CONGRESO DE LA REPÚBLICA
ÁREA DE TRAMITE DOCUMENTARIO
03 JUL 2019
RECIBIDO
Firma ..... Hora 11:35

PROYECTO DE LEY

LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 384 DEL CÓDIGO PENAL QUE AGRAVA LA PENALIDAD PARA EL INSPECTOR Y EL SUPERVISOR DE OBRA.

La señora Congresista de la República **GLORIA MONTENEGRO FIGUEROA**, integrante del Grupo Parlamentario **Alianza Para el Progreso - APP**, en ejercicio del Derecho de iniciativa legislativa que le confiere el artículo 107° de la Constitución Política del Perú y los artículos 22°, literal c) y los artículos 74, 75° y 76ª inciso 2) del Reglamento del Congreso de la República; propone la siguiente iniciativa legislativa.

FORMULA LEGAL:

LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 384 DEL CÓDIGO PENAL QUE AGRAVA LA PENALIDAD PARA EL INSPECTOR Y EL SUPERVISOR DE OBRA

Artículo 1° Objeto de la Ley.-

Modificase el artículo 384 del Código Penal, que quedará redactado en los siguientes términos:

> **"Artículo 384. Colusión simple y agravada**
>
> El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados, **sean éstos proveedores, participantes, postores, contratistas u otros** para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de **cinco** ni mayor de **ocho** años; inhabilitación,

376166 ATD

según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

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, **sean éstos proveedores, participantes, postores, contratistas u otros**, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa."

La pena será no menor de ocho años ni mayor de quince años, cuando la concertación para defraudar al Estado es realizada por el inspector o supervisor de obra.

Cuando en la concertación defraudatoria al Estado interviene el inspector o supervisor, en la ejecución de la obra, la pena será no menor de ocho años ni mayor de quince años.

Lima, 27 de mayo del 2019.

F. VILLAVICENCIO

C. VILLANUEVA

M. CASTRO

L. IBERICO

R. NARVAEZ

Dra. GLORIA MONTENEGRO FIGUEROA
Congresista de la República

CESAR H. VÁSQUEZ SÁNCHEZ
Directivo Portavoz Titular
Grupo Parlamentario
Alianza Para el Progreso - APP

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Lima, 08 de JULIO del 2019

Según la consulta realizada, de conformidad con el Artículo 77° del Reglamento del Congreso de la República: pase la Proposición N° 4518 para su estudio y dictamen, a la (s) Comisión (es) de JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS.

GIANMARCO PAZ MENDOZA
Oficial Mayor
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La presente iniciativa surge de las constantes demandas al Estado por parte de la población que exige y necesita la inmediata construcción de carreteras, hospitales, obras de irrigación; es decir, **inversión pública** en obras de infraestructura que conduzcan al desarrollo del país. Sin embargo, también **es deber del Estado velar en este proceso de inversiones sociales, el correcto uso del dinero público**, para lo cual se deben crear los controles necesarios para que aquellos que incurran en algún tipo de responsabilidad puedan ser sancionado ejemplarmente.

En ese sentido, resulta preocupante que una de las figuras penales más usadas para defraudar patrimonialmente al Estado: ***la colusión defraudatoria, tenga penas para su tipo base con pena privativa de la libertad de tres a seis años.*** Qué asimismo, no se prevean agravantes para el caso de los supervisores de obras que se coluden con estas operaciones y que se permite que se termine pagando montos millonarios sobrevalorados, por las obras públicas.

Para tal fin, es necesario brindar una herramienta clara y precisa a los operadores de justicia respecto al **artículo 384 del Código Penal**, delito de colusión simple y agravada, en cuanto al particular interviniente necesario para configurar el acuerdo colusorio, siendo necesario cualificarlo y no sólo limitarlo a la concertación con *"el interesado"*, sino describir y señalar quienes pueden ser los partícipes en los delitos de infracción del deber donde el autor es un funcionario público.

La presente propuesta guarda relación con lo establecido en la Ley de Contrataciones del Estado en lo referido a las sanciones de **proveedores, participantes, postores, contratistas, subcontratistas y profesionales que se desempeñan como residente o supervisor de obra,** a nivel administrativo, donde se indica que éstos son pasibles de sanciones penales. Por ello, resulta pertinente tipificar la conducta ilícita en la que pudieran incurrir los sujetos citados.

La ampliación de los intervinientes como partícipes, no sólo corresponde a los interesados, ya que si bien podría encuadrar a los proveedores, participantes, postores, contratistas, subcontratistas, los profesionales que se desempeñan como residentes o supervisores de obras deberían estar incluidos de manera clara y expresa en el delito de colusión simple y agravada; todo ello, sin perjuicio que pueda incurrir en otro tipo de delitos, ya que puede existir concurso de delitos (real o ideal), correspondiendo a los operadores de justicia calificar las conductas de los investigados en cada caso concreto.

Nuestro actual sistema penal, ha regulado en su artículo 384 del Código Penal como conducta ilícita:

> *"El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.*

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, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa."

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD IMPONE LA NECESIDAD QUE EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA APRUEBE LA MODIFICATORIA DEL ARTÍCULO 384 DEL CÓDIGO PENAL QUE INSERTE Y DESCRIBA LOS "EXTRANEUS" EN EL DELITO DE COLUSIÓN SIMPLE Y AGRAVADA.

Al respecto, es necesario saber que en los grandes proyectos de inversión, donde se invierten millones de soles que pertenecen a todos los peruanos, se ha venido haciendo responsable en la mayoría de casos a los titulares de entidad, funcionarios públicos de primer y segundo nivel; sin embargo, no se viene sancionando con la misma severidad a aquellos que tienen mucho mayor responsabilidad en la toma de decisiones y que son muy bien remunerados, como son los supervisores de obras, inspectores o los propios administradores de los contratos de obras, que si bien no tienen vínculo laboral con la entidad son los encargados de realizar los informes técnicos que sustentan los actos administrativos que luego configuran conductas ilícitas.

I. ¿PORQUÉ EL TENER LA CALIDAD DE INSPECTOR O SUPERVISOR DE OBRA DEBE CONSTITUIR UN AGRAVANTE EN EL DELITO DE COLUSIÓN?

Si bien es cierto, en el delito de colusión la agravante lo constituye el perjuicio patrimonial del Estado; sin embargo, estando a la alta incidencia de los delitos de colusión donde se tiene como sujeto activo al funcionario público, siendo pasible de la misma pena "el particular" con el que se realiza la concertación para defraudar al Estado, resulta necesario tener presente que existen particulares con funciones específicas de relevancia que sirven de sustento para la toma de decisiones de altos funcionarios que se ven involucrados por presuntas conductas ilícitas.

El supervisor de la obra es una persona natural o jurídica pagada por el Estado para cuidar que la obra pública, ***cumpla los parámetros de técnicos y de calidad del expediente técnico. En los delitos de colusión defraudatoria, la casuística ha demostrado que la defraudación al Estado se produce en el sobre valor de la obra, la calidad de la misma que incide en su duración u otros aspectos, como el pago de adelantos que no guardan correspondencia con los avances;*** *sobre el cual el supervisor de obra, no cumplen con su deber para con la administración pública. Lo mismo el residente.*

Ante ello, es preciso conocer las funciones y responsabilidades del inspector y del supervisor de obra:[1]

[1] En cuanto a las funciones y potestades para el supervisor o inspector, son exactamente iguales, siendo la única diferencia entre ellos que, mientras el inspector es un funcionario de la Entidad, el supervisor es un consultor de obra externo, contratado expresamente para ello. Es la ley de presupuesto la que

Función general:

El artículo 187 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece las funciones del Inspector y del supervisor de obra[2]; sin embargo el artículo 193 del mismo Cuerpo Normativo establece la función genérica del supervisor que consiste en realizar el **CONTROL DE LOS TRABAJOS EN LA OBRA**, siendo su deber el cautelar de forma directa y permanentemente la correcta ejecución de la obra y el cumplimiento del contrato. Del mismo modo, debe absolver las consultas que le formule el contratista, ajustando su actuación a las estipulaciones contractuales sin poder modificar o alterar su contenido.

De ello, se desprende que el supervisor de obra ejercerá el control de manera permanente y directa durante la ejecución de la obra. El carácter de permanente lo da su presencia en la obra durante todo el periodo de ejecución de la misma y el de directa deberá entenderse que esta es personalísima, sin intermediarios.

---

establece cada año cual es límite presupuestal del valor referencial del proceso de selección que determina la obligación de contar con un supervisor.

[2] Artículo 187. Funciones del Inspector o Supervisor

187.1. La Entidad controla los trabajos efectuados por el contratista a través del inspector o supervisor, según corresponda, quien es el responsable de velar directa y permanentemente por la correcta ejecución técnica, económica y administrativa de la obra y del cumplimiento del contrato, además de la debida y oportuna administración de riesgos durante todo el plazo de la obra, debiendo absolver las consultas que formule el contratista según lo previsto en los artículos siguientes. En una misma obra el supervisor no puede ser ejecutor ni integrante de su plantel técnico.

187.2. El inspector o el supervisor, según corresponda, está facultado para ordenar el retiro de cualquier subcontratista o trabajador por incapacidad o incorrecciones que, a su juicio, perjudiquen la buena marcha de la obra; para rechazar y ordenar el retiro de materiales o equipos por mala calidad o por el incumplimiento de las especificaciones técnicas y para disponer cualquier medida generada por una emergencia. No obstante lo señalado, su actuación se ajusta al contrato, no teniendo autoridad para modificarlo.

187.3. El contratista brinda al inspector o supervisor las facilidades necesarias para el cumplimiento de su función, las cuales están estrictamente relacionadas con esta.

Funciones específicas:[3]

A) Según el tipo de control que ejerce:

1. **Control del precio**
   - ✓ **Adelantos, usos y amortizaciones**
   - ✓ Avance de obra: metrados de avance, valorizaciones, reajustes.
   - ✓ Adicionales y deductivos
   - ✓ Mayores gastos generales
   - ✓ Liquidación de contrato
   - ✓ Control de vencimiento de garantías.

2. **Control de plazo**
   - ✓ Control de los calendarios de avance de obra y de adquisición de materiales.
   - ✓ Control de avance programado
   - ✓ Ampliaciones de plazo
   - ✓ Aplicación de penalidades

3. **Control de calidad**
   - ✓ Revisión del expediente técnico
   - ✓ Elaboración y presentación del informe de dicha revisión con recomendaciones oportunas para subsanar eventuales deficiencias, omisiones o adicionales.
   - ✓ Verificar el cumplimiento del expediente técnico de obra
   - ✓ Control de procesos constrictivos
   - ✓ Control de calidad de materiales

[3] Contratación de Obras Públicas, material de la Sub Dirección de Desarrollo de Capacidades de OSCE.

- ✓ Control de calidad de instalaciones
- ✓ Control de ensayos y pruebas
- ✓ Control topográfico
- ✓ Control de calidad de trabajos ejecutados.
- ✓ Control de maquinaria.
- ✓ Control del personal idóneo.
- ✓ Para el control de calidad deberá verificarse el cumplimiento de las normas técnicas, que resulten aplicables como por ejemplo las normas técnicas sobre edificaciones.

4. **Control de obligaciones contractuales**

- ✓ Otros tipos de obligaciones distintas a las anteriores
- ✓ Seguridad, normas específicas.
- ✓ Impacto ambiental
- ✓ Permisos y licencias
- ✓ Relación con la población
- ✓ Restos arqueológicos
- ✓ Reconocimiento del área del proyecto
- ✓ Presentación de informes: quincenales, mensuales, de control de calidad, por adicionales, por ampliaciones de plazo, entre otros.
- ✓ De documentos necesarios para iniciar la obra.
- ✓ Participar en la entrega de terreno.
- ✓ Utilizar cuaderno de obra.

B) Según la etapa:

1. **Actividades antes del inicio de la obra**:

- ✓ Reconocimiento del área del proyecto.

- ✓ Revisión del expediente técnico.
- ✓ Elaboración y presentación del informe de dicha revisión con recomendaciones oportunas para subsanar eventuales deficiencias, omisiones o adicionales.

2. **Actividades durante la ejecución de la obra**

2.1. Control Técnico

- ➢ Control topográfico.
- ➢ Control de calidad de materiales.
- ➢ Control de procesos constructivos.
- ➢ Control de calidad de trabajos ejecutados.
- ➢ Control de maquinaria.
- ➢ Control del personal idóneo.
- ➢ Control de ensayos y pruebas de laboratorio.
- ➢ Presentación de informes: quincenales, mensuales, de control de calidad, por adicionales, por ampliaciones de plazo, entre otros.

2.2. Control del Contrato

- ➢ De documentos necesarios para iniciar la obra.
- ➢ Participar en la entrega de terreno.
- ➢ Control de los calendarios de avance de obra y de adquisición de materiales.
- ➢ Exigir medidas de seguridad en obra.
- ➢ Utilizar cuaderno de obra.

2.3. Control Económico Financiero

- Revisión y aprobación de las valorizaciones.
- Calculo de reajustes.
- Elaboración y trámite de presupuestos adicionales y sus reajustes.
- Elaboración y trámite de presupuestos deductivos.
- Control de vencimiento de garantías.

3. Actividades posteriores al término de la obra:

- ✓ Pruebas de puesta en marcha (de ser el caso).
- ✓ Participar en la recepción de la obra.
- ✓ De estar en el contrato, formular la liquidación de obra.
- ✓ Revisión de la liquidación final de obra.
- ✓ Informe final de obra.

Como es de verse, se ha detallado las responsabilidades y/o funciones del inspector o supervisor de obra, las mismas que muchas veces son las causales de perjuicios económico al Estado, tales como la sobrevaluación de la obra o el uso de materiales inadecuados para las mimas. Por lo que, la responsabilidad de estos actores en la ejecución de las obras no sólo debe ser administrativa, sino que el reproche penal debe ser aún mayor; máxime, si como es sabido el costo de la supervisión de obra tiene como límite el diez por ciento (10%) del valor referencial de la obra o del monto vigente del contrato de obra, el que resulte mayor.

II. BIEN JURIDICO PROTEGIDO.

El Bien jurídico protegido en este tipo de delitos lo constituye el patrimonio del Estado, ello en virtud de la tutela de la contratación administrativa, o cualquier modo de contratación (civil, laboral, comercial, etc.) de naturaleza económica, en la que se proscribe toda forma de concertación, acuerdo previo o alguna conjunción de voluntades que suponga la defraudación que acarree en perjuicio del Estado.[4]

En nuestro Código Penal, este tipo penal se ubica dentro de los delitos contra la Administración Pública, dado el deber de cuidado de los funcionarios de tutelar el patrimonio del Estado.

En ese sentido, resulta necesario una legislación adecuada que sancione no sólo la responsabilidad del funcionario público que es la de cautelar el patrimonio del Estado, sino de aquellos particulares contratados por el Estado cuyas responsabilidades están basadas en su especialización y experiencia claramente delimitadas.

III. DATOS ESTADISTICOS DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En el mes de marzo del año 2019, se registró un total de 13,938 delitos contra la administración pública, cifra mayor en un 22.24% a los delitos

[4] García Cavero, Percy / Castillo Alva, José Luis, El delito de colusión, Lima (Grijley), 2008, p. 79.

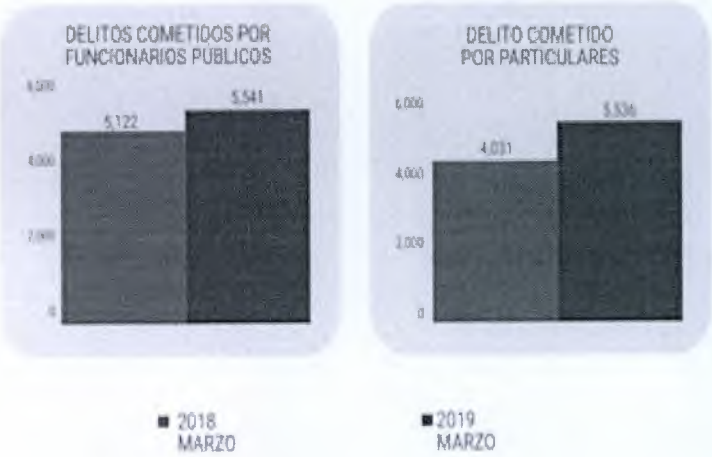
registrados en el mismo período del año 2018 que fueron de 11,402 delitos; asimismo, al mes de marzo del 2019 se puede observar que el tipo de delito con mayor incidencia se presenta en los delitos cometidos por funcionarios públicos con 39.74%.[5]

- **Cuadro comparativo entre marzo 2018 y marzo 2019:**

DELITOS SUB GENÉRICOS	2018 MARZO		2019 MARZO	
	N° DELITOS	%	N° DELITOS	%
CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA				
DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS	5,122	44.92	5,541	39.74
DELITO COMETIDO POR PARTICULARES	4,031	35.35	5,536	39.73
DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA	1,702	14.93	1,848	13.26
SIN ESPECIFICAR DELITO SUB GENÉRICO	547	4.80	1,013	7.27
TOTAL	11,402	100.00	13,938	100.00

FUENTE: Sistema de Información de Apoyo al Trabajo Fiscal - SIATF y Sistema de Gestión Fiscal - SGF
ELABORADO: Oficina de Racionalización y Estadística - ORACE

- **Delitos de mayor incidencia marzo 2018 y marzo 2019:**



[5] Boletín Estadístico del Ministerio Público, N° 03- 2019, MARZO 2019. https://www.mpfn.gob.pe/Docs/0/files/boletin_estadistico_marzo_2019.pdf

IV. VINCULACIÓN CON EL ACUERDO NACIONAL.

La iniciativa legislativa del presente proyecto de ley se enmarca en la Política del Acuerdo Nacional, precisamente con el primer objetivo: "Fortalecimiento de Régimen Democrático y del Estado de derecho". Del mismo modo, guarda relación con la **VISION DEL PERÚ AL 2050,** aprobada por el Acuerdo Nacional el 29 de abril del 2019, en lo referente al quinto eje estratégico: *"Un estado moderno eficiente, transparente y descentralizado que garantiza una sociedad justa e inclusiva,* ***sin corrupción*** *y sin dejar a nadie atrás".*

V. SOCIALIZACIÓN DE LA PROPUESTA.

La presente propuesta no ha sido socializada con Fiscales Superiores Titulares especializados en materia Penal, en reuniones de trabajo para identificar falencias en los delitos de defraudación patrimonial del Estado.

VI. EFECTO DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL.

La presente norma modifica el artículo 384° del Código Penal, describiendo a los particulares intervinientes en el delito de colusión y agrega la agravante de ostentar la calidad de inspector o supervisor dela obra.

VII. ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO.

La presente iniciativa legislativa no implica la asignación de recursos del Tesoro Público. No contraviene con el principio de Equilibrio Presupuestario recogido en el artículo 78° de la Constitución Política del Perú.

GMF/jaem