

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 169-2023/LORETO
PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

Título Delito de colusión. Naturaleza de la contratación. Excepción de improcedencia de acción

Sumilla 1. El artículo 384 CP sanciona al funcionario o servidor público que interviene directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes [...] mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley [...]. Es un delito de participación necesaria, por definición plurisubjetivo. Protege tanto el lícito desempeño en la función pública como el patrimonio público frente a los riesgos que el incumplimiento de los deberes del cargo puede generar al Estado. 2. El marco dentro del cual se comete la conducta defraudatoria, a través de la concertación con los interesados, es la celebración de un contrato y, también, su ejecución. Empero, como el ámbito típico se centra en “procesos de competencia reglados”, se tiene que, en los supuestos de clara excepción a la aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado, específicamente de empresas del Estado (v.gr.: artículo 22 de la Ley 27073), como el tipo delictivo solo abarca operaciones administrativas –contrataciones públicas *strictu sensu*–, es de entender que en los supuestos excepcionales –de una contratación que se rige bajo el derecho privado– no es posible extender la criminalización del funcionario o servidor público, sin perjuicio de los controles propios en sede de un proceso de rendición de cuentas ante la Contraloría General de la República. 3. El irregular desempeño funcional del agente público en el manejo del patrimonio público –su competencia específica– solo está referido a aquellas actividades o ámbitos en que el Estado actúa como sujeto público y en que al agente oficial competente interviene en los marcos de una contratación pública. Ésta debe entenderse como toda aquella celebrada por las entidades públicas, para cuyo alcance, modalidades, procedimiento, requisitos, etcétera, habrá de estar a lo dispuesto en la Ley de Contrataciones del Estado.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, dieciocho de agosto de dos mil veinticinco

VISTOS; en audiencia pública: el recurso de casación, por la causal de **infracción de precepto material**, interpuesto por la defensa de la encausada SAIDA GONZALES MACEDO contra el auto de vista de fojas noventa y ocho de treinta y uno de enero de dos mil veintidós, que confirma el auto de primera instancia de fojas setenta y dos de uno de junio de dos mil veintiuno, declaró infundada la excepción de improcedencia de acción que dedujo respecto del delito de colusión agravada en agravio del Estado; con todo lo demás que al respecto contiene y es materia del recurso. En el proceso penal incoado en su contra por delitos de colusión agravada y falsedad documental en agravio del Estado. Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que los hechos objeto de imputación, según lo especificado por la Fiscalía, consisten en que la encausada SAIDA GONZALES MACEDO se concertó con funcionarios de SIMA IQUITOS para ser favorecida a través de

la empresa que representaba, Medical & Equipos, en el proceso de “Adjudicación Directa para Terceros ADT-ML-0001-2015-SIMAI”, respecto de la adjudicación de equipos médicos para las Plataformas PIAS Morona, Putumayo I y Putumayo II. Asimismo, se le atribuyó que insertó datos falsos en la documentación presentada al concurso y que falsificó documentos para formalizar el contrato.

SEGUNDO. Que el procedimiento se desarrolló como a continuación se detalla:

∞ **1.** Por disposición seis, de ocho de agosto de dos mil diecinueve, se formalizó y continuó la investigación preparatoria contra LUIS ALBERTO DIAZ RAMÍREZ y otros como autores y contra SAIDA GONZALES MACEDO y otros como cómplice del delito de colusión agravada, previsto en el artículo 384 del Código Penal –en adelante, CP–, en agravio del Estado; y contra SAIDA GONZALES MACEDO por delito falsificación de documentos en agravio del Estado.

∞ **2.** Mediante disposición diez, de diez de diciembre de dos mil diecinueve, se aclaró y/o corrigió la calificación jurídica [vid.: considerando primero de la disposición seis, de ocho de agosto de dos mil diecinueve].

∞ **3.** La defensa de la encausada SAIDA GONZALES MACEDO por escrito de fojas tres, de catorce de noviembre de dos mil diecinueve, dedujo **excepción de improcedencia de acción**, al amparo del artículo 6, apartado 1, literal ‘b’, del Código Procesal Penal –en adelante, CPP–. Alegó que el proceso de “Adjudicación Directa para Terceros ADT-ML 001-2015-SIMAI” convocado y ejecutado por SIMA IQUITOS, empresa filial de SIMA-PERU Sociedad Anónima, se dispuso amparado en la Directiva de Gestión de Logística para Operaciones con terceros DES-26-061, de veintisiete de marzo de dos mil trece, cuya copia de texto se presentó de conformidad con lo estipulado en el artículo 22 de la Ley 27073; que ello no podía hacerse de otro modo, pues se trataba de una contratación privada realizada para terceros, en este caso el cliente que contrató a SIMA IQUITOS para la construcción naval de las Plataformas Itinerantes de Apoyo Social (PIAS) “Rio Morona, Putumayo I y Putumayo II”, y la contratación derivada para sus equipamientos médicos varios, que recayó en su representada, la empresa Medical & Equipos Sociedad de Responsabilidad Limitada; que no era una contratación de adquisición de bienes (equipos médicos) para la operación y desarrollo de los astilleros, varaderos, instalaciones fabriles talleres y servicios que requería propiamente SIMA-PERU Sociedad Anónima para la realización de su finalidad y objeto social; que obviamente era para un tercero; que el contrato para la adquisición de Equipamiento Médico varios –materia de cuestionamiento– se celebró y suscribió bajo ese ámbito normativo; que el hecho de que estableció que las operaciones comerciales que realiza el Estado, a las que se refiere el artículo 384 del CP, que prevé y sanciona el delito de colusión agravada, debe ser una de las previstas en la Ley

30225, Ley de Contrataciones del Estado, modificado por Decreto Legislativo 1444, sin embargo, reconoce la exclusión de otras operaciones que realiza el Estado; que esta normativa no es de aplicación para las contrataciones que se sujetan a regímenes especiales, conforme lo dispone el artículo 4, letra j), como es el caso del artículo 22 de la Ley 27073.

∞ **4.** Llevada a cabo la audiencia de excepción de improcedencia de acción, el Segundo Juzgado de la Investigación Preparatoria de Iquitos expidió el auto de primera instancia de fojas setenta y dos, de uno de junio de dos mil veintiuno, que desestimó dicha excepción. Consideró:

* **A.** La defensa indicó que se está ante una excepción absoluta, pues el contrato se realizó bajo las directivas de una empresa y, por ende, se trata de un contrato realizado entre privados. Empero, no se estableció de forma específica en el mismo contrato ni en sus bases (convocatoria) bajo qué modalidad se efectuó el requerimiento de los bienes por parte del SIMAI, y si se está frente a un contrato privado.

* **B.** Los hechos imputados se encuentran en construcción por parte del Ministerio Público –la causa está en etapa de investigación preparatoria–, por lo que resulta necesario determinar la naturaleza del acto delictivo, no solo establecer lo que la ley manda; que es necesario recabar suficientes elementos de convicción que acrediten la tesis del fiscal o la tesis de la defensa, los mismos que serán valorados en su oportunidad en la etapa respectiva, sometidos al contradictorio.

* **C.** No se puede vía excepción archivar los de la materia, sin pronunciamiento de fondo. En todo caso no es la vía para alegar la no responsabilidad o conducta no ilícita, como aduce la investigada recurrente, tanto más cuando el sustento solo se encuentra basado en la tesis de la defensa, respecto a la Ley de creación de SIMA PERÚ Sociedad Anónima.

∞ **5.** La defensa de la encausada SAIDA GONZALES MACEDO interpuso recurso de apelación por escrito de fojas ochenta y cuatro, de catorce de julio de dos mil veintiuno. Instó se revoque el auto desestimatorio de primera instancia y se declare fundada la excepción de improcedencia de acción que dedujo. Expuso que el *a quo* no cumplió con el mandato superior, ello porque en una primera oportunidad la Sala Superior declaró nulo el auto de primera instancia y estableció los puntos que deberían ser materia de pronunciamiento; que, sin embargo, lejos de cumplir con el mandato insistió en el mismo vicio, porque para el *a quo* los hechos aún están en proceso de investigación y considera prematura la interposición del medio de defensa, esto mismo es lo que expresó en la resolución anulada, aunque con distintos términos; que el artículo 384 CP exige que el pacto colusorio debe darse dentro de un proceso de contratación pública; que la Ley de creación del SIMA contempla dos tipos de contrataciones: (i) una contratación pública que realiza el SIMA de modo directo y sujeto a Ley de Contrataciones del Estado (artículo 21 de la Ley); y, (ii) una contratación privada que está referida a la contratación con terceros (artículo 22 de la Ley); que en el

presente caso se trata de un contrato para terceros, derivado de una adjudicación directa para terceros, porque el SIMA no vende ni provee equipos médicos, tal como asimismo lo expresó la OSCE, porque no estaba sujeto a un proceso de contratación pública y no puede ser de otro modo; que el artículo 384 del CP exige que se trate de una contratación pública.

∞ **6.** Concedido el recurso de apelación por auto de fojas noventa y seis, de veintidós de julio de dos mil veintiuno, declarado bien concedido por el Tribunal Superior y cumplido el procedimiento de apelación, la Sala Penal de Apelaciones de Loreto dictó el auto de vista de fojas noventa y ocho, de treinta y uno de enero de dos mil veintidós, que confirmó el auto de primera instancia y declaró infundada la excepción de improcedencia de acción. Sus argumentos son:

* **A.** Si la finalidad y el objeto social de SIMA PERÚ están vinculados a la construcción, reparación y mantenimiento de buques, actividades de metal mecánica, ciertamente la “adquisición de equipos médicos” no estaría vinculado ni con la finalidad menos con su objeto social.

* **B.** Sin embargo, será insuficiente para concluir que entonces se trató de un servicio para terceros, porque a partir de su propia Ley el servicio que podría contratar con un tercero tuviera que estar vinculado con su propio objeto social. Entonces surge la interrogante ¿cómo así o de qué modo se vincula la adquisición de equipos médicos con el objeto y finalidad de SIMAI?

* **C.** El análisis para determinar si se trató de una adquisición para tercero no se agota en la sola enunciación del objeto del contrato que celebró la encausada recurrente con SIMA PERÚ “adquisición de equipos médicos” y la finalidad u objeto social de SIMA. Debe estarse al tipo de vínculo contractual, encargo o transferencia bajo el cual actúa SIMA con relación a las PIAS, si participa como ente privado y, si es así, con quién contrató (tercero) o si actúa como el propio Estado, cuando se conoce que las Plataformas Itinerantes de Acción Social PIAS son proyectos de inversión pública.

* **D.** La definición del escenario anterior habilitará determinar el tipo de proceso que correspondía seguir para la adquisición de los bienes en cuestión. En consecuencia, el razonamiento del *a quo* de manera escueta expone como argumento de que no aparece información para definir e identificar al tercero y el tipo de vínculo contractual que celebró con el SIMAI para determinar si en efecto se trata de un tercero para quien adquirió el equipo médico, y como tal, si el proceso de adquisición debía llevarse de acuerdo a su directiva interna, es legalmente correcto.

TERCERO. Que la defensa de la encausada SAIDA GONZALES MACEDO en su escrito de recurso de casación de fojas ciento trece, de dos de marzo de dos mil veintidós, invocó el motivo de casación de **infracción de precepto material** (artículo 429, inciso 3, del Código Procesal Penal –en adelante, CPP–).

∞ Desde el acceso excepcional, propuso (*i*) desarrollar doctrina jurisprudencial sobre los alcances e interpretación del artículo 384 del Código Penal;

(ii) establecer de modo expreso y meridiano el alcance y aplicación de la contratación pública y privada del SIMA, previstas en los artículos 21 y 22 de la Ley 27073; y (iii) dilucidar si el Estado, a través de cualquiera de sus entidades, al encargar al SIMA la construcción de una embarcación actúa como tercero.

CUARTO. Que, este Tribunal Supremo por Ejecutoria de fojas ciento noventa y tres, de diecinueve de diciembre de dos mil veinticuatro, declaró bien concedió el recurso de casación por la causal de **infracción de precepto material** (artículo 429, inciso 3, del CPP).

∞ Corresponde determinar la existencia de posibles reglas de exclusión respecto a la naturaleza de la contratación efectuada entre SIMA y la encausada recurrente y, en consecuencia, si se interpretó debidamente el artículo 384 del Código Penal.

QUINTO. Que, instruido el expediente en Secretaría, por decreto de fojas doscientos uno, de once de junio de dos mil veinticinco, se señaló fecha para la audiencia de casación el día lunes once de agosto de dos mil veinticinco.

∞ La audiencia de casación se realizó con la concurrencia de la defensa de la encausada SAIDA GONZALES MACEDO, doctor Robinson Gonzales Campos –la propia encausada también hizo uso de la palabra–, 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 programó para la audiencia de lectura de la sentencia el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que el análisis de la censura casacional, desde la causal de **infracción de precepto material**, estriba en determinar si existen reglas de exclusión que establezcan la naturaleza de la contratación efectuada entre SIMA y la empresa que representa la encausada recurrente y, en consecuencia, si se interpretó debidamente el artículo 384 del Código Penal.

SEGUNDO. Que los hechos procesales relevantes son los siguientes:

∞ **1.** La disposición diez, de diez de diciembre de dos mil diecinueve, aclaró y corrigió la disposición seis, de ocho de agosto de dos mil diecinueve. En consecuencia, estableció que la formalización de la investigación preparatoria contra la encausada recurrente SAIDA GONZALES MACEDO era por complicidad del delito de colusión agravada en agravio del SIMAI y por

autoría del delito de falsificación de documento público y uso de documento público falso o falsificado (presentación de facturas certificadas notarialmente para probar la experiencia de la empresa en el rubro y obtener la Buena Pro) en agravio del SIMAI.

∞ **2.** Según el contrato celebrado entre el SIMA IQUITOS Sociedad de Responsabilidad Limitada y la empresa Medical & Equipos Sociedad de Responsabilidad Limitada, representada por la encausada SAIDA GONZALES MACEDO, de veinte de febrero de dos mil quince, esta última empresa ganó la buena pro convocada por el SIMAI para la “Adjudicación Directa Para Terceros del proceso de selección clasificado como ADT-ML N.º 001-2015-SIMAI”, referida a los proyectos PIAS Río Morona, Putumayo I y Putumayo II, que consistía en la venta de equipos médicos nuevos de fábrica con certificados de calidad y garantía, cuyo año de fabricación debía ser, como mínimo, del año dos mil trece, los que deberían ser entregados a los veinticuatro días calendario (los dos primeros) y ciento veinte días calendarios (el último), por un monto total, a suma alzada y sin incluir el Impuesto General a las Ventas, de cuatro millones doscientos doce mil quinientos setenta y ocho soles con sesenta céntimos.

∞ **3.** Conforme a lo dispuesto por la Ley 27073, Ley de Servicios Industriales de la Marina S.A. SIMA-PERÚ S.A., que la configuró como una empresa estatal de derecho privado (*ex* artículo 1) y sujeta al control de la Contraloría General de la República (*ex* artículo 2), desde su régimen financiero, se instituyeron dos mecanismos de contratación (*ex* artículos 21 y 22). El primero, referido a la *(i)* adquisición de bienes y suministros, *(ii)* contratación de servicios, estudios, asesorías, consultorías y supervisiones, y *(iii)* contratación de obras para la operación y desarrollo de los astilleros, varaderos, factorías, instalaciones fabriles, talleres y servicios en orden a la finalidad u objeto social del SIMA, los que serán efectuados mediante el procedimiento estipulado por la Ley de Contrataciones y Adjudicaciones del Estado. El segundo, concerniente a las contrataciones de servicio y la adquisición de materiales, equipos, maquinarias y demás partes utilizadas en las actividades que desarrolle el SIMA, para terceros, podrán ser efectuadas y contratadas de acuerdo con las normas que aprueba el Directorio. Este último mecanismo es un supuesto de excepción a la contratación pública, validado por el artículo 76 de la Constitución, en tanto legalmente consagrado, sin que ello importe, desde luego, el respeto a los principios de eficiencia, transparencia y trato igualitario, como enfatizó el Tribunal Constitucional en la sentencia 020-2003-AI/TC, de diecisiete de mayo de dos mil cuatro, que ratificó un sistema de excepciones fijados por Ley. Así, por lo demás, se pronunció el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado – OSCE en su opinión 194-2016/DTN, de siete de diciembre de dos mil dieciséis.

∞ **4.** La Ley de Contrataciones del Estado, Ley 30225, de once de julio de dos mil catorce, incluyó excepciones al ámbito de su aplicación, pero fue recién con el Decreto Legislativo 1444, de dieciséis de septiembre de dos mil

dieciocho, vigente treinta días después, que se positivizó a través del artículo 4, letra J), las contrataciones que se sujetan a regímenes especiales –algo obvio, por cierto–. En todo caso, tal especialidad y consiguiente exclusión se concretó antes, con la citada Ley 27073, de veintiséis de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

∞ **5.** Ahora bien, en el presente caso el aludido proceso de adjudicación se efectuó al amparo de la Directiva de Gestión Logística para operaciones con terceros DES-26-061, de veintisiete de marzo de dos mil trece; esto es, desde lo prescrito en el artículo 22 de la Ley 27073, al margen del conjunto de procedimientos y exigencias de la Ley de Contrataciones del Estado, vigente en esa fecha: Ley 30225. Siendo así, no es posible considerar el contrato cuestionado como uno que debía seguir un procedimiento debidamente reglado por la Ley de Contrataciones del Estado. No se trata de la adquisición de bienes y suministros para la operación y desarrollo de las instalaciones fabriles y servicios que requiera SIMAI, sino de equipos médicos para las instalaciones PIAS, es decir, de bienes secundarios, de equipos médicos, para quienes prestan servicios en los tres proyectos PIAS Rio Morona, Putumayo I y Putumayo II: no se trata de las propias obras de las PIAS y de todo aquello que es necesario para su construcción y equipamiento técnico directo.

∞ **6.** La aludida Directiva no importa, desde luego, un procedimiento propio de la Ley de Contrataciones del Estado. Claramente se fijan reglas generales de cómo debe ser la adquisición, las modalidades de contratación y el órgano supervisor (encargado, entre otros, de la designación de Comités Especiales y de la aprobación de expedientes de contratación, firma del contrato y visado del mismo). Los cargos objeto del proceso penal inciden en la comisión de determinadas irregularidades (*i*) en la determinación del valor referencial de la adquisición, presuntamente favorables a la empresa Medical & Equipos Sociedad de Responsabilidad Limitada, representada por la encausada SAIDA GONZALES MACEDO, así como (*ii*) en la fecha de fabricación de los equipos y certificados de garantía entregados a SIMAI, (*iii*) en lo tardío de las capacitaciones al personal de las PIAS y (*iv*) en el pago ya ejecutado a favor de la aludida empresa.

TERCERO. Preliminar. Que el artículo 384 del CP sanciona al funcionario o servidor público que interviene directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes [...] mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley [...]. Es un delito de participación necesaria, por definición plurisubjetivo. Protege tanto el lícito desempeño en la función pública como el patrimonio público frente a los riesgos que el incumplimiento de los deberes del cargo puede generar al Estado [STSE 185/2016, de 4 de marzo].

∞ **1.** El marco dentro del cual se comete la conducta defraudatoria, a través de la concertación con los interesados, es la celebración de un contrato y, también, su ejecución. Empero, como el ámbito típico se centra en “procesos de competencia reglados”, se tiene que, en los supuestos de clara excepción a la aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado, específicamente de empresas del Estado (v.gr.: artículo 22 de la Ley 27073), como el tipo delictivo solo abarca operaciones administrativas –contrataciones públicas *strictu sensu*–, es de entender que en los supuestos excepcionales –de una contratación que se rige bajo el derecho privado– no es posible extender la criminalización del funcionario o servidor público, sin perjuicio de los controles propios en sede de un proceso de rendición de cuentas ante la Contraloría General de la República. El irregular desempeño funcional del agente público en el manejo del patrimonio público –su competencia específica– solo está referido a aquellas actividades o ámbitos en que el Estado actúa como sujeto público y en que al agente oficial competente interviene en los marcos de una contratación pública. Ésta debe entenderse como toda aquella celebrada por las entidades públicas, para cuyo alcance, modalidades, procedimiento, requisitos, etcétera, habrá de estar a lo dispuesto en la Ley de Contrataciones del Estado [cfr.: MORILLAS CUEVA, LORENZO y otros: *Sistema de Derecho Penal – Parte Especial*, 2da. Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2016, pp. 1183-1184].

∞ **2.** En tal virtud, no es posible considerar que los hechos imputados se subsuman en el delito de colusión desleal. La excepción de improcedencia de acción, estando a la imposibilidad de un juicio de subsunción normativa en el aludido tipo delictivo, debe ampararse. Corresponde dictar una sentencia rescindente y rescisoria, pues no es necesario para decidir por sí el caso un nuevo debate.

∞ **3.** Cabe precisar que la excepción planteada no comprende el delito de falsedad documental, por lo que no es del caso referirse a tal ilícito penal.

DECISIÓN

Por estas razones: **I.** Declararon **FUNDADO** el recurso de casación, por la causal de **infracción de precepto material**, interpuesto por la defensa de la encausada SAIDA GONZALES MACEDO contra el auto de vista de fojas noventa y ocho de treinta y uno de enero de dos mil veintidós, que confirma el auto de primera instancia de fojas setenta y dos de uno de junio de dos mil veintiuno, declaró infundada la excepción de improcedencia de acción que dedujo respecto del delito de colusión agravada en agravio del Estado; con todo lo demás que al respecto contiene y es materia del recurso. En el proceso penal incoado en su contra por delitos de colusión agravada y falsedad documental en agravio del Estado. En consecuencia, **CASARON** el auto de vista. **II.** Y, actuando en sede de instancia: **REVOCARON** el auto de primera instancia; reformándolo: declararon **FUNDADA** la excepción de improcedencia de acción que dedujo

respecto del delito de colusión agravada en agravio del Estado. En tal virtud, **SOBRESEYERON** el proceso seguido en su contra por el delito de colusión agravada en agravio del Estado, y **ARCHIVARON** la causa definitivamente en este extremo, anulándose los antecedentes policiales y judiciales por tal delito. **III. ORDENARON** se transcriba la presente Ejecutoria al Tribunal Superior para los fines de ley, al que se remitirán las actuaciones; registrándose. **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 Campos Barranzuela por vacaciones del señor Peña Farfán. **Hágase** saber a las partes personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

LUJÁN TÚPEZ

ALTABÁS KAJATT

CAMPOS BARRANZUELA

MAITA DORREGARAY

CSMC/EGOT