplido con la formalidad prescrita por el artículo 15 del Decreto Legislativo N° 1012 que no distingue entre la declaratoria de interés de la iniciativa por un lado y un Resumen Ejecutivo de la misma por otro**. Al contrario, señalan, establece un solo acto, un solo documento que lo exprese y dentro de él un resumen del proyecto contenido en la iniciativa privada que contemple. Agregan que la inobservancia de la formalidad prescrita de modo expreso para la adopción del Acuerdo Regional que debe contener forzosamente el Resumen del Proyecto como parte de él, ha originado un error mayor, insalvable, al publicar el acuerdo de manera fraccionada, por lo que el Gobierno Regional de Lambayeque y su organismo especializado, el Proyecto Especial Olmos Tinajones, PEOT, no han cumplido con publicar el Acuerdo Regional como prescribe el Artículo 15 del Decreto Legislativo N° 1012. En ese sentido señalan que el 11 de abril del 2009 último se publicó el documento titulado Declaratoria de Interés que contiene la información prescrita en el Artículo 15 de la acotada norma, sin embargo no se informa sobre la garantía de Fiel cumplimiento de las obligaciones contractuales del Consorcio Irrigación Olmos, responsables de la Iniciativa Privada. Además en esa oportunidad no se publicó el Acuerdo Regional N° 049 y solo se hace somera referencia a él. Asimismo el día 15 de mayo del 2009 se publicó sólo en el Diario Oficial El Peruano el documento titulado Acuerdo Regional N° 049 - 2009 GR.LAMB/CR bajo el epígrafe Declaran de Interés la Iniciativa Privada denominada Proyecto Irrigación Olmos que contiene el acto formal del Acuerdo del Consejo Regional para Declarar de Interés la iniciativa privada presentada por el Consorcio de Irrigación Olmos. Por lo que señalan existe una publicación fraccionada de la Declaratoria de Interés, documento de vital importancia en la aprobación de una iniciativa privada. Por lo que señala que estos actos maliciosos invalidan la publicación de la declaratoria de interés de la iniciativa privada presentada al Gobierno Regional de Lambayeque por el Consorcio Irrigación Olmos, todo lo cual acarrea su nulidad insalvable y la hace carente de valor legal.

OCTAVO: Al respecto es necesario que para la configuración del delito denunciado se requiere que **el funcionario público abusando de sus atribuciones cometa u ordene un acto arbitrario en perjuicio de un tercero, es decir se requiere que el sujeto activo extralimitando sus funciones cometa u ordene un acto arbitrario en perjuicio de un tercero, de lo que se desprende que para su configuración se requiere la exteriorización de una conducta que se ve materializada en el cometer u ordenar un acto arbitrario**, sin embargo en el presente caso las imputaciones, como lo señalan los mismos denunciados, giran en torno a presuntas omisiones en que se habrían incurrido los denunciados en el trámite evaluación y publicación de la declaratoria de interés de la iniciativa privada Proyecto Irrigación Olmos, hechos que no se adecuan al delito de Abuso de Autoridad, puesto que como lo hemos señalado antes, éste delito es de naturaleza comisiva y no omisiva. En ese sentido la jurisprudencia señala: **"El delito de**

abuso de autoridad, previsto y sancionado por el artículo 376° del Código Penal, es un delito de naturaleza comisiva y no omisiva, el que tiene dos modalidades de ejecución: a) cometer un acto arbitrario cualquiera con perjuicio de terceros y b) ordenar un acto arbitrario cualquiera con perjuicio de terceros. En el primer supuesto, el delito se consuma cuando el funcionario público dirige y ejecuta acciones destinadas a producir el acto arbitrario y el perjuicio de tercero; mientras que en el segundo supuesto, al ser un tipo penal de mera actividad, el delito de consuma al producirse la orden o mandato por parte de funcionario público⁷. Incluso se advierte que los denunciadores se limitan a señalar las presuntas omisiones en que habrían incurrido los denunciados, sin precisar el acto arbitrario que habrán cometido. **Por lo que siendo así los hechos denunciados no se adecuan al delito de Abuso de Autoridad.**

NOVENO: Sin perjuicio de lo anteriormente señalado es necesario indicar que a fs. 161 a 173 (Tomo I) obran copias legalizadas⁸ de la publicación de la Declaratoria de Interés realizada el día 11 de abril del 2009 en los diarios El Peruano, El Correo y La Industria; la cual ha sido realizada con todos los requisitos señalados en el Artículo 15⁹ del Decreto Legislativo N° 1012 y la normatividad correspondiente, puesto que en este obran los siguientes temas: Resumen del proyecto contenido en la iniciativa privada, que incluye objeto y alcance del proyecto de inversión, bienes y/o servicios públicos sobre los cuales se desarrollará el proyecto, modalidad contractual y plazo del contrato, monto referencial de la inversión, cronograma tentativo del proyecto de inversión, forma de retribución propuesta (con indicación de si el proyecto requiere incremento de tarifa), indicadores de calidad del servicio a prestarse, de ser el caso, elementos esenciales del proyecto de contrato, de acuerdo a los criterios que establezca el Organismo Promotor de la Inversión Privada, garantías de fiel cumplimiento de las obligaciones contractuales, requisitos de precalificación de la Oferta Pública, Licitación Pública o Concurso de Proyectos Integrales que se convoque, factor de competencia de la Oferta Pública, Licitación Pública o Concurso de Proyectos Integrales que se convoque, modelo de carta de expresión de interés y modelo de carta fianza a presentar por terceros interesados en la ejecución del proyecto. Incluso en estos se señala claramente la garantía de fiel cumplimiento de las obligaciones contractuales del Consorcio Irrigación Olmos. Y si bien el recurrente indica que

⁷ R.N. N 779-2004- Piura, Castillo Alva. T.I, p 576.

⁸ Asimismo a fs. 03 a 09 (Anexo 1) y fs. 463 a 466 (Tomo III) obran copias simples de dichas publicaciones.

⁹ El Artículo 15 del Decreto Legislativo N° 1012 señala que la Declaración de Interés debe contener como mínimo: Un resumen del proyecto contenido en la iniciativa privada, que contemple Objeto y alcance del proyecto de inversión, Bienes y/o servicios públicos sobre los cuales se desarrollará el proyecto, Modalidad contractual y plazo del contrato, Monto referencial de la inversión, Cronograma tentativo del proyecto de inversión, Forma de retribución propuesta (con indicación de si el proyecto requiere incremento de tarifa), Indicadores de calidad del servicio a prestarse, de ser el caso, Elementos esenciales del proyecto de contrato, de acuerdo a los criterios que establezca el Organismo Promotor de la Inversión Privada, Garantías de fiel cumplimiento de las obligaciones contractuales, Requisitos de precalificación de la Oferta Pública, Licitación Pública o Concurso de Proyectos Integrales que se convoque, Factor de competencia de la Oferta Pública, Licitación Pública o Concurso de Proyectos Integrales que se convoque, Modelo de carta de expresión de interés y modelo de carta fianza a presentar por terceros interesados en la ejecución del proyecto.

no se ha publicado el Acuerdo Regional N° 049 es necesario señalar que de la revisión de las normas que regulan la iniciativa privada no se advierte que la publicación de dicho acuerdo sea obligatoria, mas aún si pese a ello el día 15 de mayo se procedió a su publicación. En ese sentido tampoco existe obligación que se publique el Anexo1, mas aún si dicho anexo fue publicado el día 11 de abril del 2009, conforme se advierte de fs. 03 a 09 del Anexo 1.

DECIMO: Incluso a fs. 858 a 870 obra el Oficio N° 0009 – 2010-CG/GCE, del 01 de febrero del 2010, remitido por el Gerente Central de Control Especializado de la Contraloría General de la República, en cuyo anexo 1 y respecto a dichas publicaciones señala que de la revisión de los documentos y disposiciones que regulan la iniciativa privada se desprende que “el objeto que persigue las publicaciones es hacer de conocimiento a terceros interesados la información del proyecto y con ello fomentar su participación; en este sentido, considerando que la “Declaratoria de Interés” contiene la información técnica – económica- financiera de EL PROYECTO, según exige la normativa, los terceros interesados contaban con información suficiente para tomar su decisión, por tanto se cumplió con la finalidad antes descrita, iniciándose el plazo a que se refiere el artículo 16 del Decreto Legislativo N° 1012 con la publicación del 11 de abril; a ellos se agrega que entre la última fecha de publicación (11 de abril del 2009) y el 13 de agosto del 2009 en que se emite el Acuerdo Regional por el que se otorga la adjudicación directa EL PROYECTO a EL PROPONENTE, transcurrieron más de 90 días calendarios exigidos, y que durante este período no se ha no se ha evidenciado la presentación de expresiones de interés de terceros en la iniciativa privada”¹⁰.

RESPECTO AL DELITO DE OMISION , REHUSAMIENTO O RETARDO DE ACTOS FUNCIONALES

DECIMO PRIMERO: El delito de **OMISIÓN, REHUSAMIENTO O DEMORA DE ACTOS FUNCIONALES** previsto en el Artículo 377 del Código Penal se configura cuando un funcionario público, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto de su cargo. De la revisión de dicho tipo penal se advierte que el delito en análisis se perfecciona hasta por tres supuestos delictivos a) omitir, b)

¹⁰ En el caso específico materia de análisis. El documento “Declaratoria de Interés” de la iniciativa privada de EL PROYECTO que como anexo forma parte del Acuerdo Regional N° 049-2009-GR.LAMB/CT del 06 de abril del 2009, se cumplió con su publicación el 11 para ese momento ya se encontraba formalmente aprobada. Consecuentemente, en el trámite de la referida declaratoria de interés, se cumplió con la formalidad de su aprobación por el nivel competente y con su publicación, no advirtiéndose trasgresión al ordenamiento jurídico; por tanto, el plazo de 90 días para aquellos terceros interesados de manifestar su interés en EL PROYECTO, se debería computar desde el 11 de abril de 2009. En cuanto a la publicación de la “Declaratoria de Interés” en la página web de la GRL, se verificó que esta se realizó; sin embargo, no es posibles determinar si fue desde el 11 de abril del 2009, pero ello no ha sido materia de denuncia. Cabe hacer referencia que el artículo 16° del Decreto Legislativo N° 1012 señala: “*Los terceros interesados contarán con noventa (90) días calendarios contados a partir del día siguiente de la publicación respectiva declaración de interés para presentar sus expresiones de interés respecto a la ejecución del mismo proyecto u otro alternativo*”. En el mismo sentido, el artículo 20° del Decreto Supremo N° 020-2008-AG, Reglamento del Decreto Legislativo N° 994 señala: “*En un plazo no menor de 30 ni mayor de 9 días calendarios a partir del día siguiente de la publicación respectiva declaración de interés, los terceros que se encuentren interesados podrán presentar sus expresiones de interés respecto a la ejecución del mismo proyecto de inversión u otro alternativo, debiendo acompañar a su solicitud de declaración de interés, la carta fianza correspondiente...*”.

rehusar y c) retardar.

Omitir algún acto de su cargo. El comportamiento delictivo se configura cuando el agente, siempre funcionario público, omite, prescinde, descuida, desatiende o incumple algún acto funcional que normalmente este en la obligación de hacer o cumplir por estar dentro de sus atribuciones en el cargo, empleo u oficio que desempeña al interior de la administración pública. Es decir este supuesto se presenta cuando el funcionario deja de hacer un acto al que este obligado por ley o hacerlo dolosamente en forma no debida¹¹.

Rehusar algún acto de su cargo. El supuesto delictivo se configura cuando el sujeto activo siempre funcionario público, pese al requerimiento efectuado, rehúsa, rehuye, esquivo, declina, desestima o niega el cumplimiento de un acto funcional que esta en el deber de hacer al estar dentro de sus atribuciones de acuerdo con el cargo que desempeña al interior de la administración pública¹².

Retardar algún acto de su cargo. Este supuesto delictivo se configura cuando el agente, siempre funcionario público, retarda, demora, retrasa, difiere, aplaza, dilata o pospone el cumplimiento de un acto funcional que esta en el deber de hacer en tiempo oportuno, de acuerdo con el cargo o función que desempeña al interior de la administración pública. En ese sentido la jurisprudencia señala. Se entiende por retardar el diferir la ejecución de un acto del cargo público, de manera que cuando se realiza viene a resultar inoportuna¹³.

DECIMO SEGUNDO: En el presente caso se imputa a los denunciados Nery Saldarriaga de Kroll y a Enrique Salazar Torres haber incumplido sus funciones, puesto que en función a la tutela jurídica están obligados a defender el interés público, pues en la condición de funcionarios no deben abusar de las atribuciones que les ha conferido la ley y por ende incumplir sus deberes y obligaciones. En ese sentido sustentan sus imputaciones en los siguientes hechos: Las publicaciones (11 de abril y 15 de mayo) son incompletas en ambos casos y no habiéndose publicado en otro diario de circulación nacional carecen de valor legal¹⁴. No han cumplido con informar coherentemente sobre la garantía de fiel cumplimiento de las obligaciones contractuales que debe

¹¹ SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos Contra la Administración Pública. Editora Jurídica GRILEY. 2009. p. 174.

¹² SALINAS SICCHA, Ramiro. Op. Cit. p. 175.

¹³ SALINAS SICCHA, Ramiro. Op. Cit. p. 176.

¹⁴ Al respecto señalan que en la publicación del 11 de abril del 2009 señalan en US\$ 4,100.000 pero simultáneamente en la página web del Gobierno Regional de Lambayeque, la cantidad sube a US\$ 8,345.000. El 15 de mayo del 2009 se publica en la normas legales del diario oficial El Peruano el Acuerdo Regional N° 049- 2009 GR. LAMB/CR, bajo el epígrafe Declaran de Interés la iniciativa privada denominada Proyecto de Irrigación Olmos que en su parte resolutive afirma: Aquellas personas naturales o jurídicas o consorcios interesados en particular en este proyecto con arreglo a las disposiciones de los Decretos Legislativos N° 994 y N° 1012, así como de sus respectivas disposiciones complementarias cuentan con una plazo de noventa (90) días calendarios que se computaran a partir del día siguiente de la presente publicación en el Diario Oficial El Peruano para presentar sus expresiones de interés. Además no se publica el texto del acuerdo regional N° 049, así como tampoco el Anexo N° 01 (Declaratoria de Interés). Recién el 02 de julio del 2009 después de 85 días de esa dualidad y debido a las denuncias y reclamos reiterados la Gerencia General del PEOT informa brevemente al ciudadano Gustavo García Mundaca, absolviendo su consulta sobre la validez de la fecha a partir de la cual deberá computarse el plazo de los 9 días, puesto que ya el día 15 de mayo del 2009 se haba publicado el Acuerdo Regional N 049.

presentar el Consorcio Irrigación Olmos. No han cumplido con señalar un solo valor para la carta fianza que como garantía de expresión de interés deberán presentar los terceros interesados en competir con la iniciativa privada presentada por el Consorcio Irrigación Olmos. No hay garantía del postor para responder en un eventual incumplimiento del contrato.

DECIMO TERCERO: Al respecto es necesario señalar que si bien se imputa a los denunciados haber incumplido sus funciones, ya que las publicaciones realizadas son incompletas en ambos casos y la segunda no se ha publicado en otro diario de circulación nacional¹⁵, es necesario indicar, como lo hemos señalado antes, que a fs. 161 a 173 (Tomo I) obran copias legalizadas de la publicación de la declaratoria de interés realizada en el día 11 de abril del 2009 en los diarios El Peruano, El Correo y La Industria; los cuales cumplen con todos los requisitos señalados en las normas que regulan la Declaratoria de Interés. Y si bien señalan que la publicación realizada el día 15 de mayo del 2009 solo ha sido realizada en el Diario el Peruano y no en otro diario de circulación nacional, no existe disposición alguna que se señale la obligación de publicar el Acuerdo Regional mediante el cual se Declara de Interés la Iniciativa Privada, sino que se debe publicar la Declaratoria de Interés, con los requisitos antes señalados, lo cual como lo hemos señalados antes ha sido cumplido. Por lo que estos hechos no se adecuan al delito de Omisión, Rehusamiento o Retardo de Actos Funcionales.

DECIMO CUARTO: Además se les imputa que no han cumplido con informar coherentemente sobre la garantía de fiel cumplimiento de las obligaciones contractuales que debe presentar el Consorcio Irrigación Olmos, según el ítem d) del Artículo 15 del Decreto Legislativo N° 1012, puesto que mientras en la publicación del 11 de abril del 2009 señalan las cantidades de US\$ 2,000.000, 8,200.000, 4,000.000 y 2,000.000 respectivamente para cada uno de los tramos, en la pagina web del Gobierno Regional figura US\$ 2,000.000, 16,690,000, 4,000.000 y 2,000.000 por los mismos conceptos. Además que no han cumplido con señalar un solo valor para la carta fianza que como garantía de expresión de interés deberán presentar los terceros interesados en competir con la iniciativa privada presentada por el Consorcio Irrigación Olmos. No hay garantía del postor para responder en un eventual incumplimiento del contrato. En ese sentido en la publicación del 11 de abril del 2009 señalan en US\$ 4,100.000 pero simultáneamente en la pagina web del Gobierno Regional de Lambayeque, la cantidad sube a US\$ 8,345.000. Sin embargo es necesario señalar que estos hechos no se adecuan al delito denunciado, puesto que si bien se imputa a los denunciados que habrían incurrido en errores en la publicación de los montos de los tramos a realizar y el monto de la carta de fianza, es necesario señalar que para la configuración de este delito se requiere que **el funcionario público omita, rehúse o retarde un acto funcional al que esta obligado por ley o por el cargo a cumplir, es decir para la configuración de dicho delito es necesario que la función cuya ejecución incumple, rehúsa o retarda el sujeto activo se encuentre dentro de sus funciones**, sin embargo de la revisión de lo actuado no se advierte

¹⁵ En ese sentido se advierte que los recurrentes señalan que debido a las presuntas irregularidades en que se habrían incurrido en la publicación de la Declaratoria de Interés de la Iniciativa Privada estas carecen de valor legal, de lo que se desprende que lo que pretenden estos es que se declare la nulidad de dichas publicaciones.

MINISTERIO PÚBLICO

D. Alejandro Llanos Alvarado

Fiscal Superior Penal Titular
Tercera Fiscalía Superior Penal de Apelaciones
Distrito Judicial de Lambayeque

que los denunciados tengan la función de publicar los montos a realizar y el monto de la fianza, puesto que no se puede imputar a un funcionario público haber omitido, retardado o rehusado el ejercicio de un acto que no forma parte de sus funciones¹⁶. **Este elemento se refiere a actos que son propios de la actividad funcional del sujeto activo. No puede omitir el funcionario sobre actos que no corresponden a sus funciones. Y esto se refiere a cualquier funcionario público; no solamente a aquellos que tengan "autoridad"**¹⁷. Asimismo la Corte Suprema en la ejecutoria suprema del 14 de enero del 2000 señala: **"en cuanto al delito de omisión o retardo de acto debido, al artículo 377° del Código Penal señala que el funcionario público, ilegalmente, omite, rehúse o retarde algún acto de su cargo; omitir significa no hacer lo que se debe y pueda hacer en un determinado tiempo o momento, rehusar cuando el funcionario rehúsa llevar a cabo un acto de su cargo para el que se le ha requerido legítimamente, mientras que retardar es diferir la ejecución de un acto propio de su función."**¹⁸ Por lo que siendo así los hechos denunciados no se adecuan al delito denunciado.

Asimismo respecto a la imputación formulada contra Enrique Salazar Torres, Gerente General del PEOT y Presidente del Comité Especial de Promoción de la Inversión Privada del Gobierno Regional de Lambayeque, es necesario precisar que de la revisión de las copias fedateadas del Manual de Organización y Funciones del Proyecto Especial Olmos Tinajones y su Reglamento, que obran a fs. 47 a 100 del Tomo N° 08 (Anexos), se advierte que la publicación de la Declaratoria de Interés con los requisitos señalados en la Ley, no constituye una función específica del Gerente General del Proyecto Especial Olmos Tinajones, **por lo que teniendo en cuenta que para la configuración del delito denunciado se requiere que el imputado haya omitido, rehusado o retardado un acto que tiene a su cargo**, el denunciado no puede haber cometido dicho delito al no corresponder a su función los actos que se le imputan. En ese sentido la jurisprudencia señala: **"Con respecto al delito contra la Administración Pública en su modalidad de abuso de autoridad en la modalidad de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales, previsto en el Artículo 377 del Código Penal, se advierte que en la conducta desplegada por el procesado no está presente el elemento rector del tipo penal relativo referido al mal uso o ejercicio de las facultades que le confiere la ley, dado que no existe prueba que acredite que al momento de suceder el hecho incriminado haya tenido a su cargo alguna investigación en la que estuvieran involucrados coencausados; por consiguiente, no se le puede atribuir conducta arbitraria o unilateral en este extremo."**¹⁹ Por lo que siendo así los hechos denunciados no se adecuan al delito de Omisión, Rehusamiento o Retardo Actos Funcionales. Mas aún si como lo hemos señalado a fs. 858 a 870 obra el Oficio N° 0009 – 2010-CG/GCE, del 01 de febrero del 2010, remitido por el Gerente Central de

¹⁶ El funcionario "omite" cuando deja de hacer el acto propio de su cargo al que está obligado por ley, o cuando lo realiza en forma no debida. Omitir es pues no hacer lo que se debe dejar de hacer (omitir) es un acto propio de la función, correspondiente a los deberes funcionales. Ello implica no llevar a cabo actos que el funcionario estaba obligado a hacer según lo fijado en las normas legales. Se trata de un supuesto de omisión impropia.

¹⁷ Abanto Vásquez, Manuel. Op. Cit. p. 241.

¹⁸ Exp. N° 5201 -1999 - Loreto.

¹⁹ Exp. N° 11-2001 – Lima.

Control Especializado de la Contraloría General de la República, en cuyo anexo 1 y respecto del cual se desprende que la publicación de la Declaratoria de Interés ha sido conforme a la normatividad correspondiente²⁰.

RESPECTO AL DELITO DE NEGOCIACION INCOMPATIBLE O APROVECHAMIENTO INDEBIDO DEL CARGO

DECIMO QUINTO: El delito de **NEGOCIACION INCOMPATIBLE O APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE CARGO**, previsto en el Artículo 399 del Código Penal se configura cuando el funcionario o servidor público indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo. El bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible es la transparencia con la que debe actuar un funcionario público en la realización de los actos propios del cargo que se relacionan con los contratos y operaciones en las que participa en nombre y/o representación del Estado. Este delito es de autoría especial, puesto que solo puede ser cometido por un funcionario público. Asimismo es necesario que el funcionario público cuente con las facultades y competencias para intervenir en los contratos o las operaciones, es decir, que ostente el poder y las competencias para participar en una contratación u operación.

“El objetivo de la criminalización de la figura negociación incompatible es

²⁰En ese sentido en dicho documento se señala: “La publicación de la Declaración de Interés en el Boletín Oficial del Diario “El Peruano” de 11 de abril del 2009, se efectuó con anterioridad a la publicación en las normas legales del mismo diario de Acuerdo Regional N°049-2009-GR.LAMB/CR que aprueba declarar de interés la referida iniciativa privada, realizada el 15 de mayo del 2009”, se señala: En el caso específico materia de análisis. El documento “Declaratoria de Interés” de la iniciativa privada de EL PROYECTO que como anexo forma parte del Acuerdo Regional N° 049-2009-GR.LAMB/CT del 06 de abril del 2009, se cumplió con su publicación el 11 para ese momento ya se encontraba formalmente aprobada. Consecuentemente, en el trámite de la referida declaratoria de interés, se cumplió con la formalidad de su aprobación por el nivel competente y con su publicación, no advirtiéndose trasgresión al ordenamiento jurídico; por tanto, el plazo de 90 días para aquellos terceros interesados de manifestar su interés en EL PROYECTO, se debería computar desde el 11 de abril de 2009. En cuanto a la publicación de la “Declaratoria de Interés” en la página web de la GRL, se verificó que esta se realizó; sin embargo, no es posible determinar si fue desde el 11 de abril del 2009, pero ello no ha sido materia de denuncia. Cabe hacer referencia que el artículo 16° del Decreto Legislativo N° 1012 señala: “Los terceros interesados contarán con noventa (90) días calendarios contados a partir del día siguiente de la publicación respectiva declaración de interés para presentar sus expresiones de interés respecto a la ejecución del mismo proyecto u otro alternativo”. En el mismo sentido, el artículo 20° del Decreto Supremo N° 020-2008-AG, Reglamento del Decreto Legislativo N° 994 señala: “En un plazo no menor de 30 ni mayor de 9 días calendarios a partir del día siguiente de la publicación respectiva declaración de interés, los terceros que se encuentren interesados podrán presentar sus expresiones de interés respecto a la ejecución del mismo proyecto de inversión u otro alternativo, debiendo acompañar a su solicitud de declaración de interés, la carta fianza correspondiente...”. A partir de estas disposiciones, se colige que el objeto que persigue las publicaciones es hacer de conocimiento a terceros interesados la información del proyecto y con ello fomentar su participación; en este sentido, considerando que la “Declaratoria de Interés” contiene la información técnica – económica- financiera de EL PROYECTO, según exige la normativa, los terceros interesados contaban con información suficiente para tomar su decisión, por tanto se cumplió con la finalidad antes descrita, iniciándose el plazo a que se refiere el artículo 16 del Decreto Legislativo N° 1012 con la publicación del 11 de abril; a ellos se agrega que entre la última fecha de publicación (11 de abril del 2009) y el 13 de agosto del 2009 en que se emite el Acuerdo Regional por el que se otorga la adjudicación directa EL PROYECTO a EL PROPONENTE, transcurrieron más de 90 días calendarios exigidos, y que durante este período no se ha evidenciado la presentación de expresiones de interés de terceros en la iniciativa privada.

*prohibir que el funcionario se interese, ya sea de modo directo o indirecto, para sí o para tercero, por cualquier contrato u operación en la que intervenga en razón de su cargo. El funcionario debe actuar con estricta sujeción y respeto a los intereses públicos y metas de la administración pública*²¹. "Se trata de un delito de peligro y no de un delito de resultado o de daño. Incluso, es posible que la administración haya obtenido un determinado beneficio"²². Asimismo debe existir un interés directo o indirecto por parte del funcionario público. *El interés que castiga la norma debe ser concreto y específico en relación a una operación o contrato. No basta un interés general como, por ejemplo, ocurre con la expedición de una norma general v. gr. decreto o reglamento que no se relaciona con un contrato en específico*²³.

DECIMO SEXTO: Respecto al delito de **Negociación Incompatible** de la denuncia y declaración de los denunciados se advierte que la imputación contra los denunciados **Nery Saldarriaga de Kroll y Enrique Salazar Torres**, se fundamenta en que éstos se habrían interesado por el Proyecto Irrigación Olmos, con la finalidad de obtener un provecho, y si bien de la revisión de lo actuado se advierte que los denunciados Nery Saldarriaga de Kroll, en su condición de Presidenta del Gobierno Regional, y Enrique Salazar Torres, en su condición de Gerente del PEOT y Presidente del Comité Especial de Promoción de la Inversión Privada del Gobierno Regional de Lambayeque, han intervenido en el trámite de la iniciativa privada presentada por el Consorcio de Irrigación Olmos, es necesario señalar que ello ha sido dentro del marco de sus funciones que ostentan como Presidenta del Gobierno Regional (**Nery Saldarriaga de Kroll**); y en su condición de Gerente del PEOT y Presidente del Comité Especial de Promoción de la Inversión Privada del Gobierno Regional de Lambayeque (**Enrique Salazar Torres**), mas no existe elemento de convicción alguno que ello haya sido realizado con la finalidad de buscar provecho o utilidad alguna ya sea de forma directa o indirecta. Puesto que para la configuración del delito denunciado no solo basta que el funcionario público intervenga o se interese en un contrato u operación que se encuentre dentro de sus funciones, sino se requiere que dicho interés sea indebido es decir que este guiado con el ánimo de obtener un beneficio, provecho o utilidad, que va mas allá de lo funcional y administrativo, lo cual no presenta en el caso en análisis. En ese sentido se señala: "**En el interesarse, tal como se configura en el delito de negociación incompatible, hay una pretensión de parte que excede lo estrictamente administrativo y funcional, propio del cumplimiento objetivo de los deberes del cargo y que asume dadas las circunstancias una connotación particular de favorecimiento y patrocinio de fines que no son los de la administración pública. La pretensión de parte no quiere decir ni equivale a que el funcionario público de manera efectiva y real sea una parte en el contrato o en la operación, sino que actúa como si fuera parte. Basta que el funcionario se interese indebidamente en los actos de la administración, pese a que no logre ser parte del contrato u operación para que el delito se entienda**

²¹ CASTILLO ALVA, JOSE LUIS. Delitos Contra la Administración Pública. Jurista Editores. E.I.R.L. Primera Edición. Lima. Enero. 2009. p. 579.

²² CASTILLO ALVA, JOSE LUIS. Op. Cit. p. 584.

²³ CASTILLO ALVA, JOSE LUIS. Op. Cit. p. 602.

consumado²⁴. Además “el interés – tal como lo indica la ley – debe estar dirigido hacia cualquier contrato u operación. No se castiga la realización del contrato o la operación, sino el abuso u el interés privado que promueve el funcionario. El interés que castiga la norma debe ser concreto y específico en relación a una operación o contrato. No basta un interés general como, por ejemplo, ocurre con al expedición de una norma general v.gr. decreto o reglamento que no se relaciona con un contrato específico²⁵”. Por lo que no existen indicios de la comisión del delito en análisis.

RESPECTO AL DELITO DE COLUSION

DECIMO SETIMO: El delito de **COLUSIÓN** previsto en el artículo 384 del Código Penal sanciona al funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga en razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros. Este delito se configura cuando el sujeto activo (Funcionario Público) con la función específica de participar de los contratos, suministros, licitaciones o cualquier otra operación semejante, se pone de acuerdo subrepticamente²⁶ con los interesados en lo que la Ley no permita, y respecto de cualquiera de los procesos públicos descritos, siendo indispensable identificar que el referido funcionario público al momento de iniciar tratativas y llegar acuerdos con los privados contratantes no se propone defender los intereses de la Administración Pública, sino los propios ya que para que sea indebida y penalmente relevante, esta “colusión” debe contener el elemento “fraude”, el cual consiste en la privatización de la actividad funcional del sujeto activo, es decir, en vez de representar los intereses de la administración, beneficia a los interesados privados²⁷.

DECIMO OCTAVO: Respecto al delito de Colusión la imputación consiste que los denunciados **Nery Saldarriaga de Kroll y Enrique Salazar Torres** se habrían coludido con miembros del Consorcio Irrigación Olmos a fin que finalidad de otorgarles la Concesión del Proyecto Olmos. En ese sentido señalan que el Consejo Regional permite al PEOT que impida la comparación seria, con el auxilio de los técnicos que la sociedad civil pueda acreditar y los que proponga el Gobierno Regional y el PEOT entre la iniciativa privada del Consorcio Irrigación Olmos y el Esquema de Desarrollo de Costo Mínimo de Nipon Koei Co. Ltd. El Consejo Regional permite también que el PEOT no

²⁴ CASTILLO ALVA, JOSE LUIS. Op. Cit. p. 592.

²⁵ CASTILLO ALVA, JOSE LUIS. Op. Cit. p. 602.

²⁶ En tal sentido Manuel abanto Vásquez refiere: “...ahora bien, el término “concertación” implica mucho más que “convenio” o “contrato”, para que se dé basta cualquier conducta del funcionario destinada a ponerse ilícitamente de acuerdo con las partes implicadas en el contrato o acto que se requiere celebrar...”. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. “Delitos Contra la Administración Pública”. Palestra. Editores, 2003. p. 311

²⁷ “...Los elementos del delito de colusión desleal, según el Código Penal vienen a ser el acuerdo clandestino entre dos o más agentes para lograr un fin ilícito, perjudicando a un tercero, el Estado, en este caso mediante diversas formas contractuales, para lo cual se usa el cargo o comisión especial...”. Ejecutoria Suprema del 14/01/2000, (Sala C) Exp. N° 5201-99-LORETO. Normas Legales, Trujillo. Editora Normas Legales, Tomo 288, Mayo 2000, p. A-74

MINISTERIO PÚBLICO

C. A. Alejandro Llamas

Fiscal Superior Penal Titular

Tercera Fiscalía Superior Penal de Apelaciones
Distrito Judicial de Lambayeque

demuestre públicamente que la solución propuesta por la Iniciativa Privada del Consorcio Irrigación Olmos de conducir el agua de riego por canales abiertos, con grande perdidas, sin presión y contaminada es superior, mas económica, mas eficiente que la conducción por tuberías para entregar agua, sin perdidas, limpia y a presión, sin ningún costo adicional. El Gobierno Regional permite también que el PEOT distorsione la verdad cuando afirma que el único camino posible es la aceptación de la Iniciativa Privada del Consorcio Irrigación Olmos, pues el Gobierno Regional y El Estado Peruano carecen de los recursos para ejecutar las obras que faltan del Proyecto Hidroenergico Olmos, pues el PEOT sabe que las Iniciativas Privadas se han instituido precisamente para realizar obras de envergadura, sin utilizar recursos del Estado (ni del Gobierno Nacional ni del Gobierno Regional), y que esta va es atractiva para cualquiera y muchas empresas nacionales y extranjeras, si las condiciones de competencia son claras, transparentes y equitativas. La Presidenta del Gobierno Regional permite que el PEOT esconda otra consecuencia de efectos muy importantes en el Proyecto Olmos, el costo y la complejidad del mantenimiento del sistema de Conducción y Distribución del Agua de Riego, ONEROSO y COMPLEJO en la condición y distribución por canales y sencillo y muy económico en la conducción, distribución y entrega por tuberías. El Gobierno regional no exige al PEOT que estime como afecta el valor de las tierras a subsanarse, la diferencia de recibir agua, sin presión, contaminada y que hay que vigilar para que no se la roben, en vez de agua a presión, limpia y en la cantidad exacta sin necesidad de personal o sistemas de vigilancia. El Gobierno regional tampoco exige al PEOT que establezca como afecta al valor de las tierras a ser subastadas, si se utiliza el sistema de conducción y distribución por canales, la necesidad de instalar en cada una de las parcelas un sistema de limpieza y presurización del agua de riego, con el agravante que estas operaciones requieren de energía, en este caso, provendrán del uso de combustibles fósiles, incrementando la contaminación ambiental. El PEOT consciente que el Consorcio Irrigación Olmos cale en todos los idiomas, las razones de cualquier tipo que le han llevado a plantear la conducción y distribución del agua de riego por canales abiertos en actitud soberbia e inaplicable, pues este Consorcio, fachada de la Empresa ODEBRECH que construye el Túnel Trasandino conoce en demasía del alto valor económico y social del agua trasvasada como para tener incidencia de decir a Lambayeque y al Perú que no menos del veinte por ciento de esa agua cara y escasa se va a perder, pero que ellos recibirán integro el valor pactado por el ciento por ciento del agua, se use o no, o se pierda. Agregan que lo grave de esta situación es que con esta iniciativa privada se le estar prácticamente regalando tierras del proyecto, simulando su participación en los costos para la habilitación de las miasmas, pues la iniciativa privada estará tomando gratuitamente el agua, cuando al Estado Peruano le costara mas de 50 millones de dólares nominales (27 millones de dólares anuales durante 16 años mas el I.G.V. a lo que suman lo 77 millones de dólares que el Estado Peruano puso como subsidio). Por ultimo señala que es muy notorio el favoritismo a esta iniciativa privada por parte del Gobierno Regional y del PEOT porque imponen muchas restricciones al presentar otras iniciativas, pues exigen otras condiciones muchas mas drásticas que las que se plantean en otros proyectos de importancia en el país.

DECIMO NOVENO: Sin embargo de la revisión de lo actuado se advierte que no existen indicios de la comisión del delito denunciado, es decir no existen



Fiscal Superior Penal Titular
Tercera Fiscalía Superior Penal de Apelaciones
Distrito Judicial de Lambayeque

indicios que los denunciados **Nery Saldarriaga de Kroll y Enrique Salazar Torres** en el trámite de la Declaratoria de Trámite y su posterior adjudicación se ha puesto de acuerdo con los representantes del Consorcio Olmos a fin de adjudicarles el Proyecto de Irrigación Olmos y con ello se haya defraudado al Estado. Puesto que para la configuración del delito denunciado es necesario que el ***sujeto activo en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado.*** En ese sentido se señala: "En su ámbito objetivo, el delito de colusión ilegal incorpora dos elementos necesarios: la concertación con los interesados y la defraudación al Estado o ente público concreto: i) La concertación significa ponerse de acuerdo con los interesados, pero este acuerdo debe ser subrepticio y no permitido por la ley, lo que implica alejarse de la defensa de los intereses públicos que le están encomendados y de los principios que informan la actuación administrativa. ii) En cuanto a la defraudación, la conducta que la define esta dirigida al gasto público en los marcos de una contratación o negociación estatal, incide en la economía pública en tanto debe implicar una erogación presupuestal. El peligro potencial que se requiere es que deben darse ciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebida y lesivamente recursos públicos²⁸". Por lo que siendo así no existen indicios de la comisión del delito de Colusión. Mas aún si como los mismos denunciados señalan sus imputaciones se sustentan en presuntas irregularidades administrativas que se habrían producido en el trámite de la Declaratoria de Interés de la Iniciativa Privada presentada por el proyecto olmos.

VIGESIMO: Mas aún si la Contraloría General de la República, a través de su Gerente Central de Control Especializado, mediante Oficio N° 0009 – 2010-CG/GCE, del 01 de febrero del 2010(fs. 858 a 870) remite información referida a la declaración de interés de la iniciativa privada Proyecto Irrigación Olmos, en cuyo Anexo 1 y respecto a las siguientes irregularidades señala:

- Respecto "Los requisitos de precalificación exigidos para el concurso de proyectos son muy altos, desincentivando la participación de otras empresas, respecto de los cuales resaltan que la garantía de seriedad de expresión exigida mediante carta fianza bancaria a favor del Gobierno Regional de Lambayeque ascendente a US\$ 4 100 000, además de señalar que está garantía inicialmente figuraba en la página Web por un monto US\$ 8 345 000", señala que de acuerdo a la Directiva N° 008-2003-CG/DPC aprobada por Resolución de Contraloría N° 443-2003-CG del 31 de diciembre de 2003²⁹ y Artículo 15 del Decreto Legislativo N° 1012³⁰

²⁸ Exp. N° 20 – 2003 – A. V. Lima

²⁹ La Directiva N° 008-2003-CG/DPC aprobada por Resolución de Contraloría N° 443-2003-CG del 31 de diciembre de 2003 en su numeral 5.3 b) establece como uno de los requisitos para fines de la adecuada atención de las denuncias "Que los actos u operaciones materia de denuncia se encuentren expuestos en forma detallada, coherente y fundamentada, adjuntándose o indicándose la información o documentación necesaria que permita su evaluación y subsecuente verificación de ser el caso".

³⁰ El artículo 15° del Decreto Legislativo N° 1012 establece que "Las iniciativas privadas serán declarada de interés por acuerdo del máximo órgano del organismo promotor de la inversión privada. La declaración de interés deberá contener como mínimo la siguiente información: ... d) garantías de fiel cumplimiento de las obligaciones contractuales ... e) Requisitos de precalificación de la oferta pública,

MINISTERIO PÚBLICO

Dr. Alejandro Casanovi Molino

Fiscal Superior Penal Tíular
Tercera Fiscalía Superior Penal de Apelaciones
Distrito Judicial de Lambayeque

determinan que la definición de los requisitos de precalificación y del monto de las cartas fianzas, son facultades discrecionales de la administración, condicionándose únicamente para el caso del monto de las cartas fianza, que estén en función al monto de inversión del proyecto. Sobre este particular, es pertinente tener presente que las Normas de Auditoria Gubernamental – NAGU 3.2 modificadas por Resolución de Contraloría N° 141-99-CG señalan "... cuando la legislación vigente autorice a los funcionarios expresamente algún grado de discrecionalidad para determinada toma de decisión, el auditor no puede cuestionar su ejercicio por el sólo hecho de tener una opinión distinta. Tales decisiones sólo pueden observarse si fueron tomadas sin una consideración adecuada de los hechos o riesgos en el momento oportuno o por los resultados adversos que la decisión conllevo a la entidad." Sin perjuicio de lo señalado, cabe referir que uno de los denunciantes plantea para el caso del monto de la carta fianza, un cuadro comparativo con el monto requerido, señalando que en el caso de la Iniciativa Privada de Tratamiento de Aguas Residuales Taboada se requirió una carta fianza de S/.834 000, sin relacionar esta con el monto de inversión correspondiente.

- Respecto a "**La ejecución de EL PROYECTO distorsiona la concepción integral del "Proyecto Especial de Irrigación e Hidroenergético Olmos"**", señala que ello no es así, puesto que de la comparación de ambos esquemas planteados (la propuesta de Nippon Koei en su primera fase y de la iniciativa privada de EL PROPONENTE se advierte que son soluciones diferentes que se orientan a lograr el mismo objetivo; por tanto, cuestionar la validez de la iniciativa privada, por no considerar la ejecución del esquema hidráulico Olmos, no resultaría apropiado, en tanto no se considere en el análisis comparativo las ventajas y desventajas de ambas soluciones en su conjunto.
- Respecto a que: "**La propuesta de la iniciativa no es autosostenible, al considerar al considerar a los terrenos a subastarse como activos del Estado, y la distribución del agua es producto d las inversiones realizadas por el Estado en las obras de trasvase**", señala que de la lectura del Artículo 4 Decreto Legislativo N° 1012³¹ se advierte que la clasificación de una asociación pública privada como "autosostenible" o "cofinanciada", ésta en función de la existencia de garantías financiadas por el Estado, garantías financieras o no

licitación pública o concurso de proyectos integrales que se convoquen..." El mismo artículo, señala que "En el caso de las iniciativas privadas declaradas de interés, el proponente deberá presentar dentro del plazo de (10) días calendarios de comunicada la declaración de interés, una carta fianza ... Dicha carta fianza se deberá mantener vigente hasta la suscripción del contrato. El monto de la carta fianza será fijado en cada caso, por el Organismo Promotor de la Inversión Privada en función del monto de inversión del Proyecto ...".

³¹ El artículo 4° del decreto Legislativo N° 1012 clasifica una asociación pública privada como autosostenible, cuando ésta satisface las siguientes condiciones: Demanda mínima o nula garantía financiada por parte del Estado. Las garantías no financieras tengan una probabilidad nula o mínima de demandar el uso de recursos públicos. Igualmente, según la misma norma, las asociaciones público privadas se clasifican como cofinanciadas cuando "... requiere de cofinanciamiento o del otorgamiento o contratación de garantías financieras o garantías no financieras que tengan una probabilidad significativa de demandar el uso de recursos públicos"

MINISTERIO PÚBLICO

Dr. Alejandro Lombardi Millán

Fiscal Superior Penal Titular
Tercera Fiscalía Superior Penal de Apelaciones
Distrito Judicial de Lambayeque

financieras, pero a su vez que éstas tengan la probabilidad de demandas el uso de recursos públicos en algún momento de la operación; además para el segundo caso de asociaciones públicas es que exista cofinanciamiento. Es decir, desde el punto de vista legal, para la clasificación de una asociación público privado sólo se puede aplicar estos criterios, aún cuando la lógica nos pudiera señalar otras posibilidades. En cuanto a las garantías, de la revisión efectuada a los documentos que forman parte del expediente y en especial al proyecto de contrato, no se identifica que el GRL ni el Estado en su conjunto, en esta operación, estén asumiendo compromisos de garantías financiadas por el Estado o tenga que otorgar garantías financieras o no financieras. Y si bien, la cláusula 14.6 del proyecto del contrato, contempla la posibilidad de que el concesionario pueda imponer gravámenes o asignar fondos, con naturaleza de garantía, a favor de acreedores permitidos bajo las alternativas de: Hipoteca de los derechos del concesionario; garantía fiduciaria o garantías inmobiliarias sobre los bienes de la concesión; garantía fiduciaria o mobiliaria sobre sus ingresos y flujos futuros de libre disponibilidad; y las acciones o socios del concesionario puedan constituir garantías mobiliarias sobre sus acciones; sin embargo, ninguna de éstas implican el uso de recursos del Estado, teniendo en cuenta que para ello, los bienes de la concesión son del concesionario en tanto dure ésta, conforme a lo señalado en la cláusula 2.4 del proyecto del contrato, cuando indica que la modalidad del mismo es del tipo BOOT (construcción, propiedad, operación y transferencia), por tanto, en una eventual ejecución de estas garantías no demandará el uso de recursos públicos³².

³² Además se señala que en el "Informe Complementario Proyecto Irrigación Olmos", presentado por el proponente el CEPRI del GRL, mediante Carta CIO-GRL-007-2008 del 22 de diciembre del 2008, en la página 112, se hace referencia que la tarifa que cobrará el concesionario al usuario final, bajo el esquema "take or pay", de 0.06125 US\$/m³ (sin incluir IGV), corresponde a los gastos de operación y mantenimiento, sustentando dicho monto en un cuadro donde detalla los rubros que comprende la estructura de costos; advirtiéndose en dicho cuadro que no está incluido el cobro por el uso del agua trasvasada. Con respecto al pago por el uso del agua trasvasada, en el proyecto del contrato presentado por el Gobierno Regional Anexo N° 2 "TERMINOS DE REFERENCIA DE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS" se precisa en el rubro "pago al estado" lo siguiente "En el caso que al amparo de la Ley N° 28029 (modificatorias o sustitutorias), la Autoridad competente fije un monto o retribución que corresponda ser pagada por el Usuario dicha obligación será adicionada a la tarifa y no podrá reducir los ingresos del Concesionario ni reducir la tarifa". En cuanto a las tierras eriazas existentes, según la cláusula 13.1 literal a) del proyecto de contrato y en el punto 1 a) de la Declaratoria de Interés, éstas pasarán en propiedad a los usuarios finales, pero su valor de US\$ 160 definido sobre la base de tasaciones efectuadas por profesionales de la ingeniería, constituirá el ingreso del Gobierno Regional, a ser cobrado a través del fideicomiso que será constituido para dichos efectos, conforme se señala en la cláusula 13.1 literal f) del proyecto de contrato. En consecuencia, el fondo que se obtenga producto de la venta de los terrenos, no constituye financiamiento del proyecto. En este contexto y a la luz de los documentos analizados, lo que si resulta claro es que el GRL no ha definido cuantitativamente en el esquema de EL PROYECTO el costo del agua que será asumido por el usuario final, situación que podría ser un factor de incertidumbre en la etapa de la subasta de las tierras. A manera de resumen del análisis realizado, se aprecia que la concesión en cuestión no contempla por parte del GRL pago por cofinanciamiento, ni otorga garantías, el valor establecido de US\$ 160 por hectárea de terreno erizado es el precio que pagarán los usuarios y que constituyen ingresos del GRL y en cuanto a la tarifa que pagarán los usuarios finales, ésta se sustenta en el pago por la contraprestación del servicio de captación, conducción, distribución operación y mantenimiento; y a retribución por el uso del agua lo harán los usuarios conforme normativa correspondiente y a lo señalado en el Anexo 3 del proyecto del contrato; en consecuencia, EL PROYECTO conforme está planteado y de acuerdo a lo establecido en el artículo 4° del decreto Legislativo N° 1012 se enmarca como una concesión autosostenible. Por las consideraciones expuestas,



Dr. Alejandro Lora

Fiscal Superior Penal Titular
Tercera Fiscalía Superior Penal de Apelaciones
Distrito Judicial de Lambayeque

- Respecto a que: **“Se han considerado precios unitarios elevados en las partidas de obras civiles y el monto de la inversión en obras de US\$ 185 millones previsto en EL PROYECTO es superior al que señala uno de los estudios realizados por Nippon Koei”**, señala que dicha afirmación carece de sustento.
- Respecto a que: **“La solución técnica de conducción y distribución del agua por canales abiertos es obsoleta e ineficiente debiendo utilizarse tuberías”**, señala: Las afirmaciones de los denunciados no están sustentadas en documentos que respaldan la validez técnica de sus apreciaciones³³.

este extremo de la denuncia carece de fundamento. Modificaciones a la propuesta inicial del proponente contravienen la normativa vigente y han alterado los presupuestos de inversión y de operación y mantenimiento. Sobre la posibilidad de que en el proceso de la iniciativa privada no se pueden presentar modificaciones a la propuesta planteada por EL PROPONENTE, cabe referir el artículo 15° del Decreto Legislativo N° 1012 que señala “... Una vez presentada la iniciativa privada, el proponente no podrá realizar unilateralmente respecto de ésta, modificaciones o ampliaciones que a criterio del máximo órgano del Organismo Promotor de la Inversión Privada resulten sustanciales...”, por tanto, si existe la posibilidad de que EL PROPONENTE inserte modificaciones a su iniciativa privada, en aquellos conceptos que el Organismo Promotor considere como no sustanciales, incluso de manera unilateral; y en aquellos conceptos en que dicho organismo indique que son sustanciales, la posibilidad de modificación está condicionada a que sea coordinada con la entidad. En el caso específico de EL PROYECTO, se ha identificado que las modificaciones realizadas a la propuesta inicial, no fueron motivadas por EL PROPONENTE, sino que fue a solicitud del CEPRI; en ese sentido, aún cuando pudieran considerarse esenciales los conceptos modificados, no se incumplió con lo establecido en la norma aplicable. En cuanto a los conceptos que debido a su incremento ha sido materia de cuestionamiento, cabe formular los comentarios siguientes: El incremento del monto de inversión en US\$ 13 151 000, se explica en que la alternativa denominada “El Muerto” seleccionada por el CEPRI, incluye una mayor infraestructura de captación, conducción, distribución, entre otras obras, en razón a la inclusión en el esquema de EL PROYECTO de 5 550 Has. Mas, pertenecientes al Valle Viejo y la Comunidad Campesina San Domingo de Olmos. Ver Cuadro N° 6. Incremento en el costo de operación y mantenimiento del esquema de EL PROYECTO en US\$ 2 980.61, según el análisis efectuado por el CEPRI, se debe principalmente al incremento de los costos previstos para el rubro de maquinaria, equipos, mantenimiento de caminos y defensas ribereñas; detallando que estos se explican en la necesidad de realizar trabajo de mantenimiento en una mayor longitud de canales (aproximadamente 14,24 Km. Canales de conducción y 57 Km. Canales de distribución) y en el mayor número de obras de captación (06 bocatomas)

³³ Si bien es cierto que la eficiencia de conducción de un sistema de canales es afectado por pérdidas por evaporación y filtración; sin embargo, no ha sido cuantificados, de tal forma que permita establecer la magnitud del problema y determinar que su impacto podría revertir la ventaja económica que implica optar por canales abiertos en lugar de tuberías. El estudio a nivel de perfil y pre factibilidad del proyecto “Obras de Conducción y Distribución de Aguas de Riego de Olmos”, elaborado por la Consultoría Nippon Koei, considera el uso de tubería de fibra de vidrio (las conclusiones del Diseño del Sistema de Conducción y Distribución de la página 137 del informe de pre factibilidad del proyecto) sustentados en las necesidades de entregar agua presurizada con fines de riego, sin incidir que este sistema ofrece una alta eficiencia de conducción (pérdidas por evaporación y filtración). Además, no realiza un análisis comparativo de costo-beneficio del uso de tuberías en lugar de canales abiertos; es más no se ha identificado que se haya descartado el uso de canales abiertos por que técnicamente es inviable. Resulta importante señalar que proyectos importantes de irrigación como: Chavinmochic, Chira Piura, Jequetepeque Zaña, Majes y otros, utilizaban canales abiertos para la conducción de agua y que están funcionando; por tanto, a manera de conclusión en este tema se puede afirmar que la conducción del agua se puede realizar a través de conductos abiertos, cerrados o mixtos, pero la decisión dependerá del resultado de análisis del costo-beneficio. En cuanto al extremo de la denuncia de que el haberse optado por la conducción en canales abiertos en el proyecto no se llegará a la cabecera de parcelas con presión de agua. Cabe señalar que esta situación, si bien es real, pero ello no impide que se implemente un sistema de riego presurizado tal es así que el proyecto para el desarrollo agrícola previsto considera el riego por goteo, cuya implementación corre por cuenta del usuario final en función a la cédula de cultivo a implementar. En ese sentido, la alternativa de EL PROPONENTE, no debe ser descartada, por cuanto no

MINISTERIO PÚBLICO

C. C. Alvarado L. Comandante Militar

Fiscal Superior Penal Titular

Tercera Fiscalía Superior Penal de Apelaciones

Distrito Judicial de Lambayeque

VIGESIMO PRIMERO: Incluso mediante Oficio N° 00021-2010 (fs. 886) dirigido a Nery Saldarriaga de Kroll, Presidenta del Gobierno Regional de Lambayeque, la Contraloría General de la República realiza recomendaciones de carácter no vinculante a fin que sean tomadas en cuenta en la Declaratoria de Interés Privada del Proyecto Irrigación Olmos. Asimismo a fs. 877 a 879 (Tomo V) obra el Oficio N° 121 – 2009 –ANA-J/OAJ, mediante el cual el jefe de la Autoridad Nacional del Agua da su opinión favorable al contrato de concesión para el diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento de las obras del Proyecto de Irrigación Olmos, para lo cual adjunta el Informe Legal N° 1036 -200ANA OAJ-YPE. Además es necesario señalar que el hecho que en otras obras realizadas a nivel nacional el monto de la fianza sea menor al solicitado en el presente caso, tampoco es indicio de la comisión del delito denunciado. Por lo que siendo así no se advierte que existan indicios que los denunciados en el trámite de la iniciativa privada se haya concertado con los representantes del Consorcio Olmos, con la finalidad de defraudar al Estado.

VIGESIMO SEGUNDO: Siendo necesario precisar que si bien a fs. 106 a 109 y fs. 528 a 531 obra Acta de Constatación Notarial mediante la cual el Notario Público Carlos Caballero Burgos constató que en la pagina web HYPERLINK <http://www.regionlambayeque.gob.pe/www.regionlambayeque.gob.pe> donde debe haberse publicado el Acuerdo Regional N° 00099-GR-LAMB/CR, "DISPONEN REUNIONES de TRABAJO SOBRE TEMAS RELACIONADOS AL PROYECTO OLMOS 02-07-0 000099-GR-LAMB/CR", aparece el acuerdo 098-GR-LAMB/CR de fecha 3 de junio del 2009 ello no constituye indicio del delito denunciado, puesto que para la configuración del delito de Colusión es necesario que exista una concertación por parte del funcionario o servidor público con los representantes del Consorcio Olmos a fin de otorgarles la concesión del Proyecto de Irrigación Olmos defraudando al Estado.

VIGESIMO TERCERO: Asimismo los denunciantes señalan que Eduardo Zarate León, quien fuera Presidente del Consejo Directivo del PEOT, habría renunciado ha dicho consejo al considerar que en la licitación se han ocultado los informes técnicos de la propuesta así como la Pro forma del contrato impidiendo de esta forma que participen en la licitación otros postores, sin embargo a fs. 110 a 11 obra la Carta de renuncia presentada por éste, de cuya lectura no se advierte ello, tan solo señala que los acuerdos del consejo directivo del PEOT y sus recomendaciones no son tomadas en cuenta por los miembros del Consejo Regional, además que discrepa con la forma apresurada de como se esta llevando el proceso de iniciativa privada y a la vez por anular las posibilidades de comparar ventajas y desventajas que corresponden a la iniciativa privada y al Plan Mínimo de NIPPON KOEI, la cual permitirá elegir la mejor alternativa para los intereses de Lambayeque y del país, mas no se

se ha demostrado que la conducción a través de tuberías sea lo más beneficioso, no existiendo experiencias para demostrar sus virtudes no solo técnicas sino económicas de la solución mediante tuberías, por el contrario la solución presentada por EL PROPONENTE; considera en su diseño las pérdidas que se van a producir por la evaporación determinando el módulo de riego y, en cuanto a las pérdidas por filtración se prevé la conformación de juntas de construcción longitudinal; por lo que un adecuado procedimiento constructivo harían imperceptible estas pérdidas.

MINISTERIO PÚBLICO

D. Alejandro Lavandero Mollis

Fiscal Superior Penal Titular
Tercera Fiscalía Superior Penal de Apelaciones
Distrito Judicial de Lambayeque

advierte que señale que su renuncia se debe a que se estén ocultando los informes técnicos de la propuestas, así como la Proforma del contrato. Asimismo a fs. 433 a 435 obra su declaración en la cual señala que en ningún momento señalo eso y que lo que pretendió señalar en el punto 4 de su carta de renuncia es que faltaban anexos y que no se habían incluido los informes de la Gerencia de Desarrollo de Olmos y de la Gerencia de Promoción de la Inversión, lo cual no significa que haya ocultamiento, sino que existía la posibilidad de que esos informes no se hubieran concluido a la fecha de mi renuncia.

RESPECTO AL DELITO DE COHECHO

VIGESIMO CUARTO: El delito de **COHECHO**, previsto en el Artículo 397 del Código Penal se configura cuando el sujeto activo, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones. Los delitos de cohecho consisten en términos generales en la compra-venta de la función pública; en la cual siempre existe dos partes y, por lo tanto, dos conductas que deben ser valoradas penalmente la del funcionario que solicita o acepta el pago por la venta de la función (cohecho pasivo) y la del sujeto (administrado o funcionario o servidor público) que compra el servicio del funcionario (cohecho activo); precisando a su vez que el cohecho presenta otras formas de clasificaciones como cohecho antecedente y cohecho subsiguiente (referido a un hecho ya realizado); además de existir la diferencia entre cohecho pasivo propio (si el funcionario ha recibido o solicitado el soborno para violar sus funciones) y cohecho pasivo impropio (en donde el soborno esta dirigido para que el funcionario o servidor público realice actos propios de su función); teniendo como núcleo central o común denominador los delitos de corrupción de funcionarios (y por ende los de cohecho) la compra-venta de la función pública a cambio de cualquier beneficio.

VIGESIMO QUINTO: En cuanto al delito de Cohecho los hechos imputados consisten en que puede haberse producido una posible connivencia en los actos procesales de la Declaratoria de Interés, con la finalidad de otorgar la Concesión al Consorcio Irrigación Olmos, puesto que los requisitos señalados están hechos a la medida del proponente y tienen como objetivo impedir que otros postores se presenten. En ese sentido señala que la información técnica es insuficiente para que alguna empresa pudiera elaborar una propuesta; por otro lado el presupuesto de las obras a ejecutar de \$ 185,314.81ms IGV se encuentra escandalosamente sobrevaluado, si se tiene en cuenta que no se considera la ejecución del Hidráulico Olmos y propone además un sistema obsoleto de riego mediante canales. Circunstancias que evidencia una actitud mal intencionada y de un ofrecimiento económico ventaja de contar con la aprobación absoluta de la referida empresa sin contendores que pudieran competir con ella en la aprobación de los organismos encargados de dicha iniciativa Privada Proyecto Irrigación Olmos, no obstante contar el año pasado al momento de suscribir el contrato con NIPON KOEL PROINVERSION estima, el costo de las obras en riego en \$ 180,000.000, con un sistema moderno mediante tuberías e incluyendo el Hidráulico Olmos y de acuerdo a los estudios aprobados.

MINISTERIO PÚBLICO

Dr. Alejandro Sampedro Aluilis

Fiscal Superior Penal Titular

Tercera Fiscalía Superior Penal de Apelaciones
Distrito Judicial de Lambayeque

VIGESIMO SEXTO: Al respecto es necesario señalar que no existe indicio alguno que los denunciados Juan Andrés Marsano Soto y don Armes Behari Agrawat Fernández bajo cualquier modalidad hayan ofrecido, dado o prometido a Nery Saldarriaga de Kroll o Enrique Salazar Torres donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones con la finalidad de otorgar la Concesión al Consorcio Irrigación Olmos, muy por el contrario se advierte que los hechos en los cuales sustenta sus imputaciones consisten en meras infracciones administrativas que se habrían producido en el trámite. Mas aún si como lo hemos señalado antes la Contraloría General de la República mediante Oficio N° 0009 – 2010-CG/GCE, del 01 de febrero del 2010, señala que los hechos que se imputa carecen de sustento legal y no existen indicios de la presunta comisión de los delitos denunciados. Por lo que siendo así solo existe la sola sindicación por parte de los denunciados, la cual es insuficiente para proceder a formalizar investigación preparatoria, mas aún si no señalan en forma precisa cuales serían los hechos que constituirían este delito, limitándose a señalar presuntas irregularidades de carácter administrativos en el tramite de Declaratoria de Interés de la Iniciativa Privada del Proyecto Olmos presentada por el Consorcio Olmos.

VIGESIMO SETIMO: Además es necesario señalar que si bien Humberto Heredia Morales (fs. 411 a 417), Armando Alejandro Orosco Quiñones (fs. 601 a 607), Horacio García Mundaca (fs. 424 a 428), Luís Vicente Reyes Carrasco (fs. 594 a 598), Víctor Raúl Rojas Díaz (fs. 1013 a 1015) y Leoncio Navarrete Moreno (fs. 1016 a 1017) indican que existen diversas irregularidades en el Proyecto Olmos, reiterando los puntos por los cuales los denunciados señalan se han configurado los delitos denunciados es necesario señalar que como lo hemos señalado en la presente disposición el trámite de la Declaratoria de Interés ha sido cumpliendo los requisitos señalados en la normatividad correspondiente. Por lo que los hechos no pueden ser considerados delitos, mas aún si conforme lo señalan los mismos denunciados se tratan de meras irregularidades administrativas. Finalmente es necesario señalar que de la constatación técnico fiscal que obra a fs. 659 a 667 no se advierte indicio alguno de los delitos denunciados.

VIGESIMO OCTAVO: Siguiendo nuestra línea de argumentación, entendemos que la obligación del Fiscal es asegurarse que toda investigación preparatoria formalizada por él contenga causa probable de la imputación penal, esto es, no debe en lo absoluto formalizar por formalizar, sino sólo debe poner en marcha el aparato jurisdiccional por existencia de suficientes elementos de convicción de la realidad del delito y de la vinculación del implicado o denunciado en su comisión. Para tal efecto, resulta imprescindible precisar las causales para proceder al archivo fiscal establecidas en el inciso 1) del Artículo 334 del Código Procesal Penal cuando señala que: "Si el fiscal al calificar la denuncia o después de haber realizado o dispuesto realizar diligencia preliminares, considera, que (i) el hecho denunciado no constituye delito, (ii) no es justiciable penalmente, o (iii) se presentan causas de extinción previstas en la ley, declarará que no procede formalizar y continuar con la investigación preparatoria, así como ordenará el archivo de los actuado".

MINISTERIO PÚBLICO

Gustavo García Mundaca

Fiscal Superior Penal Titular
Tercera Fiscalía Superior Penal de Apelaciones
Distrito Judicial de Lambayeque

VIGESIMO NOVENO: Asimismo se advierte que los denunciantes señalan que pese a que han venido solicitando información en reiteradas oportunidades, e incluso se suspenda el proceso de Declaratoria de Interés, señalando irregularidades que se habrían cometido, los denunciados no han cumplido con sus solicitudes. Al respecto es necesario señalar que si bien:

- A fs. 56 a 57 obra la carta remitida por el Comité de Apoyo y Defensa de los Grandes Proyectos Regionales - Lambayeque a Nery Saldarriaga de Kroll, Presidenta del Gobierno Regional de Lambayeque, solicitando información sustentatoria del Acuerdo Regional N° 049-2009-GR.LAMB/CR y la suspensión de la declaratoria de interés público de iniciativa privada denominada Proyecto Irrigación Olmos.
- A fs. 54 a 55 obra la carta N° 474-2009-CIP.CD.Lambayeque, mediante la cual el Colegio de Ingenieros del Perú Consejo Departamental de Lambayeque solicita al Presidente del Proyecto Olmos información referida la Iniciativa Privada denominada Proyecto Irrigación Olmos.
- A fs. 58 obra Carta del 22 de mayo del 2009, mediante la cual Gustavo García Mundaca solicita a José Alejandro Huaman Castillo, Consejero Delegado del Consejo Regional del Gobierno Regional de Lambayeque la aclaración respecto a plazo para presentar iniciativas privadas.
- A fs. 61 a 66 obra Carta del 30 de junio del 2009 mediante la cual Gustavo García Mundaca expresa a José Alejandro Huaman Castillo, Consejero Delegado del Consejo Regional del Gobierno Regional de Lambayeque, su preocupación y sugerencias respecto a ciertos aspectos técnicos de la Iniciativa Privada del Proyecto de Irrigación Olmos, específicamente sobre la solución tecnológica escogida por el consorcio para la conducción y distribución del agua a los usuarios y la publicación fraccionada del Acuerdo Regional N 04 2009. Obteniendo respuesta mediante Oficio N 822/2009-GR.LAMB/PEOT-GG (fs. 67 a 69) del 01 de julio del 2009, del gerente General del PEOT.
- A fs. 99 obra un escrito de la Comisión de Apoyo y Defensa de los Grandes Proyectos Regionales de Lambayeque, mediante el cual solicita a la Presidenta del Gobierno Regional designe un consejero regional que pueda exponer sobre el Proyecto Olmos el sábado 30 de mayo del 2009 a partir de las 09:00 a.m. Asimismo carta de fs. 100, mediante la cual se solicita al Consorcio de Irrigación Olmos una exposición sobre el Proyecto Olmos, el da 30 de mayo del 2009.
- A fs. 494 a 499 (Tomo III) obra la Carta del 30 de junio del 2009 remitida por Gustavo García Mundaca a la Presidenta del Gobierno Regional de Lambayeque, mediante la cual expresa a la Presidenta del Gobierno Regional de Lambayeque, sus preocupaciones y sugerencias respecto al Proyecto de Olmos.
- A fs. 509 a 527 obra escrito del 24 de agosto del 2009 dirigido por Gustavo García Mundaca a la Presidenta Regional de Lambayeque,

MINISTERIO PÚBLICO

Dr. Alejandro Sánchez de Alvarado

Fiscal Superior Penal Tribunal
Tercera Fiscalía Superior Penal de Apelaciones
Distrito Judicial de Lambayeque

mediante la cual le hace conocer sus cuestionamientos a la Iniciativa Privada de Olmos.

Y si bien señalan los denunciados que no han tenido respuesta de dichos escritos, cartas y oficios remitidos, es necesario señalar que ello tampoco configura ninguno de los delitos denunciados. Mas aún si se advierte que mediante Oficio N° 087 2009-CEPRI-IRRIGACION (fs. 95 a 98), Oficio N° 644 - 2009-GR.LAMB/PR del 03 de julio del 2009 remitida por la Presidenta del Gobierno Regional a la Comisión de Apoyo y Defensa de los Grandes Proyectos Regionales de Lambayeque, mediante el cual da respuesta a la Carta N° 474, Oficio N° 087 - 2009 y Carta del 22 de junio del 2009, Oficio N° 00011-2010-CG/GCE (fs. 887) dirigido por la Contraloría General de la República a Juan José Salazar García, mediante el cual informa la atención a su denuncia y Oficio N° 096 - 2009-GR.LAMB/CD.SCR, mediante la cual José Alejandro Huaman Castillo, Consejero Delegado del Consejo Regional del Gobierno Regional de Lambayeque le comunica que dicho plazo empezará al día siguiente de a publicación realizada en el diario El Peruano (Por lo que siendo los hechos denunciados no se adecuan al delito denunciado. Asimismo es necesario señalar que los hechos materia de la presente denuncia ya han sido materia de un proceso constitucional de amparo interpuesta por la Comisión de Apoyo y Defensa de los Grandes Proyectos Regionales Lambayeque (CODEPROL), el cual conforme se advierte de las copias certificadas del Expediente Judicial N° 4416-2209 (fs. 1034 a 1038), ha sido declarada inadmisibles, decisión que ha sido confirmada por la sala constitucional.

TRIGESIMO: Siendo así, por los propios fundamentos de la disposición subida en grado, los fundamentos expresados en la presente disposición y de conformidad con lo indicado en cada uno de los considerandos precedentes no se dan los presupuestos para proceder a formalizar investigación preparatoria, por lo que con las facultades otorgadas al Ministerio Público en este nuevo modelo procesal penal establecidas en artículo IV del Título Preliminar como en los Art. 60.2), 61.1), 61.2), 65.3)y65.4) del Nuevo Código Procesal Penal, respecto de su Titularidad en el Ejercicio de la Acción Penal Pública se debe desestimar la denuncia interpuesta, así como el medio de impugnación propuesto, procediendo a manifestar la conformidad con la respectiva disposición impugnada.

Por lo expuesto, el suscrito Fiscal Superior Penal, en ejercicio autónomo e independiente de su libre criterio y de su sana crítica de los actuados, **RESUELVE: CONFIRMAR** la disposición fiscal N° 04 de fecha 24 de marzo del 2010, que obra a fs. 1055 - 1094 de la carpeta fiscal, emitida por la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Chiclayo que dispone la no procedencia de la formalización y continuación de la investigación preparatoria contra **NERY SALDARRIAGA DE KROLL y PABLO ENRIQUE SALAZAR TORRES** por delitos de **ABUSO DE AUTORIDAD; OMISIÓN, REHUSAMIENTO O DEMORA DE ACTOS FUNCIONALES; COLUSIÓN y CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS EN SU MODALIDAD DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE O APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE CARGO**, previsto en los Artículos artículos 376, 377, 384, y 399 del Código Penal en agravio del **ESTADO**; y contra **JUAN ANDRÉS MARSANO SOTO y RAMESH BEHARI**

Victor Luna Victoria Menacho
ABOGADO
CALL 6366

Ch. 21-05-10
9:30 AM
secc. Fis

AGRAWAT FERNÁNDEZ por delitos de **CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS EN SU MODALIDAD DE COHECHO ACTIVO GENÉRICO** previsto en el Artículo 397 del Código Penal en agravio del **ESTADO**; en consecuencia declárese **INFUNDADA** la Queja de Derecho interpuesta contra la Disposición Fiscal Confirmada.

Por tanto: Se devuelve la presente carpeta fiscal a la Fiscalía Provincial Penal de origen, previa notificación conforme a ley.

ALU/mvr



MINISTERIO PÚBLICO

Dr. Alejandra Lucrecia Millán
Fiscal Superior Penal Titular
Tercera Fiscalía Superior Penal de Apelaciones
Distrito Judicial de Lambayeque

Victor Luna Victoria Manacho
ABOGADO
CALL 6355

21-05-10
8:30 AM
En sede fiscal.