

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 1689-2024/LIMA
PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO

Título. Colusión desleal. Ámbito. Omisión impropia. Reparación Civil

Sumilla 1. Frente al hecho declarado probado, se ha considerado punible, desde el delito de colusión desleal, al alcalde JUAN MANUEL DEL MAR ESTREMADOYRO y al gerente municipal ALEJANDRO LUIS MENDIGHETTI COSTA. Ahora bien, es evidente que las conductas que se les atribuyen no son activas o comisivas, sino omisivas: no tomaron acciones efectivas para obtener la recuperación del pago en exceso, por servicios no prestados, entregado por la Municipalidad al encausado Israel Morán Comitre, titular de la empresa TADESA. **2.** El artículo 13 del CP permite el castigo a título de comisión por omisión u omisión impropia, siempre que se cumplan dos requisitos copulativos: **1)** deber jurídico de impedir la comisión delictiva o cuando el agente creó un peligro inminente que fuera propio para producirlo (existencia de un deber de garante, que es de carácter pluricategorial: sea el actuar precedente del omitente –por injerencia– o cuando legalmente exista la obligación de actuar –especial deber jurídico del autor–); y, **2)** si la omisión corresponde a la realización de un tipo penal mediante un hacer (cláusula de correspondencia o equivalencia de las modalidades). **3.** La cláusula de correspondencia, se requiere, adicionalmente, que la omisión del garante presente los mismos elementos objetivos y subjetivos que normativamente fundamentan la imputación penal en caso de una realización activa del correspondiente tipo penal (por ejemplo, que en el delito de colusión, que el funcionario público competente se concierte con el particular, entre otros, en la ejecución del contrato con la finalidad de defraudar los intereses patrimoniales del Estado). Tal equivalencia, por las exigencias típicas del delito en cuestión, no puede presentarse, pues no exigir la devolución de un pago indebido, en el marco de la ejecución de un contrato con múltiples obligaciones, al margen de sus funciones específicas en la supervisión del contrato, a cargo de otros órganos de línea, no puede reputarse como un acto de concertación con el *extraneus*, a lo más será un supuesto de omisión de deberes funcionales y, en todo caso, de omisión de denuncia. **4.** Distinto es el caso del encausado ALEJANDRO LUIS MENDIGHETTI COSTA, como gerente de Administración. En efecto, no solo dictó el Memorando 784-2010-GM/MSS y la Resolución Gerencial 907-2010-GA-MSS, sino también conoció de la no ejecución íntegra del contrato por informes de la Gerencia de Servicios y la Gerencia de Asesoría Jurídica, de seis de octubre de dos mil diez y de veintiocho de septiembre de ese año, y fundamentalmente era el directo supervisor del contrato cuestionado y permitió el pago por servicios no ejecutados. Ello no se explica sino a partir de un acuerdo colusorio con el encausado *extraneus* Israel Morán Comitre, titular de la empresa TADESA. Se trató de una concertación tácita por medio de actos concluyentes: no dijo ni hizo nada pese a que debió instar el pago al tener información oportuna cierta de los órganos de línea competentes, de suerte que en pureza se está propiamente ante una conducta comisiva al dejar que otro funcionario realice las actividades ilícitas. **5.** El artículo 12, apartado 3, del CPP permite que pese a la se dicte una sentencia absolutoria o un auto de sobreseimiento, será posible un pronunciamiento en sede penal de la acción civil si ésta ha sido válidamente ejercida, cuando proceda. Incluso, también procede cuando la acción penal ha prescrito [cfr.: RN. 1803/2018-Lambayeque]. Tal autorización legal se entiende porque el Código Procesal Penal asumió la concepción de la autonomía de la acción civil frente a la acción penal, descartando el principio de accesoriadad estricta. Es evidente que en el presente caso se cumplen los elementos de la responsabilidad civil: antijuricidad de la conducta, daño causado, relación de causalidad adecuada y factor de atribución (dolo o culpa).

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, tres de marzo de dos mil veinticinco

VISTOS; en audiencia pública: los recursos de casación, por las causales de inobservancia de precepto constitucional, infracción de precepto material,

vulneración de la garantía de motivación y apartamiento de doctrina jurisprudencial, interpuestos por la defensa de los encausados CÉSAR VÍCTOR FERNÁNDEZ CABANILLAS, ALEJANDRO LUIS MENDIGHETTI COSTA y JUAN MANUEL DEL MAR ESTREMADOYRO contra la sentencia de vista de fojas setecientos cincuenta y tres, de doce de febrero de dos mil veinticuatro, en cuanto confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas trescientos veintiuno, de quince de julio de dos mil veintidós, (i) declaró infundada la excepción de prescripción deducida por los encausados ALEJANDRO LUIS MENDIGHETTI COSTA y JUAN MANUEL DEL MAR ESTREMADOYRO; y, (ii) condenó a ALEJANDRO LUIS MENDIGHETTI COSTA y JUAN MANUEL DEL MAR ESTREMADOYRO como autores del delito de colusión desleal en agravio del Estado – Municipalidad distrital de Santiago de Surco a las siguientes penas: al primero, cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de tres años; y, al segundo, cuatro años de pena privativa de libertad efectiva, así como a todos cuatro años de inhabilitación; asimismo, fijó en la suma de cien mil soles por concepto de reparación civil – daño extrapatrimonial que pagarán solidariamente los encausados recurrentes CÉSAR VÍCTOR FERNÁNDEZ CABANILLAS, ALEJANDRO LUIS MENDIGHETTI COSTA y JUAN MANUEL DEL MAR ESTREMADOYRO; con todo lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que las sentencias de mérito se declararon probado lo siguiente:

∞ **1.** El encausado JUAN MANUEL DEL MAR ESTREMADOYRO, como alcalde de la Municipalidad Distrital de Surco, ALEJANDRO LUIS MENDIGHETTI COSTA, como gerente municipal, y CÉSAR VÍCTOR FERNÁNDEZ CABANILLAS, como gerente de administración, al igual que José Manuel Laos Chung, como gerente de servicios, Pablo Antonio Nolasco Negreiros, como subgerente de limpieza pública, parques y jardines, y José Matías Picón, como subgerente encargado de limpieza pública, parques y jardines, se concertaron con Israel Moran Comitre, gerente general de la empresa TADESA Sociedad de Responsabilidad Limitada, durante la fase de ejecución del contrato 081-2009-MSS-CI-03-2009.

∞ **2.** El encausado JUAN MANUEL DEL MAR ESTREMADOYRO, en su condición de alcalde de la Municipalidad de Santiago de Surco, se concertó con Israel Morán Comitre. Decidió y defendió la tercerización de los servicios de mantenimientos de parques y jardines del distrito de Santiago de Surco, mediante Acta de sesión Extraordinaria de Concejo número trece, de trece de mayo de dos mil nueve, a fin de favorecer y beneficiar a la empresa TADESA, que dio dado origen al contrato 081-2009-MSS, de

catorce de julio de dos mil nueve, en el que dicha empresa se obligaba a brindar el servicio de mantenimiento de parques y jardines a la entidad edil, servicio que contenía seis componentes; que, posteriormente, Israel Morán Comitre, gerente general de TADESA presentó el plan de trabajo de cincuenta y tres periodos, que abarcaban desde el veintiocho de agosto de dos mil nueve al cinco de setiembre de dos mil diez, sin que se incluyera la programación las actividades de lavado de follaje para especies arbóreas reforestadas, recuperación y remodelación de las áreas verdes consolidadas, y renovación de diseños ornamentales y arborización, pues sólo se hizo mención a las labores vinculadas al mantenimiento; que por Resolución de Alcaldía 517-RASS-2010, de veintiuno de junio de dos mil diez, se ordenó la reducción de prestaciones que no se venían ejecutando de los contratos de servicios y había participado en la sesión extraordinaria veinticuatro del Concejo Municipal, de veinte de agosto de dos mil diez; que, sin embargo, el citado imputado JUAN MANUEL DEL MAR ESTREMADOYRO no dispuso acciones para el recupero de los pagos irregulares efectuados a la empresa contratista por servicios no ejecutados, ni tampoco para la ejecución de las referidas prestaciones, por lo que favoreció indebidamente intereses particulares en perjuicio de la entidad edil e incumplió sus atribuciones, pese a tener conocimiento mediante Resolución 907-2010-GA-MSS, de veintiocho de octubre de dos mil diez, que se redujeron las prestaciones del contrato; que si bien sus coacusados se encuentran dentro de la esfera de supervisión y control del contrato, no es óbice para que con su actuar como alcalde no dispuso acciones de control.

∞ **3.** El encausado ALEJANDRO LUIS MENDIGHETTI COSTA, en su condición de gerente municipal, coadyuvó en la concertación con Israel Morán Comitre, gerente general de la empresa TADESA, a fin de favorecerlo con pagos por servicios no ejecutados durante la etapa de ejecución contractual referente al Contrato 081-2009- MSS, de catorce de julio de dos mil nueve, pese a que tomó conocimiento de las conductas irregulares de la empresa TADESA, conforme al Informe 078-2010- GSCMA, de seis de octubre de dos mil diez, emitido por la gerencia de Servicios a la Ciudad y Medio Ambiente, así como al Informe 1053-2010-GAJ-MSS, de veintiocho de setiembre de dos mil diez, emitido por el gerente de Asesoría Jurídica; que con los citados informes conoció que algunos de los componentes de servicios contratados con la empresa TADESA no habían sido ejecutados; que, sin embargo, se realizaron los pagos por dichos servicios, tanto más si como gerente municipal emitió el Memorando 784-2010-GM/MSS, que motivó la reducción respecto de la prestación de los servicios contratados con TADESA; que, no obstante, esto no fue suficiente para que adoptara las medidas o acciones para recuperar los pagos irregulares efectuados por actividades de mantenimiento y complementarias no ejecutadas que, fueron de su conocimiento oportunamente; que, siendo así, con su actuar incumplió

su obligación de “dirigir, supervisar y controlar las acciones de los órganos de asesoramiento de apoyo y de línea”, de conformidad con el Reglamento de Organizaciones y Funciones de la Municipalidad de Santiago.

∞ **4.** El encausado CÉSAR VÍCTOR FERNÁNDEZ CABANILLAS, en su condición de gerente de administración, coadyuvó en la concertación con Israel Morán Comitre, gerente general de TADESA, al permitir el pago por actividades no ejecutadas, pese a que era el responsable de supervisar eficazmente el cumplimiento del contrato 081-2009-MSS, de catorce de julio de dos mil nueve, de conformidad con lo previsto en el Reglamento de Organizaciones y Funciones, que señala como una de sus funciones: “Planifica, organiza, conduce, dirige y controla los procesos de gestión logística y de servicios generales de la Municipalidad”; que, a su vez, como gerente de Administración, emitió y autorizó las reducciones de prestaciones del contrato en cuestión, a través de la Resolución Gerencial 907-2010- GA-MSS, así como no tomó acciones de disposición para ordenar el recupero de los pagos por las actividades de mantenimiento y complementarias que no fueron realizados por la empresa beneficiaria, lo cual permitió que TADESA se beneficiara con la suma de dos millones seiscientos sesenta y tres mil trescientos cinco soles con cuarenta céntimos, en desmedro del erario público, tanto más si tuvo participación directa en la reducción de prestación del aludido contrato, situación que lo colocaba en una posición inmejorable para cautelar el patrimonio de la Municipalidad agraviada.

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

∞ **1.** La Fiscalía provincial por requerimiento de fojas veintisiete, de diecinueve de junio de dos mil diecinueve, integrado y aclarado mediante escrito de fojas sesenta y dos, de veintiocho de agosto de dos mil diecinueve y subsanado e integrado por escrito de fojas sesenta y cuatro, de once de octubre de dos mil diecinueve, acusó a CÉSAR VÍCTOR FERNÁNDEZ CABANILLAS, ALEJANDRO LUIS MENDIGHETTI COSTA, JUAN MANUEL DEL MAR ESTREMADOYRO y otros por el delito de colusión, con tipificación alternativa de negociación incompatible, en agravio del Estado. Solicitó se les imponga cuatro años de pena privativa de libertad, inhabilitación por el mismo plazo conforme al artículo 36, incisos 1 y 2 del, Código Penal –en adelante, CP–; y por la tipificación alternativa pidió cuatro años ocho meses de pena privativa de libertad, dos años de inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1 y 2, del CP. No postuló reparación civil al estar constituido como actor civil a la Procuraduría General de la Republica.

∞ **2.** Tras realizarse el juicio oral, se emitió sentencia de primera instancia de fojas trescientos veintiuno, de quince de julio de dos mil veintidós, que condenó como autores del delito de colusión a ALEJANDRO LUIS MENDIGHETTI COSTA y JUAN MANUEL DEL MAR ESTREMADOYRO a cuatro

años de pena privativa de libertad efectiva, y a CÉSAR VÍCTOR FERNÁNDEZ CABANILLAS a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por el periodo de tres años; cuatro años de inhabilitación para los tres, así como al pago de dos millones seiscientos sesenta y tres mil trescientos cinco soles con cuarenta céntimos de forma solidaria por concepto de reparación civil a favor de la Municipalidad, además los tres condenados deberán cancelar el monto de cien mil soles por concepto de daño extrapatrimonial.

∞ **3.** Los encausados JUAN MANUEL DEL MAR ESTREMADOYRO, CÉSAR VÍCTOR FERNÁNDEZ CABANILLAS y ALEJANDRO LUIS MENDIGHETTI COSTA mediante escritos de fojas cuatrocientos treinta y seis, de veintidós de julio de dos mil veintidós, de fojas cuatrocientos diez, de veinticinco de julio de dos mil veintidós y de fojas cuatrocientos veinticinco, de veinticinco de julio de dos mil veintidós, interpusieron recurso de apelación. Los mismos que fueron concedidos por auto de fojas doscientos treinta y uno, de veintisiete de julio de dos mil veintidós.

∞ **4.** Declarados bien concedidos los recursos de apelación y culminado el procedimiento impugnatorio, la Tercera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima profirió la sentencia de vista de fojas setecientos cincuenta y tres, de doce de febrero de dos mil veinticuatro, que (i) declaró infundada la excepción de prescripción deducida por los encausados ALEJANDRO LUIS MENDIGHETTI COSTA y JUAN MANUEL DEL MAR ESTREMADOYRO; y, (ii) condenó a CÉSAR VÍCTOR FERNÁNDEZ CABANILLAS, ALEJANDRO LUIS MENDIGHETTI COSTA y JUAN MANUEL DEL MAR ESTREMADOYRO como autores del delito de colusión desleal en agravio del Estado – Municipalidad distrital de Santiago de Surco a las siguientes penas: al primero, cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de tres años; y, al segundo, cuatro años de pena privativa de libertad efectiva, así como a todos cuatro años de inhabilitación; sin el pago de reparación civil

∞ **5.** Los argumentos de la sentencia de vista son:

* **A.** En cuanto a la excepción de prescripción de la acción penal vinculada al encausado CÉSAR VÍCTOR FERNÁNDEZ CABANILLAS, el delito de colusión simple está conminado con una pena no menor de tres ni mayor de seis años de privación de libertad; que nació el diez de marzo de mil novecientos cuarenta y dos, y los hechos se suscitaron hasta el día en que dejó el cargo de gerente administrativo, esto es, diciembre de dos mil diez, fecha en la que contaba con setenta y ocho años de edad, por lo que, conforme al artículo 81 del CP, los plazos de prescripción se reducen a la mitad; que no es de aplicación la duplica del plazo. En este caso, operó la prescripción.

* **B.** En relación al encausado ALEJANDRO LUIS MENDIGHETTI COSTA, él tenía la función de supervisar y controlar las acciones de los órganos de asesoramiento de apoyo y de línea, y de controlar y supervisar la gestión de la calidad, aplicada a todas las operaciones administrativas y técnicas de la

Municipalidad, de conformidad al Reglamento de la Organización y Funciones de la Municipalidad. En su caso, sus deberes funcionales se encontraban delimitados por las normas precitadas y en su rol de gerente municipal tenía como función ejercer los deberes de control vigilancia y supervisión de la ejecución del servicio contratado por la Municipalidad.

* **C.** Sin embargo, pese a que era el gerente municipal y conocía que la empresa TADESA brindaba el servicio de mantenimiento a las áreas verdes del municipio, por la suma de más de cincuenta millones de soles, no realizó las acciones respectivas ni tomó las precauciones pertinentes a fin de que dicho contrato se desarrolle conforme a lo pactado entre las partes. Sobre él recaía la administración municipal; es decir, tenía deberes inherentes al cargo, debió tener un rol activo. Con su actuar permitió la realización del delito, no ejerció el control exigible como funcionario público, habiendo inobservado los deberes que le competía.

* **D.** La defensa señaló que el encausado ALEJANDRO LUIS MENDIGHETTI COSTA no es responsable de los hechos imputados porque en el contrato se establecía que la supervisión estaría a cargo del Área usuaria. Empero, ello no es óbice para que, como gerente municipal, de acuerdo a sus funciones normativas, ejerciera la supervisión en la ejecución del servicio por parte de la empresa TADESA, con mayor razón porque se trata de un monto altamente relevante. La defensa, asimismo, resaltó que su patrocinado actuó en favor de la Municipalidad pues emitió el Memorando 784-2010-GM-MSS, de veinticinco de junio de dos mil diez, en el que donde mencionó que “Considerando que el monto del Contrato 081-2009 con TADESA señala que doce millones quinientos ochenta y cuatro mil doscientos sesenta y cinco soles con cuarenta y dos céntimos destinados a inversiones cuentan con apoyo de inversión PIP 104816 cuyo valor de expediente técnico es un millón trescientos ochenta y siete mil novecientos cincuenta y cinco soles con veinticuatro céntimos, del cual la Corporación ha pagado por concepto de inversión a TADESA la cantidad de dos millones doscientos setenta y dos mil ciento cincuenta y ocho soles con noventa y ocho céntimos, esto es, que su patrocinado obtuvo a favor de la Municipalidad la suma de ochocientos treinta y cuatro mil doscientos tres soles con setenta y cuatro céntimos. Sin embargo, dicha disposición fue en el contexto de adopción de medidas fiscales por parte de la Municipalidad, y no como parte de las funciones de este acusado.

* **E.** La defensa sostuvo que su patrocinado no es responsable, no hubo pacto colusorio entre su patrocinado y la empresa. Este argumento no es de recibo porque no se invocó la concurrencia de prueba directa que acredite el pacto colusorio, el cual se probó en forma indirecta, utilizando prueba indiciaria, porque las funciones exigibles a este procesado se encuentran normativizadas, tanto en el Reglamento de Organizaciones y Funciones de la Municipalidad como la Ley Orgánica de Municipalidades, y fueron

incumplidas permitiendo beneficiar a la empresa. Atento a la forma cómo se suscitaron los hechos se infiere válidamente que el encausado ALEJANDRO LUIS MENDIGHETTI COSTA, conocedor de sus funciones, infringió sus deberes legalmente exigibles.

* **F.** En lo atinente al encausado JUAN MANUEL DEL MAR ESTREMADOYRO, participó en la Sesión Extraordinaria de Concejo Municipal de veintiuno de mayo de dos mil nueve; que tuvo entre sus funciones defender y cautelar los derechos e inherentes de la Municipalidad; que tenía indubitablemente conocimiento, en torno a que la empresa TADESA era la destinada a brindar servicio de mantenimiento a los parques y jardines, por un costo de más de cincuenta millones, pero no desempeñó sus deberes de control, vigilancia y supervisión, su interés máximo debió ser defender los intereses del municipio; que con su actuar logró que se consumara el delito imputado; que estando a cómo se suscitaron los hechos, se ha probó que conocía sus atribuciones y facultades, pese a lo cual omitió realizar sus deberes, lo que permite concluir que su actuación trasgresora fue con el fin de favorecer a la empresa TADESA, lo que respondió a un acuerdo ilícito con la contratista.

* **G.** No resulta lógico asumir que el acusado JUAN MANUEL DEL MAR ESTREMADOYRO no conocía sus funciones y que delegó todas sus funciones en el administrador del municipio; que se benefició a la contratista, desde que de ello no puede sino derivarse de una concertación, acuerdo colusorio; que se declaró una serie de actos administrativos disfuncionales e irregulares y la forma como se produjeron permite inferir que existió una planificación previa que se concertó.

* **H.** En orden a la pena, concurren circunstancias atenuantes ya que los acusados carecen de antecedentes, tienen educación superior y se les atribuye el delito de colusión con pena de tres a seis años, penalidad que se ubica dentro del rango del tercio inferior de tres a cuatro años, lo que resulta acorde a la pena impuesta por el *a quo*.

* **I.** En el caso del encausado ALEJANDRO LUIS MENDIGHETTI COSTA, se verificó que este encausado conforme al Informe 643189, de veintiuno de junio de dos mil dieciséis, presenta: “Hallazgos compatibles con neumonía aguda que compromete el lóbulo superior del pulmón derecho. Se visualiza pequeños quistes apáticos y litiasis en riñón izquierdo”. Por ello, resulta acorde la imposición de una pena con carácter de suspendida. Se ha de revocar la pena por la de cuatro años suspendida por el periodo de prueba de tres años.

* **J.** En relación a la reparación civil, daño patrimonial, el *a quo* fijó dos millones seiscientos sesenta y tres mil trescientos cinco soles con cuarenta céntimos, de los cuales precisó que Picón Barrera solo deberá cancelar de forma solidaria el monto de seiscientos noventa y cuatro mil setecientos treinta y un soles con cincuenta y cuatro céntimos. El Informe Especial 79-2014-CG/CRL “Examen especial a la Municipalidad de Santiago de Surco-

Lima” sobre “Pagos efectuados sin haber ejecutado diversos servicios, referidos al mantenimiento de parques y Jardines”, elaborado por la Contraloría General de la República, indicó un total de pago a la empresa TADESA sin haber ejecutado las prestaciones, que totalizan un monto de dos millones seiscientos sesenta y tres mil trescientos cinco soles con cuarenta céntimos.

* **K.** Empero, en autos se cuenta con una sentencia de veintinueve de mayo de dos mil catorce emitida por el Décimo Séptimo Juzgado Contencioso Administrativo de Lima, que ante la demanda interpuesta por la empresa TADESA, respecto a la ejecución del contrato 081-2009-MSS, la declaró fundada y ordenó que se cumpla con pagar a favor de la demandante la suma de un millón setecientos noventa y un mil veintiséis soles con sesenta y seis céntimos, aprobado mediante Resolución Gerencial 230-201-GA-MSS. El tres de junio de dos mil dieciséis la Corte Suprema declaró improcedente el recurso de casación interpuesto por la Municipalidad contra la sentencia de segunda instancia, su fecha veintiocho de mayo de dos mil quince, emitida por la Segunda Sala Especializada en lo Contencioso. En consecuencia, se está ante una resolución con carácter de cosa juzgada. No corresponde atender el daño patrimonial, en razón a que el proceso penal se ha llevado a cabo desde su inicio, conforme a la imputación fiscal, por el delito de colusión simple, esto es, sin la concurrencia del perjuicio patrimonial. El tema patrimonial en el presente caso, relacionado al contrato 081-2009-MSS con la Municipalidad, ha sido decidido en la vía contencioso administrativa, en consecuencia, no corresponde en la vía penal pronunciarse sobre dicho extremo. Resulta acorde la suma impuesta por el *a quo*, por daño extrapatrimonial, esto es, cien mil soles a favor del Estado.

∞ **6.** Contra la sentencia de vista, los encausados JUAN MANUEL DEL MAR ESTREMADOYRO, CÉSAR VÍCTOR FERNÁNDEZ CABANILLAS Y ALEJANDRO LUIS MENDIGHETTI COSTA promovieron recurso de casación, admitidos respectivamente por autos de fojas trescientos treinta y uno, auto de fojas trescientos cuarenta y cinco y auto de fojas trescientos setenta y cuatro, todos de siete de marzo de dos mil veinticuatro.

TERCERO. Que el planteamiento de los recursos de casación es como sigue:

∞ **1.** La defensa del encausado JUAN MANUEL DEL MAR ESTREMADOYRO en su escrito de recurso de casación de fojas ochocientos cuarenta y ocho, de veintisiete de febrero de dos mil veinticuatro, invocó los motivos de casación de inobservancia de precepto constitucional, infracción de precepto material, vulneración de la garantía de motivación y apartamiento de doctrina jurisprudencial (artículo 429, incisos 1, 3, 4 y 5, del Código Procesal Penal –en adelante, CPP–). Desde el acceso excepcional, propuso que se ratifique que el delito de colusión simple no puede ser cometido por

omisión propia o por comisión por omisión y se precisen sus alcances típicos.

∞ **2.** La defensa del encausado CÉSAR VÍCTOR FERNÁNDEZ CABANILLAS en su escrito de recurso de casación de fojas ochocientos ochenta y ocho, de veintiocho de febrero de dos mil veinticuatro, invocó los motivos de casación de inobservancia de precepto constitucional y vulneración de la garantía de motivación (artículo 429, incisos 1 y 4, del CPP). Desde el acceso excepcional, propuso que se ratifique que debe motivarse cada uno de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil y, en lo que a él respecta, no se argumentó sobre el daño extrapatrimonial.

∞ **3.** La defensa del encausado ALEJANDRO LUIS MENDIGHETTI COSTA en su escrito de recurso de casación de fojas novecientos siete, de veintitrés de febrero de dos mil veinticuatro, invocó los motivos de casación de inobservancia de precepto constitucional e infracción de precepto material (artículo 429, incisos 1 y 3, del CPP). Desde el acceso excepcional, propuso que se establezca que el Acuerdo Plenario 05-2023/CIJ-112 no puede declarar la inconstitucionalidad de una ley y el Acuerdo Plenario 3-2005/CJ-116 es anterior a la Ley 31751; que se defina la relación entre pretensión impugnatoria y sentencia de vista y se indique si en el presente caso se dejó de lado la petición impugnativa; que se precise la prueba del peligro potencial y cómo se prueba la concertación.

CUARTO. Que, conforme a la Ejecutoria Suprema de fojas cuatrocientos cincuenta y cinco, de once de septiembre de dos mil veinticuatro, corresponde determinar el alcance de la suspensión de la acción penal por la incoación del proceso penal y por supuestos de prejudicialidad, así como definir los elementos típicos del delito de colusión, fijar el ámbito del principio de congruencia impugnativa y concretar los elementos de la responsabilidad civil y su relación con el objeto penal. Este examen casacional debe realizarse desde las causales de **inobservancia de precepto constitucional, infracción de precepto material, vulneración de la garantía de motivación y apartamiento de doctrina jurisprudencial.**

QUINTO. Que, instruidas las partes de la admisión del recurso de casación, materia de la resolución anterior –con la presentación de alegatos ampliatorios–, se expidió el decreto de fojas cuatrocientos setenta y uno, de siete de enero de dos mil veintiuno, que señaló fecha para la audiencia de casación el día lunes veinticuatro de febrero del presente año.

SEXTO. Que, según el acta adjunta, la audiencia pública de casación se realizó con la intervención de la defensa de los encausados CÉSAR VÍCTOR FERNÁNDEZ CABANILLAS, ALEJANDRO LUIS MENDIGHETTI COSTA y JUAN MANUEL DEL MAR ESTREMADOYRO, doctores Gastón Prieto Romero,

Alejandro Juan Mendiguetti Bastante y Julio Antonio Rodríguez Delgado, respectivamente.

SÉPTIMO. 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. Continuada la deliberación y realizada la votación correspondiente y obtenido el número de votos necesarios (por unanimidad), corresponde dictar la sentencia casatoria pertinente, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Objeto del recurso de casación. Que el análisis de la censura casacional, desde las causales de inobservancia de precepto constitucional, infracción de precepto material, vulneración de la garantía de motivación y apartamiento de doctrina jurisprudencial, estriba en (i) determinar el alcance de la suspensión de la acción penal por la incoación del proceso penal y por supuestos de prejudicialidad, (ii) definir los elementos típicos del delito de colusión, (iii) fijar el ámbito del principio de congruencia impugnativa, y (iv) concretar los elementos de la responsabilidad civil y su relación con el objeto penal.

SEGUNDO. Hechos procesales relevantes. A. Que es del caso dilucidar las presuntas infracciones normativas denunciadas en la sentencia de vista a partir de los hechos declarados probados desde el exclusivo juicio empírico, con exclusión de las inferencias probatorias, sujetas a examen casacional en orden a la corrección del juicio de valoración.

∞ **B.** Siendo así, consta de autos lo siguiente: **1.** El Consejo Municipal (sesión trece), con intervención del alcalde, encausado JUAN MANUEL DEL MAR ESTREMADOYRO, el veintiuno de mayo de dos mil nueve acordó la tercerización de los servicios de mantenimientos de parques y jardines del distrito de Santiago de Surco. **2.** El contrato 081-2009-MSS-CI-003-2009, de catorce de julio de dos mil nueve –firmado por el gerente de Administración CÉSAR VÍCTOR FERNÁNDEZ CABANILLAS–, estipuló que la empresa TADESA debía brindar el servicio de mantenimiento de parques y jardines, que contenía seis componentes, pero el gerente general de TADESA, presentó un plan de trabajo de cincuenta y tres períodos, que abarcaban desde el veintiocho de agosto de dos mil nueve al cinco de septiembre de dos mil diez, excluyendo las actividades de lavado de follaje para especies arbóreas reforestada, de recuperación y remodelación de las áreas verdes consolidadas, de renovación de diseños ornamentales, y de arborización. **3.** Mediante Resolución de Alcaldía 517-RASS-2010, de veintiuno de junio de dos mil diez, se ordenó la reducción de prestaciones que no se venían ejecutando de los contratos de servicios, asimismo el

mismo alcalde, encausado JUAN MANUEL DEL MAR ESTREMADOYRO, participó en la sesión extraordinaria veinticuatro del Consejo Municipal, de veinte de agosto de dos mil diez. **4.** El veintiocho de octubre de dos mil diez se emitió la Resolución 907-2010-GA-MSS –por parte del gerente de Administración, encausado CÉSAR VÍCTOR FERNÁNDEZ CABANILLAS–, que redujo las prestaciones del contrato cuestionado, de lo que tenía conocimiento el alcalde. **5.** Pese a ese conocimiento no se iniciaron acciones para recuperar el dinero efectivamente pagado, por prestaciones no ejecutadas. El gerente municipal ALEJANDRO LUIS MENDIGHETTI COSTA tuvo conocimiento de la no ejecución íntegra del contrato, por informes de la Gerencia de Servicios y la Gerencia de Asesoría Jurídica, de seis de octubre de dos mil diez y de veintiocho de septiembre de ese año, incluso su Memorando 784-2010-GM/MSS motivó la reducción de la prestación de los servicios contratados. A su vez el gerente de Administración, encausado CÉSAR VÍCTOR FERNÁNDEZ CABANILLAS, pese a ser el directo supervisor del contrato cuestionado, permitió el pago por servicios no ejecutados, pese a que emitió la Resolución Gerencial 907-2010-GA-MSS, por la que se autorizó la reducción de prestaciones contractuales a cargo de la empresa TADESA, bajo la conducción del encausado Israel Morán Comitre.

TERCERO. Tipificación del hecho juzgado. A. Que, frente al hecho declarado probado, se ha considerado punible, desde el delito de colusión desleal, al alcalde JUAN MANUEL DEL MAR ESTREMADOYRO y al gerente municipal ALEJANDRO LUIS MENDIGHETTI COSTA. **Ahora bien,** es evidente que las conductas que se les atribuyen no son activas o comisivas, sino omisivas: no tomaron acciones efectivas para obtener la recuperación del pago en exceso, por servicios no prestados, entregado por la Municipalidad al encausado Israel Morán Comitre, titular de la empresa TADESA.

∞ **B.** Al respecto, el artículo 13 del CP permite el castigo a título de comisión por omisión u omisión impropia, siempre que se cumplan dos requisitos copulativos: **1)** deber jurídico de impedir la comisión delictiva o cuando el agente creó un peligro inminente que fuera propio para producirlo (existencia de un deber de garante, que es de carácter pluricategorial: sea el actuar precedente del omitente –por injerencia– o cuando legalmente exista la obligación de actuar –especial deber jurídico del autor–); y, **2)** si la omisión corresponde a la realización de un tipo penal mediante un hacer (cláusula de correspondencia o equivalencia de las modalidades).

∞ **C.** En orden al primer requisito, en el caso de los delitos contra la Administración Pública, los altos directivos (alcalde y director municipal, por ejemplo) tienen un deber de supervisión a terceros, de lo que realizan los demás funcionarios bajo su línea de mando, en función al poder de dirección que ostentan –dependiendo, claro está, de las circunstancias del caso concreto, de su conocimiento y posibilidad de actuación para evitar o

remediar una situación antijurídica—. Todo ello puede importar el cumplimiento del primer requisito.

∞ **D.** En cuanto al segundo requisito, cláusula de correspondencia, se requiere, adicionalmente, que la omisión del garante presente los mismos elementos objetivos y subjetivos que normativamente fundamentan la imputación penal en caso de una realización activa del correspondiente tipo penal (por ejemplo, que en el delito de colusión, que el funcionario público competente se concierte con el particular, entre otros, en la ejecución del contrato con la finalidad de defraudar los intereses patrimoniales del Estado) [GARCÍA CAVERO, PERCY: *Derecho Penal Parte General*, Editorial Ideas, 3ra. Edición, Lima, 2019, p. 585]. Tal equivalencia, por las exigencias típicas del delito en cuestión, no puede presentarse, pues no exigir la devolución de un pago indebido, en el marco de la ejecución de un contrato con múltiples obligaciones, al margen de sus funciones específicas en la supervisión del contrato, a cargo de otros órganos de línea, no puede reputarse como un acto de concertación con el *extraneus*, a lo más será un supuesto de omisión de deberes funcionales y, en todo caso, de omisión de denuncia [GARCÍA CAVERO, PERCY: *Derecho Penal Económico Parte Especial*, Volumen II, Instituto Pacífico, 2da. Edición, Lima, 2015, p. 1107-1108].

∞ **E.** Por otro lado, la omisión impropia se corresponde con los delitos de resultado, mientras que la omisión propia con los delitos de mera actividad (omisión del hacer jurídicamente exigido) [WESSELS, JOHANNES – BEULKE, WERNER – SATZGER, HELMUT: *Derecho Penal Parte General*, Instituto Pacífico, Lima, p. 490. MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho Penal Parte General*, 3ra. Edición, Ediciones PPU, Barcelona, 1990, p. 324]. Y, si el delito de colusión materia de condena es el simple, previsto en el artículo 384, primer párrafo, del CP, según la Ley 29758, de veintiuno de julio de dos mil once, y en consecuencia es uno de peligro abstracto, que sanciona anticipadamente el acuerdo colusorio, sin que se haya generado un peligro concreto de lesión o una lesión efectiva al patrimonio del Estado; solo es un delito de resultado el delito de colusión agravada [VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, RONALD: *Delitos contra la Administración Pública*, Editores del Centro, Lima, 2021, pp. 308 y 310], entonces, no cabe aplicar la omisión impropia en el indicado delito de colusión simple. Es de precisar que este delito tiene como elemento objetivo sustancial la concertación defraudatoria entre el agente público competente y el tercero interesado. La descripción típica se refiere a una determinada situación de gestión de los recursos públicos de un agente público con capacidad de decidir un ámbito del proceso de contratación pública, con entidad para causar un perjuicio patrimonial al ente público [cfr.: Casación 753-2022/Callao, de 25 de julio de 2023].

∞ **F.** Distinto es el caso del encausado ALEJANDRO LUIS MENDIGHETTI COSTA, como gerente de Administración. En efecto, no solo dictó el Memorando 784-2010-GM/MSS y la Resolución Gerencial 907-2010-GA-

MSS, sino también conoció de la no ejecución íntegra del contrato por informes de la Gerencia de Servicios y la Gerencia de Asesoría Jurídica, de seis de octubre de dos mil diez y de veintiocho de septiembre de ese año, y fundamentalmente era el directo supervisor del contrato cuestionado y permitió el pago por servicios no ejecutados. Ello no se explica sino a partir de un acuerdo colusorio con el encausado *extraneus* Israel Morán Comitre, titular de la empresa TADESA. Se trató de una concertación tácita por medio de actos concluyentes: no dijo ni hizo nada pese a que debió instar el pago al tener información oportuna cierta de los órganos de línea competentes, de suerte que en pureza se está propiamente ante una conducta comisiva al dejar que otro funcionario realice las actividades ilícitas [cfr.: ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL: *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, 2da. Edición, Editorial Palestra, Lima, 2003, p. 311].

∞ **G.** En consecuencia, el encausado JUAN MANUEL DEL MAR ESTREMADOYRO no cometió el delito de colusión desleal simple y, por extensión atento a que se encuentra en la misma situación jurídica, tampoco lo hizo el encausado ALEJANDRO LUIS MENDIGHETTI COSTA. Solo podría alcanzar responsabilidad penal por el indicado delito al encausado CÉSAR VÍCTOR FERNÁNDEZ CABANILLAS., pero se declaró prescrita la acción penal incoada en su contra.

CUARTO. Prescripción de la acción penal o del delito. Que la sentencia de vista declaró infundada la excepción de prescripción deducida por los encausados JUAN MANUEL DEL MAR ESTREMADOYRO y ALEJANDRO LUIS MENDIGHETTI COSTA, y fundada la que dedujo el encausado CÉSAR VÍCTOR FERNÁNDEZ CABANILLAS. Como quiera que corresponde dictar un fallo absolutorio respecto a los encausados JUAN MANUEL DEL MAR ESTREMADOYRO y ALEJANDRO LUIS MENDIGHETTI COSTA, y se declaró prescrita la causa respecto del encausado CÉSAR VÍCTOR FERNÁNDEZ CABANILLAS, no es del caso pronunciamiento alguno respecto a la excepción de prescripción y a los alcances del Acuerdo Plenario 5-2023/CIJ-112, siendo de acotar que, en pureza, no se está, en estos casos, ante una mera interpretación de las Leyes 31751 y 32104, sino ante el ejercicio de la facultad de inaplicación por inconstitucionalidad, expresamente permitido por el artículo 138, párrafo segundo, de la Constitución. Además, un Acuerdo Plenario no es una ley, por lo que no rigen los criterios de retroactividad e irretroactividad; éste solo se pronuncia sobre el alcance de una ley preestablecida.

QUINTO. Congruencia de la sentencia de vista. Que el encausado ALEJANDRO LUIS MENDIGHETTI COSTA en su recurso de apelación no cuestionó la congruencia entre la acusación y la sentencia, como puede

verse de su escrito de fojas cuatrocientos veinticinco y siguientes del cuaderno de casación. En su escrito de recurso de casación de fojas trescientos setenta y tres inserto en el cuaderno de casación, cuestionó que la sentencia de vista no se pronunciara respecto de las presuntas vulneraciones al debido proceso y a la tutela jurisdiccional. Empero, nada de lo que expone se ha producido al emitirse la sentencia de vista. Ésta se pronunció acerca de cada uno de los agravios esenciales planteados por el citado imputado. Es de precisar que no es exigible un pronunciamiento sobre todos y cada uno de los agravios del impugnante, solo de aquellos especialmente relevantes y que importan un análisis sólido sobre la esencia de las objeciones impugnativas, que es lo que sucedió en el presente caso.

∞ Este motivo de casación no puede prosperar.

SEXTO. Reparación civil. Preliminar. Que el encausado CÉSAR VÍCTOR FERNÁNDEZ CABANILLAS objetó la falta de concreción de los elementos de la responsabilidad civil –específicamente del daño extrapatrimonial producido– y su relación con el objeto penal. La sentencia de vista no declaró la responsabilidad civil por daño patrimonial, solo lo hizo por daño extrapatrimonial, el que fijó en cien mil soles, que abonarán solidariamente, entre otros, los encausados JUAN MANUEL DEL MAR ESTREMADOYRO, ALEJANDRO LUIS MENDIGHETTI COSTA y CÉSAR VÍCTOR FERNÁNDEZ CABANILLAS. Atento a que el recurso solo proviene del imputado, no corresponde examinar el daño patrimonial.

∞ **1.** El artículo 12, apartado 3, del CPP permite que pese a que se dicte una sentencia absolutoria o un auto de sobreseimiento, será posible un pronunciamiento en sede penal de la acción civil si ésta ha sido válidamente ejercida, cuando proceda. Incluso, también procede cuando la acción penal ha prescrito [cfr.: RN. 1803/2018-Lambayeque]. Tal autorización legal se entiende porque el Código Procesal Penal asumió la concepción de la autonomía de la acción civil frente a la acción penal, descartando el principio de accesoriadad estricta.

∞ **2.** Es evidente que en el presente caso se cumplen los elementos de la responsabilidad civil: antijuricidad de la conducta, daño causado, relación de causalidad adecuada y factor de atribución (dolo o culpa). Ello es así porque, con independencia del juicio de imputación penal, el no exigir dolosamente la devolución de un pago, cuya existencia se conocía, y debía ordenarse la ejecución de las acciones de recuperación pertinentes, importó una conducta antijurídica que ocasionó un daño a la Municipalidad, de la que eran funcionarios los imputados recurrentes. El daño es extrapatrimonial, vinculado a la pérdida reputacional de la Municipalidad por la falta de una debida gestión del gasto público por sus autoridades y funcionarios en el marco de un contrato por un total de cincuenta millones veinte mil seiscientos setenta y un soles con un céntimo y de una falta de

pago de dos millones seiscientos sesenta y tres mil trescientos cinco soles con cuarenta céntimos. El daño se aprecia equitativamente, en función a la entidad del delito, al deterioro de la imagen institucional, al monto del contrato, a lo que se dejó de cobrar, etcétera [Casación 189-2019/Lima Norte]. Siendo así, el monto fijado de cien mil soles no es desproporcionado ni vulneró el principio dispositivo.

∞ **3.** La sentencia de vista cumplió con motivar la reparación civil, sus elementos y la cuantía del mismo [vid.: folios setenta a setenta y cuatro de la sentencia de vista]. Es de entender que, si bien la sentencia de vista partió de un juicio de condena, siempre corresponde el pago de reparación civil ante una prescripción de la acción penal, de un lado, y de una absolución, de otro lado, tal como ha sido justificado en los puntos precedentes.

∞ **4.** En consecuencia, la reparación civil por daño extrapatrimonial es jurídicamente correcta. No cabe estimar el recurso de casación.

SÉPTIMO. Costas. Que, en cuanto a las costas, es de aplicación el artículo 497, apartado 3, del CPP. No cabe su imposición porque los recurrentes tenían razones serias y fundadas para impugnar en casación.

DECISIÓN

Por estas razones: **I.** Declararon **FUNDADO** en parte el recurso de casación interpuesto la defensa de los encausados CÉSAR VÍCTOR FERNÁNDEZ CABANILLAS, ALEJANDRO LUIS MENDIGHETTI COSTA y JUAN MANUEL DEL MAR ESTREMADOYRO contra la sentencia de vista de fojas setecientos cincuenta y tres, de doce de febrero de dos mil veinticuatro, en cuanto confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas trescientos veintiuno, de quince de julio de dos mil veintidós, **(i)** declaró infundada la excepción de prescripción deducida por los encausados ALEJANDRO LUIS MENDIGHETTI COSTA y JUAN MANUEL DEL MAR ESTREMADOYRO; y, **(ii)** condenó a ALEJANDRO LUIS MENDIGHETTI COSTA y JUAN MANUEL DEL MAR ESTREMADOYRO como autores del delito de colusión desleal en agravio del Estado – Municipalidad distrital de Santiago de Surco a las siguientes penas: al primero, cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de tres años; y, al segundo, cuatro años de pena privativa de libertad efectiva, así como a todos cuatro años de inhabilitación; asimismo, fijó en la suma de cien mil soles por concepto de reparación civil – daño extrapatrimonial que pagarán solidariamente los encausados recurrentes CÉSAR VÍCTOR FERNÁNDEZ CABANILLAS, ALEJANDRO LUIS MENDIGHETTI COSTA y JUAN MANUEL DEL MAR ESTREMADOYRO. En consecuencia, **(1) CASARON** la sentencia de vista en cuanto condenó a ALEJANDRO LUIS MENDIGHETTI COSTA y JUAN MANUEL DEL MAR ESTREMADOYRO como autores del delito

de colusión desleal en agravio del Estado – Municipalidad distrital de Santiago de Surco. En consecuencia, **REVOCARON** la sentencia condenatoria de primera instancia; reformándola: **ABSOLVIERON** a ALEJANDRO LUIS MENDIGHETTI COSTA y JUAN MANUEL DEL MAR ESTREMADOYRO de la acusación fiscal formulada en su contra por el indicado delito en agravio del Estado – Municipalidad distrital de Santiago de Surco; y, **ORDENARON** se archive definitivamente el proceso, se anulen sus antecedentes policiales y judiciales y se levanten las medidas coercitivas dictadas en su contra, así como las requisitorias dictadas contra JUAN MANUEL DEL MAR ESTREMADOYRO. **(2) NO CASARON** la sentencia de vista en la parte que declaró infundada la excepción de prescripción deducida por los encausados ALEJANDRO LUIS MENDIGHETTI COSTA y JUAN MANUEL DEL MAR ESTREMADOYRO, y que fijó por concepto de reparación civil la suma de cien mil soles que abonarán solidariamente, entre otros, los encausados recurrentes CÉSAR VÍCTOR FERNÁNDEZ CABANILLAS, ALEJANDRO LUIS MENDIGHETTI COSTA y JUAN MANUEL DEL MAR ESTREMADOYRO. **II.** Sin costas. **III. MANDARON** se transcriba la presente sentencia al Tribunal Superior para los fines de ley. **IV. DISPUSIERON** se lea sentencia en audiencia pública, se notifique inmediatamente y se publique en la página web del Poder Judicial. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.
Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

LUJÁN TÚPEZ

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

MAITA DORREGARAY
CSMC/AMON