



***Sala Penal Nacional de Apelaciones
Colegiado A***

Expediente : 00022-2017-15-5201-JR-PE-02
Jueces Superiores : Salinas Siccha / Guillermo Piscoya / Burga Zamora
Ministerio Público : Primera Fiscalía Superior Nacional Especializada en Delitos de
Corrupción de Funcionarios
Solicitante : Jesús Gattas Abugattas Abuid y otros
Delito : Colusión agravada
Especialista : Mary Elena Vilcapoma Salas
Materia : Apelación de auto de excepción de improcedencia de acción

Sumilla: En delitos de colusión agravada, en tanto delito de infracción de deber, jurídicamente admite que terceros participen en calidad de cómplices. Por tanto, la excepción de improcedencia de acción, sustentada en argumentos de atipicidad, no puede ser amparada.

Resolución N.º 03

Lima, veintiséis de febrero
de dos mil dieciocho

AUTOS y OÍDOS. – En audiencia pública, el recurso de apelación formulado por el abogado de Jesús Gattas Abugattas Abuid contra la resolución N.º 06, que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción, deducida por el impugnante. Actúa como ponente, el juez superior **Oscar Manuel Burga Zamora**, y **ATENDIENDO:**

I. ANTECEDENTES

- 1.1 La defensa de Jesús Gattas Abugattas Abuid dedujo la excepción de improcedencia de acción contra la investigación que se le sigue por la presunta comisión de los delitos de negociación incompatible, colusión y peculado en agravio del Estado.
- 1.2 Mediante Resolución N.º 6, emitida el siete de diciembre de dos mil diecisiete, se declaró sin objeto emitir pronunciamiento sobre la excepción deducida en relación al delito de negociación incompatible, e infundada respecto del delito de colusión agravada en agravio del Estado.



1.3 La resolución antes mencionada es objeto de apelación por la defensa de Jesús Gattas Abugattas Abuid en el extremo que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción.

II. FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA

2.1 Según la resolución de primera instancia, a Jesús Gattas Abugattas Abuid se le atribuyen dos hechos constitutivos del delito de colusión agravada. El primero está referido al otorgamiento de la buena pro en la licitación N°. 005-2012-GR-Cusco, referida al contrato de supervisión de la obra “Mejoramiento de la Capacidad Resolutiva de los Servicios de Salud del Hospital Antonio Lorena Nivel III.1 Cusco”, en la que actúa como representante de la empresa Cesel Ingenieros S.A., la cual resultó ganadora al haberse presuntamente coludido con los miembros del Comité Especial Ad Hoc; y el segundo, por haberse presuntamente coludido con el Consorcio Salud Lorena, en su condición de empresa supervisora para la elaboración y ejecución de la citada obra.

2.2 Igualmente, según dicha resolución, al deducirse la excepción, solo se cuestionó el segundo hecho materia de imputación por el que se le atribuye responsabilidad penal en grado contributivo, es decir, a título de cómplice.

2.3 Se precisó también que –según la imputación– una vez que resultó ganadora del contrato de supervisión de la obra, habría infringido sus obligaciones al haber dado conformidad a la presentación del expediente técnico de la obra, así como a la ampliación de metas solicitadas por el consorcio ganador, opinando por la pertinencia de la demolición de pabellones: materno infantil y de hemodiálisis, lo que contravino de ese modo la Ley de Contrataciones, al haberse modificado el contrato 239-2012 por tratarse de una convocatoria a suma alzada. Tal situación generó un incremento de trece millones doscientos cuarenta y dos mil ciento cuarenta y ocho soles con veintidós céntimos.

2.4 Efectuada la precisión de los hechos, el juez consideró, contrariamente a la tesis de la defensa, que los mismos se adecúan al delito de colusión agravada a título de complicidad, el que se le atribuye por haber colaborado con la realización del elemento rector del tipo penal, como es la concertación; por lo tanto, su responsabilidad deberá determinarse en su momento con la valoración de la prueba, no a través de la excepción deducida.

III. AGRAVIO Y ARGUMENTOS DE LA DEFENSA

3.1 Sostuvo la defensa que el tipo penal de colusión agravada requiere para su comisión la concertación ilegal y la defraudación al Estado, por lo que los únicos autores y



posibles partícipes serían el funcionario público del Gobierno Regional del Cusco y el funcionario del Consorcio Salud Lorena, por ser estos últimos parte interesada.

3.2 Afirmó que no se puede incluir como partícipe de colusión a cualquier particular, sino solo a aquel que tenga un interés determinado en la contratación y adquisición de bienes, obras y/o servicios, es decir, con quien el funcionario público realice el acuerdo colusorio. En tal sentido, por más que se le atribuya a su patrocinado la suscripción del contrato de supervisión de la obra en nombre de Cesel Ingenieros S.A., no tendría capacidad para participar en la concertación, en consecuencia, los hechos imputados no pueden constituir delito.

3.3 Finalmente sostuvo que como en este caso los hechos no constituyen delito, por falta de adecuación, toda vez que la empresa Cesel Ingenieros S.A. opina a través de sus ingenieros, no se puede atribuir a su patrocinado acto contributivo con el delito de colusión, ya que los actos referidos por la Fiscalía no se condicen con sus labores reales; por estas razones concluyó solicitando se revoque la decisión impugnada.

IV. ARGUMENTOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

4.1 Por su parte el Ministerio Público señaló que para el análisis de la excepción planteada tiene que tomarse como punto de partida la imputación fáctica. En tal sentido, al sustentarse esta en motivos de atipicidad relativa y de responsabilidad, dicha excepción no puede admitirse.

4.2 Agregó que la imputación está contenida en las disposiciones de los años 2016 y 2017, según las cuales se atribuye al recurrente que en su calidad representante de la entidad supervisora de la obra “Mejoramiento de la Capacidad Resolutiva de los Servicios de Salud del Hospital Antonio Lorena Nivel III-1, Cusco”, no haber cumplido con los términos de referencia y haber aprobado la modificación del PMA, el cual proponía la demolición de los pabellones materno infantil y del servicio de hemodiálisis, lo que modificó de ese modo el contrato matriz que fue a suma alzada (elaborar el expediente técnico y ejecución de la obra); asimismo se le atribuye no haber realizado las observaciones correspondientes ni cautelado la ejecución de la obra. Por ello consideró que debe confirmarse la resolución impugnada.

V. ARGUMENTOS DE LA PROCURADURÍA

5.1 Inició su alocución sosteniendo que se allana a lo señalado por el fiscal y, por tanto, solicita se confirme la resolución recurrida, toda vez que el juez ha efectuado un análisis correcto de los hechos porque el excepcionante ha contribuido en los hechos y su actuación ha sido en calidad de representante de la empresa supervisora; por lo tanto,



estaba encargado de velar por los intereses del Gobierno Regional, función que no cumplió. Por ello, los hechos sí configuran delito.

5.2 Sostuvo que no es cierto lo sostenido respecto a falta de relación con la demolición de los pabellones materno infantil y de hemodiálisis porque se trata de una decisión preexistente, ya que tal situación se ha producido en el transcurso de la ejecución de la obra. Además, para tal fin se requería de un informe favorable, el cual está contenido en el informe N.º 1-2012. En consecuencia, consideró que debe confirmarse la impugnada.

VI. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN.

6.1 La excepción de improcedencia de acción, procede, según el artículo 6.1 del Código Procesal Penal (en adelante CPP), cuando el hecho denunciado no constituye delito o el hecho no es justiciable penalmente. En el primer caso, tiene que ver con la ausencia de algunos de los elementos constitutivos del ilícito penal y, en el segundo caso, cuando a pesar de verificarse los mismos, no se justifica la intervención del derecho penal para la solución del conflicto por la presencia, por ejemplo, de excusas absolutorias o las condiciones objetivas de punibilidad.

6.2 Al sustentarse la excepción deducida en el primer supuesto, es decir, en la falta de coincidencia entre el contenido fáctico de la imputación y las exigencias de tipicidad del delito de colusión agravada, corresponde previamente efectuar algunas precisiones de carácter jurídico a fin de determinar si los agravios invocados tienen sustento jurídico. Este análisis de tipicidad incluirá la participación criminal, porque, según la tesis de la defensa, este delito solo puede ser atribuido al tercero que participa en la concertación con el funcionario público, situación que no sucedería en el caso de su patrocinado.

6.3 De conformidad con el artículo 384 del Código Penal, incurre en el delito de colusión agravada el “funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley (...)”. Como se puede advertir y así lo reconoce la Corte Suprema¹, este supuesto –a diferencia de la colusión simple, es la que solo se requiere la concertación ilegal–, exige, además de la concertación del funcionario o servidor público con los interesados, que se defraude patrimonialmente al Estado. Se trata, pues, de un supuesto de resultado, en la que el desvalor de la acción, esto es, la concertación idónea no basta para configurar el delito, sino la efectiva lesión o perjuicio al patrimonio del Estado -desvalor de resultado-.

¹ Casación 661-2015 Piura, fundamento jurídico décimo quinto.



posibles partícipes serían el funcionario público del Gobierno Regional del Cusco y el funcionario del Consorcio Salud Lorena, por ser estos últimos parte interesada.

3.2 Afirmó que no se puede incluir como partícipe de colusión a cualquier particular, sino solo a aquel que tenga un interés determinado en la contratación y adquisición de bienes, obras y/o servicios, es decir, con quien el funcionario público realice el acuerdo colusorio. En tal sentido, por más que se le atribuya a su patrocinado la suscripción del contrato de supervisión de la obra en nombre de Cesel Ingenieros S.A., no tendría capacidad para participar en la concertación, en consecuencia, los hechos imputados no pueden constituir delito.

3.3 Finalmente sostuvo que como en este caso los hechos no constituyen delito, por falta de adecuación, toda vez que la empresa Cesel Ingenieros S.A. opina a través de sus ingenieros, no se puede atribuir a su patrocinado acto contributivo con el delito de colusión, ya que los actos referidos por la Fiscalía no se condicen con sus labores reales; por estas razones concluyó solicitando se revoque la decisión impugnada.

IV. ARGUMENTOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

4.1 Por su parte el Ministerio Público señaló que para el análisis de la excepción planteada tiene que tomarse como punto de partida la imputación fáctica. En tal sentido, al sustentarse esta en motivos de atipicidad relativa y de responsabilidad, dicha excepción no puede admitirse.

4.2 Agregó que la imputación está contenida en las disposiciones de los años 2016 y 2017, según las cuales se atribuye al recurrente que en su calidad representante de la entidad supervisora de la obra “Mejoramiento de la Capacidad Resolutiva de los Servicios de Salud del Hospital Antonio Lorena Nivel III-1, Cusco”, no haber cumplido con los términos de referencia y haber aprobado la modificación del PMA, el cual proponía la demolición de los pabellones materno infantil y del servicio de hemodiálisis, lo que modificó de ese modo el contrato matriz que fue a suma alzada (elaborar el expediente técnico y ejecución de la obra); asimismo se le atribuye no haber realizado las observaciones correspondientes ni cautelado la ejecución de la obra. Por ello consideró que debe confirmarse la resolución impugnada.

V. ARGUMENTOS DE LA PROCURADURÍA

5.1 Inició su alocución sosteniendo que se allana a lo señalado por el fiscal y, por tanto, solicita se confirme la resolución recurrida, toda vez que el juez ha efectuado un análisis correcto de los hechos porque el excepcionante ha contribuido en los hechos y su actuación ha sido en calidad de representante de la empresa supervisora; por lo tanto,



estaba encargado de velar por los intereses del Gobierno Regional, función que no cumplió. Por ello, los hechos sí configuran delito.

5.2 Sostuvo que no es cierto lo sostenido respecto a falta de relación con la demolición de los pabellones materno infantil y de hemodiálisis porque se trata de una decisión preexistente, ya que tal situación se ha producido en el transcurso de la ejecución de la obra. Además, para tal fin se requería de un informe favorable, el cual está contenido en el informe N.º 1-2012. En consecuencia, consideró que debe confirmarse la impugnada.

VI. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN.

6.1 La excepción de improcedencia de acción, procede, según el artículo 6.1 del Código Procesal Penal (en adelante CPP), cuando el hecho denunciado no constituye delito o el hecho no es justiciable penalmente. En el primer caso, tiene que ver con la ausencia de algunos de los elementos constitutivos del ilícito penal y, en el segundo caso, cuando a pesar de verificarse los mismos, no se justifica la intervención del derecho penal para la solución del conflicto por la presencia, por ejemplo, de excusas absolutorias o las condiciones objetivas de punibilidad.

6.2 Al sustentarse la excepción deducida en el primer supuesto, es decir, en la falta de coincidencia entre el contenido fáctico de la imputación y las exigencias de tipicidad del delito de colusión agravada, corresponde previamente efectuar algunas precisiones de carácter jurídico a fin de determinar si los agravios invocados tienen sustento jurídico. Este análisis de tipicidad incluirá la participación criminal, porque, según la tesis de la defensa, este delito solo puede ser atribuido al tercero que participa en la concertación con el funcionario público, situación que no sucedería en el caso de su patrocinado.

6.3 De conformidad con el artículo 384 del Código Penal, incurre en el delito de colusión agravada el “funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley (...)”. Como se puede advertir y así lo reconoce la Corte Suprema¹, este supuesto –a diferencia de la colusión simple, es la que solo se requiere la concertación ilegal–, exige, además de la concertación del funcionario o servidor público con los interesados, que se defraude patrimonialmente al Estado. Se trata, pues, de un supuesto de resultado, en la que el desvalor de la acción, esto es, la concertación idónea no basta para configurar el delito, sino la efectiva lesión o perjuicio al patrimonio del Estado -desvalor de resultado-.

¹ Casación 661-2015 Piura, fundamento jurídico décimo quinto.



6.4 Importa también resaltar que, conforme a la regulación antes precisada, se trata de un delito especial, en la que el círculo de autores está limitado a determinados sujetos²: funcionarios o servidores públicos. Por lo mismo, nos encontramos ante un delito de infracción de deber, como muy bien lo reconoce la doctrina y nuestra jurisprudencia³

6.5 Otra característica de este delito es que la concertación ilegal entre el funcionario o servidor público y el particular para defraudar al Estado se produce en el ámbito de la contratación pública, en cualquiera de sus fases (preparatoria, de selección y de ejecución). Por tal razón, se considera un delito de participación necesaria –concretamente de encuentro–, que requiere de la intervención de un particular o *extraneus*, estos es, exige que el agente público –*intraneus*– se ponga ilícitamente de acuerdo con las partes implicadas de un contrato o acto –los interesados– que se requiere celebrar o que se ha celebrado en perjuicio de la administración pública⁴. En este escenario, está claro que ambos sujetos apuntan a la misma finalidad típica: beneficiarse al margen de la ley a sí mismos, causando perjuicio al Estado.

6.6 Tratándose de un delito especial de infracción del deber⁵, jurídicamente solo puede ser autor el sujeto público que infringe su deber especial de carácter penal, mientras que los particulares que intervienen en la concertación ilegal o ayuda a concertar el objetivo de la concertación ilegal, solo pueden ser considerado partícipes⁶.

6.7 Si tenemos en cuenta que el perjuicio patrimonial generalmente se produce en la fase de ejecución de las obras que fueron objeto de licitación pública a pesar de la existencia de una serie de normas propias de la contratación pública previstas para garantizar la legalidad, objetividad e imparcialidad del proceso de contratación a fin de preservar el patrimonio del Estado y evitar posibles perjuicios, es fácticamente posible que terceros no intervinientes en la concertación, coadyuven a la finalidad típica (beneficio ilícito del *intraneus* e *extraneus* en perjuicio del Estado).

6.8 Sobre el particular, la doctrina⁷ admite la posibilidad del cómplice distinto al tercero que participa en la concertación ilegal con el funcionario cuando, a sabiendas, facilita el acto de concertación ilegal entre el funcionario y el interesado. Nuestra jurisprudencia también se ha pronunciado en favor de esta posición. En efecto, la Corte Suprema⁸, en

² LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Derecho penal, parte general*, Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima 2004, p. 399.

³ En el fundamento jurídico 19 del Recurso de Nulidad N.º 1842-2016-Lima, la Corte Suprema sostiene que: "El delito contra la Administración Pública-colusión, es esencialmente uno de infracción de deber. Es decir, sólo puede ser cometido por determinadas personas, portadoras de un deber especial e institucional".

⁴ También se denomina de concurrencia, tal como se puede observar del fundamento jurídico 3.2 del R.N. N.º 78-2013-La Libertad.

⁵ Según el fundamento jurídico 19 del Recurso de Nulidad N.º 1842-2016-Lima. "El delito contra la Administración Pública-colusión, es esencialmente uno de infracción de deber. Es decir, sólo puede ser cometido por determinadas personas, portadoras de un deber especial e institucional".

⁶ Cfr., Jacobo López Barja de Quiroga quien reconoce que la doctrina dominante adopta la posición que el *extraneus* debe responder como partícipe del delito cometido por el *intraneus*, en virtud de la unidad del título de imputación, Op. cit., p. 411.

⁷ Cfr., PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, Instituto Pacífico, Lima, 2017, p. 116.; en el mismo sentido admite esta tesis Luis Castillo Alva, respaldado en la jurisprudencia de la Corte Suprema, en *El delito de colusión*, Instituto Pacífico, Lima 2017, p. 540 y siguientes.

⁸ Luis Castillo Alva hace referencia a las siguientes sentencias: R.N. N.º 468-2010, R.N. N.º 1793-2011, R.N. N.º 2170-2010, R.N. N.º 2514-2011, R.N. N.º 1408-2007, R.N. N.º 236-2012, R.N. N.º 619-2011,



supuestos como el que es materia de análisis ha determinado la existencia de responsabilidad penal en calidad de cómplices y en otros ha terminado absolviendo, pero por temas probatorios, no por negar la posibilidad de responsabilidad penal. Así, al argumento de la defensa de que no se puede imputar el delito de colusión ilegal a un tercero que no participa en forma directa en el acto colusorio no tiene respaldo jurídico, si se determina conducta contributiva dolosa.

6.9 Visto el caso concreto, corresponde determinar si, conforme a los términos materia de imputación, se puede atribuir a Abugattas Abuid la condición de cómplice del delito de peculado. Al respecto corresponde señalar que, según la disposición fiscal de fecha ocho de junio de dos mil diecisiete⁹, incurrió en este delito en su condición de representante de la empresa Cesel Ingenieros S.A., porque:

en su condición de empresa supervisora para la elaboración y ejecución de la obra "*Mejoramiento de la Capacidad Resolutiva de los Servicios de Salud del Hospital Antonio Lorena Nivel III-1 Cuzco*", [se habría] concertado con el imputado Jorge Isacc Acurio Tito, Max Alberto Pozo Ugarte, Marco Raúl Morocho Oré y Mario Edgar Cárdenas Huamán, pues al haber formado parte del Comité Especial AD HOC, para la licitación "Servicio de Consultoría para la Supervisión de la Elaboración del Expediente Técnico a nivel de Ejecución de Obra y Construcción de la obra "*Mejoramiento de la Capacidad Resolutiva de los Servicios de Salud del Hospital Antonio Lirena III-1 Cusco*" Meta: 0028 Construcción de Infraestructura de Salud", a quienes lo favorecieron en el otorgamiento de la buena pro para dicha licitación, direccionamiento que a la vez favorecía a la empresa OAS S.A., que formaba parte del consorcio Salud Lorena.

Igualmente se le atribuye:

haberse coludido con el Consorcio Salud Lorena –representado por Leonardo Fracassi Costa– al haber dado su conformidad a la ampliación de metas solicitadas por el referido Consorcio, opinado con ello la pertinencia de la demolición de los dos pabellones: materno infantil y hemodiálisis, contraviniendo con ello no solo las bases, sino la ley de contrataciones del Estado, al haberse modificado el contrato 239-2012, por el cual se convocó bajo el sistema de contratación de Suma Alzada, por el cual el postor se obligaba a ejecutar el íntegro de los trabajos en el plazo y por el monto ofertado, esta modificación aprobada posibilitó que el precio ofertado para la ejecución de la obra tenga un incremento de S/ 13,242,148.24 soles y se cause una pérdida de una inversión realizada por el Estado, sin que haya realizado observación alguna pese a tener a su cargo la defensa de los intereses de la entidad que contrató sus servicios, favoreciendo de esa esta forma a la empresa contratista y a su propia representada con el pago de valorizaciones que no se encontraban acorde a la realidad, permitiendo que ambas empresas (contratista y supervisora) se vean beneficiadas económicamente (*sic*).

6.10 Entonces se puede advertir que los hechos imputados están directamente relacionados con la ejecución de la obra "*Mejoramiento de la Capacidad Resolutiva de los Servicios de Salud del Hospital Antonio Lorena III-1, Cusco. Meta: 0028 Construcción de Infraestructura de Salud*", presuntamente licitada bajo concertación ilegal, al igual que la de supervisión, en la que resultó ganadora la empresa Cesel Ingenieros S.A. y en cuya representación actuó Jesús Gattas Abugattas Abuid. Si esto es así y los cargos concretos tienen que ver no solo con la emisión de opinión favorable de

R.N. N° 248-2013, R.N. N° 77-2012, etc. El delito de Colusión, Instituto Pacífico, Lima, 2017, p. 548 y siguientes.

⁹ Proporcionado por la Procuraduría en audiencia.



la demolición de los dos pabellones: materno infantil y hemodiálisis, en contra de las bases de la licitación y la Ley de Contrataciones del Estado (contratación a suma alzada), sino también con el incumplimiento de sus obligaciones de supervisión de la ejecución de la obra (realizar observaciones de determinados actos que no concordaban con la realidad), lo que habría generado un incremento de S/ 13 242 148.24 del valor de la obra, y consecuente pérdida en la capacidad de inversión del Estado, este Colegiado considera que –independientemente de lo que se pueda probar, por no ser materia de pronunciamiento en una excepción– es posible considerar a Abugattas Abuid como cómplice del delito de colusión en calidad de representante de la empresa Cesel Ingenieros S.A.

6.11 Por lo tanto, existiendo la posibilidad de una presunta participación en grado de complicidad en que habría incurrido Abugattas Abuid como representante de la empresa CESEL Ingenieros S.A., encargada de la supervisión de la obra denominada “Mejoramiento de la Capacidad Resolutiva de los Servicios de Salud del Hospital Antonio Lorena III-1 Cusco”, respecto de los perjuicios económicos causados al Estado, no corresponde amparar la excepción de improcedencia de acción bajo argumento de atipicidad y decidir su apartamiento del proceso. En consecuencia, lo que corresponde es ratificar la decisión de primera instancia.

VII. DECISIÓN

Por estas razones expuestas, de conformidad con las normas invocadas y lo dispuesto por los artículos 6, inciso 2 del artículo 419 y 420 del CPP, los magistrados integrantes del Colegiado A de la Sala Penal Nacional de Apelaciones del Sistema Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, **RESUELVEN: CONFIRMAR** la resolución N.º 06 que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción, deducida por el abogado de Jesús Gattas Abugattas Abuid. *Notifíquese y devuélvase.-*

Sres.:

SALINAS SICCHA

GUILLERMO PISCOYA

BURGA ZAMORA

PODER JUDICIAL

MARY ELENA VILCAPOMA SALAS
ESPECIALISTA JUDICIAL
Sala Penal Nacional de Apelaciones
Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

