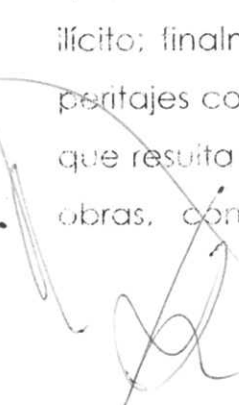


CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 4159 – 2011
CUSCO

Lima, veintisiete de febrero de dos mil trece.-



VISTOS; interviniendo como ponente el señor Príncipe Trujillo; los recursos de nulidad interpuestos por la Fiscal Superior y el Procurador Público Anticorrupción del Distrito Judicial de Cusco contra la sentencia de fojas dos mil quinientos noventa y seis, del trece de octubre de dos mil once, que absolvió a FELICIANO VARGAS USCA de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Administración Pública – colusión en agravio del Estado–Municipalidad Distrital de Quellouno; con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que el Fiscal Superior en su recurso formalizado de fojas dos mil seiscientos diecisiete cuestiona la sentencia absolutoria; que, al respecto, sostiene que el Colegiado Superior no ha valorado adecuadamente que el procesado Vargas Usca contrató con el extraneus Honorio Ovalle Valdez sin concurso público y obviando los mecanismos legales, manejando interesadamente el dinero, y efectuó el pago hasta por doscientos mil nuevos soles, conociendo que no se presentaban los perfiles ni obras señaladas; agrega que si bien inicialmente no se comprendió al contratista como extraneus del delito de colusión, debe tenerse en cuenta que durante el proceso se han recabado pruebas que acreditan la participación de aquél en la comisión del hecho ilícito; finalmente, sostuvo que no se han realizado debidamente los peritajes contables realizados por los ingenieros, quienes han señalado que resulta insostenible la actuación de sesenta y tres expedientes de obras, con lo que se pretendía justificar un deficiente manejo



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 4159 – 2011
CUSCO

- 2 -

económico. **Segundo:** Que, por su parte, el Procurador Público Anticorrupción del Distrito Judicial de Cusco en su recurso de nulidad de fojas dos mil seiscientos veinticinco impugna la absolución; que, al respecto, sostiene que está acreditado en autos el delito de colusión, toda vez que el contrato suscrito entre el procesado Feliciano Vargas Usca y el contratista Honorio Ovalle Valdez no cumplió con la normatividad sobre contratación pública, al no haberse procedido conforme lo establece el CONSUCODE, esto es, no se convocó a concurso público pese a que los contratos de servicios eran superiores a los doscientos mil nuevos soles; de igual modo, sostiene que la Sala Superior no ha valorado que durante el proceso el contratista no ha demostrado que estaba habilitado para contratar con el Estado, pues no estaba inscrito en el Registro Nacional de Proveedores – RNP CONSUCODE. **Tercero:** Que, según la acusación fiscal de fojas mil seiscientos treinta y uno, se imputa al procesado Vargas Usca –en su condición de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Quellouno-, haber suscrito un contrato de locación de servicios -denominado "Liquidación de Obras"- con el acusado Honorio Ovalle Valdez, por el cual éste último se obligaba a realizar la liquidación de todas las obras realizadas durante la gestión municipal del año dos mil cinco, en un plazo de noventa días, el que tenía que contener: un expediente técnico de inicio de obras, actas de inicio y terminación de obra, consolidación de documentos que sustenten el gasto de facturas de boletas de venta, recibos de honorarios, rendiciones de cuenta en forma documentada, valorización final de obras y otros sobre el resultado final y consolidación de dichos trabajos; en tanto, la entidad agraviada se

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 4159 – 2011
CUSCO

- 3 -

obligaba a efectuar el pago de doscientos veinticinco mil setecientos siete nuevos soles con treinta y un céntimos; que, en este contexto, el procesado Vargas Usca suscribió dicho contrato sin observar el procedimiento establecido en el artículo once de la Ley número veintiocho mil cuatrocientos veintisiete - "Ley de Presupuesto de la República para el año dos mil cinco", que establecía que la contratación de servicios y de consultoría se tenía que efectuar por concurso público si el valor referencial era igual o superior a los doscientos mil nuevos soles, y por adjudicación directa si el valor referencial era inferior a dicho monto; así como tampoco se recibió el diez por ciento de la garantía del monto del contrato conforme lo exige el artículo ciento veintidós del Decreto Supremo número trece guión dos mil uno guión - PCMN del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. **Cuarto:** Que la tipicidad de los hechos imputados es una exigencia material vinculada al principio de legalidad penal que consiste en la adecuación de la conducta que se atribuye al encausado a la descripción legal de un delito formulado en abstracto por la ley penal. **Quinto:** Que el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal establece que el delito de colusión desleal se configura cuando: *"El funcionario o servidor público que, 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, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros"*; en este sentido, lo que se reprime son "los

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 4159 – 2011
CUSCO

- 4 -

comportamientos defraudatorios que se revelan y surgen a través de la concertación entre los funcionarios públicos y los terceros interesados"¹; por lo que en el caso *sub judice* corresponde analizar si convergen los dos elementos típicos esenciales del delito de colusión desleal, estos son: **i)** la concertación y **ii)** el potencial perjuicio económico. **Sexto:** Que, en primer lugar, se debe precisar que primigeniamente se le procesó al acusado Feliciano Vargas Usca como autor de los delitos contra la Administración Pública, en las modalidades de concusión y peculado culposo agravado –previstos en los artículos trescientos ochenta y dos, y último párrafo del artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal-, mientras que al encausado Honorio Ovalle Valdez se le imputó ser autor del delito contra la Fe Pública, en la modalidad de falsedad genérica –regulado en el artículo cuatrocientos treinta y ocho del acotado Código-, ambos en agravio de la Municipalidad Distrital de Quellouno –véase denuncia penal de fojas ciento siete, autoapertorio de instrucción de fojas ciento trece, acusación fiscal de fojas seiscientos cincuenta y dos, y auto de enjuiciamiento de fojas seiscientos sesenta y seis-; es así que, mediante sentencia de fecha tres de septiembre de dos mil nueve, la Sala Mixta Descentralizada de Urubamba absolvió al acusado Vargas Usca de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado culposo agravado y, desvinculándose del dictamen acusatorio, lo condenó por delito de colusión en agravio de la Municipalidad Distrital de Quellouno, a cinco años de pena privativa de libertad efectiva e

¹ CASTILLO ALVA, José Luis, "Colusión ilegal" en: GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis. *El delito de Colusión*, Editorial Grijley, Lima, 2008, p. 78.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 4159 – 2011
CUSCO

- 5 -

inhabilitación por el periodo de tres años, así como fijó en la suma de diez mil nuevos soles por concepto de reparación civil deberá pagar - solidariamente con su coencausado Milton Mercedo Jiménez Quispe- a favor del perjudicado; y respecto al procesado Honorio Ovalle Valdez, lo condenaron como autor del delito de falsedad genérica a tres años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de dos años, bajo reglas de conducta y fijó cinco mil nuevos soles por concepto de reparación civil -véase a fojas mil cuatrocientos cincuenta y cuatro-. **Séptimo:** Que, sin embargo, esta Suprema Instancia mediante Ejecutoria de fecha catorce de diciembre de dos mil nueve, declaró Nula la citada sentencia de fecha tres de septiembre de dos mil nueve, y ordenó que se realice un nuevo juicio oral por otro Colegiado Superior, pues advirtió que el Tribunal de Juzgamiento al momento de desvincularse del delito de concusión imputado al procesado Vargas Usca -y, por el contrario, lo condenaron por delito de colusión- no cumplió con los requisitos formales para desvincularse de la acusación fiscal, pues no hizo de conocimiento de las partes sobre la posible desvinculación del tipo penal imputado, lo que vulneró el principio de contradicción, toda vez que no permitió a la defensa del encausado Vargas Usca presentar las pruebas que consideren útiles a sus intereses, tanto más si el tipo penal por el cual se desvinculó resulta ser más gravoso del que fue materia de acusación, por lo que la Segunda Sala Penal Transitoria de esta Suprema Instancia estimó que no es aceptable el juicio de valor que realizó la Sala Superior al desvincularse de la calificación penal efectuada por la Fiscalía, y en consecuencia, ordenó llevarse a cabo un nuevo juicio oral en el que se deberá emitir

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 4159 – 2011
CUSCO

- 6 -

Una nueva sentencia, sin perjuicio de dejar a salvo la facultad del representante del Ministerio Público para reformular su acusación fiscal, según lo previsto en el artículo doscientos ochenta y cinco A del Código de Procedimientos Penales; y respecto al extremo que condenó al encausado Ovalle Valdez por delito de falsedad ideológica, consideró que también debe ser declarado nulo, puesto que resulta imperiosa la necesidad de realizar un análisis de manera conjunta, al existir una conexión objetiva entre la conducta de los procesados Vargas Usca y Ovalle Valdez, por lo que se debe precisar si mantienen o no la responsabilidad penal imputada para cada delito, o si la misma puede ser calificada en un tipo penal distinto al establecido en la acusación escrita –véase Ejecutoria Suprema de fojas mil quinientos dieciocho. **Octavo:** Que, en efecto, mediante resolución de fojas mil quinientos sesenta y nueve, del tres de junio de dos mil diez, la Sala Superior declaró de oficio la Nulidad de todo lo actuado, e insubsistente la acusación fiscal; es así que con fecha veintiocho de septiembre de dos mil diez, el Fiscal Superior de la Convención del distrito judicial del Cusco, reformuló su acusación fiscal –conforme a sus atribuciones y en cumplimiento a lo ordenado en la Ejecutoria Suprema de fojas mil quinientos dieciocho- y acusó al procesado Feliciano Vargas Usca como autor del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de colusión –prevista en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal-, y al acusado Honorio Ovalle Valdez como autor del delito contra la Fe Pública, en la modalidad de falsedad ideológica –prevista en el artículo cuatrocientos treinta y ocho del Código Penal-, ambos en agravio de la Municipalidad Distrital de Quelluno –véase a fojas mil seiscientos treinta y

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 4159 – 2011
CUSCO

- 7 -

uno-; es así que con fecha doce de noviembre de dos mil diez, se inicia el nuevo juicio oral y culminado los debates orales se expide la sentencia recurrida. **Noveno:** Que, ahora bien, estando a que mediante acusación fiscal de fojas mil seiscientos treinta y uno se estableció que el único delito imputado al procesado Vargas Usca es el de colusión, previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, de autos se advierte que la Sala Superior al momento de absolverlo por el citado delito, efectuó una debida apreciación del evento *sub judice*, pues si bien –tal como alegan los recurrentes- el Dictamen Pericial realizado por peritos de la REPEJ concluyó que “estando a la suscripción del contrato de locación de servicios, la aludida Municipalidad no ha cumplido con lo establecido en la normatividad sobre contratación pública –pues para la determinación del tipo de proceso de selección, debió tener en cuenta el monto que se obligaba a pagar como contraprestación por el servicio contratado, esto es, por la suma superior a doscientos mil nuevos soles; lo que ameritaba que se convoque a concurso público-, así como también al no existir documentos sustentatorios de la convocatoria, el encausado Vargas Usca –en su condición de alcalde de la Municipalidad agraviada- se advierte que no cumplió con lo previsto en el artículo once de la Ley número veintiocho mil cuatrocientos veintisiete – Ley de Presupuesto del Sector Público para el año Fiscal dos mil cinco, ni con lo estipulado en el artículo setenta y siete del Reglamento de Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado” –véase a fojas cuatrocientos doce-; lo cierto es que al procesado Vargas Usca se le imputó la calidad de autor del delito de colusión en agravio del Estado – Municipalidad Distrital de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 4159 – 2011
CUSCO

- 8 -

Quellouno -conjuntamente con su coprocesado Milton Mercedo Jiménez Quispe, quien tenía la calidad de Director de obras-; empero, el representante del Ministerio Público en su dictamen acusatorio de fojas mil seiscientos treinta y uno, como titular de la acción penal, no estableció el nexo de concertación que habría existido entre el acusado Vargas Usca -como sujeto activo, en calidad de funcionario público- y un contratista -un tercero que debió ser acusado en calidad de *extraneus* para que se consiguiera el delito de colusión, lo que no ocurrió en el caso de autos-, pues si bien al momento de describir la imputación concreta de cada uno de los sujetos intervinientes en el delito, sólo expresó de manera genérica que "se le imputa al procesado Vargas Usca porque, en su condición de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Quellouno, defraudó al Estado al concertar con una contratista, al firmar un contrato sin observar el artículo 11° de la Ley N° 28427 y no obtener la garantía del 10% del monto del contrato, conforme lo exige el último párrafo del artículo 122° del Decreto Supremo N° 013-2001-PCM, del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado". **Décimo:** Que, en efecto, se advierte que no se dejó plenamente establecido con quién o quiénes se habría coludido el imputado Vargas Usca, pues si bien -tal como alegan los recurrentes- el *extraneus* con el que se habría concertado el acusado Vargas Usca, sería Honorio Ovalle Valdez; éste no fue comprendido en la acusación fiscal como cómplice del delito de colusión en agravio del Estado -pues el titular de la acción penal sólo lo acusó como autor del delito contra la fe pública, en la modalidad de falsedad genérica, previsto en el artículo cuatrocientos treinta y ocho del Código Penal-; por lo que, estando a que para la configuración del delito en cuestión se requiere

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 4159 – 2011
CUSCO

- 9 -

la participación de un tercero, ajeno a la Administración Pública, y no habiendo sido éste individualizado en la acusación escrita, la conducta imputada al acusado Vargas Usca no puede configurar el delito de colusión porque falta un requisito esencial para que sea típico, toda vez que el núcleo rector del comportamiento ilícito es defraudar al Estado o entidades y organismos sostenidos por éste –en el caso de autos, la Municipalidad Distrital de Quellouno- mediante la concertación con los interesados, lo cual no se acredita en autos; tanto más si se tiene en cuenta que por los mismos hechos materia de juzgamiento, el procesado Ovalle Valdez fue condenado como autor del delito de falsedad genérica en agravio de la Municipalidad Distrital de Quellouno, a tres años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de dos años bajo reglas de conducta, y cinco mil nuevos que deberá pagar al perjudicado por concepto de reparación civil –véase sentencia de fojas mil cuatrocientos cincuenta y cuatro-; y estando a que ésta resolución ha alcanzado la calidad de firme, no es posible atribuirle los mismos hechos al acusado Ovalle Valdez para que configure el delito de colusión, materia del presente proceso penal, pues se vulneraría el principio del *ne bis in ídem*, garantía constitucional que desde su vertiente procesal implica “respetar de modo irrestricto el derecho de una persona a no ser enjuiciado por los mismos hechos, es decir, que un mismo supuesto fáctico no puede ser objeto de dos procesos penales distintos o si se quiere que se inicien dos procesos penales con el mismo objeto, mientras que desde su vertiente material, expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por la misma infracción, puesto que tal

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 4159 – 2011
CUSCO

- 10 -

proceder constituiría un exceso del poder sancionador²". **Undécimo:** Que, siendo esto así, reluce la atipicidad de la conducta del procesado Vargas Usca recaída en su contra como autor del delito imputado, toda vez que tal como sostiene el jurista nacional Rojas Vargas *"la defraudación realizada por acto propio del sujeto activo sin nexo de concertación con el contratista no es típica de este delito; tampoco lo es la sola concertación entre funcionarios vinculados que deciden defraudar y efectivamente vulneran los intereses del Estado, o aquella practicada con un funcionario o servidor que se halla al margen de dicho nexo funcional. En tales supuestos no existirá la especial concertación –entre vinculados e interesados- que exige el tipo penal, siendo ello suficiente para configurar una situación de atipicidad por delito de colusión desleal"³*; en consecuencia, en el caso sub examine es evidente que al no haberse acreditado en qué nivel se encuentra el nexo de concertación entre funcionarios públicos y terceros interesados, reluce la atipicidad de la conducta imputada al acusado Vargas Usca; por consiguiente, lo resuelto por el Colegiado Superior se encuentra arreglado a ley. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas dos mil quinientos noventa y seis, del trece de octubre de dos mil once, que absolvió a FELICIANO VARGAS USCA de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Administración Pública – colusión en agravio del Estado-Municipalidad Distrital de Quellouno; interviniendo

² Véase: Sentencia del Tribunal Constitucional N.° 2050-2002-AA/TC, de fecha 16 de abril de 2003.

³ Rojas Vargas, Fidel (2007) Delitos contra la Administración Pública. 4° Edición. Lima, Grijley E.I.R.L., pág. 413.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 4159 – 2011
CUSCO

- 11 -

el señor Juez Supremo Príncipe Trujillo por goce vacacional de la señora Jueza Suprema Barrios Alvarado; y los señores Jueces Supremos Prado Prado, Morales Parraguez y Rozas Escalante por licencia de los señores Jueces Supremos Pariona Pastrana, Salas Arenas y Tello Gilardi, respectivamente; y los devolvieron.-

S.S.

VILLA STEIN

PRINCIPE TRUJILLO

PRADO PRADO

MORALES PARRAGUEZ

ROZAS ESCALANTE

PT/mist.

21 MAR 2014

Dr. Lucio Jorge Ojeda Barazorda
Secretario de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA