SUMILLA: El delito de colusión exige que el acuerdo defraudatorio se realice en el marco de la contratación pública. En el presente caso, la conducta de los encausados no se enmarca en el ámbito de las contrataciones y adquisiciones públicas, sino en un proceso de regulación tarifaria en la cual no se efectúa negociación alguna de afectación patrimonial estatal, por lo que no se configura el delito imputado.

Lima, cuatro de noviembre de dos mil quince.-

VISTOS: los recursos de nulidad interpuestos por la defensa técnica de Marco Antonio Torrey Motta, José Juan Haro Seijas y del Tercero Civilmente Responsable, Telefónica del Perú S.A.A. contra la sentencia del quince de diciembre de dos mil catorce -fojas seis mil uno-; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana, de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Adjunto Supremo en lo penal; y; **CONSIDERANDO:**

PRIMERO: IMPUTACIÓN CONTRA LOS ENCAUSADOS

1.1. Según dictamen fiscal acusatorio -fojas tres mil seiscientos ochenta y dos- subsanada a fojas tres mil setecientos ochenta y cuatro, se imputa a Marco Antonio Torrey Motta y Martha Carolina Linares Barrantes, en su calidad de funcionarios y ex integrantes del Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada de Telecomunicaciones - OSIPTEL, haber ideado y ejecutado acciones ilícitas propias de actos de concertación ilegal conjuntamente con el entonces vicepresidente de Estrategia y Regulación de la empresa privada Telefónica del Perú S.A.A, José Juan Haro Seijas, quien les proporcionó documentación e informes particulares a los citados funcionarios con el fin de favorecer a la citada persona

jurídica en el procedimiento de regulación para fijar las tarifas topes (ajuste trimestral de tarifas) de los servicios de categoría I - Canasta D que presta Telefónica del Perú S.A.A., en mérito a una relación contractual subsistente con el Estado Peruano para el trimestre diciembre 2009 - febrero 2010; decisión que resultó ser contraria a la propuesta presentada por la Gerencia de Políticas Reguladoras de OSIPTEL mediante Informe N°468 y 467-2009-GRP/2009, la cual había presentado observaciones a la propuesta de Telefónica del Perú S.A.A.

Así, concretamente con fecha veintisiete de noviembre de dos mil nueve, el encausado **Marco Antonio Torrey Motta**, se dirigió mediante correo electrónico a la secretaria, señora Viveca Amorós Kohn, a las diecinueve horas cuarenta y cuatro minutos, desde la dirección electrónica marcotorrey17@hotmail.com, y le remitió un archivo de texto signado como VOTO.doc de formato Microsoft Word que contenía su voto y motivación y al ser examinado las propiedades de dicho archivo se observó que éste había sido editado (escrito, creado, modificado) en un programa de Microsoft Word, cuyo titular es el encausado **Haro Seijas,** por entonces vicepresidente de Estrategia y Regulación de la Empresa Telefónica del Perú S.A.A., e indicándose también al Grupo Telefónica como titular de la licencia de uso del citado software. Es decir, el encausado Torrey Motta presentó como suya una propuesta de Telefónica para aprobar beneficios tarifarios. Esto no pasaría por alto si no fuera porque a pesar del Informe emitido por personal de la Gerencia de Políticas Regulatorias de OSIPTEL, el Consejo Directivo de dicho organismo integrado por Guillermo Thornberry Villarán (presidente), **Marco Antonio Torrey Motta y Martha Carolina Linares Barrantes**, en sesión N°367/09, en mayoría (con el voto de los dos últimos nombrados) votó por aprobar la propuesta de Telefónica y con ello se expidió la Resolución de Consejo

Directivo N° 068-2009-CD/OSIPTEL. Ante esta situación, el cuatro de diciembre de dos mil nueve, en Sesión Extraordinaria del Consejo Directivo de OSIPTEL N° 369/09, se emitió la Resolución del Consejo Directivo N° 069-2009-CD/OSIPTEL que: 1) declaró nula la Resolución N° 068-2009-CD/OSIPTEL; y 2) aprobó el proyecto de resolución presentado por la Gerencia de Políticas Regulatorias que aprueba el ajuste trimestral de tarifas de los servicios de categoría I para las canastas C, D y E que presta Telefónica del Perú S.A.A. para el trimestre diciembre 2009 a febrero 2010.

SEGUNDO: AGRAVIO PLANTEADO POR LA DEFENSA TÉCNICA DE LOS ENCAUSADOS

2.1. La defensa técnica de Marco Antonio Torrey Motta fundamenta su recurso de nulidad -fojas seis mil ciento sesenta y tres-, alegando que: i) Su patrocinado no es funcionario público sino personal de confianza por lo que no estaba sujeto a mandato administrativo y, por ende, podía llamar por teléfono y pedir la documentación que desee, sin que ello implicara un concierto de intereses; ii) No hubo un debido procedimiento para la convocatoria de la asamblea virtual al no notificársele personalmente ni haberse respetado el plazo para su realización; iii) La obtención del voto electrónico se efectúo sin las seguridades del caso, al no pedirse permiso a la PCM, ni comprado un software de seguridad.

2.2. La defensa técnica del Tercero Civilmente Responsable, Telefónica del Perú S.A.A, fundamenta su recurso de nulidad -fojas seis mil ciento setenta y tres-, alegando que: i) La conducta realizada por los sentenciados no ha causado un perjuicio directo ni potencial al patrimonio del Estado, lo que constituye un elemento típico del delito de Colusión, pues el supuesto acuerdo colusorio invocado en la sentencia se dio dentro del marco de un procedimiento administrativo de ajuste de tarifas que busca

establecer tarifas para los usuarios de las líneas telefónicas, por lo que, serían éstos (consumidores) y no el Estado, los afectados por la supuesta colusión de los sentenciados; ii) Alude una atipicidad de la conducta realizada por los sentenciados, al sostener que los miembros del Consejo Directivo de OSIPTEL solo tienen facultad de decisión sobre los ajustes de tarifas que la empresa operadora cobra a los usuarios del servicio de telefonía pero que de modo alguno implica una negociación ni mucho menos involucra al patrimonio estatal; iii) El citado procedimiento de ajuste tarifario, en el cual ha ocurrido los hechos materia de imputación, no se da el contexto contractual requerido por el tipo penal, tampoco se ha logrado acreditar que en dicho procedimiento, los procesados Haro Seijas y Torrey Motta se hayan concertado ni que el envío directo de la documentación a los miembros del Consejo Directivo por parte del procesado Haro Seijas haya estado prohibido por norma expresa cuando sucedieron los hechos.

2.3. La defensa técnica del encausado José Juan Haro Seijas fundamenta su recurso de nulidad -fojas seis mil ciento noventa y uno-, alegando que: i) La sentencia recurrida no ha efectuado un correcto juicio de subsunción, pues la conducta de los encausados procesados Haro Seijas y Torrey Motta no se ha desplegado en un contexto negocial, sino en el ámbito de un proceso regulatorio en el que los funcionarios públicos no contaban con capacidad de disposición sobre el patrimonio del Estado; ii) El Colegiado efectuó una indebida valoración de las pruebas al basar la responsabilidad de su patrocinado en conjeturas y apreciaciones subjetivas sin que exista prueba directa de cargo de la supuesta concertación, derivando la idea de un concierto entre Torrey Motta y su patrocinado por la existencia de dos llamadas telefónicas y el documento electrónico que Torrey Motta elaboró para sustentar su voto,

sin tener en cuenta que el contacto telefónico era usual en la actividad supervisora de OSIPTEL, incluso el Colegiado llega al extremo de absolver a la procesada Linares Barrantes con los mismos hechos y razonamientos usados para condenar a los procesados Haro Seijas y Torrey Motta; iii) El *A quo* afirma que la conducta desplegada por los procesados Torrey Motta y su patrocinado era idónea para perjudicar los intereses patrimoniales del Estado, el cual no se llegó a producir debido a que la supuesta concertación fue descubierta y el acto ilegal anulado, lo cual resulta inexacto pues no se ha perjudicado ni ha podido perjudicarse el patrimonio del Estado.

TERCERO- SOBRE LA SECUENCIA DE LOS HECHOS PROBADOS Y DELIMITACIÓN DE LA PRETENSIÓN IMPUGNATIVA

3.1. Como consecuencia de los Contratos de Concesión suscritos entre el Estado Peruano representado por el Ministerio de Transportes, Comunicación, Vivienda y Construcción y la Empresa Telefónica del Perú S.A.A (ver fojas mil seiscientos ochenta y nueve), aprobados mediante Decreto Supremo N°1194-MTC modificado por Decreto Supremo N° 021-98/MTC, esta última se encuentra autorizada para prestar servicios públicos de telecomunicaciones (servicio de telefonía fija local, servicio de teléfono público, servicio portador local, arrendamiento de líneas y circuitos, servicio de telex y servicio telegráfico), estableciéndose que OSIPTEL, como organismo supervisor, sería el ente encargado de llevar a cabo el procedimiento de ajuste de tarifas que se produce de manera trimestral y cuya regulación se encuentra en el "Instructivo para el Ajuste de Tarifas de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Categoría I de Telefónica del Perú S.A.A." (Ver fojas cinco mil doscientos treinta).

3.2. Una de las obligaciones de Telefónica del Perú S.A.A. era presentar una propuesta de ajuste de tarifas trimestral, a fin de que sea evaluada y, de ser el caso, aprobada por el Consejo Directivo de OSIPTEL que para el año 2009 estaba presidido por Guillermo Thornberry Villarán e integrado por Martha Carolina Linares Barrantes y Marco Antonio Torrey Motta (véase resolución de fojas trescientos treinta y dos), quienes también podían desaprobarla al considerar que dicha propuesta no se ajustaba a la metodología contenida en el instructivo antes señalado.

3.3. Mediante Carta de fecha treinta de octubre de 2009 (ver fojas cinco mil cuatrocientos noventa y tres), Telefónica del Perú S.A.A. presentó a OSIPTEL su propuesta de ajuste trimestral de tarifas para los servicios de categoría I, correspondiente al período diciembre 2009 a febrero de 2010, entre las que se hallaba, la solicitud de ajuste de la Canasta de Servicios D. Como parte de dicho procedimiento, con fecha 18 de noviembre de 2009, personal de la mencionada empresa de telefonía hizo uso de la palabra e informó sobre su citada propuesta al Consejo Directivo (véase acta de fojas mil ochocientos setenta y ocho). En esta misma fecha, OSIPTEL solicitó a Telefónica del Perú, información adicional y la subsanación de las observaciones efectuadas por la Gerencia de Políticas Regulatorias de OSIPTEL, a fin de proceder con el ajuste tarifario correspondiente (ver fojas mil ochocientos setenta y cuatro); información que debía ser presentada como plazo máximo el 20 de noviembre de 2009[1], lo cual ocurrió según se advierte de la Carta de Telefónica (ver

[1] De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1.1.2 del "Instructivo para el Ajuste de Tarifas de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Categoría I de Telefónica del Perú S.A.A aprobado por Resolución N°048-2006.CD/OSIPTEL, la información debe ser presentada cuando menos con 07 días hábiles de antelación a la fecha efectiva propuesta para el ajuste de tarifas, el cual se inicia con la solicitud de Telefónica del Perú dentro de los 22 días anteriores a la fecha el ajuste tarifado (este se produce de manera trimestral entrando en vigencia el primer día calendario de los meses de marzo, junio,

fojas mil ochocientos setenta y nueve), en la que Telefónica del Perú, reafirma su propuesta, al considerar que ésta se ciñe a lo dispuesto en el instructivo.

3.4. Con fecha veinte de noviembre de 2009, el Presidente del Consejo Directivo Thornberry Villarán mediante Cartas (ver fojas cuatrocientos cincuenta y cuatro y mil doscientos treinta y cuatro), convocó a los Consejeros a la Sesión N° 367/09 no presencial, a llevarse a cabo el 27 de noviembre de 2009, la misma que tenía como único punto de agenda el Proyecto de Resolución sobre el Ajuste Trimestral de Tarifas Tope de los Servicios de la Categoría I correspondiente al trimestre diciembre 2009 - febrero 2010. Asimismo, a las referidas misivas se adjuntó, la carpeta de trabajo conteniendo el Informe N°250- GG/2009 de la Gerencia General, el cual elevó el Informe N°468-GPR/2009 de la Gerencia de Políticas Regulatorias y el Proyecto de Resolución que establece el ajuste de las tarifas tope de los servicios de Categoría I para el trimestre diciembre 2009-febrero 2010.

3.5. Con fecha veintiséis de noviembre de 2009, personal de la Gerencia de Políticas Regulatorias de OSIPTEL sustentó su propuesta ante los Consejeros Torrey Motta y Linares Barrantes, encontrándose presente también el Gerente General, Alejandro Jiménez Morales, considerando pertinente aprobar la propuesta de Telefónica del Perú solo para las canastas C y E, más no así para la canasta D, la que plasmó en el Informe sustentatorio del proyecto de Resolución N°467- GPR-2009 (ver fojas veintitrés).

---

setiembre y diciembre), de conformidad con numeral 1.1.1. del mencionado instructivo concordante con el artículo 9 del Contrato de Concesión, sección 9.03 (g).

3.6. El citado día, Telefónica del Perú S.A.A. presentó ante la mesa de partes de OSIPTEL la Carta DR.107-C-1479/GS-09 (ver fojas mil doscientos setenta y cuatro), en la que adjuntó documentación complementaria que, a su entender, sustentaba su propuesta inicialmente presentada y que sería materia de la Sesión del día siguiente, empero, mediante correo electrónico del mismo día (ver fojas cuatrocientos sesenta), el Gerente General de OSIPTEL, Alejandro Jiménez Morales informó a los miembros del Consejo Directivo que estaba a su disposición la documentación complementaria que había presentado Telefónica del Perú pero que no debía ser considerada en la evaluación de la propuesta, al haber sido presentada de manera extemporánea, lo que también hizo de conocimiento mediante llamada Telefónica a José Juan Haro Seijas, Vicepresidente de Estrategia y Regulación de la Empresa Telefónica del Perú S.A.A. conforme éste último, lo ha precisado en declaración en juicio oral (ver fojas cinco mil cuarenta y siete) y, ha sido reconocido también por el testigo Jiménez Morales en su manifestación en juicio oral (ver fojas cinco mil cuatrocientos cuarenta y ocho).

3.7. El mismo día, veintiséis de noviembre de 2009, el procesado Marco Torrey mediante llamada telefónica a su coprocesado José Juan Haro Seijas, le solicitó la documentación que su representada presentó aquel día en mesa de partes de OSIPTEL, así como, una ayuda memoria en la que estableciera su propuesta a fin de compararla con la de OSIPTEL y tener mayores elementos de juicio antes de emitir su voto, en la sesión no presencial convocada para el día siguiente, según lo refirió en la declaración de juicio oral (ver fojas cinco mil ochenta y cinco).

3.8. El veintisiete de noviembre de 2009, el encausado Haro Seijas remitió al domicilio de su coprocesado la información solicitada y la ayuda

memoria impresa y en diskette, en la que se resumía las razones por las que la propuesta estaba elaborada de conformidad con la metodología prevista en el Instructivo para el Ajuste de Tarifas; situación que no ha sido negada por los encausados Haro Seijas (ver declaración en juicio oral de fojas cinco mil veintisiete) y Torrey Motta (ver declaración en juicio oral de fojas cinco mil ochenta y cinco), refiriendo el procesado Haro Seijas que dicha documentación, en formato impreso, también la hizo llegar al domicilio laboral de la consejera Linares Barrantes, según ésta lo admitió en su declaración en juicio oral (ver fojas de cinco mil setenta y cuatro a cinco mil ochenta y uno), aclarando que no fue a solicitud de ella.

3.9. Iniciada la Sesión no presencial N°367/2009, los consejeros remitieron sus votos al correo electrónico de la secretaria del Consejo Directivo, Vivenca Amorós Kohn, vamoros@osiptel.gob.pe, siendo la dirección electrónica del procesado Torrey Motta, marcotorrey17@hotmail.com, desde la que envió un archivo de texto adjunto con el nombre de "VOTO.doc" que contenía su voto y la motivación de éste (ver fojas cuatrocientos cincuenta y cinco).

3.10. Según se aprecia del Acta de Sesión de Consejo Directivo N°367/09 (ver fojas cuatrocientos sesenta y uno), el encausado Torrey Motta y la absuelta Linares Barrantes votaron a favor de la propuesta de Telefónica del Perú (ajuste trimestral de tarifas de los servicios de categoría I para las canastas C,D y E), en tanto que, Thornberry Villarán, votó a favor de la resolución elaborada por la Gerencia de Políticas Regulatorias de OSIPTEL, por lo que con dos votos a favor y uno en contra, se aprobó la propuesta de Telefónica del Perú (ajuste trimestral de tarifas de los servicios de Categoría I para las canastas C, D y E), emitiéndose la

resolución de Consejo Directivo N°068-2009-CD/OSIPTEL, publicada en el Peruano el 01 de diciembre de 2009 (ver fojas ciento cuarenta y cuatro).

3.11. Con posterioridad, funcionarios de la Gerencia de Políticas Regulatorias, mediante carta del primero de diciembre de 2009 (ver fojas ocho), informaron al Presidente del Consejo Directivo, Thornberry Villarán, que al examinar las propiedades del archivo adjunto denominado "VOTO.doc" enviado por el consejero Torrey Motta conteniendo el sustento de su voto, se observó que había sido editado en un programa de Microsoft Word cuyo titular usuario era el procesado José Juan Haro Seijas (Vicepresidente de Estrategia y Regulación de la empresa Telefónica del Perú S.A.A) y como titular de la licencia de uso del citado software, era el Grupo Telefónica; situación ante la cual, Thornberry Villarán dispuso la verificación respectiva, la cual se realizó con fecha 02 de diciembre de 2009 (ver fojas trece), en presencia de Carlos Freddy Alvarado Vargas (Jefe de Informática y Sistemas de OSIPTEL), Alejandro Jiménez Morales (Gerente General) y el Notario Público Lucio Alfredo Zambrano Rodríguez contando con la autorización de la titular del correo electrónico, Viveca Amorós Khon, luego de lo cual, con toda la documentación se hizo de conocimiento de la Presidencia del Consejo de Ministros (ver fojas siete).

3.12. Es de señalarse que también se dispuso la verificación del correo electrónico por parte de la empresa I-SEC INFORMACIÓN SECURITY DEL PERÚ SAC, la que fue realizada en presencia del Notario Público Renzo Alberti Sierra, Freddy Alvarado y Winston Ugaz Cachay (administrador de Red y Comunicaciones de OSIPTEL), elaborándose el Informe de Certificación de Correo Electrónico del 04 de diciembre de 2009 (ver fojas ciento cincuenta y dos).

3.13. Finalmente, con fecha cuatro de diciembre de 2009, se llevó a cabo la Sesión Extraordinaria de Consejo (ver fojas cuatrocientos sesenta y nueve), en la que con la abstención del procesado Torrey Motta, se declaró la nulidad de oficio de la Resolución N° 068-2009-CD/OSIPTEL y se aprobó el proyecto de resolución presentado por la Gerencia General de OSIPTEL conforme a lo propuesto por la Gerencia de Políticas Regulatorias mediante los Informes N°468 y 467-2009-GRP/2009; asimismo, en la citada Sesión, la encausada Linares Barrantes comentó que el 27 de noviembre de 2009, recibió en sus oficinas de su centro laboral (Essalud) un sobre conteniendo información que le fue remitida por Telefónica del Perú, en relación al ajuste trimestral, haciendo lo suyo también el procesado Torrey Motta.

3.14. En este contexto, lo que está evidenciado es que el encausado Haro Seijas, el día veintisiete de noviembre de 2009, remitió al domicilio de su coprocesado Torrey Motta, la información solicitada por éste y la ayuda memoria impresa y en diskette, documentación que fue presentada por su representada el día anterior en mesa de partes de OSIPTEL y que sirvió como soporte para la emisión de su voto en la aprobación de la propuesta de reajuste trimestral tarifario a favor de Telefónica mediante Resolución N° 068-2009-CD/OSIPTEL. Ante este panorama el Ministerio Público imputa al encausado Torrey Motta el delito de colusión, pues se habría coludido con el encausado Haro Seijas con la finalidad de aprobar la propuesta de reajuste trimestral tarifario a favor de Telefónica y para lo cual habría concertado también con otro miembro de dicho Consejo, la encausada Linares Barrantes, obteniendo así la mayoría de los votos necesarios para la aceptación de la propuesta de Telefónica,

en contra de la planteada por la Gerencia de Políticas Regulatorias del OSIPTEL.

3.15. En esta línea, este Supremo Tribunal emitirá pronunciamiento en los estrictos ámbitos de la pretensión impugnatoria de la recurrida, porque los agravios de los impugnantes se encuentran dirigidos a cuestionar la falta de tipicidad por inexistencia de acuerdo colusorio y falta de peligro potencial para el bien jurídico protegido del delito de colusión imputado a los encausados Torrey Motta y Haro Seijas.

CUARTO: CONSIDERACIONES NORMATIVAS EN EL MARCO DEL DEBIDO PROCESO

4.1. El Ministerio Público postula que el ilícito penal imputado está tipificado en el artículo trescientos ochenta y cuatro, primer párrafo, del Código Penal, modificado por la Ley N° 29758, conforme lo ha sostenido también la Sala Superior en la sentencia recurrida, así la norma en comento hace una diferencia entre colusión simple y colusión agravada, la misma que describe:

"Artículo 384. Colusión simple y agravada

El funcionario *o servidor público que,* ***interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes****, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado* ***concerta con los interesados para defraudar al Estado*** *o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.*

El funcionario *o servidor público que,* ***interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones*** *de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado* ***mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado*** *o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.*

4.2. Se debe precisar que en ambos supuestos **el núcleo del comportamiento típico** es defraudar al Estado mediante la concertación con los interesados en los procesos de contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios para el Estado. En ese sentido, el marco para el acuerdo defraudatorio -colusión- es el ámbito de la contratación pública. Así también lo ha precisado el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 18 de la sentencia de 3 de mayo de 2012, recaída en el Exp. N° 0017-2011-PI/TC, en la cual señala que: "*(...) El delito de colusión se desenvuelve en el ámbito de la contratación pública (...)*"; del mismo modo precisa el Profesor ROJAS VARGAS, para quien los elementos normativos que componen el tipo de colusión "*hallan su definición en las normas sobre contrataciones y adquisiciones*"[2]; asimismo, ABANTO VÁSQUEZ, afirma que "*(...) en la "colusión" (art. 384 CP) la conducta colusoria (...) no va referida a todo el patrimonio de la administración pública sino solamente a aquél que está en juego en el proceso de* ***contratación pública***[3]**".** Es lo que se denomina el contexto contractual.

4.3. De otro lado, la diferencia entre colusión simple y colusión agravada, estriba según Salinas Siccha, en que: "*si la concertación es descubierta antes que se defraude patrimonialmente al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será simple; en cambio, si la concertación es descubierta, luego que se causó perjuicio patrimonial efectivo al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será agravada*"[4]. Esto es, que la **colusión**

---

[2] Vid. ROJAS VARGAS, F., *Delitos contra la administración pública*, 4° ed., Lima, Grijley, 2007, p. 417,

[3] Vid. ABANTO VÁSQUEZ, M., *Los Delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*. 2da. Ed. Lima: Palestra Ed., 2003, p.310 y ss.

[4] Vid. SALINAS SICCHA, R., *Delitos cometidos por funcionarios públicos*. Lima, Grijley, 2011, p 251.

simple se consuma con **la sola concertación**, sin necesidad que la administración pública sufra perjuicio patrimonial ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario; **pues el peligro de afectación al patrimonio estatal es potencial,** siendo suficiente que la conducta colusoria tenga como finalidad defraudar al patrimonio del Estado. Mientras que para que configurarse la ***colusión agravada***, es necesario que mediante concertación con los interesados, se defreaude patrimonialmente al Estado, esto es, causando perjuicio real o efectivo al patrimonio estatal.

4.4. Bajo esta perspectiva, según el art. 384 Código Penal **el delito de colusión simple** exige la concurrencia de dos elementos típicos: *a) La concertación ilegal entre el funcionario público y el particular interesado, y b) el* ***peligro potencial para el patrimonio estatal****, generado por tal concertación ilegal.* En ese sentido, la modalidad simple del delito de colusión, constituye un delito de peligro potencial, pues exige una aptitud lesiva de la conducta, según se deduce de la expresión típica **"para defraudar".** Por eso es necesario que el juez compruebe en el caso concreto ese elemento de peligrosidad típica o de idoneidad de la conducta para producir un determinado efecto. **En los delitos de peligro potencial, la imposibilidad de afectar el bien jurídico excluye, por tanto, la tipicidad de la conducta.**

4.5. Así, en la medida en que el art. 384 Código Penal hace expresa referencia a una conducta orientada **a *defraudar***, este precepto protege entonces el patrimonio del Estado. Así también se advierte en la Ejecutoria Suprema de 03 de agosto de 2005, recaída en el Exp. 25-2003-AV, cuando señala en su fundamento jurídico 38 que: "*(...) es de precisar el obvio carácter patrimonial del artificio delictivo que exige el tipo de*

colusión, pues éste se plasma en ámbitos de neto carácter económico en la gestión pública. ***La conducta defraudatoria está dirigida al gasto público en los marcos de una contratación o negociación estatal****; incide en la economía pública en tanto debe implicar una erogación presupuestal".*

4.6. De lo anterior se deduce que el delito de Colusión simple del art. 384 Código Penal exige una situación de peligro potencial para el patrimonio estatal que debe constatarse en el caso concreto según un juicio *ex ante*.

QUINTO.- SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ENCAUSADOS TORREY MOTTA Y HARO SEIJAS.

5.1.- Si bien el Ministerio Público imputó al encausado Haro Seijas el delito de colusión, pues se habría coludido con el encausado Torrey Motta con la finalidad de aprobar la propuesta de reajuste trimestral tarifario a favor de Telefónica, obteniendo así la mayoría de los votos necesarios para la aceptación de la propuesta de su representada, en contra de la planteada por la Gerencia de Políticas Regulatorias del OSIPTEL. Sin embargo, es de analizar en el caso *sub examine* si el contacto (comunicación previa y entrega de documentos) entre los encausados Haro Seijas y Torrey Motta, se dio en el contexto de un proceso de contratación y adquisición pública, y si existió peligro potencial para el patrimonio estatal, presupuestos que se exigen para la configuración del delito de colusión.

5.2.- Analizados los autos, se observa que el caso *sub examine* se trata de un procedimiento de ajuste tarifario trimestral, que implica un procedimiento regulatorio de supervisión, control y verificación de solicitudes trimestrales de ajuste de tarifas que solicita Telefónica del Perú

a OSIPTEL, en mérito a la novena cláusula del contrato de Concesión entre el Estado y Telefónica del Perú (ver fojas mil seiscientos noventa y nueve), empero, tal procedimiento en modo alguno puede ser considerado como un proceso de contratación y adquisición pública, toda vez que en las contrataciones y adquisiciones públicas concurren dos partes: el Estado, que demanda el bien o servicio, y el proveedor, que proporciona uno u otro. El Estado es el titular del presupuesto con el que se pagará al proveedor, por eso si existiese defraudación será el patrimonio público el afectado. En los procesos de regulación de tarifas, sin embargo, no concurren posibles proveedores interesados en brindar al Estado un bien o servicio, sino que se está ante un procedimiento regulatorio de ajustes de tarifas, por eso tampoco es posible en tales procesos afectar el patrimonio estatal.

5.3.- Asimismo, debe precisarse que si bien el procedimiento de ajuste tarifario, deviene del mencionado Contrato de Concesión celebrado entre Estado representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y Telefónica, empero, dicho procedimiento no se da en el **contexto contractual requerido por el tipo penal de colusión**, pues éste debe desarrollarse en un marco de negociación en el que se produzca el acuerdo de voluntades entre el funcionario público y el particular dirigido a afectar el patrimonio del Estado. Situación que no se da en el presente caso, pues el único que puede negociar algún aspecto del contrato de concesión cuando surjan algunas discrepancias en el cumplimiento del mencionado contrato, es el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, que en el Contrato de Concesión, actúa en representación del Estado, más no así OSIPTEL, que es un ente regulador sin facultad para negociar, reajustar o modificar los términos pactados en el contrato de concesión, lo cual incluso ha sido señalado por el Asesor de la Alta Dirección de

OSIPTEL, Ignacio Guillermo Basombrio Zender -ver declaración en juicio oral de fojas cinco mil trescientos ochenta y dos-, en la cual señaló *que OSIPTEL no representa al Estado en la negociación de los contratos, esto es, las empresas de telecomunicaciones, sean estas telefónicas, cable o internet tienen una concesión del Estado; esta concesión la otorga de manera exclusiva y excluyente el Ministerio de Transportes y Comunicaciones que pasa a ser el ente concedente. OSIPTEL es sólo un organismo que aplica las normas regulatorias en el marco de las políticas de telecomunicaciones; no negocia, ni renegocia ninguno de los aspectos que fueron materia del contrato de concesión entre el Estado y telefónica*; así también ha señalado la Asesora de la Gerencia General de OSIPTEL, Rosa Verónica Zambrano Copello -ver declaración en juicio oral de fojas cinco mil trescientos ochenta y siete-, quien refirió *que OSIPTEL no negocia ninguno de los aspectos que fueron materia del contrato de concesión entre el Estado y telefónica;* por lo que, tal procedimiento tampoco puede ser considerado que forme parte del Contrato de Concesión como se ha estimado en la sentencia recurrida.

5.4.- Por lo que, al establecerse que en el presente caso no concurre el contexto contractual en el que debe darse el acuerdo colusorio, esto es, el ámbito de las contrataciones y adquisiciones públicas, lo que configura uno de los elementos objetivos del tipo; se concluye que las comunicaciones previas que sostuvieron los encausados Torrey Motta (miembro del Consejo Directivo de OSIPTEL) y Haro Seijas (Vicepresidente de Estrategia y Regulación de Telefónica) no implica una lesión de su deber de garante que merezca la intervención del derecho penal, en la medida que su conducta se halla en el contexto de un proceso de regulación tarifaria, donde no hay negociación alguna de afectación patrimonial estatal.

5.5.- De otro lado, el delito de Colusión simple del art. 384 Código Penal exige una situación de peligro potencial para el patrimonio estatal que debe constatarse en el caso concreto según un juicio *ex ante*. Así también lo señala GARCÍA CAVERO cuando explica que el castigo del delito de Colusión: "*(...) requiere siempre como condición mínima que el acuerdo colusorio sea objetivamente idóneo desde una perspectiva ex ante para perjudicar económicamente al Estado*[5]. En ese sentido la conducta [supuesto acuerdo] de los encausados Torrey Motta y Haro Seijas, al no darse en el marco de un proceso de contratación o adquisición pública, no es idónea para poner en peligro el patrimonio estatal.

5.6.- Por lo que, no se advierte que la conducta de los encausados Torrey Motta y Haro Seijas, cumpla con los elementos configurativos del tipo penal de Colusión previsto en el artículo 384 del Código Penal modificado por la Ley N° 29758. Por tanto, procede decretarse la absolución a favor de los citados procesados de conformidad con el artículo 301 del Código de Procedimientos Penales

DECISIÓN:

Por estos fundamentos: declararon **I. HABER NULIDAD** en el extremo de la sentencia del quince de diciembre de dos mil catorce –fojas seis mil uno - que condenó a Marco Antonio Torrey Motta, como autor y José Juan Haro Seijas, como cómplice primario del delito contra la Administración Pública- Colusión en agravio del Estado, a cuatro años de pena privativa

[5] Vid. GARCÍA CAVERO, *el delito de colusión*, libro conjunto con Castillo Alva, Lima, Grijley, 2008, p 23 y ss.

de libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de tres años; y **II. REFORMÁNDOLA** lo **absolvieron** de la acusación fiscal por el referido delito a los citados encausados; **DISPUSIERON** la anulación de sus antecedentes penales y judiciales generados a consecuencia del presente proceso; **III. NO HABER NULIDAD** en lo demás que contiene, y los devolvieron.-

S.S.

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

LOLI BONILLA

JPP/egtch

SE PUBLICO CONFORME A LEY

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

1 9 NOV 2015