



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 1544-2021/CALLAO
PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO

Título. Delito de colusión. Alcance del delito. Convenio Interinstitucional. Ley vigente

Sumilla 1. El delito de colusión es uno especial propio y de infracción de deber. Solo pueden cometerlo funcionarios o servidores públicos que en los contratos o cualquier otra operación semejante intervienen, directa o indirectamente, por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado concertándose con los interesados. **2.** En el presente caso se está ante un tipo de contratación pública, más allá de su calificación como convenio interinstitucional, en cuya virtud se fijaron en los marcos de un proceso de negociación entre CORPAC, de un lado, y la Municipalidad Provincial del Callao y FINVER, de otro lado, las condiciones en que este último elaboraría un expediente técnico y, luego, construiría el local institucional de CORPAC, a partir de lo cual CORPAC transferiría diversos montos de dinero a FINVER –tiene un componente negocial–. **3.** Como delito de infracción de deber la autoría le corresponde a todo aquel que, estando institucionalmente obligado a cumplir con un deber positivo específico, lo incumple. La infracción del deber institucional debe producirse por medio de una conducta que reúna las exigencias del tipo penal. En el delito de colusión se requiere de una infracción producida por una defraudación al Estado acordada con el interesado; el agente oficial ha de contar con el deber de resguardar los intereses estatales en las contrataciones, concesión u operación cuestionadas, cuya intervención material supone una capacidad decisoria sobre alguno de los aspectos negociales de la operación estatal. **4.** La expresión “interesados” no tiene una definición auténtica o legal en el Código Penal. Por lo general su interpretación se ha referido a terceros particulares, en la medida que es un delito de encuentro, como partícipes necesarios, en tanto en cuanto son los que se conciertan con los agentes públicos competentes –en este caso de CORPAC–. Sin embargo, en la dinámica compleja de las diversas actividades que realiza el Estado y sus varios componentes es del todo posible que organismos o empresas públicas, con diverso nivel de autonomía funcional y régimen interno, puedan desarrollar actividad en la producción o comercialización de bienes y servicios y contratar entre sí, por lo que en relación al órgano público que contrata y recibe diversos montos por ello al otro organismo público muy bien pueden ser calificados de interesados e incurrir en lógicas de concierto defraudatorio con aquél. **5.** El interesado es un tercero en relación al órgano público que decide una contratación pública, concesión y otra operación a cargo del Estado, y este tercero puede ser una persona natural o jurídica, privada o pública. Lo relevante para el delito de colusión es que el tercero o interesado ejecute una obra, proporcione bienes o brinde un servicio al Estado; y, ello es lo que hizo FINVER. **6.** El enunciado normativo originario del artículo 384 del CP, dado su carácter general, al referirse a las contrataciones públicas u operaciones semejantes y a la exigencia de concierto en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros permite comprender con facilidad tanto la celebración del contrato u operación, incluso sus pasos previos, como su ejecución, pues el concierto defraudatorio puede darse en todas estas etapas de la contratación pública, que por su propia dinámica sigue un procedimiento escalonado, legalmente configurado. **7.** El encausado LARENAS NIERI fue condenado en primera instancia no solo por lo relacionado al expediente técnico, también por haber dado conformidad al cronograma de procesos de selección presentado por FINVER para la ejecución de la obra, así como a las rendiciones de cuentas presentadas por FINVER [vid.: sentencia de primera instancia, folios ciento cincuenta y cuatro a ciento cincuenta y seis]. Su recurso de apelación de ocho de marzo de dos mil diecinueve comprendió todos estos extremos. Empero, el Tribunal Superior solo analizó lo relacionado con la aprobación del expediente técnico, y no se pronunció respecto a los dos puntos restantes. Incurrió, por tanto, en una incongruencia *citra petita*. Vulneró, entonces, la garantía de tutela jurisdiccional en su derecho a una sentencia congruente, por lo que se incurrió en una causal de nulidad absoluta, prevista en el artículo del 150, literal ‘d’, del CPP, que es del caso declarar de oficio conforme al artículo 432, apartado 1, del CPP.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, veinticinco de julio de dos mil veintitrés

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación, por las causales de **inobservancia de precepto constitucional, infracción de precepto material y vulneración de la garantía de motivación**, interpuestos por los encausados SUSANA ISABEL PINILLA CISNEROS, PERCY MANUEL VELARDE ZAPATER, JULIO CÉSAR ZAVALA HERNÁNDEZ y JULIO MARTÍN LARENAS NIERI contra la sentencia de vista de fojas seis mil doscientos cuarenta y cuatro, de veintinueve de diciembre de dos mil veinte, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas tres mil quinientos cincuenta y uno, de veintidós de febrero de dos mil diecinueve, los condenó como autores a los tres primeros y como cómplice primario al último del delito de colusión en agravio del Estado a nueve años de pena privativa de libertad y un año y ocho meses de inhabilitación, así como al pago solidario de cuarenta millones de soles; con todo lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que, en lo pertinente, las sentencias de mérito declararon probado lo siguiente:

1. Los funcionarios públicos de la Corporación Peruana de Aeropuerto y Aviación Comercial Sociedad Anónima –en adelante, CORPAC– Luis Felipe Vallejo Leigh, gerente general, Fernando Noblecilla Zúñiga, gerente legal, Walter Hugo Tello Castillo, presidente del Directorio, Susana Isabel Pinilla Cisneros, Percy Manuel Velarde Zapater, Raúl Augusto Lanatta Lanatta y, Julio Cesar Zavala Hernández, miembros de directorio, y Julio Martín Larenas Nieri, jefe del Área de Edificaciones y Coordinador de la obra de CORPAC, tenían a su cargo realizar la asignación eficiente de recursos públicos en las operaciones contractuales del Estado. Empero, se concertaron con los funcionarios de la Municipalidad Provincial del Callao y de la empresa Fondo Municipal de Inversiones del Callao Sociedad Anónima –en adelante, FINVER CALLAO– Félix Manuel Moreno Caballero, alcalde provincial del Callao, Marco Antonio Palomino Peña, gerente Municipal del Callao, Andrés Miguel Villarreyes Dávila, gerente general de FINVER, y Gino Giancarlo Dagnino Arriaran, gerente general de FINVER, para que esta

última empresa municipal fuera la encargada de elaborar el expediente técnico y la construcción de la nueva sede de CORPAC.

2. Los encausados Walter Hugo Tello Castillo, Susana Isabel Pinilla Cisneros, Percy Manuel Velarde Zapater, Julio César Zavala Hernández en su condición de miembros de directorio, en la sesión de Directorio 2160-2010, de cuatro de febrero de dos mil diez, mediante el Acuerdo 005-2160-2010, a instancia del gerente general, Vallejo Leigh, acordaron exonerar del proceso de selección correspondiente la contratación del servicio de formulación de Expediente Técnico para el desarrollo del Proyecto de la Construcción de la Nueva Sede Institucional de CORPAC, para que FINVER se encargue de llevar a cabo la ejecución del proceso, pese a que la mencionada empresa no contaba con la experiencia ni capacidad técnica requerida. Este Acuerdo se llevó a cabo con la sola propuesta del encausado Vallejo Leigh sin ningún sustento.
3. Posteriormente, en la sesión de Directorio mediante Acuerdo 2161-2010, de diez de febrero de dos mil diez, se acordó dejar sin efecto el numeral 1 del Acuerdo 005-2160-2010, de cuatro de febrero de dos mil diez; y, se autorizó a la Gerencia General de CORPAC a suscribir convenios de Cooperación Interinstitucional o de encargo de gestión con la Municipalidad Provincial del Callao para que, a través de FINVER, se desarrolle y ejecute el proyecto de inversión pública Construcción de la Nueva Sede Institucional de CORPAC. Ello evidenció que siempre se tuvo la intención que la empresa FINVER sea la encargada de elaborar el expediente técnico y la construcción de la nueva sede de CORPAC, aun cuando la mencionada empresa no tenía la experiencia en construcción de edificios, ni poseía los medios idóneos para cumplir el encargo.
4. El encausado Julio Martín Larenas Nieri, en su condición de jefe del Área de Edificaciones y Coordinador de la Obra de CORPAC, colaboró para defraudar al Estado, pues elaboró los Informes GCAP.GIN.3.092.2010.I y GCAP.GIN.3.093.2010.I, que dieron conformidad al expediente técnico pese a que contenía irregularidades. También emitió el Informe GCAP.GIN.3.109.2010.I, que dio conformidad al cronograma de procesos de selección presentado por FINVER para la ejecución de la obra, sin existir licencia de construcción ni saneamiento del terreno donde se construiría la nueva sede de CORPAC. Emitió y firmó el informe GCAP.GIN.3.003.2011.I por el que recomendó dar conformidad a las rendiciones de cuenta presentadas por FINVER, no obstante que dicha empresa no presentó expediente técnico y no existía licencia de construcción ni saneamiento del terreno donde se construiría la nueva sede de CORPAC. Por último, visó los memorandos GCAP.GIN.3.598-2010.M., GCAP.GIN.3.010.2011.I y

GCAP.GIN.3.330.2011.I, mediante los cuales dio conformidad a las rendiciones de cuentas efectuadas por FINVER, a pesar que a dicha fecha no se contaba con el saneamiento del terreno y licencia de construcción, desconociendo incluso la naturaleza del gasto y los avances de la obra inconclusa.

SEGUNDO. Que, respecto del trámite del proceso penal, se tiene lo siguiente:

1. Por acusación de fojas dos, de treinta de octubre de dos mil quince, subsanada a fojas ciento once, de veintiséis de octubre de dos mil dieciséis, se formuló acusación contra los imputados Luis Felipe Vallejo Leigh, Fernando Noblecilla Zúñiga, Walter Hugo Tello Castillo, Susana Isabel Pinilla Cisneros, Percy Manuel Velarde Zapater, Raúl Augusto Lanatta Lanatta, Julio Cesar Zavala Hernández como coautores y Julio Martín Larenas Nieri como cómplice primario del delito de colusión y alternativamente por delito de negociación incompatible en agravio del Estado a once años de pena privativa de libertad por el delito de colusión y cinco años y cuatro meses si es delito de negociación incompatible, y cinco años de inhabilitación, así como fijó en cincuenta millones de soles el monto que solidariamente abonarán los imputados por concepto de reparación civil.
2. Luego de llevarse a cabo la audiencia de control de la acusación y dictarse los autos de enjuiciamiento y de citación al juicio, previo acto oral, público y contradictorio, el Primer Juzgado Penal Unipersonal del Callao emitió sentencia de fojas tres mil quinientos cincuenta, de veintidós de febrero de dos mil diecinueve, que condenó a los encausados recurrentes Susana Isabel Pinilla Cisneros, Percy Manuel Velarde Zapater, Julio César Zavala Hernández y Julio Martín Larenas Nieri a cinco años de pena privativa de libertad efectiva y un año y ocho meses de inhabilitación. Contra esta sentencia recurrieron los encausados recurrentes al igual que el representante del Ministerio Público.
3. Concedido el recurso de apelación y culminado el trámite impugnativo, la Primera Sala Penal de Apelaciones de Callao profirió sentencia de vista de fojas seis mil doscientos cuarenta y cuatro, de veintinueve de diciembre de dos mil veinte, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia, los condenó como autores del delito de colusión en agravio del Estado a nueve años de pena privativa de libertad y un año y ocho meses de inhabilitación, así como al pago solidario de cuarenta millones de soles.
4. Contra esta sentencia de vista la defensa de Susana Isabel Pinilla Cisneros, Percy Manuel Velarde Zapater, Julio César Zavala Hernández y Julio Martín Larenas Nieri promovieron recurso de casación.

5. Por auto de fojas mil doscientos noventa y seis, de veintiocho de octubre de dos mil veintidós, esta Sala Suprema declaró bien concedido el recurso de casación, por las causales de **inobservancia de precepto constitucional, infracción de precepto material y vulneración de la garantía de motivación**.

TERCERO. Que el encausado LARENAS NIERI –jefe del Área de Edificaciones y Coordinador de la obra de CORPAC– en su escrito de recurso de casación de fojas seis mil trescientos ochenta y dos, de doce de enero de dos mil veintiuno, invocó los motivos de casación de inobservancia de precepto constitucional, infracción de precepto material y vulneración de la garantía de motivación (artículo 429, incisos 1, 3 y 4, del Código Procesal Penal –en adelante, CPP–).

∞ Desde el acceso excepcional, propuso que se determine si una entidad pública puede tener la calidad de “interesada” y si sus funcionarios pueden ser cómplices primarios; que se precise que el tipo delictivo de colusión, en la época de los hechos, no contempla el delito de colusión en fase de ejecución del contrato; que se declara que la inobservancia de las reglas de la prueba indiciaria vulnera la garantía de presunción de inocencia.

CUARTO. Que el encausado ZAVALA HERNÁNDEZ –director de CORPAC– en su escrito de recurso de casación de fojas seis mil cuatrocientos cuarenta y seis, de trece de enero de dos mil veintiuno, 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 CPP).

∞ Desde el acceso excepcional, propuso que se determine si las irregularidades de tramitación y de normas aplicadas en los acuerdos adoptados por el Directorio, ocasionadas por información de las gerencias especializadas, satisface las exigencias de motivación de la prueba indiciaria para la comisión dolosa del delito de colusión y es apta para enervar la presunción constitucional de inocencia.

QUINTO. Que el encausado VELARDE ZAPATER –director de CORPAC– en su escrito de recurso de casación de fojas seis mil cuatrocientos setenta y cinco, de trece de enero de dos mil veintiuno, 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 CPP).

∞ Desde el acceso excepcional, propuso, al igual que el encausado anterior, que se determine si las irregularidades de tramitación y de normas aplicadas en acuerdos adoptados por el Directorio, ocasionadas por información de las gerencias especializadas, satisface las exigencias de motivación de la prueba

indiciaria para la comisión dolosa del delito de colusión y es apta para enervar la presunción constitucional de inocencia.

SEXO. Que la encausada PINILLA CISNEROS –directora de CORPAC– en su escrito de recurso de casación de seis mil seiscientos uno, de catorce de enero de dos mil veintiuno, 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 CPP).

∞ Desde el acceso excepcional, propuso, al igual que los dos encausados anteriores, que se determine si las irregularidades de tramitación y de normas aplicadas en los acuerdos adoptados por el Directorio, ocasionadas por información de las gerencias especializadas, satisface las exigencias de motivación de la prueba indiciaria para la comisión dolosa del delito de colusión y es apta para enervar la presunción constitucional de inocencia.

SÉPTIMO. Que, conforme a la Ejecutoria Suprema de fojas mil doscientos noventa y seis, de veintiocho de octubre de dos mil veintidós, del cuaderno formado en esta sede suprema, es materia de dilucidación en sede casacional:

- A.** Las causales de **inobservancia de precepto constitucional, infracción de precepto material y vulneración de la garantía de motivación:** artículo 429, numerales 1, 3 y 4, del CPP.
- B.** Corresponde determinar los alcances normativos del tipo delictivo de colusión en relación a los convenios suscritos entre una Municipalidad Provincial, una empresa pública municipal y CORPAC; el ámbito de la citada figura penal en fase de ejecución en atención a las reformas que se produjeron del artículo 384 del Código Penal; y, si las irregularidades de tramitación y de normas aplicadas en acuerdos adoptados por el Directorio, ocasionadas por información de las gerencias especializadas, satisface las exigencias de motivación de la prueba indiciaria para la comisión dolosa del delito de colusión y es apta para enervar la presunción constitucional de inocencia.

OCTAVO. Que, instruidas las partes de la admisión del recurso de casación, materia de la resolución anterior, se expidió el decreto de fojas mil trescientos catorce que señaló fecha para la audiencia de casación el veintiocho de junio último.

NOVENO. Que, según el acta adjunta, la audiencia pública de casación se realizó con la intervención de la defensa de los encausados doctores José Carlos Ugaz Sánchez Moreno (por la encausada Pinilla Cisneros), Luis Vargas Valdivia (por el encausado Zavala Hernández), José Antonio Caro

Jhon (por el encausado Velarde Zapater) y Luciano López Flores (por el encausado Larenas Nieri). También intervino el abogado delegado de la Procuraduría Pública del Estado, doctor Eddy Adrián Betalleluz Vizcarra.

DÉCIMO. Que, concluida la audiencia, a continuación, e inmediatamente, en la misma fecha, se celebró el acto de la deliberación de la causa en sesión secreta. Efectuado ese día, se realizó la votación correspondiente y obtenido el número de votos necesarios, corresponde dictar la sentencia casatoria pertinente, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que el análisis de la censura casacional, desde las causales de **inobservancia de precepto constitucional, infracción de precepto material y vulneración de la garantía de motivación**, estriba en determinar *(i)* los alcances normativos del tipo delictivo de colusión en relación a los convenios suscritos entre una Municipalidad Provincial, una empresa pública municipal y CORPAC; *(ii)* el ámbito de la citada figura penal en fase de ejecución en atención a las reformas que se produjeron del artículo 384 del Código Penal; y, *(iii)* si las irregularidades de tramitación y de normas aplicadas en acuerdos adoptados por el Directorio, ocasionadas por información de las gerencias especializadas, satisface las exigencias de motivación de la prueba indiciaria para la comisión dolosa del delito de colusión y es apta para enervar la presunción constitucional de inocencia.

SEGUNDO. Que es de rigor tener presente lo siguiente, como hechos relevantes que determinaron la persecución penal.

1. Con fecha dieciocho de diciembre de dos mil nueve, citando diversas leyes (entre ellas, la Ley Orgánica de Municipalidades, la Ley de Procedimiento Administrativo General, el Decreto Legislativo de CORPAC y la Ley de Aeronáutica Civil), la Municipalidad Provincial del Callao, FINVER y CORPAC celebraron un Convenio Marco de Cooperación Interinstitucional para la ejecución de inversiones, con dos fines: **a)** Elaborar convenios específicos por cada uno de los Proyectos de Inversión Pública a ejecutarse, los mismos que se harán a solicitud de parte y serán suscritos por parte de la Municipalidad, por su alcalde y por parte de CORPAC por su gerente general; y, **b)** ejecutar los proyectos de inversión pública del Programa de Inversiones de CORPAC.
2. Con fecha cuatro de febrero de dos mil diez el Directorio de CORPAC, en su sesión 2160-2010, integrado por Walter Hugo Tello Castillo (presidente) y Susana Pinilla Cisneros, Augusto Lanatta Lanatta, Percy

Velarde Zapater y Julio César Zavala Hernández (directores), con presencia del gerente general, Vallejo Leigh, y del gerente de asuntos jurídicos, Fernando Noblecilla Zúñiga, en mérito del informe GG-011-2010-I, de cuatro de febrero de dos mil diez, dictó el Acuerdo de Directorio 005-2160-2010, por el que se acordó *(i)* exonerar del proceso de selección correspondiente la contratación del servicio de formulación del expediente técnico para el desarrollo del Proyecto de la Construcción de la nueva sede institucional de CORPAC, conforme al inciso a) del artículo 20 de la Ley de Contrataciones del Estado y artículo 127 de su Reglamento; *(ii)* autorizar a la Gerencia General la suscripción de un Convenio Específico con la Municipalidad del Callao a fin de que formule el expediente técnico respectivo, por un valor de referencia de ciento sesenta y ocho mil doscientos cincuenta y cuatro dólares americanos con diez centavos, financiado con recursos propios; y, *(iii)* disponer que la Gerencia de Logística publique en el SEACE el presente Acuerdo y el Informe Técnico Legal que sustentan la exoneración.

3. Con fecha diez de febrero de dos mil diez el Directorio de CORPAC, integrado por los mismos funcionarios antes indicados, ante las explicaciones del gerente general y del gerente de asuntos jurídicos, emitió el Acuerdo 001-2161-2010, que *(i)* dejó sin efecto el punto uno del Acuerdo precedente (exoneración de proceso de selección); *(ii)* autorizó a la Gerencia General a suscribir los Convenios de Cooperación Interinstitucional o de Encargo de Gestión con la Municipalidad Provincial del Callao, a efecto que a través de FINVER se desarrolle y ejecute el Proyecto de Inversión Pública antes citado, que cuenta con código SNIP 131394, debiendo garantizarse que la supervisión de la obra será ejercida de manera conjunta por CORPAC y la Municipalidad Provincial del Callao; y, *(iii)* disponer que la Gerencia General eleve al Directorio un informe sobre la disponibilidad presupuestal para el financiamiento de la construcción de la sede institucional en la Provincia Constitucional del Callao.
4. Con fecha nueve de febrero de dos mil diez (un día antes del Acuerdo del Directorio de CORPAC) el encausado Vallejo Leigh firmó el Convenio Específico de Cooperación Interinstitucional y encargo de gestión entre CORPAC, la Municipalidad Provincial del Callao y FINVER. El objeto del convenio fue la elaboración del expediente técnico y la ejecución de la obra de la nueva sede institucional de CORPAC, con código SNIP 141494. El monto fijado fue cuatrocientos setenta y seis mil trescientos sesenta y un soles para el expediente técnico y cuarenta y cuatro millones setecientos dos mil sesenta y seis soles.

5. Este convenio, luego, fue objeto de seis adendas entre el veinticinco de febrero y el veinte de diciembre de dos mil diez, en las que se precisó los alcances del pago y aprobación del expediente técnico, así como lo relacionado a la construcción de la sede institucional de CORPAC, con inclusión del órgano supervisor (Gerencia de Infraestructura de CORPAC), así como también se pactó que no se requería cumplir con el requisito de la viabilidad del Proyecto para la elaboración del expediente técnico del Proyecto, estipulado por la Ley 27293 –lo que dio lugar a que CORPAC desembolse una primera suma de doscientos ochenta y seis mil quinientos tres soles con ocho céntimos a FINVER y luego se cancele el total de lo pactado en dos desembolsos consecutivos.
6. La ejecución de la obra se llevó a cabo desde el ocho de julio de dos mil diez al seis de octubre de dos mil once, que ha solicitud de la Gerencia General de CORPAC se suspendió. La ejecución de la obra alcanzó un dieciséis por ciento y el avance financiero fue del setenta por ciento (treinta y un millones setecientos sesenta y siete mil ochocientos siete soles con veinte céntimos, que incluyó el pago total por el expediente técnico) –se inició la construcción de la obra sin cambio de zonificación, sin licencia y sin supervisión externa contratada por CORPAC–.
7. El expediente técnico fue presentado por FINVER en archivo digital, pero fue sujeto a observaciones que, luego, CORPAC, a través de su gerencia de línea, dio la aprobación. Este expediente no fue presentado en original y completo, suscrito por los profesionales responsables, a la Comisión de Auditoría del Órgano de Control Institucional de CORPAC, por lo que se cuestionó que en efecto se hubiera entregado a la institución y que la consiguiente aprobación del mismo fuera legalmente aceptable.
8. Los pagos por la ejecución del Proyecto se efectuaron sin evidenciar al expediente técnico para validar la naturaleza del gasto y sin la participación del supervisor de obra, así como sin tener presente que parte de los bienes y servicios adquiridos por CORPAC a través de FINVER fueron aceptados por CORPAC como rendidos válidamente y contabilizados, a pesar que no se encuentran en la obra ni en poder de CORPAC.
9. Las transferencias a FINVER por la ejecución del Proyecto se efectuaron sin haberse cumplido las condiciones establecidas en la cláusula cuarta de la adenda cuatro al convenio específico; además no se consignaron a favor de CORPAC garantías por parte de FINVER y de penalidades en caso de incumplimiento.

TERCERO. Que, en cuanto a la situación jurídica de los directores recurrentes, se ha producido discordia respecto del juicio de responsabilidad penal. Tres jueces supremos votaron por amparar el recurso de casación y

absolverlos, sin reparación civil [señores San Martín Castro, Luján Túpez y Sequeiros Vargas], y dos jueces supremos votaron por ratificar el juicio de culpabilidad y, además, porque se modifique la pena impuesta y se ratifique la impuesta por el Juzgado Penal, así como se anule el juicio de cuantificación de la reparación civil [señores Cotrina Miñano y Carbajal Chávez].

∞ En consecuencia, se publicará y notificará el punto que motiva la discordia en los términos del párrafo precedente.

CUARTO. Que, ahora bien, el delito de colusión es uno especial propio y de infracción de deber. Solo pueden cometerlo funcionarios o servidores públicos que en los contratos o cualquier otra operación semejante intervienen, directa o indirectamente, por razón de su cargo o comisión especial defraudan al Estado concertándose con los interesados. El bien jurídico tutelado está conformado fundamentalmente por el deber positivo atribuido a los funcionarios o servidores públicos de velar por los intereses patrimoniales del Estado en las contrataciones públicas.

∞ En el presente caso se está ante un tipo de contratación pública, más allá de su calificación como convenio interinstitucional, en cuya virtud se fijaron, en los marcos de un proceso de negociación entre CORPAC, de un lado, y la Municipalidad Provincial del Callao y FINVER, de otro lado, las condiciones en que este último elaboraría un expediente técnico y, luego, construiría el local institucional de CORPAC, a partir de lo cual CORPAC transferiría diversos montos de dinero a FINVER –tiene, pues, un componente negocial–. Existió un compromiso patrimonial que se debió dar en un marco legalmente definido, tanto desde la lógica del sistema de inversión pública cuanto desde las exigencias legales que guiaban todo el proceso mismo por comprometer fondos públicos.

∞ Como delito de infracción de deber la autoría le corresponde a todo aquel que, estando institucionalmente obligado a cumplir con un deber positivo específico, lo incumple. La infracción del deber institucional debe producirse por medio de una conducta que reúna las exigencias del tipo penal. En el delito de colusión se requiere de una infracción producida por una defraudación al Estado acordada con el interesado; el agente público ha de contar con el deber de resguardar los intereses estatales en las contrataciones, concesión u operación cuestionadas, cuya intervención material supone una capacidad decisoria sobre alguno de los aspectos negociales de la operación estatal [GARCÍA CAVERO, PERCY: *Derecho Penal Parte General*, 3ra. Edición, Editorial Ideas, Lima, 2019, pp.756-758; el mismo: *Derecho Penal Económico – Parte Especial II*, 2da. Edición, Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 1099].

QUINTO. Que, en cuanto a la situación jurídica del encausado LARENAS NIERI, jefe del Área de Edificaciones y Coordinador de la obra de CORPAC, asumió que no es posible que un interesado sea otro organismo público, que la ley vigente cuando se produjeron los hechos no contemplaba como delito de colusión la intervención en la fase de ejecución del contrato, y que se infringió las reglas de la prueba por indicios.

∞ Conforme se ha indicado, se imputó a directores y funcionarios de CORPAC la comisión del delito de colusión (*i*) por lo sucedido con la aprobación de los acuerdos por el Directorio, la suscripción de los Convenios Interinstitucionales con la Municipalidad Provincial del Callao y FINVER (convenio y adendas) y (*ii*) por lo ocurrido en el curso de su ejecución.

∞ En los años dos mil nueve y dos mil diez se produjeron los hechos calificados como colusión. En esas fechas la Ley vigente que regulaba el artículo 384 del Código Penal era la Ley 27713, de veintisiete de diciembre de mil novecientos noventa y seis. Su texto, primero, solo hacía mención a los interesados (expresión que las demás reformas legales mantuvieron, hasta la Ley vigente 31178, de veintiocho de abril de dos mil veintiuno); y, segundo, se limitaba a señalar la intervención del agente público en los contratos, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante, en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial, sin hacer mención a las fases de la contratación pública; prescripción que vino a modificarse a partir de la Ley 29758, de veintiuno de julio de dos mil once, y que estableció que la intervención del agente oficial debía realizarse en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado –supuesto que fue reiterado en las tres reformas ulteriores: Ley 30111, Decreto Legislativo 1243 y Ley 31178–.

SEXTO. Que la expresión “interesados” no tiene una definición auténtica o legal en el Código Penal. Por lo general su interpretación se ha referido a terceros particulares, en la medida que es un delito de encuentro, como partícipes necesarios, en tanto en cuanto son los que se conciertan con los agentes públicos competentes –en este caso de CORPAC–. Sin embargo, en la dinámica compleja de las diversas actividades que realiza el Estado y sus varios componentes es del todo posible que organismos o empresas públicas, con diverso nivel de autonomía funcional y régimen interno, puedan desarrollar actividad en la producción, comercialización o prestación de bienes y servicios, así como contratar entre sí, por lo que en relación al órgano público que contrata y recibe diversos montos por ello del otro organismo público muy bien puede ser calificado de interesado e incurrir en lógicas de concierto defraudatorio. El interesado es un tercero en relación al órgano público que decide una contratación pública, concesión y

otra operación a cargo del Estado, y este tercero puede ser una persona natural o jurídica, privada o pública [cfr.: PARIONA ARANA, RAÚL: *El delito de colusión*, Instituto Pacífico, Lima, 2017, p. 44. CASTILLO ALVA, JOSÉ LUIS: *El delito de colusión*, Instituto Pacífico, Lima, 2017, p. 378]. Lo relevante para el delito de colusión es que el tercero o interesado ejecute una obra, proporcione bienes o brinde un servicio al Estado; y, ello es lo que hizo FINVER. El agente público y el interesado (público o privado) están ubicados en ángulos distintos de la contratación; luego, implica bilateralidad y negociación sobre bienes, obras o servicios –prestaciones de carácter patrimonial– [cfr.: PARIONA ARANA, RAÚL: *Ibidem*, p. 63]–.

∞ Más allá de lo que se señaló en la Ejecutoria Suprema RN 885-2016/Callao, de doce de julio de dos mil diecisiete, es de resaltar la perspectiva de tutela del bien jurídico vulnerado, que requiere resaltar la actuación del agente público y del interesado en un proceso de contratación pública. Por lo demás, la cualidad del tercero interesado no determina la configuración del hecho delictivo, el sentido del injusto penal no se centra en la cualidad de éste, sino en la afectación al adecuado desarrollo del proceso de contratación [cfr.: MARTÍNEZ HUAMÁN, RAÚL ERNESTO: *Delito de colusión*, Editores del Centro, Lima, 2019, p. 117].

∞ No se está, pues, ante el supuesto de atipicidad reclamado.

SÉPTIMO. Que el artículo 384 del Código Penal, según la Ley vigente cuanto los hechos, Ley 26713, solo destacaba la intervención de un funcionario o servidor público competente en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante. No hacía mención expresa a la etapa de la contratación o negocios públicos. Recién, a partir de la Ley 29758, se señaló que el funcionario o servidor público ha de intervenir en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado.

∞ El enunciado normativo originario, dado su carácter general, al referirse a las contrataciones públicas u operaciones semejantes y a la exigencia de concierto en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros permite comprender con facilidad tanto la celebración del contrato u operación, incluso sus pasos previos (preselección), la suscripción del contrato o convenio, como su ejecución y ulterior liquidación, pues el concierto defraudatorio puede darse en todas estas etapas de la contratación pública, que por su propia dinámica sigue un procedimiento escalonado, legalmente configurado –el objeto de la colusión, entonces, puede comprender más de una etapa del procedimiento contractual [cfr.: CASTILLO ALVA, JOSÉ LUIS: *Ibidem*, p. 479]–. En esta misma perspectiva, este Tribunal Supremo en la fecha de vigencia de la Ley 26713 consideró punible los hechos producidos en ejecución de una contratación pública [cfr.: RN. 1015-2009/Puno, de

diecisiete de febrero de dos mil diez; RN. 1815-2009/Tumbes, de veintitrés de julio de dos mil diez; RN. 1527-2016/El Santa, de cinco de diciembre de dos mil dieciséis].

∞ Por consiguiente, el que por una razón de mayor precisión y de consideraciones pragmáticas –para evitar interpretaciones judiciales que puedan generar lagunas de punibilidad– se mencione en las reformas más recientes del delito de colusión que el concierto defraudatorio se podía producir en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública, en modo alguno advirtió que antes tal entendimiento era inaceptable desde la interpretación penal. En este punto, no es que a partir de la nueva ley recién se podía comprender como momento delictivo la etapa de ejecución de la contratación pública. Solo se hizo, en este ámbito, una precisión que ya había sido acogida desde un primer momento por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo. No cabe realizar una interpretación meramente gramatical, entendiendo que, porque ahora se mencionó todas las etapas del proceso de contratación, antes el delito se circunscribía exclusivamente a la etapa de formación y celebración de la contratación u operación públicas.

OCTAVO. Que el encausado LARENAS NIERI fue condenado en primera instancia no solo por lo relacionado al expediente técnico, también por haber dado conformidad al cronograma de procesos de selección presentado por FINVER para la ejecución de la obra, así como a las rendiciones de cuentas presentadas por FINVER [vid.: sentencia de primera instancia, folios ciento cincuenta y cuatro a ciento cincuenta y seis]. Su recurso de apelación de ocho de marzo de dos mil diecinueve comprendió todos estos extremos. Empero, el Tribunal Superior solo analizó lo relacionado con la aprobación del expediente técnico, y no se pronunció respecto a los dos puntos restantes. Incurrió, por tanto, en una incongruencia *citra petita*. Vulneró, entonces, la garantía de tutela jurisdiccional en su derecho a una sentencia congruente, por lo que se incurrió en una causal de nulidad absoluta, prevista en el artículo del 150, literal ‘d’, del CPP, que es del caso declarar de oficio conforme al artículo 432, apartado 1, del CPP. Así debe declararse.

∞ Por consiguiente, corresponde emitir sentencia casatoria únicamente respecto del encausado JULIO MARTÍN LARENAS NIERI, atento a la nulidad que es del caso declarar.

NOVENO. Que estando a las conclusiones arribadas no es del caso imponer costas –éstas solo se imponen a quien interpuso el recurso sin éxito: artículo 504, apartado 2, del CPP–. Respecto del encausado LARENAS NIERI finalmente la sentencia en su contra se está anulando, por lo que no es



razonable condenarlo al pago de costas. Pese a la oposición de la Procuraduría y no obstante perder el recurso no cabe su imposición por imperio del artículo 499, apartado 1, del CPP.

DECISIÓN

Por estas razones: **I.** Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación promovido por el encausado JULIO MARTÍN LARENAS NIERI por las causales materia de interposición; y, **NULA** la sentencia de vista de fojas seis mil doscientos cuarenta y cuatro, de veintinueve de diciembre de dos mil veinte, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas tres mil quinientos cincuenta y uno, de veintidós de febrero de dos mil diecinueve, condenó al citado JULIO MARTÍN LARENAS NIERI como cómplice primario del delito de colusión en agravio del Estado a nueve años de pena privativa de libertad y un año y ocho meses de inhabilitación, así como al pago solidario de cuarenta millones de soles; con todo lo demás que al respecto contiene. **II. ORDENARON** se dicte nueva sentencia de vista por otro Colegiado, teniendo presente lo expuesto en esta sentencia casatoria y respetando las decisiones acerca de los puntos señalados en los fundamentos jurídicos cuarto a séptimo. **III.** Sin costas. **IV. DISPUSIERON** se transcriba la presente sentencia al Tribunal Superior para su debido cumplimiento; registrándose. **V. MANDARON** se lea esta sentencia casatoria en audiencia pública, se notifique inmediatamente y se publique en la página web del Poder Judicial; registrándose. **INTERVINO** el señor Cotrina Miñano por impedimento de la señora Altabás Kajatt. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

LUJÁN TÚPEZ

SEQUEIROS VARGAS

COTRINA MIÑANO

CARBAJAL CHÁVEZ

CSMC/AMON