

46

4

**Colusión**

**Sumilla.** Los acuerdos ilícitos también pueden ser conocidos o públicos, dentro de la misma entidad estatal, ello con la finalidad de aparentar una adecuada contratación pública.

Lima, trece de setiembre de dos mil diecisiete

**VISTO:** el recurso de nulidad interpuesto por la defensa técnica del procesado Alfonso Meléndez Pérez, contra la sentencia del veintiuno de junio de dos mil dieciséis, que lo condenó como cómplice primario del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de colusión, en perjuicio de la Municipalidad Provincial de Abancay; y le impusieron cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años; y cuatro años de inhabilitación de conformidad con los incisos uno y dos, del artículo treinta y seis, del Código Penal; fijaron por concepto de reparación civil la suma de tres mil soles el monto que pagará, en forma solidaria, con los condenados como autores en el presente proceso (Julia Bolívar Chipayo y Yuri Carbonelli Tuiro).

Intervino como ponente la señora jueza suprema Barrios Alvarado.

**FUNDAMENTOS**

**DE LA EXPOSICIÓN DE AGRAVIOS RECURSALES**

**PRIMERO:** La defensa técnica del recurrente Alfonso Meléndez Pérez en su recurso formalizado a fojas mil setecientos dieciséis, insta a que se anule la sentencia recurrida por tener fundamentos subjetivos y desproporcionales, y alegó que:

0



1.1. Los miembros del Comité (Julia Bolívar Chipayo y Yuri Carbonelli Tuiro) son los responsables directos de todas las acciones inherentes al procesado citado: activos y pasivos.

1.2. No tuvo ninguna injerencia en la modificación del contrato inicial.

1.3. No ha participado directamente en las reuniones con alguno de los miembros del comité, sino a través de su apoderada (Luz María Vargas de Meléndez-esposa); por lo que solo firmó el contrato primigenio, no tuvo ninguna conferencia o reunión personal con los miembros del comité, a quienes no conoce, lo cual coincide con la versión de los sentenciados, quienes sostuvieron no conocerlo personalmente.

1.4. El producto contratado sufrió una serie de variaciones de precio durante el dos mil dieciséis, como consecuencia del Fenómeno del Niño. De modo que el precio del arroz pilado sufrió variaciones en el mercado, por lo que —a través de la mesa de partes— solicitó un reajuste de precios formalmente hasta en dos oportunidades, lo que desvirtúa la supuesta clandestinidad de las reuniones.

1.5. No se consideró su escasa formación académica y cultural; quinto de primaria, por tanto, no tenía capacidad suficiente para abstraer conceptos, reglas o normas para arribar a acuerdos.

## HECHOS IMPUTADOS

**SEGUNDO.** El representante del Ministerio Público, a través de su acusación, obrante a fojas seiscientos diez, sostiene que se atribuye al encausado recurrente los siguientes hechos:

El Comité Especial Permanente para Adquisiciones Directas Selectivas de la Municipalidad Provincial de Abancay, integrado por Julia Bolívar Chipayo (como miembro titular, bajo el cargo de gerente de Administración de Finanzas) y Yuri Carbonelli Tuiro (como secretario, bajo el cargo de gerente municipal), ambos condenados en la presente causa por el delito de colusión.

Se llevó a cabo el Proceso de Adjudicación Directa Pública N.º 005-2007-MPA, por subasta inversa, con la finalidad de adquirir productos alimenticios para comedores populares y alimentos por trabajo, concurren ocho postores, de los cuales cuatro fueron calificados para el periodo de puja. Otorgaron la buena pro a Comercial Lisseth —con la propuesta ganadora de 1,97 soles por kilo de arroz— debidamente representada por el recurrente Alfonso Meléndez Pérez, con la propuesta ganadora, suscribiéndose el Contrato N.º 071-2007-GAF-MPA, del dos de octubre de dos mil siete, para adquirir del ganador 154,460 kilos de arroz por la suma de 304 286,20 soles.

El once de octubre de dos mil siete, los miembros del comité de reunieron supuestamente a pedido del proveedor (recurrente), con la finalidad de incrementar el precio del kilo de arroz (2,20 soles); suscribiéndose la Adenda N.º 001-2007-MPA

El veinticuatro del mismo mes y año, se reunieron por segunda vez, para incrementar nuevamente el precio por kilo de arroz (2,35 soles); suscribiéndose la Adenda N.º 002-2007-MPA; para lo cual, no tenía competencia, pues su función había terminado con el otorgamiento de la buena pro, conforme al D. S. N.º 084-2004, artículo 23.

Mediante Adenda N.º 002, se adquiere 147,376 kilos de arroz, por la suma de 346 333,70 soles. Es decir, 7 084 kilos menos de arroz, y se pagó 44 476,76 soles más que lo pactado en el contrato primigenio.

Es ese contexto, la sentenciada Julia Bolívar Chipayo, hizo constar en la cláusula sexta y séptima del referido contrato, el pago y la forma del pago: "Los precios unitarios podrán ser reajustados previo acuerdo entre la municipalidad y el contratista, tanto para su incremento como su reducción del precio de mercado". Sin embargo, dicha aclaración no existe en la plataforma de contrato que se encuentra colgada en la página del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE).

Finalmente, los acusados justificaron su accionar, al señalar que seis meses antes habían subido el precio; empero, se tiene que la misma entidad había comprado a 1,58 soles el kilo de arroz en el mes de agosto de dos mil dieciséis, de lo que se advertiría un acuerdo colusorio para defraudar al Estado.

49

**CONSIDERACIONES DE ESTE SUPREMO TRIBUNAL**

**TERCERO.** El contenido constitucionalmente protegido del debido proceso: “[...] comprende una serie de garantías formales y materiales, de muy distinta naturaleza, que en su conjunto garantizan que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmersa una persona, se realice y concluya con el necesario respeto y protección de todos los derechos que en él se puedan encontrarse comprendidos”<sup>1</sup>.

En esta línea, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>2</sup>, las pruebas actuadas en el proceso penal deben ser valoradas de manera adecuada y con la debida motivación, con el propósito de darle el mérito probatorio que tengan en la sentencia, y que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado.

Así, en la medida en que el objetivo principal del proceso penal es el acercamiento a la verdad judicial, los jueces deben explicar, en modo suficiente, las razones que sustentan su fallo, las mismas que deben provenir no solo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso concreto, sino de los hechos debidamente acreditados con la aprueba actuada, de modo que sea posible conocer el sustento fáctico y el razonamiento en virtud de los cuales absuelve o condena a un inculpado, constituyendo, a su vez, un principio constitucional y un derecho que permite a las partes procesales comprobar si la respuesta dada al caso concreto deviene de una actividad racional adecuada y apoyada con lo actuado en el proceso, y no como resultado de la arbitrariedad judicial<sup>3</sup>.

**CUARTO.** El artículo 139, inciso 5, de nuestra Constitución —como parte de principios y derechos de la función jurisdiccional— prevé el

<sup>1</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.º 10490-2006-AA/TC, del 12 de noviembre de 2007, fundamento jurídico N.º 2.

<sup>2</sup> Véase las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en las siguientes causas: Expediente N.º 06712-2005-HC/TC, del 17 de octubre de 2005, fundamento jurídico N.º 15; y Expediente N.º 1014-2007-HC/TC, del 05 de abril de 2007, fundamento jurídico N.º 10.

<sup>3</sup> El Tribunal Constitucional señaló que toda resolución que emita, no solo una entidad jurisdiccional, sino también aquella que resuelva conflictos, debe estar debidamente motivada.

derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales en todas las instancias con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan, al constituir una de las garantías constitucionales del derecho al debido proceso. Es ese sentido, y al atender a los agravios expuestos por el recurrente, este Supremo Colegiado advierte lo siguiente:

**4.1.** En la presente causa fueron condenados Julia Bolívar Chipayo y Yuri Carbonelli Tuero como autores del delito de colusión, quienes tenían la condición de miembros del Comité Especial Permanente para Adquisiciones Directas Selectivas de la Municipalidad Provincial de Abancay, a cargo del Proceso Selectivo de Adjudicación Directa Pública N.º 005-2007-MPA por subasta inversa presencial, otorgando la buena pro a Comercial Lisseth, representada por el recurrente Alfonso Meléndez Pérez.

**4.2.** El recurrente Meléndez Pérez a través de sus agravios cuestiona la existencia de voluntades compuestas entre este y los citados condenados Julia Bolívar Chipayo y Yuri Carbonelli Tuero. Al respecto, debe considerarse que, por sus características, resulta complicado la flagrancia en la comisión de este delito, pues el acuerdo colusorio suele arribarse en un entorno clandestino; sin embargo, ello no es óbice para que judicialmente se establezca su acreditación a través de la prueba indiciaria. No obstante, estos acuerdos ilícitos también pueden ser conocidos o públicos dentro de la misma entidad estatal, ello con la finalidad de aparentar una adecuada contratación pública, como la acaecida en el presente caso.

**4.3.** Así, se advierte que el recurrente Alfonso Meléndez Gonzales, luego de calificar al periodo de puja (junto a otros tres proveedores), se le otorgó la buena pro a su representada "Comercial Lisseth", siendo su propuesta de ofrecer un kilo de arroz pilado superior por un sol con noventa y siete céntimos; en mérito del cual se suscribió el Contrato N.º 071-2007-GAF-MPA, del dos de octubre de dos mil siete<sup>4</sup>.

**4.4.** Nueve días después de tal suscripción (once de octubre de dos mil siete), a pedido del inculpado recurrente, los sentenciados Bolívar Chipayo y Carbonelli Tuero se reunieron de manera extraordinaria con

<sup>4</sup> Véase fojas 23.

la finalidad de incrementar el kilo de arroz a dos soles con veinte céntimos, se aduce para ello: "Escasez desde hace seis meses y haberse producido un nuevo incremento en el precio del arroz en el mercado, [...]"<sup>5</sup>.

4.5. Posteriormente, el veinticuatro de octubre del mismo mes y año (trece días después), se reúnen por segunda vez y en forma subrepticia incrementan nuevamente el precio del kilo de arroz a dos soles con treinta y cinco céntimos, suscribiéndose la adenda N.º 002-2007-MPA<sup>6</sup>.

4.6. El pacto colusorio, en perjuicio del Estado, se encuentra corroborado con los documentos recabados en autos (citados a pie de página), los cuales acreditan que el recurrente ofreció un precio por debajo de sus competidores a efectos de ganar la buena pro, siendo que luego de haber sido declarado ganador, inmediatamente se realizó el primer acuerdo de incremento del precio del kilo de arroz (a solo nueve días de haber suscrito el contrato) por un motivo supuestamente acontecido seis meses antes de dicha suscripción. A ello se aúna el hecho que, días después, también a solicitud del ahora recurrente Meléndez Pérez, se volvió a "reajustar" el precio del producto alimenticio estableciéndose un precio final a dos soles con treinta y cinco céntimos por kilo de arroz; lo que ocasionó como perjuicio que la entidad estatal adquiriera siete mil ochenta y cuatro kilos menos de arroz, y se pague cuarenta y cuatro mil cuatrocientos setenta y seis soles con setenta y seis céntimos más que lo pactado en el contrato inicial.

4.7. A dicha inusitada celeridad y la aparente justificación —que resiste a toda lógica— se aúna el hecho que los sentenciados carecían de competencia para suscribir la adenda N.º 002-2007-MPA (la cual cuenta con la firma del recurrente, pese a que este niega su participación, expresándolo como agravio recursal), pues esta había terminado con el otorgamiento de la buena pro; sin embargo, la suscribieron al favorecer exclusivamente al recurrente Meléndez Pérez con los sobrepuestos pactados.

<sup>5</sup> Véase fojas 66.

<sup>6</sup> Véase fojas 31.

4.8. Asimismo, la sentenciada Julia Bolívar Chipayo consignó en el contrato primigenio dos cláusulas respecto al reajuste de los precios, pero el contenido de dichas cláusulas no solo eran inexistentes en la proforma de contrato que se encontraba en la página del SEACE, sino que solo estuvo dirigido a favorecer al procesado Meléndez Pérez.

4.9. Además, ante los supuestos motivos que justificaban el "reajuste" de precios, en perjuicio del Estado, los funcionarios sentenciados pudieron recurrir a la aplicación de las cláusulas décimocuarta y decimoquinta establecidas en el Contrato N.º 071-2007-GAF-MPA, (suscrito con el proveedor, ahora recurrente) a efectos de evitar el detrimento patrimonial; sin embargo, ignoraron dichas cláusulas en beneficio del inculpado Meléndez Pérez, pero a costa de los intereses estatales; lo que evidencia el pacto ilícito con ánimo defraudatorio.

4.10. Si bien, el encausado Alfonso Meléndez Pérez, alegó como agravio la desconsideración de su grado de instrucción académica (quinto de primaria), ya que ello no le permitió tener la capacidad suficiente para abstraer normas y arribar a acuerdos (lícitos); dicho argumento resulta falaz, pues la materialización del acuerdo colusorio para beneficiarse perjudicando al Estado, no estaba condicionado al grado académico, ni a conocimiento especial alguno, solo bastó su intención que querer lograr un provecho ilícito en contubernio con los sentenciados, como ha quedado comprobado.

**QUINTO.** Se advierte que ninguno de los argumentos expuestos por el recurrente generan nulidad, pues no alcanza a romper el esquema probatorio que llevó a la convicción de su responsabilidad. Consecuentemente, al encontrarse debidamente motivada y correctamente sustentada la sentencia emitida por el Tribunal Superior; el presente recurso debe de ser desestimado.

### DECISIÓN

Por estas razones, de conformidad con el dictamen del fiscal supremo en lo penal, declararon: **NO HABER NULIDAD** en la sentencia del veintiuno de junio de dos mil dieciséis, que condenó a Alfonso

Meléndez Pérez como cómplice primario del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de colusión, en perjuicio de la Municipalidad Provincial de Abancay; y le impusieron cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años; y cuatro años de inhabilitación de conformidad con los incisos uno y dos, del artículo treinta y seis del Código Penal; fijaron por concepto de reparación civil la suma de tres mil soles el monto que pagará, en forma solidaria, con los condenados como autores en el presente proceso (Julia Bolívar Chipayo y Yuri Carbonelli Tuiro). **DISPUSIERON** se devuelvan los autos al Tribunal Superior para los fines de ley. Hágase saber a las partes apersonadas en esta Sede Suprema y archívese.

S. S.

LECAROS CORNEJO

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

CHAVES ZAPATER

CALDERÓN CASTILLO

BA/cwpm/o/lj

SE PUBLICO CONFORME A LEY

  
Diny Yuriana Chávez Veramendi  
Secretaria (e)  
Primera Sala Penal Transitoria  
CORTE SUPREMA