



La concertación en la configuración del delito de colusión

Sumilla. [1] La ley vigente al tiempo de los hechos para la configuración del delito de colusión no establecía el detrimento patrimonial al Estado, pues la defraudación se configuraba cuando se inobservaban las normas de contratación. [2] La concertación consiste en ponerse de acuerdo subrepticamente en lo que la ley no permite, en busca de beneficios propios, que no necesariamente debe causar perjuicio a la administración.

Lima, cinco de septiembre de dos mil diecisiete

VISTOS: los recursos de nulidad planteados por las defensas técnicas de los procesados doña Karla Milagros Abanto Sánchez (folios mil quinientos siete a mil quinientos once) y don Roberto Hugo Vásquez Flores (folios mil cuatrocientos noventa y siete a mil quinientos cuatro); con los recaudos adjuntos.

Interviene como ponente en la decisión el señor Salas Arenas, juez de la Corte Suprema.

1. DECISIÓN CUESTIONADA

La sentencia de ocho de febrero de dos mil diecisiete (folios mil cuatrocientos cincuenta y cuatro a mil cuatrocientos ochenta y cuatro), emitida por los señores jueces de la Sala Penal Liquidadora Permanente de Huaraz, de la Corte Superior de Justicia de Áncash, que condenó a don Roberto Hugo Vásquez Flores y doña Karla Milagros Abanto Sánchez, en calidad de autor y cómplice primario del delito de colusión, en perjuicio del Estado; y como tal les impusieron cuatro años de pena privativa de libertad efectiva, tres años de inhabilitación (de conformidad con el numeral dos del artículo treinta y seis del Código Penal) y cuatro años, suspendida en su ejecución por el periodo de tres años¹, respectivamente, y fijó en diez mil soles el monto que por concepto de reparación deberán pagar solidariamente a favor del agraviado².

¹ Reglas de conducta:

1. No ausentarse del lugar de su domicilio sin autorización del juez de la causa.
2. Concurrir mensualmente al juzgado para informar y justificar sus actividades, debiendo firmar el cuaderno de control correspondiente.
3. Devolver lo que corresponda de lo ilícitamente defraudado.

² En otro extremo la Sala Penal Superior absolvió de la acusación fiscal a don William Dimas Juan de Dios Ramos (alcalde), don Enver Milton Reyes Martínez, don Carlos Alberto Gabino



2. SÍNTESIS DE LOS AGRAVIOS

2.1. El señor abogado de Abanto Sánchez solicitó que la sentencia recurrida sea revocada en mérito a que:

2.1.1. Existió indebida valoración de los medios probatorios, puesto que ser pareja sentimental del autor no la vuelve cómplice del ilícito imputado.

2.1.2. No se tomó en cuenta que el trabajo se realizó hasta el monto cancelado.

2.1.3. No hay indicios de defraudación patrimonial al Estado.

2.2. La defensa técnica de Vásquez Flores solicitó que se le absuelva de la acusación fiscal debido a que:

2.2.1. No existió suficiencia probatoria para crear certeza y concluir en la condena recurrida.

2.2.2. No se pudo acreditar el dolo en su accionar.

2.2.3. Existieron afirmaciones que no fueron debidamente valoradas, como el haber obtenido la clave SEACE, que solo era utilizada por el alcalde, tesorero e integrantes del comité.

2.2.4. No se acreditó la concertación, elemento necesario para calificar el delito, ni el perjuicio patrimonial ocasionado a la agraviada.

3. SINOPSIS FÁCTICA

Según los términos de la acusación y la requisitoria fiscal, se imputó a los encausados Vásquez Flores y Abanto Sánchez el delito de colusión, en calidad de autor y cómplice primario, respectivamente.

Díaz, don Óscar Javier Chauca Rodríguez (miembros del comité seleccionador), a doña Miriam Elizabeth Verano Aragón y don Walter Alex Bello Paucarhuanca (cómplices primarios), bajo el argumento de que no existió suficiencia probatoria sobre su responsabilidad en la comisión del ilícito, aunado a que de manera uniforme todos estos encausados sindicaron a don Roberto Vásquez como quien realizó el proceso de selección "sin sus conocimiento"; además, era el único que tenía acceso al SEACE.



El seis de abril de dos mil nueve doña Karla Abanto (*extraneus*), única postora, concertó con don Roberto Vásquez³ –funcionario de la municipalidad distrital de Antonio Raymondí, provincia de Bolognesi, en Áncash–, para luego adjudicarle ilegalmente el servicio de elaboración de perfiles y expedientes técnicos de los proyectos “Sistema de riego del anexo de Jarachacra” y “Sistema de riego del anexo Yamor”, por la suma de cuarenta y dos mil soles. Le fueron entregados treinta y cuatro mil cuatrocientos treinta soles como adelanto por el servicio.

4. OPINIÓN DE LA FISCALÍA SUPREMA PENAL

Mediante el Dictamen número quinientos sesenta y cinco- dos mil diecisiete- 2ºSUPR.P-MP-FN (folios treinta y nueve a cuarenta y ocho del cuadernillo formado en esta instancia), la Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal opinó que se debe declarar no haber nulidad en la sentencia recurrida, por cuanto se cumplió con los elementos del tipo y se pudo demostrar la concertación, lo que concluyó en la sentencia de condena. Vásquez Flores fue nombrado gerente municipal, luego fueron delegados por el señor alcalde⁴ (absuelto) atribuciones propias del alcalde; como tal, se encargó del proceso de selección, que finalmente le adjudicó la buena pro a su pareja sentimental. No obran contraindicios que justifiquen la dación de la buena a pro a favor de Abanto Sánchez; por el contrario, a lo largo del proceso ha ofrecido versiones poco coherentes e imperersistentes, como que le informó del concurso debido a que eran amigos (a escala preliminar), luego que era su inquilino (a escala de instrucción), para finalmente señalar que era su pareja sentimental y tenían dos menores hijos (a escala plenaria).

CONSIDERANDO

PRIMERO. ANÁLISIS DE LA VIGENCIA DE LA ACCIÓN PENAL

Según la imputación penal, los hechos ocurrieron el ocho de abril de dos mil nueve, y en atención a la pena conminada para el delito materia de acusación fiscal, a la fecha la acción penal se encuentra vigente.

SEGUNDO. SUSTENTO NORMATIVO

2.1. En el artículo veinticinco del Código Penal (en adelante CP) se sanciona al que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el

³ Gerente general de la municipalidad agraviada.

⁴ William Dimas Juan de Dios Ramos



cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor.

2.2. El artículo trescientos ochenta y cuatro del CP reprime al funcionario o servidor público que, en los contratos, [...], o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado [...], concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años (vigente al tiempo de los hechos).

2.3. En el artículo cuatrocientos veintiséis del CP se estableció que los delitos previstos en los capítulos II y III del título XVIII (delito contra la administración pública) serán sancionados, además, con pena de inhabilitación de uno a tres años conforme a los numerales uno y dos del artículo treinta y seis del CP.

2.4. El artículo doscientos ochenta del Código de Procedimientos Penales señala que en la sentencia debe evaluarse el conjunto probatorio.

2.5. En la sentencia recaída en el Recurso de nulidad número mil novecientos doce-dos mil cinco, de seis de septiembre de dos mil cinco (emitido por la Sala Penal Permanente), respecto a la prueba indiciaria se precisó que:

Materialmente, los requisitos que han de cumplirse están en función tanto al indicio, en sí mismo, como a la deducción o inferencia, respecto de los cuales ha de tenerse el cuidado debido, en tanto que lo característico de esta prueba es que su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito, tal y como está regulado en la ley penal sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar.

Señaló que el hecho base ha de estar plenamente probado, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno, y que los indicios deben:

- (a) Ser plurales, o excepcionalmente únicos, pero de singular fuerza acreditativa.
- (b) Ser concomitantes al hecho que se trata de probar (deben ser periféricos).
- (c) Estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyen el hecho consecuencia.

2.6. En los fundamentos veinticinco, veintiséis y veintisiete de la sentencia recaída en el Expediente cero setecientos veintiocho-dos mil ocho-PHC/TC (caso Giulliana Llamoja), el Tribunal Constitucional estableció que:

1. [25] Bajo tal perspectiva, si bien el juez penal es libre para obtener su convencimiento porque no está vinculado a reglas legales de la prueba y, entonces, puede también llegar a la convicción de la existencia del hecho delictivo y la participación del imputado, a través de la prueba indirecta (prueba indiciaria o prueba por indicios), será preciso empero que cuando esta sea utilizada, quede debidamente explicitada en la resolución judicial; pues no basta con expresar que la conclusión responde a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos, sino que dicho razonamiento lógico debe estar debidamente exteriorizado en la resolución que la contiene.

2. [26] Justamente, por ello, resulta válido afirmar que si el juez puede utilizar la prueba indirecta para sustentar una sentencia condenatoria, y si esta, a su vez, significa la privación de la libertad personal, entonces, con mayor razón, estará en la obligación de darle el tratamiento que le corresponde; solo así se podrá enervar válidamente el derecho a la presunción de inocencia, así como se justificará la intervención al derecho a la libertad personal, y por consiguiente, se cumplirán las exigencias del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, conforme a las exigencias previstas por el artículo 139º, inciso 5, de la Constitución. En ese sentido, lo mínimo que debe observarse en la sentencia y que debe estar claramente explicitado o delimitado son los siguientes elementos: el *hecho base o hecho indiciario*, que debe estar plenamente probado (indicio); el *hecho consecuencia o hecho indiciado*, lo que se trata de probar (delito) y entre ellos, el *enlace o razonamiento deductivo*. Este último, en tanto que conexión lógica entre los dos primeros, debe ser directo y preciso, pero además debe responder o sujetarse plenamente a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos.

3. [27] Asimismo, cabe recordar que el razonamiento probatorio indirecto, en su dimensión probatoria, exige que la conclusión sea adecuada, esto es, que entre los indicios y la conclusión exista una regla de la lógica, máxima de la experiencia o conocimiento científico, y que, como dijimos *supra*, el razonamiento esté debidamente explicitado y reseñado en la sentencia. Y es que, a los efectos del control de calidad del curso argumental del juez (control del discurso), ello supone mínimamente que de su lectura debe verse cuál o cuáles son los indicios que se estiman probados y cuál o cuáles son los hechos a probar. Pero además, se exige que se haya explicitado qué regla de la lógica, máxima de la experiencia o qué conocimiento científico han sido utilizados, y si hubiera varios de estos, por qué se ha escogido a uno de ellos.

TERCERO. ANÁLISIS JURÍDICO FÁCTICO

3.1. Conjuntamente con el procesado se juzgó a don William Dimas Juan de Dios Ramos (alcalde), don Enver Milton Reyes Martínez, don Carlos Alberto Gabino Díaz y don Óscar Javier Chauca Rodríguez (miembros del comité seleccionador)⁵, quienes fueron absueltos junto a doña Miriam Elizabeth Verano Aragón y don Walter Alex Bello Paucarhuanca (cómplices primarios).

3.2. Este Supremo Tribunal coincide con la decisión emitida por la Sala Penal Superior puesto que en ella se precisó que Vásquez Flores no solo fue

⁵ Funcionarios de la municipalidad agraviada.



nombrado gerente municipal⁶, sino que el burgomaestre (coprocesado William Dimas Juan de Dios Ramos) le otorgó prerrogativas propias del alcalde⁷. Por tanto, podía aprobar expedientes de contratación de los procesos de selección de licitación pública y concursos públicos (adquisición de bienes y contratación de servicios, por lo que se cumplió con el elemento objetivo del tipo, esto es, la vinculación con los bienes y poder de decisión en el otorgamiento de la buena pro). Mientras que la concertación se acreditó a través de la prueba indirecta, como existencia de la relación de convivencia de los procesados, la única cotización (proforma) y la rapidez con que se llevó el proceso puesto que se realizó en un solo día y los documentos que aprobaron la contratación se firmaron en vía de regularización en el mes de mayo (un mes después), según versión de los miembros del comité seleccionador.

3.3. El delito de colusión presenta diversos elementos que lo hacen una figura delictiva compleja. Como se aprecia, el verbo rector es concertar con los interesados, esto es, que el agente en abuso de su cargo se ponga de acuerdo, pacte, convenga con los interesados para defraudar al Estado.

La concertación implica un amplio margen de pactos ilícitos, componendas o arreglos en perjuicio evidente de los intereses estatales en juego. Se puede concertar mediante diversas modalidades confabulatorias, para presentar, por ejemplo, precios simulados –sobreevaluados o subvaluados–, admitir calidades inferiores a las requeridas, o derivar directamente de las operaciones ventajas o intereses particulares o para otros fines⁸.

3.4. En consecuencia, no se trata de castigar cualquier concertación, sino únicamente las que buscan perjudicar o las que perjudican o traen consecuencias económicas nocivas para el Estado, ya sea, por lo general,

⁶ El trece de marzo de dos mil nueve, a través de la Resolución de alcaldía número cero tres-dos mil nueve/MDAR-P, fue nombrado gerente municipal. Ver los folios ciento cuarenta y cuatro a ciento cuarenta y cinco.

⁷ Estas prerrogativas le fueron otorgadas por el propio alcalde (don William D. Juan de Dios Ramos). Ver Resolución de alcaldía número cero cinco-dos mil nueve/MDAR-P-BOL, de trece de marzo de dos mil nueve, en que resalta: "Artículo primero: Delegar al señor Roberto Hugo Vásquez Flores (gerente municipal), las atribuciones del alcalde, para celebrar contratos y convenios necesarios para el ejercicio de sus funciones; aprobar expedientes de contratación de los procesos de selección de licitación pública y concursos públicos (adquisición de bienes y contratación de servicios).

⁸ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Editorial Grijley, 2016, pp. 319-320.



porque se paga más por un producto de una determinada calidad habiendo concierto entre las partes.

3.5. Se desarrolló la prueba indicaría siguiendo la siguiente secuencia: hecho inicial-máxima de la experiencia-hecho final⁹.

En cuanto al indicio de mala justificación, cabe señalar que los encausados negaron haber tenido acuerdos colusorios. A través de la Resolución de alcaldía número cero cero tres-dos mil nueve/MDAR-P, de trece de marzo de dos mil nueve, el encausado fue nombrado gerente municipal de la entidad agraviada. Mientras que por Resolución de alcaldía número cero cero cinco-dos mil nueve/MDAR, le fueron delegadas facultades propias del alcalde, por lo que tenía poder de decidir en la contratación. Esto fue aprovechado por ambos para pactar el otorgamiento de la buena pro (pues se daban las condiciones para que ganara Abanto Sánchez). Por lo que (según las máximas de la experiencia) resulta poco creíble que Abanto Sánchez no supiera que no estaba permitido que participara en el proceso de selección puesto que su pareja era el encargado de seleccionar a los postulantes¹⁰. Al respecto, doña Karla Abanto, a lo largo del proceso ha ofrecido distintas versiones, como que el coprocesado "le informó del concurso debido a que eran amigos" (brindada a escala preliminar), luego "que era su inquilino" (a escala de instrucción), para finalmente afirmar que "eran pareja sentimental y tenían dos menores hijos" (a escala plenaria).

⁹ La doctrina procesal penal aconseja que debe asegurarse una pluralidad de indicios, pues de su variedad se controlará en mayor medida la seguridad de la relación de causalidad entre el hecho conocido y el hecho desconocido; sin embargo, también se admite que no existe obstáculo alguno para que la prueba indiciaria pueda formarse sobre la base de un solo indicio pero de singular potencia acreditativa. En cualquier caso, el indicio debe ser concomitante al hecho que se trata de probar, y cuando sean varios, deben estar interrelacionados, de modo que se refuercen entre sí. Exige que la conclusión sea adecuada, esto es, que entre los indicios y la conclusión exista una regla de la lógica, máxima de la experiencia o conocimiento científico, lo que efectivamente realizó la Sala Superior.

¹⁰ Este perjuicio se reflejó en las conclusiones vertidas en el dictamen pericial contable (de folios doscientos noventa y tres a trescientos uno), en donde se concluyó que de la revisión de la documentación obrante en autos se colige que se le pagó a la procesada treinta y cuatro mil cuatrocientos treinta soles por el servicio prestado; no obstante, la labor investigativa se vio limitada debido a la ausencia del libro de actas de los procesos de selección, expedientes de contratación, las propuestas técnicas y económicas de los postores que participaron en los procesos.



3.6. En autos obran las declaraciones de los coprocesados (absueltos) don Enver Milton Reyes Martínez, don Carlos Alberto Gabino Díaz y don Óscar Javier Chauca Rodríguez¹¹, quienes afirmaron en las tres escalas (preliminar, de instrucción y plenarial) que no supieron cómo fueron nombrados miembros del comité seleccionador, pero que firmaron documentación del servicio prestado en vía de regularización, y que la clave SEACE para la contratación pública solo la tenía el encausado. Afirman que a la procesada doña Karla Abanto le fueron pagados treinta y cuatro mil cuatrocientos treinta y soles, por el servicio prestado sin tener certeza sobre su culminación, puesto que la documentación de tal servicio no obra en autos ni en los archivos de la municipalidad agraviada.

3.7. Los recurrentes señalan que no se acreditó el perjuicio patrimonial. Esta Suprema Sala concluye que ello no es obstáculo para emitir una sentencia de condena debido a que el delito materia de análisis protege la probidad de la función pública, más no, el perjuicio patrimonial.

3.8. En consecuencia, las pruebas son suficientes y permiten establecer la responsabilidad de los procesados, por lo que corresponde dejar firme la sentencia recurrida.

3.9. Por otro lado, este Supremo Colegiado considera que la Sala Superior Penal no analizó debidamente los medios probatorios obrantes en autos al emitir el extremo absolutorio de la sentencia, puesto que de haberlo hecho correctamente habría arribado a otra conclusión, sin embargo, al no ser materia de recurso no corresponde emitir pronunciamiento.

¹¹ Los encausados: 1. Don Enver Milton Reyes Martínez (escala preliminar con presencia fiscal. Folio sesenta y tres), asesor legal externo de la municipalidad. Afirmó no haber participado como miembro del comité. Versión que fue ratificada en el juicio oral (folios mil ochenta y cuatro a mil ochenta y seis). 2. Don William Dimas Juan de Dios Ramos (a escala preliminar con presencia fiscal. Folia sesenta y siete a sesenta y nueve), alcalde de la entidad agraviada. Afirmó que desconoce la participación de los coprocesados debido a que la potestad de llevar a cabo el proceso de selección le fue confiado al gerente general, por lo que debe asumir su responsabilidad. Refirió que al enterarse de los hechos le llamó la atención al recurrente, quien luego renunció (folios mil ciento ochenta a mil ciento ochenta y cuatro). 3. Don Carlos Alberto Gabino Díaz (a escala preliminar con presencia fiscal. Folia sesenta y tres a sesenta y cinco), tesorero. Negó haber sido miembro del comité seleccionador; refirió que nunca participó en las licitaciones, pero que el gerente tenía la clave SEACE y que firmó documentos referidos al proceso de selección en vía de regularización, y porque se sentía presionado por el encausado. 4. Don Óscar Javier Chauca Rodríguez (a escala preliminar con presencia fiscal. Folio setenta y cuatro), gerente de Desarrollo Urbano. Negó haber participado en las licitaciones, no era miembro del comité. La clave del SEACE solo la tenía el gerente.



DECISIÓN

Por ello, de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal, e impartiendo justicia a nombre del pueblo, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, **ACORDARON:**

Declarar NO HABER NULIDAD en la sentencia de ocho de febrero de dos mil diecisiete (folios mil cuatrocientos cincuenta y cuatro a mil cuatrocientos ochenta y cuatro), emitida por los señores jueces de la Sala Penal Liquidadora Permanente de Huaraz, de la Corte Superior de Justicia de Áncash, que condenó a don Roberto Hugo Vásquez Flores y doña Karla Milagros Abanto Sánchez, en calidad de autor y cómplice primario del delito de colusión, en perjuicio del Estado; y como tal les impusieron cuatro años de pena privativa de libertad efectiva, tres años de inhabilitación (de conformidad con el numeral dos del artículo treinta y seis del Código Penal) y cuatro años, suspendida en su ejecución por el periodo de tres años, respectivamente, y fijó en diez mil soles el monto que por concepto de reparación deberán pagar solidariamente a favor del agraviado.

Hágase saber.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

SALAS ARENAS

NEYRA FLORES

SEQUEIROS VARGAS

JS/marg

San Martín

SE PUBLICO CONFORME A LEY

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

12 3 JUL 2018