

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 3410-2009
LA LIBERTAD

Lima, diecinueve de octubre de dos mil diez.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el Fiscal Superior contra la sentencia de fojas seiscientos dieciocho, del cinco de agosto de dos mil nueve, que absolvió a José Francisco Vásquez Miñano, Carlos Ruperto López Chávez y Rosmary Reyes Araujo de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito de colusión ilegal en perjuicio del Estado - Ministerio de Agricultura; interviniendo como ponente el señor Santa María Morillo; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO:** **Primero:** Que el Fiscal Superior en su recurso formalizado de fojas seiscientos veintiséis alega que en autos existen medios probatorios suficientes que acreditan la comisión del delito y la responsabilidad penal de los encausados; que el Informe de Auditoría y el Dictamen Pericial concluyen que hubo un desbalance patrimonial en la compra de los postes de eucalipto, pues no reunían las medidas exigidas y diferían en el costo. **Segundo:** Que, según el dictamen acusatorio de fojas doscientos veintiséis, los encausados López Chávez (Administrador de Pronamachcs - Huamachuco) y Vásquez Miñano (Especialista en Pastos Altoandinos de Pronamachcs) se coludieron con la encausada Reyes Araujo (representante de la Empresa O & R Representaciones) en la compra de nueve mil seiscientos postes de eucalipto, cuyo valor ascendió a la suma de veintiún mil ciento veinte nuevos soles; que la Auditoría realizada a Pronamachcs entre el trece y quince de marzo de dos mil uno detectó deficiencias técnicas respecto de las medidas de los postes, en uno de los Comités de Molino Grande, pues la orden de compra precisaba dos metros por quince centímetros de diámetro, sin embargo, se adquirieron postes de quince centímetros de radio; que no obstante la Empresa de Servicios Generales Polo, de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N° 3410-2009

LA LIBERTAD

Francisco Polo Huacacolqui, cotizó los postes al precio unitario de ochenta céntimos, se pagó la suma de dos nuevos soles con veinte céntimos por cada uno, evidenciándose un perjuicio económico de un nuevo sol con cuarenta céntimos por unidad. **Tercero:** Que el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal regula el delito de colusión ilegal, el cual requiere para su perfeccionamiento o consumación la existencia de un perjuicio para el Estado, y evidencia mediante el concierto fraudulento de los intervinientes; que esta defraudación presupone un menoscabo al patrimonio del Estado, bien jurídico inmediato protegido por este tipo penal. **Cuarto:** Que si bien el Pliego de Hallazgos número cero dos -fojas cuatrocientos cuarenta y ocho-, señaló que la administración, al efectuar la orden de compra, solicitó postes de quince centímetros de radio -lo que no correspondía con las especificaciones, pues se adjudicó la compra de postes de quince centímetros de diámetro- y se pagó el monto de dos nuevos soles con veinte céntimos por cada uno pese a que no cumplían con las especificaciones técnicas; que ello generó un perjuicio económico de un nuevo sol con cuarenta céntimos por cada poste, resultando trece mil cuatrocientos cuarenta nuevos soles por todos los postes adquiridos, lo que se corrobora con el dictamen pericial valorativo de fojas quinientos cincuenta y cuatro; sin embargo, los mismos peritos judiciales, en la ampliación del dictamen pericial -fojas quinientos ochenta y cinco- y en su respectiva ratificación -fojas quinientos noventa y seis-, señalaron que el precio unitario actual de cada madera de eucalipto de dos metros por quince centímetros es de diez nuevos soles y el costo de transporte es de seis nuevos soles con cincuenta céntimos por cada uno; que es imposible determinar el costo unitario de los postes al momento de los hechos (marzo de dos mil uno), pues no existen indicadores, sin embargo, en el año dos mil nueve el precio unitario de cada madera y su transporte

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N° 3410-2009

LA LIBERTAD

oscila en la suma de dieciséis nuevos soles, por lo que el pago de veintiún mil ciento veinte nuevos soles por las maderas a un precio unitario de dos nuevos soles con veinte céntimos no generó ningún perjuicio para el patrimonio del Estado; que los peritos judiciales agregan que en autos no obra la cotización efectuada por la empresa Servicios Generales Polo y que únicamente se tiene lo referido en el Pliego de Hallazgos, el cual señaló que el valor del precio unitario era de ochenta céntimos por cada madera; que, por otro lado, los peritos evidencian que incluso al momento de otorgar la adjudicación directa existían otras propuestas que indicaban la suma de tres nuevos soles por cada madera, por lo que el pago de dos nuevos soles con veinte céntimos por cada unidad no generó perjuicio alguno; que esto se corrobora con el acta de apertura de sobres de cotizaciones y otorgamiento de Buena Pro de fojas cuatrocientos cuarenta y cinco -adjudicación directa número veinticuatro-, mediante el cual se adjudicó la compra de postes de eucalipto de dos metros por quince centímetros a favor de O & R Representaciones a un precio unitario de dos nuevos soles con veinte céntimos, documento en el cual, además, se observa que los demás postores (Inversiones Andinos y Asociación de Madereros) propusieron el precio unitario de tres nuevos soles. **Quinto:** Que el delito de colusión ilegal requiere para su configuración el menoscabo patrimonial del Estado y en el caso de autos, con las instrumentales arriba señaladas, se concluye que no hubo detrimento alguno en el patrimonio del Estado, por lo que la absolución se encuentra acorde a Ley. **Sexto:** Que, por otro lado, el pago de dicha adquisición sin la previa conformidad del Especialista de Pastos Altoandinos -el encausado Vásquez Miñano-, configuraría una irregularidad administrativa pero de ningún modo un injusto penal. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas seiscientos dieciocho, del

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N° 3410-2009

LA LIBERTAD

cinco de agosto de dos mil nueve, que absolvió a José Francisco Vásquez Miñano, Carlos Ruperto López Chávez -y no "Chaves" como erróneamente se consignó en la sentencia- y Rosmary Reyes Araujo de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito de colusión ilegal en perjuicio del Estado - Ministerio de Agricultura; con lo demás que al respecto contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.-

S.S.

RODRÍGUEZ TINEO

BARRIOS ALVARADO

BARANDIARÁN DEMPWOLF

NEYRA FLORES

SANTA MARÍA MORILLO

SMM/tmr

SE PUBLICO CONFORME A LEY

MIGUEL ANGEL SOTELO TASAYCO
SECRETARIO(a)

Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA



Ministerio Público
Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal

EXPEDIENTE N° 3410-2009
RECURSO DE NULIDAD
SALA PENAL SUPREMA
DICTAMEN N° 1126 -2010
LA LIBERTAD

SEÑOR PRESIDENTE DE LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:

Ingresa a esta Fiscalía Suprema el presente expediente, al haberse interpuesto Recurso de Nulidad contra la sentencia de folios 618/625, su fecha 05 de agosto de 2009, que falla: **ABSOLVIENDO** a los acusados **CARLOS RUPERTO LÓPEZ CHÁVEZ, JOSÉ FRANCISCO VÁSQUEZ MIÑANO y ROSMARY REYES ARAUJO** de la acusación fiscal como autores del delito contra la Administración Pública -**Colusión Ilegal**-, en agravio del Estado-Ministerio de Agricultura.

I.- HECHOS IMPUTADOS

Conforme al dictamen acusatorio que obra a folios 226/233, se inculpa a Carlos Ruperto López Chávez -Administrador- y José Francisco Vásquez Miñano -Especialista en Pastos Alto Andino-, funcionarios de PRONAMACH de Huamachuco, haber concertado con Rosmary Reyes Araujo representante de la empresa O&R Representaciones, en la compra de 9,600 postes de eucalipto, cuyo valor ascendió a la suma de S/. 21,120.00. La Auditoria realizada a Pronamach entre el 13 y 15 de marzo de 2001, detectó deficiencias técnicas respecto a las medidas de los postes, en uno de los Comités de Molino Grande; pues la Orden de Compra precisaba 2mts x 15 cm., de diámetro, sin embargo se adquirieron postes de eucaliptos 15 cm. de radio. Asimismo, no obstante de haberse cotizado por la Empresa de Servicios Generales Polo de Francisco Polo Huacacolqui -Huamachuco- a precio unitario de S/. 0.80, evidenciándose un perjuicio económico de S/. 1.40 por unidad, habiéndose pagado la suma de S/. 2.20 por cada poste de eucalipto.

II.- FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN

El Representante del Ministerio Público a folios 626/628, sostiene en su recurso impugnativo que el Colegiado yerra, al sostener en su pronunciamiento que no existen elementos y/o pruebas que ameriten una

Dr. PABLO SÁNCHEZ VELARDE
Fiscal Supremo Titular
Segunda Fiscalía Suprema Penal



Ministerio Público

Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal

condena en contra de los acusados Carlos Ruperto López Chávez, José Francisco Vásquez Miñano y Rosmary Reyes Araujo, desvalorando las propias declaraciones de los acusados, Informe de Auditoria y Dictamen pericial que concluye que hubo desbalance patrimonial en la compra de los postes de eucalipto, por no reunir las medidas exigidas y por la diferencia de costos de los mismos.

III.- VALORACIÓN DE LOS ACTUADOS Y LOS TÉRMINOS DE LA SENTENCIA

Primero.- Determinada la base material de la imputación, corresponde realizar el análisis crítico de la sentencia como producto final del juicio llevado a cabo por la Sala Penal; por lo que en primer lugar, conviene establecer el marco normativo materia del delito de **Colusión Desleal** contenido en el artículo 384º del Código Penal; así, se tiene que el delito de Colusión desleal es un delito de resultado -requiere para su consumación de la existencia de perjuicio para el Estado, cuyo desvalor de acción -riesgo creado por el autor- supone la realización de un concierto fraudulento, engañoso. Tal posición, tiene respaldo a nivel de la doctrina nacional como también en el desarrollo jurisprudencial; por tanto, el interés jurídico mediato de tutela en el delito de colusión ilegal, es el correcto funcionamiento de la administración pública, empero el bien jurídico inmediato de protección del tipo colusión desleal viene a ser el patrimonio del Estado, el que se vulnera cuando en una contratación administrativa u otros modos de contratación de naturaleza económica, existe concertación, acuerdo previo o conjunción de voluntades que suponga la defraudación al Estado.

Segundo.- Entonces, siendo el perjuicio el elemento intrínseco de delito de Colusión Desleal, se tiene que demostrar en el análisis del presente proceso, si efectivamente hubo perjuicio en agravio del Estado-Ministerio de Agricultura. Para ello, debemos dejar constancia que reiterada jurisprudencia nacional ha establecido que el perjuicio solo puede explicarse en términos económicos -posición que también es asumida por esta Fiscalía Suprema en reiterados dictámenes fiscales-, y que no será posible que la violación a reglamentos constituya acuerdos perjudiciales en los términos del artículo 384º del Código Penal.

Tercero.- Ahora bien, para mejor analizar los hechos ilícitos instruidos se hace necesario señalar que en autos obra el Pliego de



Ministerio Público

Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal

Hallazgos¹ N° 02 de la Acción de Control a la Dirección Departamental La Libertad -folios 448/458-, que señala que la administración al efectuar la orden de compra indica postes de eucalipto de 2m x 15 cm. de radio, cambia las especificaciones técnicas que afecta los costos; constatándose que la administración procedió al pago de dichas especies, mediante C/P N° EN-040 del 10 de enero de 2001 por S/. 21,120.00 son contar con la previa conformidad que debe existir por parte del Especialista de Pastos Alto andinos. Finalmente señala que la Comisión Auditora solicitó la cotización a Servicios Generales Polo de Francisco Polo Huacacolqui, tal como lo acredita la Pro forma N° 001 N° 156 en la que se ha cotizado como precio unitario de cada poste el valor de S/. 0.80 cada uno, evidenciándose así, la materialización de un perjuicio económico a razón de S/. 1.40 la unidad, lo que hace un total de S/.13, 440.00.

Cuarto.- Veamos ahora, como se articula esta Comunicación de Hallazgos con el delito de Colusión. Si nos remitimos a los dos primeros fundamentos del presente documento fiscal, podemos afirmar que la referencia que hace el artículo 384° al término **concertación**, debemos entender a esta como la fuente generadora del riesgo y la única conducta incriminada apta para provocar un perjuicio patrimonial en el delito de colusión desleal. En la doctrina local, Hugo Álvarez ha sostenido que la colusión "Es un delito que consiste en un acuerdo secreto y engañoso"². En la misma dirección, Abanto Vásquez³ describe el comportamiento sancionado como "ponerse de acuerdo suprepticamente con los interesados (...) de manera oculta".

Quinto.- Ahora bien, conviene dejar establecido, como sostiene Eugenio Florián⁴, que el dictamen pericial no es un acto de autoridad, sino un documento de Convicción, por lo que, es lógico que debe presentar los motivos en que se apoyan sus conclusiones; tal es el caso de autos, pues el Peritaje Valorativo Ampliatorio de folios 585/587,

¹ NAGU 3.60 COMUNICACION DE HALLAZGOS DE AUDITORIA: Durante el proceso de la auditoria en la entidad examinada, se deben comunicar oportunamente los hallazgos a las personas comprometidas en los mismos, a fin que en un plazo fijado, presenten sus aclaraciones o comentarios sustentados documentadamente para su evaluación oportuna y consideración en el informe correspondiente. Para los efectos de esta norma, los hallazgos de auditoria se refieren a presuntas deficiencias o irregularidades identificadas como resultado de la aplicación de los procedimientos de auditoria. Los hallazgos de auditoria con criterios de materialidad o significación económica debidamente desarrollados, referenciados y documentados constarán en los papeles de trabajo.

² Azabache Carcciolo, César, cita a Jorge Hugo Álvarez en "Breves Apuntes sobre el estado de la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de colusión". En: Diálogo a la Jurisprudencia. Tomo 123, Gaceta Jurídica, Lima febrero de 2009, pág. 201

³ Ibid N° 6

⁴ Florián, Eugenio. De las Pruebas Penales. Tomo II, Temis, Bogotá.2002. pp. 440-445.



Ministerio Público

Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal

concluye que el precio actual de cada poste de eucalipto puesto el depósito de Huamachuco es de S/. 10.00 y el valor del flete a cada uno de los caseríos es de S/. 6.50, por lo tanto 9600 postes de eucalipto puestos en depósito asciende a la suma de S/. 96,000.00 además el valor del flete de los 9600 postes a cada uno de los caseríos es de S/. 62,000.00, haciendo un total de S/. 158,400.00. Conclusiones que los peritos ratifican ante el Pleno a folios 596, para señalar que no hubo desbalance patrimonial en agravio del Estado, afirmando que *"Es difícil conseguir esos postes con esas medidas"* y *"Es imposible que se pueda conseguir un poste de eucalipto a S/. 0.80, siendo que en autos no aparece la cotización de Polo Huacacolqui"*. Peritaje que consideramos válido, toda vez que el emitido a folios 554/555, es un dictamen que no expresa en forma ordenada, razonada, coherente y lógica sus afirmaciones para concluir que hubo afectación al patrimonio estatal; significando que, sólo tuvo en cuenta el Informe de Hallazgos y básicamente la acusación fiscal, sin considerar otras cotizaciones, como tampoco tuvieron a la vista la propuesta de Polo Huacacolqui contenida en la Cotización 001-76, a que hace referencia el Informe de Hallazgos: fundamento por el cual las presuntas maniobras fraudulentas materia de acusación se han desvanecido, tanto más, si el acusado López Chávez en sus declaraciones de folios 117/122 y las prestadas ante el Pleno a folios 433/436, afirma que los procedimientos de licitación de los 9,600 postes de eucalipto con medidas de 2mts x 15 cm. de diámetro, se llevaron conforme a las normas de adjudicación directa, realizándose las invitaciones correspondientes, acordándose otorgar la buena pro a la empresa O&R Representaciones, representada por la acusada Rosmary Reyes Araujo, a quien se le canceló por la compra de 9,600 postes de eucalipto de 2mt x 15 cm. de diámetro, siendo el precio unitario de 2.20, que arroja un total de S/. 21,120.00, después de que las comunidades beneficiarias recibieron los bienes en sus localidades, como así lo afirman los acusados José Francisco Vásquez Miñano a folios 485/488 y Reyes Araujo a folios 174/176 y 506/508, y los Presidentes de los Comités Conservacionistas de Molino Grande, Rodeopampa, Chunga-Majada, Locapampa, Paja Blanca, Cochas, Oro Golday, que obran a folios o de 2001-folios 26 a 32- dando cuenta que recibieron conforme los postes de eucalipto de Inversiones y Transportes O&R, luego de haber sustituido, sin ningún pago adicional, algunos postes que no cumplían con el requerimiento de las medidas.

Dr. ROLANDO SANCHEZ
Fiscal Supremo Titular
Segunda Fiscalía Suprema Penal



Ministerio Público
Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal

IV.- OPINIÓN FISCAL

Conforme a las consideraciones expuestas, esta Fiscalía Suprema en lo Penal **PROPONE** a la Sala de su Presidencia declare **NO HABER NULIDAD** en la resolución recurrida.

Lima, 06 de julio de 2010.



P. Sánchez Velarde
D. PABLO SÁNCHEZ VELARDE
Fiscal Supremo Titular
Segunda Fiscalía Suprema Penal