

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 2806-2023/MOQUEGUA
PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

Título: Colusión desleal agravada. Tutela jurisdiccional. Elementos típicos

Sumilla 1. La sentencia de vista declaró la culpabilidad por delito de colusión desleal a título de autor del jefe de la Oficina de Logística del Gobierno Regional de Moquegua, Ángel Agustín Flores Hala, así como la del recurrente WILFREDO FLAVIO PÉREZ GUZMÁN a título de cómplice primario. En esta perspectiva se definió, primero, la realidad de los indicios que determinaron una concertación indebida y una afectación patrimonial, como consecuencia del acto defraudatorio respectivo al Gobierno Regional de Moquegua; y, segundo, la intervención delictiva tanto del jefe de la Oficina de Logística como del postor, encausado WILFREDO FLAVIO PÉREZ GUZMÁN. **2.** No existe indefensión material del imputado recurrente WILFREDO FLAVIO PÉREZ GUZMÁN – dado que la acusación comprometió a todos y el órgano jurisdiccional relató y argumentó respecto a las tratativas con el autor Ángel Agustín Flores Hala, más allá de que falta dilucidar la situación jurídica de dos funcionarios regionales–, así como tampoco un vicio de ilogicidad de la sentencia de vista por no mediar un pronunciamiento de fondo, y condenatorio, respecto de dos de los funcionarios absueltos. **3.** La sentencia de vista recurrida hizo mención a las vicisitudes del proceso de Adjudicación Simplificada 42-2016-DEC/GR.MOQ., de la declaración de buena pro al encausado recurrente WILFREDO FLAVIO PÉREZ GUZMÁN, del contrato de adquisición de frazadas y sus cláusulas relevantes, y de cómo se ejecutó el mismo en perjuicio del Gobierno Regional de Moquegua. Las irregularidades –que se erigen en una pluralidad de indicios graves debidamente acreditados, concordantes y convergentes entre sí (hecho indicio)–, permiten inferir razonablemente, mediante obvias máximas de la experiencia, referidas al curso regular de acontecimientos similares (presunción), el hecho consecuencia de la concertación ilícita y de la consiguiente defraudación patrimonial, sin que exista prueba en contrario (ex artículo 158, apartado 3, del CPP)–. **4.** El encausado Ángel Agustín Flores Hala se concertó con el encausado recurrente WILFREDO FLAVIO PÉREZ GUZMÁN, en varios momentos del proceso de contratación pública; y, el contrato tenía un contenido patrimonial innegable y, en efecto, se perjudicó el patrimonio estatal al efectuar un pago por un producto de diferentes calidades técnicas y por una menor cantidad de la debida, sin imponer las penalidades que correspondían. Se produjo, entonces, una efectiva defraudación al Estado, que es el otro elemento típico del delito de colusión desleal agravada.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, nueve de enero de dos mil veinticinco

VISTOS; en audiencia pública: el recurso de casación, por las causales de **inobservancia de precepto constitucional e infracción de precepto material**, interpuesto por la defensa del encausado WILFREDO FLAVIO PÉREZ GUZMÁN contra la sentencia de vista de fojas mil ciento doce, de dieciocho de julio de dos mil veintitrés, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas quinientos cincuenta y cuatro, de nueve de marzo de dos mil veintitrés, lo condenó como cómplice primario del delito de colusión agravada en agravio del Estado – Gobierno Regional de Moquegua a siete años y seis meses de pena privativa de libertad, siete años y seis meses de inhabilitación y cuatrocientos veinticinco punto ochenta y tres días multa, así como al pago solidario de cuatrocientos sesenta y cinco

mil trescientos nueve 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 los hechos declarados probados en las sentencias de instancia son los siguientes:

∞ **1. Primer hecho (Etapas de selección)**

* El Gobierno Regional de Moquegua, entre los meses de noviembre y diciembre de dos mil dieciséis, llevó a cabo el proceso de Selección de Adjudicación Simplificada 042-2016-OEC/GR.MOQ-1 para la adquisición de diez mil frazadas, por la suma de trescientos noventa y nueve mil soles, compra destinada a la Actividad Administración y Almacenamiento de KIST para la asistencia frente a emergencias y desastres, cuyo objetivo era la protección ante heladas y bajas temperaturas y perseguía contribuir a la asistencia social ante la ocurrencia de fenómenos naturales.

* Este hecho dio lugar a cuatro actos de concertación.

A. Acto de concertación Uno. Se varió en cinco oportunidades el cronograma aprobado en las bases y en las bases integradas, pues difieren de los irregulares cronogramas publicados en el SEACE –respecto al registro de participantes, a la presentación de ofertas y al otorgamiento de buena pro–. En el Proceso de Selección de Adjudicación Simplificada AS-SM 42-2016-DEC/GR.MOQ-1, Ángel Agustín Flores Hala, jefe de la Oficina de Logística, como único miembro del Órgano Encargado de las Contrataciones de Estado, mediante formato denominado Informe 1138-2016-GRM/ORA-OLSG, de veinte de octubre de dos mil dieciséis, solicitó a Administración la aprobación del expediente de contratación; y mediante formato denominado Memorandum 891-2016-GRM/ORA Alexander Bellano Javera, jefe de la Oficina Regional de Administración, de veinte de octubre de dos mil dieciséis, aprobó el expediente de contratación y dispuso la elaboración de las bases, en mérito a las atribuciones señaladas en el artículo 26 y siguientes de la Ley de Contrataciones del Estado 30225. Por lo que, Flores Hala mediante formato denominado Informe 1247- 2016-GRM/ORA-OLSG, de diez de noviembre de dos mil dieciséis, solicitó a Administración la aprobación de las bases y señaló en observaciones que las bases estaban visadas en todas sus hojas por todos los miembros del Comité de Selección que adoptaron en acuerdo.

El cronograma contenido en las bases aprobadas debería coincidir de forma idéntica con el primer cronograma publicado en el SEACE, en cuanto a fecha de registro de participantes, (del once al veintidós de

noviembre de dos mil dieciséis), presentación de ofertas (veintiuno de noviembre de dos mil dieciséis); y, el otorgamiento de la buena pro (veintidós de noviembre de dos mil dieciséis). Sin embargo, en el SEACE se publicó un primer cronograma totalmente distinto al aprobado en las bases, ampliándose todos los plazos, incluido el de registro de participantes (del quince al veintitrés de noviembre de dos mil dieciséis), es decir, se trató de un segundo cronograma. El encausado Ángel Agustín Flores Hala dispuso verbal y directamente al servidor Hugo César López Jorge, que variara las fechas del cronograma del Proceso de Selección 042-2016, a fin de lograr de forma concertada con el encausado recurrente WILFREDO FLAVIO PÉREZ GUZMÁN su inscripción, participación y su declaración de ganador de la buena pro, la que se evidenció mediante la reiterada variación de las fechas publicadas en el SEACE las cuales no coinciden con el cronograma de las bases aprobadas.

Por lo que el OSCE mediante Informe 153-2018/SCGU suscrito por Arauzo Agüero, Subdirector de Catalogación y Gestión de Usuarios del SEACE comunica que entre noviembre de dos mil dieciséis y enero de dos mil diecisiete quien se encontraba como usuario activo era Flores Hala, Mirtha Milagros Paredes Fernández, por tanto, siendo el acusado el único responsable del órgano encargado de las contrataciones y de que existiera coincidencia en la publicación del cronograma en el SEACE; sin embargo, no observó dicha variación, continuó con el procedimiento con los nuevos plazos irregularmente publicados en el SEACE.

B. Acto de concertación Dos. Está referido al registro y presentación de propuestas del postor WILFREDO FLAVIO PÉREZ GUZMÁN y al otorgamiento irregular, fuera del plazo establecido en las bases, de la buena pro por el encausado Ángel Agustín Flores Hala.

Según el reporte del SEACE/OSCE se registraron doce proveedores en el periodo comprendido del quince de noviembre de dos mil dieciséis. El encausado recurrente WILFREDO FLAVIO PÉREZ GUZMÁN, proveedor ganador de la buena pro, fue el único postor, quien se registró el veintiocho de noviembre de dos mil dieciséis, es decir, fuera del plazo establecido en las bases, que estipulaban como plazo para el registro de participantes del once al veintidós de noviembre de dos mil dieciséis y las bases integradas señalaban que el registro debía ser del quince al veintitrés de noviembre de dos mil dieciséis, por lo que no se debió admitir su inscripción. Lo expuesto revela otro acto de favorecimiento y concertación entre el investigado Ángel Agustín Flores Hala con el postor, encausado recurrente WILFREDO FLAVIO PÉREZ GUZMÁN, para que pueda ser considerado dentro de la AS 042-2016-OEC/GR.MOO-1, con trasgresión del artículo 34, del Reglamento. Presentó la oferta el dos de diciembre de dos mil dieciséis, a las diez horas, cuando el plazo para hacerlo venció el veintiuno de noviembre de dos mil dieciséis o el veintitrés de noviembre de

dos mil dieciséis (según integración de bases). Con las variaciones se permitió la inscripción y presentación de la oferta fuera del plazo por parte del postor WILFREDO FLAVIO PÉREZ GUZMÁN y lo califico sin observación alguna, además le otorgo la buena pro con fecha seis de diciembre de dos mil dieciséis.

C. Acto de concertación Tres. Se refiere a la sobrevaloración en las propuestas presentadas por el postor, encausado recurrente WILFREDO FLAVIO PÉREZ GUZMÁN, y la empresa LACOMPE Sociedad Anónima Cerrada, que ofrecieron productos de la marca BUSATEX, con distintos precios y con idénticos errores visibles en el formato de impresión.

D. Acto de concertación Cuatro. Las muestras presentadas por el postor, encausado recurrente WILFREDO FLAVIO PÉREZ GUZMÁN y la empresa LACOMPE Sociedad Anónima Cerrada, del encausado recurrente WILFREDO FLAVIO PÉREZ GUZMÁN y la empresa LACOMPE Sociedad Anónima Cerrada, ambas de marca BUSATEX, así como la existencia de una tercera muestra en físico que no obra en el acta de apertura, evaluación, calificación y otorgamiento de la buena pro.

En las bases integradas se regulaba, en el IV Capítulo, que los factores de evaluación eran por cien puntos, lo cual incluía hasta ochenta puntos por el precio ofertado por el postor, el mismo que se acreditaría mediante el documento que contenía el precio de la oferta. Es del caso que el encausado WILFREDO FLAVIO PÉREZ GUZMÁN ofreció diez mil frazadas de una plaza y media marca BUSATEX a razón de treinta y nueve soles con noventa céntimos cada una y en total por el precio de oferta de trescientos noventa y nueve mil soles, por lo que fue calificado con el puntaje de setenta y nueve con ochenta puntos. El postor empresa LACOMPE Sociedad Anónima Cerrada ofreció diez mil frazadas marca BUSATEX a razón de treinta y nueve soles con ochenta céntimos cada una y el total por el precio de oferta de trescientos noventa y ocho mil soles fue calificado con ochenta puntos.

Hasta veinte puntos por el plazo de entrega, veinte puntos si el plazo era de once a quince días, y de diez puntos si el plazo ofertado era de dieciséis a diecinueve días.

Empero, pese a que ambos postores –esposos WILFREDO FLAVIO PÉREZ GUZMÁN y Nelly Calatayud Chalco y empresa LACOMPE Sociedad Anónima Cerrada presentaron ofertas con visibles irregularidades, como son ofrecer la misma marca de frazada (BUSATEX), el mismo formato, la misma fecha de oferta, y además con el mismo error de impresión en cuanto al producto ofertado, diferenciándose únicamente en diez céntimos respecto del precio ofertado. El encausado Ángel Agustín Flores Hala tampoco observó que de las dos muestras de frazadas presentadas a título de propuestas que consideró como válidas, correspondientes a los esposos postores, ninguna de ellas cumplía el requerimiento solicitado en las bases

respecto del logotipo completo tejido en color dorado “Distribución Gratuita para uso exclusivo del logotipo completo tejido en color dorado de dimensiones cuarenta por treinta y dos centímetros, con la inscripción tejida e color blanco con indicación completa de “Distribución Gratuita para uso exclusivo de damnificados y los afectados”, sino que ambas únicamente indicaban “Distribución Gratuita”, por lo que las dos propuestas debieron ser descalificadas o tenerse por no presentadas y, siendo así, correspondía declarar desierto el concurso.

Las observaciones no fueron realizadas por el acusado Flores Hala quien debía velar por obtener la mejor propuesta económica y mayor calidad del bien para el Gobierno Regional de Moquegua, puesto que ya había concertado subrepticamente con el acusado Pérez Guzmán en el precio elevado y características de las frazadas adquiridas, pues el mismo día de la presentación extemporánea de propuestas, ambos acusados tuvieron comunicaciones telefónicas los días dos y tres de diciembre de dos mil dieciséis, esto es, cuatro días antes del otorgamiento de la buena pro. Además, se tiene que el investigado Pérez Guzmán, en la confianza de resultar ganador de la buena pro, solicitó a la empresa BUSATEX la producción de diez mil frazadas para el Gobierno Regional de Moquegua, ocho días antes de registrarse como postor y dieciséis días antes de ser ganador de la buena pro. Motivo por el cual el investigado Pérez Guzmán realizó dos pagos adelantados a BUSATEX antes de siquiera registrarse como postor (veintiocho de noviembre de dos mil dieciséis) y del otorgamiento de la buena pro (seis de diciembre de dos mil dieciséis).

∞ **2. Segundo hecho (Etapa de ejecución contractual).** Se suscitaron los siguientes actos de concertación.

E. Acto de concertación Cinco. Duplicidad de contratos en el Expediente de contratación con diferente plazo de entrega.

Se suscribieron dos Contratos: **1.** Contrato 050-2016-ORA/GR.MOO de la Adjudicación Simplificada 42-2012-OEC/GR.MOQ con dos plazos distintos de ejecución, uno por quince días y otro por veinte días calendario, que obra físicamente en el expediente de contratación y difiere de las bases y bases integradas en cuanto al plazo de la prestación, porque el contrato impreso que obraba físicamente en el expediente de contratación establecía veinte días calendario, sin embargo el plazo establecido en las bases e integración de bases es de quince días calendario, lo que determinó que se le considere con veinte puntos en la evaluación de las propuestas. **2.** Contrato denominado “Contrato 050-2016-ORA/GR.MOQ, Adjudicación Simplificada 042-2016-OEC/GR”, colgado en el portal del SEACE, que señalaba que el plazo de ejecución es de quince días calendario.

Por lo que, existen dos contratos que se encuentran con vistos buenos de Administración, Logística y firmas del proveedor, diferencia de plazos que

trasgrede lo regulado en el artículo 251 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

F. Acto de concertación Seis. Incumplimiento del plazo.

El Contrato 50-2016-ORA/GR.MOO, colgado en el SEACE, señalaba en la cláusula quinta que el bien adquirido (diez mil frazadas) debía ser entregado “en el término de quince días calendario, contabilizados desde el día siguiente de suscrito el contrato”. Entonces al haber sido firmado este el veintiocho de diciembre de dos mil dieciséis, el bien adquirido en su totalidad debió ser entregado el doce de enero de dos mil diecisiete. Lo significa que hasta el doce de enero de dos mil diecisiete el postor WILFREDO FLAVIO PÉREZ GUZMÁN debió entregar la totalidad de las diez mil frazadas de plaza y media, para poder realizarse recién el trámite de conformidad por el área usuaria y posterior pago. Sin embargo, el treinta de enero de dos mil diecisiete, se realizaron constataciones fiscales por el Representante del Ministerio Público en las instalaciones del Gobierno Regional de Moquegua, tanto en el Almacén Central y Almacén del COER, donde se evidenció que en el Almacén Central del Gobierno Regional de Moquegua, ubicado en la carretera Moquegua-Toquepala, distrito de Moquegua, donde sólo existía de forma física la cantidad de ciento sesenta fardos conteniendo veinticinco frazadas cada fardo de frazadas de color rojo, verde y azul con blanco, lo que hacía un subtotal de cuatro mil frazadas, conforme se detalló en el Acta de Constatación Fiscal; y en las instalaciones del Almacén se constató la existencia de ciento sesenta fardos conteniendo veinticinco frazadas cada fardo de frazadas de color rojo, verde y azul con blanco, haciendo un subtotal de cuatro mil frazadas, conforme se detallo en el Acta de Constatación Fiscal; y en las instalaciones del Almacén del COER se constató la existencia de ciento sesenta fardos conteniendo veinticinco frazadas cada fardo de frazadas de color rojo con blanco, verde con blanco, azul con rojo, azul con celeste, haciendo un total de cuatro mil frazadas, conforme al Acta Fiscal, se constató la existencia física de ocho mil frazadas, con un faltante de dos mil de las diez mil frazadas adquiridas al treinta de enero de dos mil diecisiete. Sin embargo, y siendo que la Orden de Servicio 757, de veintinueve de diciembre de dos mil dieciséis fue suscrita por los acusados Flores Hala y Hurtado Eyzaguirre, dichos acusados tenían pleno conocimiento de las diez mil frazadas adquiridas con fecha veintiocho de diciembre de dos mil dieciséis debían ser entregadas en el plazo de quince días, y que se adquirieron con afectación al clasificador de gastos: Bienes de Asistencia Social., por lo tanto era imposible físicamente que al día siguiente, esto es, con fecha treinta de diciembre de dos mil dieciséis ya se contara con la entrega física de las diez mil frazadas; empero simularon el ingreso de la totalidad de las frazadas al almacén del Gobierno Regional de Moquegua.

Por lo que se imputa a los acusados Ángel Agustín Flores Hala (jefe de logística), Antonio Rubén Bustamante Bedoya (jefe del área de Defensa

Civil), Romel Pastor Hurtado Eyzaguirre (jefe de Almacén General del Gobierno Regional), Víctor Raúl Minaya Málaga (encargado del almacén central del GRM) haber concertado entre sí con la finalidad de defraudar patrimonialmente al GRM, pues privaron al mencionado gobierno de recibir un producto de mayor calidad e incluso de menor costo. Por su parte el extraneus Pérez Guzmán, también de forma concertada con los acusados referidos simuló la entrega de las diez mil frazadas con la expedición de la Guía de remisión 001-000125317 de veintinueve de diciembre de dos mil dieciséis y la Factura 001-000728618 de veintinueve de diciembre de dos mil dieciséis, simulando que cumplió con la entrega de la totalidad del bien adquirido.

G. Acto de concertación Siete. Incumplimiento del lugar de entrega.

Asimismo, se indicó en la Clausula Quinta del Contrato 50-2016-ORA/GR.MOQ, que el lugar de entrega de la prestación debió ser en el Almacén Central del GRM, en el término de veinte días calendario, contabilizados desde el día siguiente de suscrito el contrato. Sin embargo, de las Constataciones Fiscales realizadas el treinta de enero de dos mil diecisiete se evidenció que no obraba la entrega total de las diez mil frazadas en el Almacén Central del Gobierno Regional; sino solo existían cuatro mil frazadas de forma física, la cantidad en ciento sesenta fardos conteniendo veinticinco frazadas cada fardo, conforme se detalló en el Acta de Constatación Fiscal, y en las instalaciones del Almacén del COER se constató la existencia de ciento sesenta fardos más, conteniendo veinticinco frazadas, constatándose entonces la existencia física del total de ocho mil frazadas, evidenciándose la falta de dos mil frazadas adquiridas, en el almacén central del GRM. Empero, se dio visto bueno por la recepción de la totalidad de las diez mil frazadas al treinta de diciembre de dos mil dieciséis, mediante PECOSA, Guía de Remisión 001-0001253 e Informe 442-2016-ORDNCSS-GGR/GRM, sin examinar que físicamente al treinta de diciembre de dos mil dieciséis no se había realizado entrega física de frazada alguna y al trece de enero de dos mil diecisiete faltaban recibir dos mil frazadas.

El acusado Ángel Agustín Flores Hala vulneró lo establecido en el Manual de Organización y Funciones y el Reglamento de Organización y Funciones del Gobierno Regional de Moquegua, artículo 59, numerales 5, 7 y 8. Los encausados Romel Pastor Hurtado Eyzaguirre, jefe del Almacén Central, y Víctor Raúl Minaya Málaga, encargado del Almacén Central, infringieron lo regulado en el Manual de Procedimientos–MAPRO numeral 2) aprobado mediante Resolución Ejecutiva Regional 471-2006-GR/MOQ.

Se evidencia de forma objetiva que la documentación obrante en el expediente de contratación de la AS 42-2016-OEC/GR.MOQ se elaboró de forma concertada con contenido falso ya que se hizo constar que las diez mil frazadas fueron entregadas en el almacén central del GRM dentro del plazo establecido en el contrato en mención, cuando ello no era así, lo cual se

realizo de forma concertada entre Flores Hala y el encausado Pérez Guzmán como proveedor, Hurtado Eyzaguirre, jefe de almacén central, Minaya Málaga como encargado del almacén central y Bustamante Bedoya como jefe de la Oficina Regional de Defensa Nacional, Civil y Seguridad Ciudadana.

H. Acto de concertación Ocho. Incumplimiento de las características mínimas del bien adquirido.

De las Bases de la Adjudicación Simplificada 042-2016-OEC/GR-MOQ-1 se tiene que ésta fue convocada por el Gobierno Regional de Moquegua sobre la base del requerimiento de diez mil frazadas de plaza y media con la “Finalidad Pública de Proteger la Integridad Física de la Población entre la ocurrencia de desastres naturales o inducidos por el hombre en la Región Moquegua”, motivo por el cual era requisito indispensable que dichas frazadas cumplan con determinadas características técnicas, como son frazadas de polliester con algodón, de plaza y media, orillado o remallado en los cuatro lados, ligadura doble cara, color rojo y azul, entre otras características.

No obstante, desde un inicio el acusado recurrente WILFREDO FLAVIO PÉREZ GUZMÁN (proveedor) de forma concertada con su coacusado Flores Hala, con el fin de defraudar patrimonialmente al Estado, clandestinamente acordaron la adquisición de frazadas de menor calidad a mayor precio, pues si bien se tiene que existe un correo electrónico de quince de septiembre de dos mil dieciséis, por el que personal de la Oficina de Logística solicitó al proveedor, acusado recurrente WILFREDO FLAVIO PÉREZ GUZMÁN, entre otros, la remisión de la cotización de las frazadas con las características requeridas en las bases del proceso de Adjudicación Simplificada 042-2016-OEC/GR-MOQ-1, detalladas líneas arriba, tal como consta del correo electrónico emitido por el servidor Hugo López: “De Gobierno Regional Moquegua “contratoscepagrm@hotmail.com enviado jueves 15 de septiembre de 2016 11:00 am. Para: WG822@hotmail.com”, se evidenció que el encausado WILFREDO FLAVIO PÉREZ GUZMÁN remitió su cotización a través de correo electrónico al día siguiente, esto es el dieciséis de septiembre de dos mil dieciséis, comunicando que la frazada requerida por el Gobierno Regional de Moquegua con las características solicitadas ascendía a cuarenta y seis soles cada una, precio elevado de cuarenta y seis soles cada frazada que se tuvo en consideración para al momento de fijar el valor estimado o el valor referencial del bien requerido para las bases. Sin embargo, al momento de presentar su propuesta varia su precio a treinta y nueve soles cada una.

I. Acto de concertación Nueve. Conformidad y pago irregular.

El contrato 050-2016-ORA/GR establecía en su clausula segunda que el objeto del contrato era la contratación para la adquisición de frazadas de una plaza y media (marca BUSATEX) para la actividad Administración y Almacenamiento de Kits para la asistencia frente a Emergencias y Desastres

conforme a los términos de referencia y RTM contenidas en las bases integradas que forman parte integrante del presente contrato. La cláusula cuatro se refería a un pago único. La cláusula quinta, especificaba el lugar de entrega de la prestación, en el término de quince días calendario. La cláusula sexta indica que la conformidad la emitirá el Coordinador del COEC con el visto bueno del jefe de la Oficina Regional de Defensa Civil y Seguridad Ciudadana, mediante informe correspondiente en el plazo de diez días de materializada la entrega total de la prestación.

Se expidió irregularmente de forma concertada la pecosina sin número con fecha treinta de diciembre de dos mil dieciséis cuando a dicha fecha no había ingresado físicamente ninguna frazada a las instalaciones del Gobierno Regional de Moquegua. Se simuló el ingreso mediante la expedición de la pecosina. Asimismo, se expidió irregularmente de forma concertada el Informe 442-2016, suscrito por Antonio Bustamante Bedoya, jefe de la Oficina Regional de Defensa Nacional Civil y Seguridad Ciudadana, quien otorgó conformidad a la adquisición de las diez mil frazadas con fecha treinta de diciembre de dos mil dieciséis, para lo cual adjuntó la orden de compra setecientos cincuenta y siete y la pecosina sin número.

La documentación fue tramitada con inusual celeridad, pues fue presentada en la Oficina de Administración el treinta de diciembre de dos mil dieciséis, luego pasó a la Oficina de Logística que proveyó que “Pase al Almacén para su trámite”. Dicha conformidad sirvió de sustento para la expedición de tres comprobantes de pago: 10489 por trescientos diez mil soles; 10491 por once mil novecientos setenta soles; y, 10490 por setenta y siete mil soles con treinta céntimos. Los pagos se realizaron mediante tres transferencias bancarias. Todo ello sin considerar que el Contrato 50-2016-ORA/GR. MOQ contemplaba en la cláusula sexta del contrato señala que la conformidad debía emitirse “mediante Informe en el plazo de diez días calendario de materializada la entrega total de la prestación”.

La recepción y conformidad es responsabilidad del Área Usuaria. En el caso de bienes, la recepción es responsabilidad del Área de almacén y la conformidad es responsabilidad de quien se indique en los documentos. Este procedimiento no será aplicable cuando los bienes manifiestamente no cumplen con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso la entidad no efectuará recepción o no otorga la conformidad, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades respectivas.

J. Acto de concertación Diez. Falta de aplicación de penalidad en su oportunidad.

Habiéndose evidenciado el incumplimiento del contrato por parte del encausado recurrente WILFREDO FLAVIO PÉREZ GUZMÁN, respecto a la falta de entrega de las diez mil frazadas al doce de enero de dos mil diecisiete, conforme establecía el Contrato 50-2016-ORA/GR.MOQ colgado en el

SEACE, es que debió aplicarse las penalidades establecidas en la decimotercera cláusula que señalaba lo siguiente: “Si el contratista incurre en retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la entidad le aplicará a la contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento del monto total del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse en concordancia con el artículo 133 del Decreto Supremo 350-2015E.F. En todos los casos la penalidad se aplicará automáticamente”.

Por lo que, a partir del trece de enero de dos mil diecisiete, ante el incumplimiento de la entrega total de las diez mil frazadas, así como ante el manifiesto incumplimiento de las características ofrecidas, debió aplicarse automáticamente como penalidad el diez por ciento del total del pago; sin embargo, a la fecha de intervención del Ministerio Público al Gobierno Regional de Moquegua con fecha treinta de enero de dos mil diecisiete, no se había aplicado las penalidades, las cuales recién se aplicaron por parte de la Administración del Gobierno Regional de Moquegua con fecha dos de marzo de dos mil diecisiete, esto es, después de la intervención al GRM por el Ministerio Público, en mérito a la denuncia de parte de los Consejeros Regionales y en mérito al pedido de información respecto a las medidas adoptadas en relación al incumplimiento del contratista.

SEGUNDO. Que, el procedimiento se ha desarrollado como a continuación se detalla:

∞ **1.** El señor fiscal provincial del Segundo despacho de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en delitos de corrupción de Moquegua acusó a Ángel Agustín Flores Hala (jefe de logística), Antonio Rubén Bustamante Bedoya (jefe del Área de Defensa Civil), Romel Pastor Hurtado Eyzaguirre (jefe de Almacén General del Gobierno Regional de Moquegua) como autores y a WILFREDO FLAVIO PÉREZ GUZMÁN (proveedor-*extraneus*) como cómplice del delito de colusión agravada (artículo 384, segundo párrafo, del Código Penal –en adelante, CPP–) en agravio del Gobierno Regional de Moquegua. Subsidiariamente acusó por delito de colusión simple (artículo 384, primer párrafo, del CP). Solicitó para los autores diez años de pena privativa de libertad y para los cómplices nueve años de la misma pena, así como también la pena de inhabilitación por un tiempo igual a la pena privativa de libertad y cuatrocientos días multa.

* La Procuraduría se constituyó en actor civil y solicitó setecientos treinta y cinco mil trescientos nueve soles por concepto de reparación civil.

* El fiscal subsanó observaciones y requirió para el recurrente diez años de pena privativa de libertad (hecho dos).

∞ **2.** Llevada a cabo el control de acusación, dictado el auto de enjuiciamiento de fojas doscientos sesenta y cuatro, de veinte de mayo de dos mil veintidós, y

emitido el auto de citación a juicio de fojas quinientos cuarenta y ocho, de doce de agosto de dos mil veintidós, el Tercer Juzgado Penal Unipersonal de Moquegua, previo juicio oral, público y contradictorio, expidió la sentencia de primera instancia condenatoria de fojas quinientos cincuenta y cuatro, de nueve de marzo de dos mil veintitrés. Sus consideraciones son:

* **A.** Respecto de los actos que denotan la existencia de concertación entre el acusado Ángel Agustín Flores Hala, jefe de la Oficina de Logística, y el proveedor encausado recurrente WILFREDO FLAVIO PÉREZ GUZMÁN, en el proceso de Adquisición Simplificada 42-2016-OEC/GR.MOQ se iniciaron con el Informe 115-2016-ORDNCSC-CGR/GR MOQ.

* **B.** Se efectuó el requerimiento de adquisición de bienes frazadas de una plaza y media “Adquisición y Almacenamiento de kits para la Asistencia Frente a Emergencias y Desastres”. Se acompañó al informe antes indicado la descripción de los requerimientos mínimos que deberían observar las frazadas.

* **C.** El fiscal postuló dos hechos, el primer hecho: Etapa de selección y el segundo hecho: etapa de ejecución contractual.

* **D.** En la etapa de selección el encausado Ángel Flores Hala, jefe de la Oficina de Logística, favoreció al postor, encausado WILFREDO FLAVIO PÉREZ GUZMÁN al otorgársele la buena pro. Para ello existió un acto colusorio clandestino, que se evidenció en una serie de irregularidades dentro del proceso de selección de Adjudicación Simplificada 042-2016-DEC/GR.MOO-1.

* **E.** En la etapa de ejecución contractual el encausado Ángel Flores Hala intervino de manera directa por razón de su cargo (jefe de la Oficina de Logística), así como el proveedor, encausado WILFREDO FLAVIO PÉREZ GUZMÁN, quienes defraudaron patrimonialmente al Gobierno Regional de Moquegua con un monto de cuatrocientos treinta y cinco mil trescientos seis soles, para lo cual existió un acto colusorio entre ambos que se evidencia en una serie de irregularidades producidas en el proceso de adjudicación.

* **F.** En cuanto a la pena, el delito de colusión agravada tiene una pena no menor de seis ni mayor de quince años de privación de libertad, el imputado recurrente no registra antecedentes penales, no constan circunstancias de atenuación, tampoco circunstancias de reducción de la punibilidad, por lo que la pena debe estar situada en el extremo medio del tercio intermedio entre nueve y doce años de pena. Se le debe imponer diez años de pena privativa de libertad.

∞ **3.** La defensa del encausado WILFREDO FLAVIO PÉREZ GUZMÁN interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia mediante escrito de fojas ochocientos setenta y seis, de treinta de marzo de dos mil veintitrés. Instó la revocatoria de la sentencia condenatoria y que se le absuelva, así como se declare infundada la petición de pago por concepto de reparación civil. Alternativamente planteó la nulidad de la sentencia y el juicio. Alegó

que existen errores de hecho y de derecho y vicios insubsanables de motivación. Hizo alusión al fáctico de la acusación de dos hechos en contra de los acusados, y de los diez actos de concertación desde la etapa de selección a la etapa de ejecución contractual.

∞ **4.** Concedido el recurso de apelación por auto de fojas novecientos once, de treinta y uno de marzo de dos mil veintitrés, elevada la causa al Tribunal Superior, declarado bien concedido y cumplido el procedimiento impugnatorio en segunda instancia, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Moquegua emitió la sentencia de vista de fojas mil ciento doce, de dieciocho de julio de dos mil veintitrés, que confirmó en un extremo y revocó en otro la sentencia de primera instancia. Estimó lo siguiente:

* **A.** Se hicieron varias modificaciones al cronograma del proceso de selección, el cual contaba con la certificación de crédito presupuestario, de dieciocho de octubre de dos mil dieciséis, por Oswaldo Mamani Flores, jefe de la Oficina de Presupuesto.

* **B.** Respecto al procedimiento de adjudicación Simplificada 42-2016-DEC/GR.MOQ, referido a la compra de diez mil frazadas, éste se encuentra sustentado en la pericia contable del perito Carlos Gilberto Zanabria García.

* **C.** Los cuestionamientos de los apelantes al citado perito, en cuanto a que el cronograma del proceso de selección no podía variarse, dado que no es perito especialista en contrataciones del Estado. La ley vigente y su aplicación no es objeto de prueba ni sometido a peritaje, el juez conoce el derecho y es quien como concedor del derecho determina su vigencia y aplicación.

* **D.** El *extraneus*, encausado recurrente WILFREDO FLAVIO PÉREZ GUZMÁN, mucho antes que se inscriba como postulante al proceso de selección –se inscribió el veintiocho de noviembre de dos mil dieciséis–, ya había realizado pagos al banco a cuenta de adelanto por la confección de diez mil frazadas.

∞ **5.** Contra la sentencia de vista la defensa del encausado WILFREDO FLAVIO PÉREZ GUZMÁN interpuso recurso de casación.

TERCERO. Que el encausado WILFREDO FLAVIO PÉREZ GUZMÁN en su escrito de recurso de casación de fojas mil trescientos sesenta, de tres de agosto de dos mil veintitrés, invocó los motivos de casación de inobservancia de precepto constitucional, infracción de precepto material y apartamiento de doctrina jurisprudencial (artículo 429, incisos 1, 3 y 5, del Código Procesal Penal –en adelante, CPP–). Desde el acceso excepcional, propuso se precise que al mediar la intervención de varios funcionarios en el proceso de contratación pública la concertación debe concretarse con cada funcionario competente; y, que debe anularse la sentencia porque la lectura íntegra de la misma fue irregular y no se entregó copia de la misma.

CUARTO. Que este Tribunal Supremo por Ejecutoria de fojas mil trescientos ochenta y ocho del cuaderno de casación, de treinta y uno de mayo de dos mil veinticuatro, concedió el recurso de casación por las causales de **inobservancia de precepto constitucional e infracción del precepto material** (artículo 429, incisos 1 y 3 del CPP).

∞ Corresponde determinar el ámbito de la concertación en el delito de colusión desleal en función a la intervención en el proceso de contratación pública, específicamente en sus etapas de selección y ejecución en las que intervienen competencialmente varios funcionarios públicos, lo que importa definir el alcance y exigencias de los actos de concertación.

QUINTO. Que, instruido el expediente en Secretaría y señalada fecha para la audiencia de casación el día once de diciembre de dos mil veinticuatro, ésta se realizó con la concurrencia de la defensa del encausado WILFREDO FLAVIO PÉREZ GUZMÁN, doctor Ángel Romero Díaz, cuyo desarrollo consta en el acta correspondiente.

SEXTO. Que, 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. Se reprogramó para la audiencia de lectura de la sentencia el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Objeto del recurso. Que el análisis de la censura casacional, desde las causales de **inobservancia de precepto constitucional e infracción del precepto material**, estriba en determinar si correspondía establecer, con carácter previo a la condena del *extraneus*, la responsabilidad penal de los funcionarios públicos (*intraneus*) que intervinieron por razón de su cargo en el proceso de Adjudicación Simplificada 42-2016-DEC/GR.MOQ., y cómo ha de entenderse la configuración del tipo delictivo de colusión desleal cuando se trata de varios funcionarios públicos intervinientes en sus diversas etapas, en tanto en cuanto, en todo caso, la responsabilidad del *extraneus* sería a título de complicidad, lo que podría importar –señala el recurrente– definir el alcance y exigencias de los actos de concertación.

SEGUNDO. Marco conceptual. Que solo corresponde al recurso de casación, por su carácter extraordinario, fiscalizar si la sentencia de vista incurrió en una infracción normativa relevante, de carácter constitucional u ordinario, sustancial o procesal, que vicia la decisión. Al Tribunal Supremo no le

compete realizar una apreciación autónoma del material probatorio disponible. Según los cargos materia del recurso de casación, aceptados en la Ejecutoria de Calificación, es de rigor dilucidar, primero, si se está ante una sentencia motivada y fundada en Derecho (derecho integrante de la garantía de tutela jurisdiccional), en orden a que hasta el momento no existe una condena contra todos los funcionarios públicos acusados como autores del delito de colusión desleal y solo se ha condenado al recurrente como cómplice primario; y, segundo, si dados los hechos declarados probados se cumplen las exigencias del delito acusado de colusión desleal respecto del recurrente WILFREDO FLAVIO PÉREZ GUZMÁN.

TERCERO. *Ámbito del proceso.* Que los hechos procesales relevantes consisten en que:

∞ **1.** La Fiscalía comprendió en la causa y acusó como autores del delito de colusión desleal agravada a cuatro funcionarios públicos del Gobierno Regional de Moquegua (Ángel Agustín Flores Hala, jefe de la Oficina de Logística; Antonio Rubén Bustamante Bedoya, jefe del Área de Defensa Civil; Romel Pastor Hurtado Eyzaguirre, jefe del Almacén General; y, Víctor Raúl Minaya Málaga, encargado del Almacén Central), así como al encausado recurrente WILFREDO FLAVIO PÉREZ GUZMÁN, bajo el título de intervención delictiva de cómplice primario de ese delito.

∞ **2.** La sentencia de primera instancia condenó como autor a Ángel Agustín Flores Hala y como cómplice primario al encausado recurrente WILFREDO FLAVIO PÉREZ GUZMÁN, pero absolvió de la acusación fiscal a los demás encausados funcionarios públicos regionales (Antonio Rubén Bustamante Bedoya, Romel Pastor Hurtado Eyzaguirre y Víctor Raúl Minaya Málaga).

∞ **3.** El Tribunal Superior en la sentencia de vista confirmó la sentencia de primer grado en cuanto condenó a Ángel Agustín Flores Hala y WILFREDO FLAVIO PÉREZ GUZMÁN y absolvió a Antonio Rubén Bustamante Bedoya, pero anuló la absolución dictada a favor de los acusados Romel Pastor Hurtado Eyzaguirre y Víctor Raúl Minaya Málaga y ordenó la realización de nuevo juicio oral respecto de ambos absueltos.

CUARTO. *Primer punto impugnativo.* Que la sentencia de vista declaró la culpabilidad por el delito de colusión desleal agravada a título de autor del jefe de la Oficina de Logística del Gobierno Regional de Moquegua, Ángel Agustín Flores Hala, así como la del recurrente WILFREDO FLAVIO PÉREZ GUZMÁN a título de cómplice primario (*extraneus*). En esta perspectiva se definió, primero, la realidad de los indicios que determinaron una concertación indebida y una afectación patrimonial, como consecuencia del acto defraudatorio en perjuicio del Gobierno Regional de Moquegua; y, segundo, la intervención delictiva tanto del jefe de la Oficina de Logística como del

postor, encausado recurrente WILFREDO FLAVIO PÉREZ GUZMÁN. Todo ello a partir de prueba personal, documental y pericial.

∞ No consta, por consiguiente, una vulneración de la legalidad al valorar los hechos, y declararlos probados, respecto del comportamiento de Ángel Agustín Flores Hala y de WILFREDO FLAVIO PÉREZ GUZMÁN, así como al ratificar la absolución del funcionario público acusado Antonio Rubén Bustamante Bedoya y anular la absolución respecto de otros dos funcionarios regionales (Romel Pastor Hurtado Eyzaguirre y Víctor Raúl Minaya Málaga). Cada funcionario o servidor público, en un delito de infracción de deber, tiene su propio rol y en virtud a él es que puede ser declarado responsable de la comisión de un delito funcional. Igualmente, el tipo de intervención de complicidad primaria, imputable al *extraneus*, se define a partir de la conducta que desarrolló en relación a la del funcionario público con el que se relacionó. La sentencia de vista, así como la de primer grado, dieron cuenta del concierto producido entre ambos condenados y del perjuicio al Gobierno Regional de Moquegua.

∞ El hecho de que, en primera instancia, se absolvió a otros tres funcionarios públicos y, finalmente, en segunda instancia, se ratificó la absolución a uno de ellos, pero se anuló la absolución de los dos restantes, no es relevante. Se analizó cumplidamente los hechos en su integridad y, hasta el momento, se declararon probados, comprendiéndose a un autor y al cómplice primario. Según la sentencia de vista medió concertación efectiva entre el autor Ángel Agustín Flores Hala y el cómplice primario WILFREDO FLAVIO PÉREZ GUZMÁN.

∞ No existe, pues, indefensión material al entorno jurídico del imputado recurrente WILFREDO FLAVIO PÉREZ GUZMÁN. La acusación comprendió a todos los imputados y el órgano jurisdiccional relató y argumentó respecto a las tratativas con el autor Ángel Agustín Flores Hala, más allá de que falta dilucidar la situación jurídica de dos funcionarios regionales—, así como tampoco se presenta un vicio de ilogicidad de la sentencia de vista por no mediar un pronunciamiento de fondo, y condenatorio, respecto de dos los funcionarios absueltos, dado que no solo se analizó el conjunto de la intervención de los tres funcionarios regionales sino que, hasta el momento, se estimó la existencia de una concertación ilícita con perjuicio económico de la entidad regional y la responsabilidad penal de un funcionario y del cómplice.

∞ Por tanto, no se incurrió en vulneración de la garantía de tutela jurisdiccional. La causal de casación planteada debe desestimarse.

QUINTO. Segundo punto impugnativo. Que es sabido que la contratación pública es una actuación compleja que se desarrolla en varias etapas sucesivas e importa la intervención de una serie de funcionarios públicos, en función a su rol institucional, y de una o más personas naturales y jurídicas

como postores, contratantes y ejecutores del contrato público celebrado al haber ganado la buena pro. En todas estas etapas y momentos pueden producirse actos de concertación ilícita entre funcionarios y terceros (*intraneus* y *extraneus*) y de defraudación al patrimonio estatal, del organismo público concernido. El delito de colusión desleal, desde esta perspectiva, tutela un deber específico del funcionario público referido a la gestión en la contratación pública y que los vincula con los deberes estatales de preservar los intereses patrimoniales del Estado [VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, RONALD: *Delitos contra la Administración Pública*, Editores del Centro, Lima, 2021, p. 302].

∞ La sentencia de vista recurrida, como ya se señaló, hizo mención a las vicisitudes del proceso de Adjudicación Simplificada 42-2016-DEC/GR.MOQ., a la declaración de buena pro al encausado recurrente WILFREDO FLAVIO PÉREZ GUZMÁN, al contrato de adquisición de frazadas y sus cláusulas relevantes, y de cómo se ejecutó el mismo en perjuicio del Gobierno Regional de Moquegua. Así se consignó en el fundamento de hecho primero de la presente sentencia. Las irregularidades –que se erigen en una pluralidad de indicios graves debidamente acreditados, concordantes y convergentes entre sí (hecho indicio)–, permiten inferir razonablemente, mediante obvias máximas de la experiencia, referidas al curso regular de acontecimientos similares (presunción), el hecho consecuencia de la concertación ilícita y de la consiguiente defraudación patrimonial, sin que exista prueba en contrario (ex artículo 158, apartado 3, del CPP)–.

∞ En el proceso de contratación intervino, con toda seguridad, el encausado Ángel Agustín Flores Hala y, según parcialmente la acusación y la sentencia de vista, probablemente otros dos funcionarios públicos más –lo que se dilucidará en juicio aparte–. **1.** Se llevó a cabo una concertación con el encausado recurrente WILFREDO FLAVIO PÉREZ GUZMÁN, en varios momentos del proceso de contratación pública. Así, principalmente, *(i)* se varió cinco veces el calendario para el proceso de selección y no se fue riguroso con la comunicación al SEACE, se introdujo a la empresa LACOMPE Sociedad Anónima claramente vinculada al postor WILFREDO FLAVIO PÉREZ GUZMÁN; *(ii)* se aceptaron modelos del producto materia de concurso que no eran los requeridos, se permitió que no se entregue en la fecha límite el total de frazadas exigidas –sabía que no se podía cumplir en el plazo fijado en las bases y en el contrato, límite por el cual varios postores no se presentaron–; *(iii)* se recibieron frazadas no idóneas y de menor calidad o características técnicas, y en una cantidad reducida; *(iv)* se efectuó el pago por el total, en un plazo inusualmente célere, pese a que no cumplió con las especificaciones del contrato; *(v)* no se impusieron penalidades por demora en la entrega de las frazadas; y, *(vi)* se probó que el encausado recurrente WILFREDO FLAVIO PÉREZ GUZMÁN desde que se inscribió como postulante al proceso de

selección ya había realizado pagos al banco a cuenta de adelanto por confección de diez mil frazadas. **2.** Por otro lado, en el presente caso, no solo el contrato tenía un contenido patrimonial innegable, sino que en efecto se perjudicó el patrimonio estatal al efectuar un pago por un producto de diferentes calidades técnicas y por una menor cantidad de la debida, sin imponer las penalidades que correspondían. Se produjo, entonces, una efectiva defraudación al Estado, que es el otro elemento típico del delito de colusión desleal agravada.

∞ Siendo así, se cumplió con el principio de legalidad penal y el principio de tipicidad concreta, del delito de colusión desleal agravada. Luego, el motivo casacional en cuestión no puede prosperar.

SEXO. De las costas. Que, en cuanto a las costas, son de aplicación los artículos 497, apartados 1 y 3, y 504, apartado 2, del CPP. Debe abonarlas el encausado recurrente.

DECISIÓN

Por estas razones: **I. Declararon INFUNDADO** el recurso de casación, por las causales de **inobservancia de precepto constitucional e infracción de precepto material**, interpuesto por la defensa del encausado WILFREDO FLAVIO PÉREZ GUZMÁN contra la sentencia de vista de fojas mil ciento doce, de dieciocho de julio de dos mil veintitrés, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas quinientos cincuenta y cuatro, de nueve de marzo de dos mil veintitrés, lo condenó como cómplice primario del delito de colusión agravada en agravio del Estado – Gobierno Regional de Moquegua a siete años y seis meses de pena privativa de libertad, siete años y seis meses de inhabilitación y cuatrocientos veinticinco punto ochenta y tres días multa, así como al pago solidario de cuatrocientos sesenta y cinco mil trescientos nueve soles por concepto de reparación civil; con todo lo demás que al respecto contiene. En consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista. **II. CONDENARON** al encausado recurrente al pago de las costas del recurso, cuya ejecución corresponderá al Juzgado de la Investigación Preparatoria competente, previa liquidación de las mismas por la Secretaría de esta Sala Suprema. **III. ORDENARON** se transcriba esta sentencia al Tribunal Superior de origen –al que se enviarán las actuaciones– para la continuación de la ejecución procesal de la sentencia condenatoria por ante el Juzgado de la Investigación Preparatoria competente; con transcripción. **IV. DISPUSIERON** se lea esta sentencia en audiencia pública, se notifique inmediatamente y se publique en la página web del Poder Judicial. **INTERVINO** el señor Peña Farfán por vacaciones del



señor Sequeiros Vargas. **HÁGASE** saber a las partes personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

LUJÁN TÚPEZ

ALTABÁS KAJATT

CARBAJAL CHÁVEZ

PEÑA FARFÁN

CSMC/RBG