



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 1546-2019/PIURA
PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO

Título. Delito de colusión. Principio de confianza

Sumilla: **1.** El tipo penal originario de colusión y la reforma operada por la Ley 27713 concibieron este delito como uno de peligro concreto (Conforme: Ejecutoria Suprema 1226-2007, de 12 de diciembre de 2007) –no se exige un resultado efectivo o de lesión, una relación de causalidad, sino una relación de imputación de carácter normativo–, mientras que las últimas reformas lo clasificaron como un delito de peligro abstracto (primer párrafo del artículo 384 del Código Penal) y como un delito de lesión (segundo párrafo del citado dispositivo penal). **2.** La defraudación en función a un concierto con los interesados es el núcleo rector del tipo delictivo. El bien jurídico tutelado –objeto protegido por el sistema penal– es (i) el correcto funcionamiento de los organismos del Estado en el ámbito de la contratación y de la liquidación –al proceso de contratación y, de otro lado, a lo que se debe pagar–, de manera que se garanticen los principios de economía y eficiencia en los procesos de gasto público, así como, colateralmente, (ii) la evitación del riesgo contra los principios de objetividad, imparcialidad, transparencia, igualdad y libre concurrencia. En suma, legalidad del ejercicio funcional en el ámbito de la contratación pública en aras de la asignación eficiente de los recursos públicos. **3.** El delito de colusión se perpetró en el marco de una organización pública –la Municipalidad de Catacaos– debidamente jerarquizada donde prima la división del trabajo y roles o competencias determinadas a los funcionarios y servidores públicos respectivos (deberes institucionales). **4.** El análisis de la aplicación del principio de confianza exige que no se presenten determinadas circunstancias que la excluyen, tales como, entre otras, cuando resulta evidente que uno de los intervinientes en el hecho realizó una conducta que defrauda las expectativas de su actuación conforme a Derecho.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, cinco de agosto de dos mil veinte

VISTOS; en audiencia pública: los recursos de casación por inobservancia de precepto constitucional, infracción de precepto material y apartamiento de doctrina jurisprudencial interpuesto por el encausado JOSÉ ALBERTO ROSALES TABOADA, y por inobservancia de precepto constitucional, infracción de precepto material y vulneración de la garantía de motivación promovido por el encausado JOSÉ MERCEDES MORE LÓPEZ, contra la sentencia de vista de fojas seiscientos ochenta y ocho, de nueve de julio de dos mil diecinueve, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas trescientos dieciocho, de dieciocho de marzo de dos mil diecinueve, los condenó como autor y cómplice primario, respectivamente, del delito de colusión en agravio del Estado – Municipalidad



Distrital de Catacaos a dos años de pena privativa de libertad efectiva y un año de inhabilitación, así como al pago de cuatro millones ochocientos treinta mil soles por concepto de reparación civil; con todo lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que el fiscal provincial titular de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Catacaos por requerimiento de fojas dos –del cuaderno de acusación–, de diez de octubre de dos mil trece, formuló acusación contra JOSÉ MERCEDES MORE LÓPEZ, CARLOS OLEGARDO PACHECO CUSTODIO y JOSÉ ALBERTO TABOADA ROSALES por delito de colusión en agravio del Estado. El Juzgado de Investigación Preparatoria de Catacaos, mediante auto de fojas quinientos dieciséis, de veintisiete de julio de dos mil dieciséis, emitió el auto de enjuiciamiento respectivo.

SEGUNDO. Que el Séptimo Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, tras el juicio oral, público y contradictorio, por sentencia de fojas trescientos dieciocho, de dieciocho de marzo de dos mil diecinueve, condenó a José Mercedes More López y Carlos Olegardo Pacheco Custodia como autores y a José Alberto Rosales Taboada como cómplice del delito de colusión (artículo 384 del Código Penal) en agravio del Estado –Municipalidad Distrital de Catacaos e impuso a José Mercedes More López y a Carlos Olegardo Pacheco Custodia cuatro años de pena privativa de la libertad efectiva, mientras que a José Alberto Rosales Taboada tres años de pena privativa de la libertad efectiva, así como, a todos, un año de inhabilitación, sin perjuicio de fijar en cuatro millones ochocientos treinta mil soles el monto por concepto de reparación civil.

TERCERO. Que las sentencias de mérito declararon probado lo siguiente:

- A.** En diciembre de dos mil ocho la Municipalidad Distrital de Catacaos, representada por su alcalde José Mercedes More López, y la asociación ADECOMACR firmaron un convenio de cooperación interinstitucional con el propósito de brindar un servicio en el camal municipal, que consistía en que esta última organización abastecería con mil quinientos vacunos al mes durante la vigencia del convenio –desde el veintiséis de enero de dos mil nueve hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil diez–, mientras que la Municipalidad se comprometía a levantar las observaciones realizadas al camal municipal por el SENASA (Servicio Nacional de Sanidad Agraria).
- B.** En este ínterin, el dieciséis de junio de dos mil nueve la empresa Shazky Sociedad Anónima Cerrada –en adelante, SAC– presentó una propuesta



a la Municipalidad a fin de administrar el camal. Ofreció una inversión de cuatrocientos sesenta mil doscientos soles en el periodo de cuatro años, así como destinar dentro de los primeros sesenta días de firmado el contrato ciento cinco mil ochocientos cincuenta soles, además de solucionar las observaciones del Servicio Nacional de Sanidad –en adelante, SENASA– y otorgar el veintiséis por ciento de los ingresos brutos como retribución durante quince años renovables –a fin de permitirle recuperar lo invertido–. No obstante, en dicho periodo la empresa Shazky SAC se dedicaba a la venta de Discos Compactos y su capital era de solo mil soles. Posteriormente, el veintiséis de junio de dos mil nueve, la Comisión de Desarrollo Económico de la entidad edil se reunió para atender la propuesta presentada por la empresa en cuestión y recomendó aprobarla.

- C. Acto seguido, los representantes de ADECOMACR celebraron un contrato con el gerente de la empresa Shazky SAC, José Alberto Rosales Taboada, para introducir mejoras en el equipamiento y en el proceso de sacrificado de ganado, para lo cual la empresa Shazky SAC debía entregar un informe sobre la situación actual del camal. El contrato cobró vigencia desde el seis de julio al dieciocho de agosto de dos mil nueve.
- D. Por su parte, el gerente municipal de la entidad agraviada, Carlos Olegardo Pacheco Custodio, mediante informe número cero diecinueve A – GM – MDC, de veinticuatro de junio de dos mil nueve, solicitó al alcalde More López autorice iniciar las acciones para la concesión del camal, pese a que la empresa Shazky SAC ya venía invirtiendo en él sin mediar contrato. Como respuesta, el alcalde More López emitió dos Resoluciones de Alcaldía. La primera, número quinientos nueve – dos mil nueve – MDC – A, de treinta de junio de dos mil nueve, por la que designó un comité para que lleve a cabo el proceso de concesión en usufructo del camal municipal. La segunda, número seiscientos sesenta – dos mil nueve – MDC – A, de siete de julio de dos mil nueve, que aprobó las bases del concurso público para la referida concesión, las que contenían las mismas características comprendidas en la propuesta presentada por la empresa Shazky SAC. Es así que el veintidós de agosto de dos mil nueve el Gerente Municipal, acusado Pacheco Custodio, suscribió el contrato número uno – dos mil nueve/MDC de derecho de usufructo del Camal Municipal con el encausado Rosales Taboada, gerente de la empresa Shazky SAC.
- E. Con posterioridad, el Gerente Municipal Pacheco Custodio, por carta notarial de veinte de noviembre de dos mil nueve, comunicó a su coencausado Rosales Taboada, gerente de Shazky SAC, la resolución del contrato por cinco razones: (i) la no contratación de pólizas de seguro, (ii) el no ajuste a las normas de SENASA y el no levantamiento de las observaciones a las que se comprometió, (iii) la no entrega del

reglamento interno, tal como se estableció en el contrato, (iv) el incumplimiento de los lineamientos sobre protección del medio ambiente, y (v) la ausencia de pago oportuno de la cuota pactada con la entidad edil, así como, la falta de pagos a la empresa ADECOMACR y la generación de un conflicto al interior del camal. En suma, la Municipalidad unilateralmente resolvió el contrato, sin otorgarle un plazo a Shazky SAC, a fin que subsane las observaciones, conforme se estableció en el referido contrato, ello con la finalidad de defraudar patrimonialmente al Estado.

- F.** La indicada resolución contractual tuvo como consecuencia un proceso y, luego, un laudo arbitral, que ordenó a la Municipalidad el pago de cuatro millones ochocientos treinta mil soles a favor de la empresa Shazky SAC, más los intereses legales que devenguen hasta la fecha de pago. Los imputados tuvieron la oportunidad de impugnar dicho laudo, pero no lo hicieron, por cuanto ya se había convenido en una cláusula del contrato que lo resuelto en un lado arbitral era inimpugnable, perjudicando así a la Municipalidad Distrital de Catacaos.
- G.** En síntesis, los imputados More López (Alcalde de la Municipalidad agraviada) y Pacheco Custodio (Gerente Municipal) se concertaron con el encausado Rosales Taboada, gerente de Shazky SAC, para (i) resolver el contrato con la referida empresa Shazky SAC, inobservando lo fijado en el mencionado contrato, lo que generó, en su momento, la emisión de un laudo arbitral a favor de dicha empresa, y para (ii) no impugnar la referida decisión arbitral, así como el hecho que la empresa en mención, pese a no contar con capacidad económica, administró el camal el siete de julio de dos mil nueve, es decir, una semana antes de que sea publicada la convocatoria para la concesión, esto es, el trece de julio de dos mil nueve.

CUARTO. Que las consideraciones de la sentencia de primera instancia fueron las siguientes:

- A.** El testigo Juan Francisco Cieza Sánchez sostuvo que, en su condición de regidor, al verificar la documentación de la empresa Shazky SAC, advirtió que tal persona jurídica solo tenía pérdidas, no tenía capital y su giro no era afín a la administración del camal.
- B.** El testigo Calixto Jesús Zapata Ancajima, como miembro de la Comisión de Desarrollo Económico de la Municipalidad, refirió que solo se tuvo la propuesta de Shazky SAC, al que se le otorgó la concesión. En el mismo sentido declararon Marcial Arsenio Saldaña Medina y Carlos Roberto Burneo Seminario, quienes además describieron la situación en la que se encontraba el camal. Estos datos fueron reconocidos por los imputados.
- C.** La copia literal del registro de persona jurídica correspondiente a la empresa Shazky SAC evidenció que a la fecha de suscripción del contrato,

esto es, el veintidós de agosto de dos mil nueve, tenía como objeto social un rubro diferente al de administración de un camal, así como, que contaba con un capital social de mil soles, y que el encausado Rosales Taboada no tenía inscrito en los registros públicos la representación de la empresa.

- D.** El capital de Shazky SAC, de mil soles, era manifiestamente desproporcional al monto de cuatrocientos sesenta mil doscientos soles que pretendía invertir en el camal, de los cuales ciento cinco mil ochocientos cincuenta soles lo haría en los primeros sesenta días de la concesión, por tanto se imponía la necesidad de exigir el cumplimiento de las garantías previstas en las Bases para asegurar el cumplimiento de su compromiso.
- E.** En relación a la jurisdicción y competencia para la solución de conflictos, en las Bases se estableció que el adjudicatario se sometía a la competencia de los jueces y tribunales de la ciudad de Piura, no obstante en el contrato ello se varió y se determinó que las controversias serían resueltas a través de un laudo arbitral, de modo que a la Municipalidad se limitó sus posibilidades de accionar judicialmente.
- F.** El imputado Pacheco Custodio, pese a conocer el Informe número ciento treinta y ocho – dos mil nueve – GAGJ-MDC, de dieciséis de octubre de dos mil nueve, que emitió el gerente de asesoría jurídica, en el sentido que debía reclamarse al concesionario el cumplimiento del contrato, decidió expedir y remitir a la empresa Shazky SAC la carta notarial número doscientos cincuenta y nueve, de veinte de noviembre de dos mil nueve, que comunicaba la resolución del contrato. Ello suscitó que se recurra a un procedimiento arbitral que perjudicó económicamente a la municipalidad. Se está, entonces, ante un indicio de la existencia de un acuerdo colusorio entre Pacheco Custodio y Rosales Taboada para favorecer a este último.
- G.** Si bien el alcalde de ese entonces, el encausado More López, delegó la facultad de celebrar el contrato con la empresa Shazky SAC al gerente municipal Pacheco Custodio, ello no lo libera de responsabilidad. En este sentido, el mencionado gerente declaró que el alcalde le dijo que no se metiera, por lo que asumió personalmente las decisiones referidas a la administración y posteriormente a la supervisión de la ejecución de la concesión, lo que se corrobora con la carta de catorce de setiembre de dos mil nueve de la empresa Shazky SAC, dirigida a él, así como con el Informe número ciento treinta y ocho – dos mil nueve – GAGJ-MDC, de dieciséis de octubre de dos mil nueve, emitido por el gerente de asesoría jurídica, que le indicó que antes de tramitar las solicitudes de la empresa cuestionada se le debe requerir el cumplimiento de las exigencias del contrato, entre ellas la entrega de una póliza de seguro.
- H.** Las máximas de la experiencia indican que a una autoridad se le informa sobre algo sobre el cual tiene poder de decisión, lo que permite afirmar



que el alcalde no solo tenía conocimiento de la situación del camal, sino que las decisiones al respecto las adoptaba y en ocasiones por delegación al Gerente Municipal Pacheco Custodio. El exalcalde More López conocía que se firmó un contrato sin que la empresa Shazky SAC, a cargo del encausado Rosales Taboada, haya presentado la carta fianza correspondiente, no obstante no solicitó explicación alguna y, por el contrario, mantuvo la confianza en el gerente municipal.

- I. Respecto del perjuicio patrimonial, si bien la Fiscalía no presentó pericias valorativas, informes económicos u otros similares, en algunos casos el juez puede estar en condiciones de apreciar el valor de los hechos por no ser complejos o estar al alcance de los conocimientos personales que tenga sobre la materia. En este caso, el perjuicio patrimonial deriva del importe obligado a pagar a la Municipalidad, como consecuencia de las modificaciones introducidas en el contrato y la resolución de éste. La operación para determinar el monto de dicho perjuicio no parece compleja derivándose ella del importe fijado en el laudo arbitral.

QUINTO. Que la sentencia mencionada fue apelada por los imputados More López, Rosales Taboada y Pacheco Custodio [fojas trescientos ochenta y ocho, de dos de abril de dos mil diecinueve, fojas cuatrocientos nueve, de uno de abril de dos mil diecinueve, y cuatrocientos cuarenta y uno, de dos de abril de dos mil diecinueve, respectivamente], así como por el Ministerio Público [fojas cuatrocientos cincuenta, de dos de abril de dos mil diecinueve]. El dos de mayo de dos mil diecinueve se expidió el auto de fojas cuatrocientos sesenta y cinco que concedió los mencionados recursos de apelación.

∞ La Segunda Sala Penal de Apelaciones, mediante la sentencia de vista de fojas seiscientos ochenta y ocho, de nueve de julio de dos mil diecinueve, confirmó en un extremo y revocó en otro la sentencia de primera instancia condenatoria.

SEXTO. Que las consideraciones de la sentencia de vista son las siguientes:

- A. Para la configuración del delito de colusión se requiere un peligro potencial producto de los conciertos colusorios.
- B. Las bases del concurso público se direccionaron para que el único postor (la empresa Shazky SAC) obtuviera la buena pro. Dicha empresa suscribió, sin autorización de la Municipalidad Distrital de Catacaos, un contrato de servicios con la empresa ADECOMACR, que tenía un convenio de cooperación interinstitucional con la referida Municipalidad, pues el objeto social de ADECOMACR consistía en brindar servicios de comercialización y abastecimiento de ganado. La empresa Shazky SAC se comprometió a administrar el camal de la Municipalidad a cambio de que se levanten las observaciones de SENASA; sin embargo, el objeto social

de esta empresa era la venta de bienes discográficos, de acuerdo a su partida registral.

- C. De este modo, se pasaron por alto muchos factores como el hecho de que la empresa Shazky SAC no tenía experiencia en labores pecuarias, tal como lo exigían las bases y el contrato de usufructo que suscribió. Es así que después la empresa Shazky SAC modificó su objeto social, no obstante ya se había resuelto el contrato. Antes que se resolviera el contrato, se pasó por alto que Shazky SAC no presentó la carta fianza correspondiente y aun así se amplió el periodo contractual por quince años.
- D. Las Bases establecían el sometimiento irrevocable a la jurisdicción y competencia de los jueces y tribunales de Piura para los conflictos que se pudieran generar. Sin embargo, en el contrato número cero cero uno – dos mil nueve sobre derecho de usufructo del camal, esta disposición se modificó sin ninguna explicación previa y se dispuso que las controversias se sometían a arbitraje, cuyo laudo, además, sería inimpugnable.
- E. La comisión no observó que el encausado Rosales Taboada al momento de la firma del contrato no tenía la representación de la empresa Shazky SAC, tal como se advierte de la partida registral de esta empresa.
- F. La empresa Shazky SAC incurrió en una serie de irregularidades, tales como: no levantar todas las observaciones efectuadas por SENASA en el plazo de dos meses; pretender realizar cambios tarifarios; no cumplir con pagar los montos que le correspondía a ADECOMACR; y, no presentar la vigencia de la póliza. Tal situación se consignó en el Informe número ciento treinta y ocho – dos mil nueve – GAGJ – MDC y, por tanto, el Gerente Municipal, encausado Pacheco Custodio, por carta notarial número doscientos cincuenta y nueve resolvió el contrato con la empresa Shazky SAC.
- G. El citado Gerente Municipal sabía de las consecuencias que acarrearía la resolución del contrato, al no otorgar a la empresa con carácter previo un plazo para que se subsane las observaciones, lo que originó que se lleve a cabo un proceso arbitral en el que se expidió un laudo que perjudicó económicamente a la Municipalidad. No se necesita ser un experto en derecho para vislumbrar el resultado que implicaría tal omisión de la Municipalidad.
- H. El laudo arbitral podía ser impugnado y así el área de Asesoría Legal hizo conocer al Gerente Municipal y al Alcalde que lo hicieran, no obstante lo cual, no lo hicieron.

SÉPTIMO. Que los encausados More López y Rosales Taboada –alcalde distrital de Catacaos y gerente de la empresa Shazky SAC, respectivamente– interpusieron recurso de casación contra la sentencia de vista, mediante escritos de fojas setecientos cuarenta y nueve y de fojas setecientos



veintiocho, ambos de veintiséis de julio de dos mil diecinueve. Al respecto expresaron:

∞ El imputado More López invocó el artículo 429, incisos 1, 3 y 4, del Código Procesal Penal: inobservancia de precepto constitucional, infracción de precepto material y vulneración de la garantía de motivación. Postuló el acceso excepcional al recurso de casación al amparo del artículo 427, numeral 4, del Código Procesal Penal. Argumentó, en vía excepcional, que debe definirse que el tipo penal de colusión es un delito de lesión o un delito de peligro; que, asimismo, debe determinarse la posible responsabilidad penal de quien se ubica en la cúspide de una organización jerárquica y si, por tanto, tiene el deber la comisión de un delito de colusión; que es de tener presente el principio de confianza.

∞ El encausado Rosales Taboada citó el artículo 429, incisos 1, 3 y 5, del Código Procesal Penal: inobservancia de precepto constitucional, infracción de precepto material y apartamiento de doctrina jurisprudencial. Instó el acceso excepcional al recurso de casación al amparo del artículo 427, numeral 4, del Código Procesal Penal. Sostuvo, en vía excepcional, que el delito de colusión contenido en el artículo 384 del Código Penal, como consecuencia de las sucesivas modificaciones en su texto, debe ser interpretado de acuerdo al principio de favorabilidad y, por tanto, requiere el perjuicio económico; que, asimismo, este delito exige que los acuerdos colusorios se vinculen directamente con el perjuicio ocasionado.

OCTAVO. Que, cumplido el trámite de traslados a las partes recurridas, este Tribunal de Casación, por Ejecutoria Suprema de fojas ciento cuatro, de ocho de noviembre de dos mil diecinueve, del cuadernillo formado en esta sede suprema, declaró bien concedido los citados recursos por las causales de infracción de precepto material y vulneración de la garantía de motivación, así como de quebrantamiento de precepto procesal e infracción de precepto material.

∞ Al respecto, precisó que el asunto que se pone en conocimiento de este Tribunal Supremo tiene un carácter general, vinculado a los alcances de la ley penal en el tiempo respecto del delito de colusión, las repercusiones del principio de confianza en Derecho penal, el delito de omisión impropia, así como la dimensión y definición del daño penal (perjuicio patrimonial) en el tipo penal de colusión y el carácter del mismo.

NOVENO. Que instruido el expediente en Secretaría, señalada fecha para la audiencia de casación el día veintinueve de julio de dos mil veinte, realizada ésta con la concurrencia del abogado del recurrente More López, Doctor Rolando Márquez Cisneros, y de la abogada del recurrente Rosales Taboada, Doctora Mercedes Herrera Guerrero, así como, de la abogada de la



Procuraduría Especializada en delitos de corrupción de funcionarios, doctora Gladys Reyes Flores, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

DÉCIMO. Que concluida la audiencia y cerrado el debate, deliberada la causa en secreto ese mismo día, de inmediato y sin interrupción, y producida la votación respectiva, se acordó por unanimidad pronunciar la correspondiente sentencia de casación en los términos que a continuación se consignan y darle lectura en la audiencia programada el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que los marcos de la competencia funcional de este Supremo Tribunal están fijados en el auto supremo de fojas de fojas ciento cuatro, de ocho de noviembre de dos mil diecinueve. Los puntos impugnativos se circunscriben a los alcances de la ley penal en el tiempo respecto del delito de colusión, las repercusiones del principio de confianza en Derecho penal, la relevancia en este caso del delito de omisión impropia, así como la dimensión y definición del daño penal (perjuicio patrimonial) en el tipo penal de colusión y el carácter del mismo. No es posible, en consecuencia, extender la competencia a otros puntos ajenos al recurso de casación por imperio del principio de efecto parcialmente devolutivo: *tantum devolutum quantum appellatum*.

∞ Siendo así, los hechos declarados probados, con independencia de su relevancia jurídica y subsunción jurídico penal, no están en discusión; no se presentan infracciones normativas en la motivación fáctica ni en la apreciación de las pruebas. Es de aplicación, por consiguiente, el artículo 432, apartado 2, última oración, del Código Procesal Penal: “[La competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema...]. *Está sujeta de manera absoluta a los hechos legalmente comprobados y establecidos en la sentencia o auto recurridos*”.

SEGUNDO. Que, ahora bien, los hechos declarados probados ocurrieron en el curso de los años dos mil nueve a dos mil diez. Por tanto, la disposición legal aplicable, en relación al artículo 384 del Código Penal, es la Ley 27713, de veintisiete de diciembre de mil novecientos noventa y seis. Con posterioridad se han publicado varias leyes sucesivas en el tiempo. Es de precisar que la Ley 29703, de diez de junio de dos mil once, fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional, pero las reformas ulteriores, finalmente, dividieron el delito entre lo que se denominó “colusión simple y colusión agravada” (leyes 29758, de veintiuno de julio de dos mil once, y 30111, de veintiséis de noviembre de dos mil trece, así como Decreto Legislativo 1243, de veintidós de octubre dos mil dieciséis).

∞ El tipo penal originario y la reforma operada por la Ley 27713 concibieron este tipo delictivo como un delito de peligro concreto (Conforme: Ejecutoria

Suprema 1226-2007, de doce de diciembre de dos mil siete) –no se exigía un resultado efectivo o de lesión, una relación de causalidad, sino una relación de imputación de carácter normativo–, mientras que las últimas reformas lo clasificaron tanto como un delito de peligro abstracto (primer párrafo del artículo 384 del Código Penal), cuanto como un delito de lesión (segundo párrafo del citado dispositivo penal). El tipo de peligro concreto requiere que el comportamiento coloque al bien jurídico en una situación de peligro real, existente, establecido. Situación de peligro, por tanto, constatable y que tiene que ser demostrada en el proceso penal. El tipo de peligro abstracto describe un comportamiento cuya realización, se presume, crea un peligro para el bien jurídico. Sanciona un comportamiento por una valoración *ex ante*: el legislador presume, sin prueba en contrario, tal afectación [MEINI, IVÁN: *Lecciones de Derecho Penal – Parte General*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2014, pp. 87-88].

∞ En el *sub-lite* el Tribunal Superior hizo mención al peligro potencial. Ello significa, que asumió la regulación normativa originaria y de la primera reforma del tipo penal analizado, tal como se está afirmando *up supra*. En todo caso, así debe entenderse el tipo delictivo materia de condena y bajo esa coordenada legal.

TERCERO. Que la norma en cuestión estipulaba que el funcionario o servidor público, en los contratos o licitaciones –entre otros– en que intervenga por razón de su cargo defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros.

∞ La defraudación en función a un concierto con los interesados es el núcleo rector del tipo delictivo. El bien jurídico tutelado –objeto protegido por el sistema penal– es (i) el correcto funcionamiento de los organismos del Estado en el ámbito de la contratación y de la liquidación –al proceso de contratación y, de otro lado, a lo que se debe pagar–, de manera que se garanticen los principios de economía y eficiencia en los procesos de gasto público, así como, colateralmente, (ii) la evitación del riesgo contra los principios de objetividad, imparcialidad, transparencia, igualdad y libre concurrencia. En suma, legalidad del ejercicio funcional en el ámbito de la contratación pública en aras de la asignación eficiente de los recursos públicos [MONTROYA VIVANCO, YVÁN y OTROS: *Manual sobre delitos contra la Administración Pública*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2015, p. 137]. La conducta típica consiste en concertarse con los interesados –ponerse de acuerdo subrepticamente en el marco de toda contratación de naturaleza económica con intervención del Estado–.

∞ El tipo penal originario no exige que necesariamente se produzca un perjuicio patrimonial efectivo, basta con que el resultado perjudicial aparezca como resultado pretendido –la conducta importa infracción de los deberes de

corrección de los procesos de gestión de recursos públicos concertándose con los interesados: gestión desleal del patrimonio público—. Si el perjuicio patrimonial se concreta, entonces –desde el vigente tipo penal–, se tipificará el segundo párrafo del nuevo texto legal, el que debe entenderse como una disposición patrimonial o una prestación de servicios del ente público no compensada por la contraprestación correspondiente del particular.

∞ Desde luego no se puede catalogar la colusión con una estafa –no están presentes todos sus elementos típicos–, ni como un delito exclusivamente patrimonial. La tutela en los delitos contra la Administración Pública se centra en la actividad pública, en los servicios que se presta a los ciudadanos, en su actividad prestacional dirigida a la satisfacción de intereses generales [SUÁREZ GONZÁLEZ, CARLOS: *Los delitos consistentes en la infracción de un deber. Particular referencia a los delitos cometidos por funcionarios*. En: AA.VV., *La dogmática penal frente a la criminalidad en la Administración Pública*, Editorial Grijley, Lima, 2001, pp. 161-163]; y, desde la concreta tipificación penal del delito de colusión en su correcto funcionamiento en el ámbito de la contratación, de manera que se garanticen los principios de economía y eficiencia en los procesos de gasto público.

∞ Esta, por lo demás, es la lógica de la Sentencia del Tribunal Constitucional 1296-2007, de doce de diciembre de dos mil siete. No puede identificarse perjuicio con la producción de un menoscabo efectivo del patrimonio institucional, desde que lo que se requiere es la producción de un efectivo peligro potencial para perjudicar el patrimonio del Estado.

CUARTO. Que, desde los hechos declarados probados, es patente que la buena pro otorgada a la empresa Shazky SAC fue indebida y que los actos ulteriores referidos a la ejecución del mismo, así como las relaciones entre la empresa y la Municipalidad consolidaron la lógica fraudulenta de estas vinculaciones. La empresa Shazky SAC, antes de la buena pro –el concurso público se aprobó por Resolución de Alcaldía de siete de julio de dos mil nueve [fojas sesenta y uno]–, ya estaba realizando inversiones en el camal municipal, no tenía como objeto social la administración de camales –es decir, carencia absoluta de experiencia en el rubro– y el encausado Rosales Taboada no tenía inscrito sus poderes en Registros Públicos –el título se presentó para su inscripción en Registros Públicos recién el cuatro de septiembre de dos mil nueve [fojas ciento setenta y nueve]–, así como dicha empresa tenía un capital social ínfimo, y no se le apremió para aportar las pólizas de seguros pertinentes.

∞ Asimismo, el contrato [fojas cien, de veintidós de agosto de dos mil nueve] se elaboró y celebró infringiendo las bases de la licitación, en especial lo referido a que las diferencias en la ejecución del contrato se definirían en sede jurisdiccional, pues se consignó que la Municipalidad se sometería a un arbitraje y que su decisión no la impugnaría.



∞ En efecto, (i) las Bases del concurso decían, al respecto, “los postores y el adjudicatario, se someten y aceptan irrevocablemente la jurisdicción y competencia de los jueces y tribunales de la ciudad de Piura para los conflictos que pudieran suscitarse con respecto a estas bases, con renuncia a cualquier reclamación diplomática, así a todo derecho de iniciar acciones en otro fuero o jurisdicción” [fojas setenta y cinco]; y, (ii) el contrato de usufructo en el punto Quince.Trece acotó que “cuando las partes no puedan resolver la controversia antes mencionada ... ésta deberá ser resuelta a través de un laudo definitivo e inapelable. Para estos efectos se practicarán las siguientes disposiciones generales...c) “las partes acuerdan que el laudo arbitral será definitivo e inapelable. En ese sentido, las partes deben considerarlo como sentencia de última instancia con autoridad de cosa juzgada. En consecuencia, las partes renuncian a los recursos de reposición, apelación, anulación, casación o cualquier otro medio impugnatorio contra el laudo arbitral, declarando que éste será obligatorio, de definitivo cumplimiento y de ejecución inmediata, salvo en lo taxativamente dispuesto en el artículo setenta y tres de la Ley General de Arbitraje peruana...” [fojas ciento veinte y ciento veintiuno].

∞ Todo ello dio como resultado necesario que no se cumpliera el contrato –un aspecto relevante fue que la empresa no levantó las observaciones de SENASA– y que, luego del proceso arbitral, se condenara a la Municipalidad a un pago de cuatro millones ochocientos treinta mil soles por indemnización por daños y perjuicios más los intereses correspondiente [laudo no recurrido de fojas ciento cuarenta, de nueve de octubre de dos mil diez], pese que la Gerencia de Asesoría Jurídica de la Municipalidad recomendó la impugnación y, antes, que previa a la resolución se instase a la empresa a subsanar las observaciones en el plazo contractualmente determinado.

∞ Conforme al informe diez de la abogada externa de la Municipalidad agraviada, el laudo se notificó el diecisiete de noviembre de dos mil diez, consecuentemente, el plazo para impugnarlo judicialmente era de veinte días, conforme al Decreto Legislativo 1071, de veintiocho de junio de dos mil ocho, por lo que venció el miércoles quince de diciembre de ese año –todavía durante la vigencia del mandato del Alcalde encausado–. El laudo puntualizó que la Municipalidad no cumplió con el plazo fijado en el contrato para que la empresa subsane el incumplimiento imputado, sin perjuicio de que no abasteció a la empresa con el ganado comprometido mensualmente, lo que importó un cambio de escenario económico. La consecuencia para la Municipalidad fue que el camal no funcionó ni aportó beneficios a la comunidad –con lo que desde ya se comprometió bienes de la Municipalidad–, así como que, pese a ello, tuvo que pagar una fuerte indemnización.

∞ Por tanto, el principio de tipicidad se cumplió acabadamente. Las conductas declaradas probadas se encuadran en el tipo penal de colusión. Los actos colusorios se cumplieron de manera previa, durante y en ejecución del contrato. No hay un tema relevante vinculado al principio de legalidad penal, que está circunscripto a la exigencia de ley escrita, ley estricta, ley previa –salvo



alcances más favorables de la ley posterior al hecho– y prohibición de analogía (artículos 2. 24, ‘d’; 103; y 139.11 de la Constitución).

QUINTO. Que, en estas condiciones, es evidente, también, que el hecho mismo de que se concertó con una empresa que no reunía el perfil técnico para ejecutar debidamente el contrato de usufructo del camal municipal –la única postora y con un proyecto que se siguió en las bases del concurso– y que, luego, como era obvio, incumplió con las obligaciones que asumió –más allá de que la Municipalidad –según el laudo–, parcialmente, hizo lo propio–, autoriza a concluir que, delictivamente, se comprometió recursos municipales.

∞ De igual manera, el hecho de no definir un proceder idóneo para reclamar el incumplimiento, como orientó la Gerencia de Asesoría Jurídica de la Municipalidad [Informe de fojas 129, de 16-10-2009], y, antes, elaborar un contrato contrario a las bases del concurso público –que incluso aceptó un proceso arbitral sin posibilidad de impugnación ulterior–, pese a la recomendación de la Gerencia de Asesoría Jurídica, a consecuencia de lo cual, como era inevitable, se condenó a la Municipalidad a un pago millonario por indemnización, permite concluir fundadamente que el perjuicio patrimonial, en las condiciones definidas en el último párrafo del fundamento jurídico tercero, efectivamente se produjo.

∞ El perjuicio típico es el ya indicado y se relaciona exclusivamente con la responsabilidad penal. Distinto es el perjuicio civil que está en función al daño efectivo generado a la Municipalidad, que no nace del delito y que se relaciona con la responsabilidad civil (tiene un carácter compensatorio), esto es, con el daño resarcible –ambos solo comparten el elemento antijuridicidad–. Es claro, además, que la acción penal y la acción civil mantienen su propia autonomía. En última instancia y eventualmente, los montos pueden coincidir, pero su lógica es distinta: el primero como afectación al bien jurídico (lesión o puesta en peligro) y el segundo como obligaciones de restitución, de reparación del daño y de indemnización de perjuicios –es una deuda de valor–.

∞ En conclusión, pese a que el tipo penal aplicable al presente caso (artículo 384 del Código Penal, según la Ley 27713, de veintisiete de diciembre de mil novecientos noventa y seis) no requiere el perjuicio patrimonial, en el sub-judice sí tuvo lugar. La realidad, adicional, de un daño resarcible, justifica la imposición de una reparación civil.

SEXTO. Que el delito de colusión se perpetró en el marco de una organización pública –la Municipalidad de Catacaos– debidamente jerarquizada, donde prima la división del trabajo, la existencia de cadenas de delegación y roles o competencias determinadas –organigrama de competencias– a los funcionarios y servidores públicos respectivos (deberes institucionales). En el caso del máximo dirigente institucional –el Alcalde–, se entiende que, como tal, ostentaba funciones de control de riesgos, en especial de vigilancia y supervisión de la



actuación, por lo menos, de los funcionarios públicos de más alto nivel, quienes, como es obvio, le rendían cuentas.

SÉPTIMO. Que se afirma, como punto impugnativo, que el encausado More López, alcalde de la Municipalidad agraviada, no creó un riesgo penalmente prohibido pues medió el principio de confianza en atención a la actuación de terceros, en este caso del Gerente Municipal.

∞ El análisis de la aplicación del principio de confianza exige, desde luego, que no se presenten determinadas circunstancias que la excluyen, tales como, entre otras, cuando resulta evidente que uno de los intervinientes en el hecho realizó una conducta que defrauda las expectativas de su actuación conforme a Derecho [GARCÍA CAVERO, PERCY: *Derecho Penal – Parte General*, Segunda Edición, Jurista Editores, Lima, 2012, p. 420]. No se trata de los títulos o competencias profesionales de los delegados, sino de su concreta actuación en asuntos puntuales.

∞ El encausado More López conocía el interés de la empresa Shazky SAC en el usufructo del camal municipal –incluso su coencausado Pacheco Custodio recomendó tal procedimiento para el camal [Informe de fojas cuarenta y ocho, de veinticuatro de junio de dos mil nueve]– y, mediando Acuerdo del Concejo Municipal, autorizó el inicio del concurso público [véase: fojas cincuenta y nueve, de treinta de junio de dos mil nueve]. Además, fue él quien aprobó las bases del concurso público. De igual manera, no era ajeno a su conocimiento la crisis del camal y las irregularidades en el procedimiento de concurso y ulterior ejecución, al punto que se formó una Comisión Especial de Regidores para investigar lo que venía ocurriendo con el camal municipal [Acuerdo de Concejo 090-2009-MDC, que él presidía]. El contrato de usufructo no respetó las bases del concurso público y, antes de la carta notarial enviada por el Gerente Municipal a la referida empresa, el citado encausado conoció de los incumplimientos de ésta y que, previamente, debía concederse un plazo para la subsanación respectiva –Informe de la Gerencia de Asesoría Jurídica de dieciséis de octubre de dos mil nueve–. Sobre este punto, sencillamente, pudiendo hacerlo, no realizó conducta de supervisión y corrección alguna y, antes, no cuidó de controlar la marcha de la concesión con la efectiva rendición de cuentas a los funcionarios competentes, pese a la crisis que ésta atravesaba, es decir, quebrantó dolosamente su deber o competencia funcional.

∞ En tal virtud, no es de recibo el principio de confianza. Su deber de garantía, como consecuencia, de su cargo rector, se afirma contundentemente.

OCTAVO. Que, al no haberse incurrido en infracción normativa alguna, deben desestimarse los recursos de casación interpuestos por los encausados More López y Rosales Taboada.

∞ Respecto de las costas, deben ser condenados a su pago ambos impugnantes, conforme a los artículos 497, apartado 1, 500, apartado 3, 502, apartado 2, y



505, apartado 2, del Código Procesal Penal. El pago será equitativo y solidario a cargo de ambos condenados.

DECISIÓN

Por estas razones: **I. Declararon INFUNDADO** los recursos de casación por inobservancia de precepto constitucional, infracción de precepto material y apartamiento de doctrina jurisprudencial interpuestos por el encausado JOSÉ ALBERTO ROSALES TABOADA, y por inobservancia de precepto constitucional, infracción de precepto material y vulneración de la garantía de motivación promovido por el encausado JOSÉ MERCEDES MORE LÓPEZ, contra la sentencia de vista de fojas seiscientos ochenta y ocho, de nueve de julio de dos mil diecinueve, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas trescientos dieciocho, de dieciocho de marzo de dos mil diecinueve, los condenó como autor y cómplice primario, respectivamente, del delito de colusión en agravio del Estado – Municipalidad Distrital de Catacaos a dos años de pena privativa de libertad efectiva y un año de inhabilitación, así como al pago de cuatro millones ochocientos treinta mil soles por concepto de reparación civil; con todo lo demás que al respecto contiene. **II.** En consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista. **III. CONDENARON** a los encausados Rosales Taboada y More López al pago, equitativo y proporcional, de las costas del recurso, que se ejecutará por el Juzgado de Investigación Preparatoria que corresponda. **IV. DISPUSIERON** se remitan las actuaciones al Tribunal Superior para que por ante quien corresponda continúe con la ejecución procesal de la sentencia condenatoria. **V. ORDENARON** se lea en audiencia pública y se publique en la Página Web del Poder Judicial. **HÁGASE** saber a las partes personada en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

FIGUEROA NAVARRO

CASTAÑEDA ESPINOZA

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

CSMC/abp