



SUMILLA:

Queda acreditada la responsabilidad penal por delito de colusión cuando se establece el acuerdo colusorio entre el funcionario o servidor público con un privado para defraudar al Estado.

Lima, dieciséis de enero de dos mil catorce.-

VISTOS; los recursos de nulidad interpuestos por la defensa de los encausados Juan José Córdova Zavala y Nicolás Delfín Vásquez Ávalos y del representante del Ministerio Público, contra la sentencia condenatoria del veintiuno de diciembre de dos mil once; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo PARIONA PASTRANA, de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO:**

PRIMERO: Que la defensa de los encausados Córdova Zavala y Vásquez Ávalos, en su recurso formalizado -fojas mil ciento cuarenta- alegan que:

i) Durante el proceso no se probó que exista concierto de voluntades para perjudicar a la entidad agraviada, siendo errado lo afirmado en la recurrida respecto a que existe una relación muy cercana y estrecha entre ambos; **ii)** Se evidenció que el número de serie del motor Perkins no es el mismo que del motor del vehículo que afirman fue otorgado en poder especial a Córdova Zavala, lo que se acredita con el documento oficial emitido por el registro de propiedad vehicular de la Oficina Registral Lima – Callao; **iii)** Con el informe pericial no se logró constatar el número del motor adquirido, lo cual no satisface la exigencia de la prueba de cargo, pues no se probó que el motor del vehículo marca Chevrolet C-60 haya sido colocado en el vehículo Station Wagon de placa de rodaje Nº D-2953 y que éste a su vez haya sido vendido a la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera; **iv)** No se esclareció la adquisición del motor por parte de la Municipalidad Distrital de Víctor



Marco Herrera, pues conforme el acta de inspección judicial e informe pericial el motor no tiene la identificación que refiere el representante del Ministerio Público en su acusación; **v)** No se recibió las declaraciones de Jorge Augusto Delly Mendoza y Dora Amelia Peña Serra de Delly, propietarios del vehículo marca Chevrolet a efectos de explicar respecto al poder a favor de Córdova Zavala; **vi)** No se acreditó el despliegue de actividades efectuadas a fin de defraudar a la entidad agraviada por Vásquez Ávalos quien ingresó a trabajar en octubre de mil novecientos noventa y nueve, cuando la venta se efectuó en abril de mil novecientos noventa y siete.

SEGUNDO: Por su parte, el representante del Ministerio Público en su recurso formalizado -fojas mil ciento cincuenta y seis- alega que el hecho imputado reviste grave lesividad por lo que la pena impuesta es desproporcional al delito cometido, tanto por el autor como por el partícipe, debiéndose tomar en cuenta la función de alcalde del procesado, quien se coludió con Vásquez Ávalos, para defraudar a su comuna, solicitando se eleve la pena.

TERCERO: Que, conforme se aprecia del dictamen acusatorio se atribuye a Juan José Córdova Zavala que en su condición de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera, de manera concertada con Nicolás Delfin Vásquez Avalos defraudó a dicha comuna, habiendo dispuesto el primero de los nombrados la compra de un motor petrolero de marca Perkins N° TU-33423 U829652U, comprándolo a la empresa CARCOR por la suma de ocho mil dólares americanos, el dos de abril de mil novecientos noventa y siete. Que, el referido motor procede del omnibus marca Chevrolet modelo C-60, placa de rodaje N° UI-4256, cuyo número real de motor es TU-3343-U82665V, siendo adulterado en los documentos de compra venta consignándose el número



TU-3343-U829652U, determinándose que se trata del mismo motor vendido por la empresa CARCOR a la Municipalidad agraviada; acotando que el ómnibus en mención fue entregado por los esposos Jorge Augusto Delly Mendoza y Dora Amelia Peña Serra de Delly al encausado Córdova Zavala, mediante poder por escritura pública ante Notario Público de Talara facultándolo disponer del mismo. Asimismo Vásquez Ávalos y Chumán Luna constituyeron la empresa CARCOR por escritura pública de constitución, el doce de febrero de mil novecientos noventa y seis, aportando como capital social el vehículo placa de rodaje N° SD-2953, propiedad de Córdova Zavala.

CUARTO: Que, el delito de colusión debe entenderse como un delito de mera actividad, porque la sola producción de la concertación representa el momento consumativo del hecho, sin necesidad que la administración pública sufra un perjuicio (ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Lima, Palestra, dos mil tres, página doscientos setenta), siendo el caso que la defraudación debe entenderse como transgresión del deber de lealtad, deber positivo de disponer del patrimonio administrado en beneficio del Estado; por lo que la defraudación no puede ser entendida como producción -o posibilidad- de un perjuicio, no constituyendo por tanto - el perjuicio - un elemento objetivo del tipo, sino un indicio que permitirá advertir la presencia de un posible acuerdo colusorio - defraudatorio -.

QUINTO: Que, la norma penal señala claramente que la defraudación contra las arcas del Estado, ha de producirse en el decurso de los procedimientos de Contratación Administrativa, para lo cual debe existir un acuerdo colusorio entre los funcionarios y los privados, esto es, que la concertación constituye la fuente generadora del riesgo y la única conducta incriminada, la misma que debe realizarse de manera



comisiva, pues no es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante una omisión, al requerir dichos actos de ciertas maniobras a ejecutar por parte del sujeto activo, de manipular datos, sobrevaluar los precios ofertados así como las sumas acordadas, entre otros. Así, la singularidad de este ilícito es que sólo el funcionario público es quien puede vulnerar los deberes inherentes al cargo, al constituir un garante de los intereses estatales que se ven involucrados en los contratos administrativos; sin embargo, también lo es que, los interesados, esto es, los proveedores, concursantes o licitantes, si bien no pueden ser pasibles de ser sancionados como autores por este ilícito, en tanto su conducta no lesionan los deberes funcionales; sin embargo, su intervención puede ser objeto de una sanción penal en calidad de cómplice primario, en tanto sin su participación resulta imposible defraudar al Estado.

SEXTO: Es de precisar de manera concreta que en autos se logró determinar los siguientes acontecimientos:

i) La constitución de la empresa CARCOR: El encausado Vásquez Avalos en su manifestación policial y declaración instructiva dio los pormenores de la constitución de dicha empresa el doce de febrero de mil novecientos noventa y seis, los servicios brindados, entre otros, corroborado con la Escritura Pública suscrita en la fecha mencionada -fojas setenta y ocho- .

ii) La compra - venta efectuada por la Municipalidad Víctor Larco Herrera: Los encausados Vásquez Ávalos y Córdova Zavala han aceptado durante el proceso que en efecto, con fecha dos de abril de mil novecientos noventa y siete, la Municipalidad aludida adquirió el motor petrolero marca Perkins de serie N° TU-33423-U829652V de la empresa CARCOR, corroborado con la factura N° 019 -fojas dieciocho-

emitida el dos de abril de mil novecientos noventa y siete, por el importe de ocho mil seiscientos catorce dólares americanos; los comprobantes de pago Nº 1079, del veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y siete, y Nº 1158, del trece de mayo de mil novecientos noventa y siete -fojas veinte y veintiuno, respectivamente-.

SÉTIMO: Estando a lo antes reseñado, aun cuando en la Inspección Judicial -doscientos setenta y siete- e Informe Pericial -fojas trescientos diez, trescientos dieciséis, y seiscientos cincuenta y cuatro- no se logró determinar que el motor ubicado en la escena (garaje - almacén del Concejo Distrital de Víctor Larco) sea aquel cuestionado; ello en modo alguno pone en cuestionamiento la adquisición propiamente dicha del bien en referencia, conforme las pruebas citadas en el ítem ii) del Sexto considerando de la presente Ejecutoria Suprema, pues la duda cabe únicamente respecto a la actual presencia y conservación física del motor, considerando además que han transcurrido varios años desde su adquisición a la fecha de realizadas las diligencias en mención -en el dos mil uno, esto es, aproximadamente cuatro años- y la manipulación del mismo por terceras personas, conforme afirmaron los peritos en el contradictorio -fojas novecientos noventa y tres-, al referir que no halló el número de serie del motor peritado, cuyo borrado no pudo ocurrir por el transcurso del tiempo sino debió haberse realizado con un esmeril.

OCTAVO: Ahora bien, resulta cierto que no se logró establecer en autos que el motor Nº TU-33423-U829652U vendido a la Municipalidad agraviada sea el mismo que correspondía al vehículo marca Chevrolet color blanco, motor Nº TU33423-U826652V, que fuera dado en poder especial al encausado Córdova Zavala por los esposos Jorge Augusto Delly Mendoza y Dora Amelia Peña Serra de Delly, no sólo porque los números no tienen correspondencia, sino que a la negativa del referido



encausado respecto al poder otorgado, se suma que la Superintendencia Nacional de Registros Públicos, por Oficio N° 2341-2011-ZR-Nro.V-ST/CERTE, del dieciséis de junio de dos mil once -fojas novecientos cuarenta- informó respecto a la data registral del aludido vehículo donde en ningún extremo figura el encausado Córdova Zavala como propietario, apoderado u otra vinculación con dicho vehículo, y que los esposos Delly Mendoza y Peña Serra no hayan brindado sus declaraciones correspondientes, pues como se advierte de las actas de sesión de audiencia, no concurrieron al acto oral por encontrarse fuera del país, razón por la cual prescindieron de su presencia -incluso a pedido de la defensa de los encausados-; empero habiéndose acreditado la relación amical entre los encausados Córdova Zavala y Vásquez Ávalos conforme sus propias declaraciones, en las que afirmaron conocerse desde mil novecientos ochenta y ocho, debiéndose precisar que la concertación entre ambos queda develada como consecuencia de verificar que el vehículo station wagon que forma parte de los bienes para la constitución de la empresa CARCOR cuyo socio es el encausado Vásquez Avalos, es de propiedad del encausado Córdova Zavala, lo cual los vincula estrechamente, más aún si la explicación dada por ambos respecto a la transferencia del vehículo en mención sin la documentación correspondiente, no es satisfactoria, considerando que únicamente se utilizó para dicha constitución de empresa, pues como bien lo ha referido el encausado, luego de seis meses -según lo alegado a consecuencia d la no cancelación del saldo deudor por la venta del vehículo- se efectuó la devolución del mismo a Córdova Zavala. Tal circunstancia confirma que la empresa CARCOR fue constituida para los efectos de realizar contrataciones y adquisiciones para la Municipalidad, corroborándose esa afirmación con la copia de la tarjeta de propiedad del vehículo station wagon -fojas diecisiete- así como



con la Resolución de Alcaldía N° 0954-2000-MDVLH, del veinte de julio de dos mil doce -fojas veintidós- -con la cual se acredita que estuvieron en contubernio para defraudar a la entidad agraviada, pues no se requiere que el encausado Vásquez Avalos tenga una relación funcional con la Municipalidad, toda vez que se le condenó en calidad de cómplice, al tratarse de un *extraneus*.

NOVENO: Que, respecto al extremo del *quantum* de la pena debemos precisar que la determinación judicial de la pena importa un proceso intelectual del juzgador, de suma relevancia, dado los intereses jurídicos que se ponen en tensión; siendo así, la graduación de la pena debe ser producto de una decisión debidamente razonada y ponderada, ajena de toda consideración subjetiva; en ese sentido, la determinación de la pena debe realizarse conforme a los fines de la misma, siendo importante resaltar a la teoría de la prevención general positiva, lo que implica asumir como criterio de determinación de la pena al hecho delictivo; es decir, el *quantum* de la pena a imponer debe ser proporcional al hecho delictivo. Debiendo resaltar que, la determinación de la pena debe respetar los ámbitos legales referidos tanto a la configuración de la pena básica -definida como la configuración del marco penal establecido por el tipo legal y las diferentes normas que contienen las circunstancias modificativas de la responsabilidad genéricas, sean agravantes y/o atenuantes-, como al establecimiento de la pena concreta o final -que es el resultado de la aplicación de los factores de individualización estipulados en los artículos 45° y 46° del Código Penal, siempre dentro del marco penal fijado por la pena básica y a partir de criterios referidos al grado de injusto y el grado de culpabilidad-.

DÉCIMO: En ese sentido, los encausados Córdova Zavala y Vásquez Ávalos si bien perpetraron un ilícito penal de gravedad, considerando la afectación al Estado; sin embargo, teniendo en cuenta que son sujetos que no registran antecedentes penales y judiciales, tienen la posibilidad



de poder reinsertarse a la sociedad sin que exista la necesidad de imponer una sanción efectiva que signifique el internamiento de éstos en un establecimiento penitenciario, razón por la cual este Supremo Tribunal considera que debe mantenerse vigente la pena impuesta.

Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia del veintiuno de diciembre de dos mil once -fojas mil ciento diecinueve- que condenó a Juan José Córdova Zavala y Nicolas Delfín Vásquez Ávalos como autor y partícipe del delito de Colusión en agravio del Estado – Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente por el plazo de dos años bajo reglas de conducta, y fijó el pago de cinco mil nuevos soles por concepto de reparación civil que deberán pagar los sentenciados solidariamente a favor de la entidad agraviada; con lo demás que contiene al respecto y los devolvieron.-

S.S.

VILLA STEIN

PARIONA PASTRANA

BARRIOS ALVARADO

NEYRA FLORES

CEVALLOS VEGAS

15 ABR 2014

PP/rmmv

SE PUBLICO CONFORME A LEY

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