

La infracción del deber y las conductas delictivas de comisión por omisión

En esta línea enunciativa, es la infracción al deber, y no el dominio del hecho, lo que marca la pauta para determinar si la conducta atribuida tiene contenido penal; desde esta perspectiva, existen deberes positivos, que obligan un actuar de parte del agente al servicio del Estado; en ese caso, la infracción a ese deber puede desplegar una conducta omisiva, un “no hacer” o “no cumplir” el deber a que está obligado; como también deberes negativos, que prohíben o impiden al agente al servicio del Estado actuar o hacer un determinado acto; en ese caso, la infracción a este tipo de deberes es comisiva, puesto que para incumplir la prohibición o el impedimento, el *intrañeus* tendrá que desplegar un hacer. Y, por último, existen deberes mixtos, que exigen al agente al servicio del Estado tanto un hacer como un no hacer; en ese caso, la infracción a este particular tipo de deberes será al mismo tiempo comisiva por omisión.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Sala Penal Permanente

Casación n.º 2587-2021/Lima Norte

Lima, veintiséis de abril de dos mil veintitrés

VISTOS: el recurso de casación interpuesto por la defensa de JUAN FERNANDO GAMARRA TONG (foja 911) contra la sentencia de vista, del veintitrés de septiembre de dos mil veintiuno (foja 747), expedida por la Primera Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, que confirmó la sentencia del diecinueve de junio de dos mil diecinueve (foja 1), que lo condenó como autor del delito de colusión agravada, en perjuicio del Estado-Municipalidad de Los Olivos; le impuso seis años de pena privativa de

libertad, y lo inhabilitó por el plazo de tres años, conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal; con lo demás que contiene.

Intervino como ponente el señor juez supremo LUJÁN TÚPEZ.

FUNDAMENTOS DE HECHO

§ I. Procedimiento en primera instancia

Primero. El señor fiscal provincial, mediante requerimiento del once de septiembre de dos mil dieciocho (foja 2 del cuaderno de debate), formuló acusación, entre otros, contra JUAN FERNANDO GAMARRA TONG, como autor de los delitos de colusión ilegal agravada (tipificación principal, segundo párrafo del artículo 384 del Código Penal) o negociación incompatible (tipificación alternativa, artículo 399 del Código Penal), en agravio del Estado (Municipalidad Distrital de Los Olivos), representado por la Procuraduría Pública de la Contraloría General de la República. Solicitó se le imponga, por la tipificación principal, once años de pena privativa de libertad e inhabilitación por el mismo periodo, de conformidad con el artículo 36, incisos 1 y 2, del Código Penal. Y, por la tipificación alternativa, cinco años de pena privativa de libertad e inhabilitación por el mismo periodo, de conformidad con el artículo 36, incisos 1 y 2, del Código Penal. No solicitó reparación civil, al haberse constituido en actor civil la Procuraduría del Estado.

Seguidamente, mediante el auto de enjuiciamiento del veintidós de agosto de dos mil dieciocho (foja 168 del cuaderno de debate), se declaró saneada la acusación, así como su procedencia por los delitos, agraviado y pena anotados. Y se precisó que, dado que existe constitución de actor civil, la reparación civil solicitada es por dos conceptos: daño patrimonial y daño extrapatrimonial S/ 1 748 953.47 (un millón setecientos mil cuarenta y ocho novecientos

cincuenta y tres con 47/100 soles), por daño emergente-monto del contrato; S/ 157 558.31 (ciento cincuenta y siete mil quinientos cincuenta y ocho con 31/100 soles), por daño emergente-monto de la adenda; S/ 379 999.00 (trescientos setenta y nueve mil novecientos noventa y nueve soles), por daño emergente-monto del contrato; S/ 37 999.90 (treinta y siete mil novecientos noventa y nueve con 90/100 soles), por lucro cesante-ganancia dejada de percibir por penalidad por mora no cobrada; S/ 381 302.35 (trescientos ochenta y un mil trescientos dos con 35/100 soles), 20% de daño emergente; y S/ 75 999.80 (setenta y cinco mil novecientos noventa y nueve con 80/100 soles), 20% de daño emergente, que deben pagar los funcionarios involucrados, los cómplices primarios y los tercero civilmente responsables (empresas *Consulting Management & Methodology Information Technology SAC-Commit SAC* e *Interbissnet SAC*). Se remitió el expediente al Tercer Juzgado Penal Unipersonal Sede Central.

Segundo. Luego de citar a audiencia (foja 212 del cuaderno de debate) y realizado el juicio oral en sesiones consecutivas, se emitió la sentencia de primera instancia, del diecinueve de junio de dos mil diecinueve (foja 913 del cuaderno de debate), que lo condenó como autor del delito de colusión agravada, en perjuicio del Estado-Municipalidad de Los Olivos, le impuso seis años de pena privativa de libertad y lo inhabilitó por el plazo de tres años, conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal; con lo demás que contiene.

Tercero. Contra la referida sentencia, mediante el escrito del cinco de julio de dos mil diecinueve, los procesados JUAN FERNANDO GAMARRA TONG y otros (foja 1120 del cuaderno de debate) interpusieron recursos de apelación. Dichas impugnaciones fueron concedidas por auto del diez de julio de dos mil diecinueve (foja 1301 del cuaderno de debate). Se dispuso elevar los actuados al superior jerárquico.

§ II. Procedimiento en segunda instancia

Cuarto. En la instancia superior, luego de la audiencia respectiva, realizada el nueve de marzo de dos mil veinte, y las sesiones consecutivas (foja 480 del cuaderno de impugnación y siguientes), el Tribunal Superior emitió la sentencia de vista, del veintitrés de septiembre de dos mil veintiuno (foja 747 del cuaderno de impugnación), que confirmó la sentencia de primera instancia, del diecinueve de junio de dos mil diecinueve (foja 1), en concreto, en el extremo en que condenó a JUAN FERNANDO GAMARRA TONG como autor del delito de colusión agravada, en perjuicio del Estado-Municipalidad de Los Olivos, le impuso seis años de pena privativa de libertad y lo inhabilitó por el plazo de tres años conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal; con lo demás que contiene.

Quinto. Frente a la resolución de vista acotada, el abogado defensor del procesado JUAN FERNANDO GAMARRA TONG promovió recurso de casación (foja 911 del cuaderno de impugnación). Mediante auto del veintiuno de octubre de dos mil veintiuno (foja 925 del cuaderno de impugnación), la citada impugnación fue concedida. El expediente judicial fue remitido a esta sede suprema.

§ III. Procedimiento en la instancia suprema

Sexto. Derivado el cuaderno y los anexos de la Sala Penal Transitoria, la Sala Penal Permanente se avocó y corrió traslado (foja 671 del cuadernillo supremo). Posteriormente, al estar pendiente el pronunciamiento respecto de la casación promovida por el procesado Gamarra Tong (foja 692) se programó fecha para la calificación del recurso de casación, por lo que se emitió el auto de calificación del veintidós de noviembre de dos mil veintidós (foja 694 del cuadernillo supremo), por el que se declaró bien concedido

el recurso de casación. Posteriormente, mediante decreto del siete de marzo de dos mil veintitrés (foja 709 del cuadernillo supremo), se dispuso reprogramar la audiencia el cinco de abril del presente año.

Séptimo. Realizada la audiencia de casación, se celebró inmediatamente la deliberación de la causa en sesión privada. Efectuada la votación respectiva y por unanimidad, corresponde dictar la presente sentencia casatoria, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El tópico que amerita pronunciamiento se halla delimitado en el apartado 3.4 del fundamento tercero del auto de calificación del recurso de casación (foja 694 del cuadernillo supremo), que señala:

Conforme ha quedado establecido en la sentencia de vista y la sentencia de primera instancia, al recurrente se le atribuye que en su calidad de Gerente Municipal aprobó las bases administrativas de la licitación pública; de manera que únicamente en este extremo corresponde determinar la viabilidad de la concertación a partir de conductas de omisión que como consecuencia impliquen la comisión del delito de colusión agravada, así como determinar si en el presente caso concurrió una conducta omisiva, esto es, la incorrecta aplicación del artículo 384 del Código Penal.

El motivo casacional es el previsto en el numeral 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal, es decir: “Si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación”.

Segundo. El *factum*, respecto al procesado, conforme se desprende de la sentencia de la acusación fiscal (foja 2 del cuaderno de debate) y de la sentencia de primera instancia (foja 1 del cuaderno de impugnación), en síntesis, es el siguiente:

Juan Fernando Gamarra Tong en su calidad de Gerente Municipal, dispuso el cambio del nombre y concepto del requerimiento efectuado en relación a la «adquisición de kioscos multimedia», por aprobar el expediente de contratación de la licitación pública, sin observar que era necesario contar con el informe técnico previo de la evaluación de software y con la elaboración de un proyecto de inversión pública, así como que tal adquisición informática cuente con la certificación de INDECOPI por requerirse la administración de firma digital, por aprobar las bases administrativas de la licitación, pese a que consideraba especificaciones técnicas distintas a las formuladas por el área usuaria y por haber participado en la irregular ampliación del plazo y en la suscripción de la adenda.

Tercero. Ahora bien, sobre el motivo de casación, esto es, si es viable la concertación a partir de conductas de omisión que impliquen la comisión del delito de colusión agravada, es necesario abordar los siguientes tópicos:

Se conceptúa a los delitos de infracción del deber como aquellas conductas en las cuales la autoría se ve caracterizada por el hecho de alguien que abusa o descuida el deber especial que surge de su rol funcional, sin que ello signifique que deja de estar obligado al deber general de privilegiar el interés público como parte de su rol social, de ese modo, ocasiona una puesta en peligro o lesión típica de determinados bienes jurídicos. En concreto, son conductas en las cuales el autor, por no cumplir con las exigencias impuestas por su rol social especial, lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido representado por principios y deberes funcionales.

Cabe precisar que la autoría en los delitos catalogados de infracción de deber no recae en todas las personas, sino solo en aquellos sujetos específicamente determinados por la propia norma legal, la cual los constituye en los únicos que pueden ser autores de determinados delitos, bajo el entendido del artículo 425 del Código Penal, delitos que incluyen, entre otros, a los comprendidos en la carrera administrativa, a los que desempeñan cargos políticos o de confianza y a todo aquel que —independientemente del régimen laboral en que se encuentre— mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades, organismos, corporaciones, proyectos o empresas del Estado.

Incluso, a quienes, teniendo la condición de privados, emiten actos administrativos, conforme lo establece la legislación administrativa general¹.

Esta noción es recogida en el Acuerdo Plenario n.º 3-2016/CJ-116, el cual, en su octavo fundamento jurídico, deja sentado lo que se indica a continuación:

En efecto, actualmente, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, se reconoce que existen tipos legales que se configuran y forman sólo a partir de la infracción de un deber especial que corresponde al ámbito de competencia del autor *intraneus*, lo cual es una característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos. Por tanto, el autor de estos delitos no puede ser cualquier persona, sino sólo aquel funcionario o servidor público que tiene un estatus especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto desde la plataforma del deber que ostenta. Y es la infracción de dicho deber lo que lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que, para esta clase de delitos funcionariales, no adquiere trascendencia jurídica. Fundamentalmente, porque el hecho punible está construido por la posición o estatus en relación al deber estatal que sólo incumbe al funcionario, cual es conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de su deber positivo para con los bienes que se encuentran bajo su ámbito de competencia.

Cabe precisar que los delitos de infracción de deber son la mayoría de delitos que se tipifican en nuestro Código Penal con el título de “*delitos contra la administración pública*”.

En esta línea enunciativa, es la infracción al deber, y no el dominio del hecho, lo que marca la pauta para determinar si la conducta atribuida tiene contenido penal; desde esta perspectiva, existen *deberes positivos*, que obligan un actuar de parte del agente al servicio del Estado; en ese caso, la infracción a ese deber puede desplegar una conducta **omisiva**, un «no hacer» o «no cumplir» el deber a que está obligado; como

¹ Considerar al respecto, los fundamentos: vigesimotercero a vigesimosexto de la Casación n.º 1095-2021/Nacional, del veintisiete de marzo de dos mil veintitrés, que en lo esencial estableció:

En el caso de los integrantes del servicio que forman parte del organigrama público, no existe mayor dificultad en reconocerlos como *propium officialis*, el servicio público es inherente a la carrera administrativa de la que forman parte y, dado que poseen deberes y funciones específicas, son susceptibles de ser reconocidos como funcionario o servidor público. De otro lado, cuando se trata de personas naturales o jurídicas civiles o privadas, no basta con mirar que existe un vínculo contractual para considerarlos como agentes al servicio del Estado, como hizo erradamente la Fiscalía en la Disposición Fiscal n.º 78, si bien la relación contractual puede ser cualquiera para vincularlo con la administración pública, solo la función que realice permitirá saber si se trata de un *alienum officialis* o un *alter officialis*, o un simple proveedor de bienes o servicios, vale decir un *extraneus*.

también *deberes negativos*, que prohíben o impiden al agente al servicio del Estado actuar o hacer un determinado acto; en ese caso, la infracción a este tipo de deberes es **comisiva**, puesto que, para incumplir la prohibición o el impedimento, el *infraneus* tendrá que desplegar un hacer. Y, por último, existen *deberes mixtos*, que exigen al agente al servicio del Estado tanto un hacer como un no hacer, en ese caso, la infracción a este particular tipo de deberes será al mismo tiempo **comisiva por omisión**².

Cuarto. La jurisprudencia suprema ya adoptó el criterio anterior en otras decisiones como en la Casación n.º 1121-2022/Lima, del quince de marzo de dos mil veintitrés, y anteriormente en la Casación n.º 178-2022/Loreto, del veintiocho de diciembre de dos mil veintidós, en donde se estableció lo siguiente:

∞ 1. Desde la garantía de tutela jurisdiccional, ha de existir una concordancia o correspondencia entre las pretensiones de las partes y la sentencia, para lo cual debe confrontarse la parte dispositiva de la sentencia y el objeto del proceso, delimitado por referencia a sus elementos subjetivos (*partes*) y objetivos (el *petitum*), y a los hechos o realidad histórica que le sirve como razón o causa de pedir. La relevancia de una incongruencia será tal cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en los que discurrió la controversia procesal, o también cuando, por dejar imprejuizada la pretensión oportunamente planteada, el órgano judicial no tutela los derechos o intereses legítimos sometido a su jurisdicción, y lo serán la incongruencia omisiva o *ex silentio (citra o infra petita)*, por exceso o *ultra petita* y mixta o *extra petita* [GARBERÍ LLOBREGAT, José (2009) *Constitución y Derecho Procesal*, Navarra: Editorial Civitas, pp. 176-177].

[...]

∞ 3. El delito de **colusión** es uno de infracción de deber y, por tanto, el funcionario público vinculado funcionalmente con la contratación estatal en la que se produce, en infracción de su deber positivo de resguardar los intereses patrimoniales del Estado, la concertación con el particular interesado, responderá siempre como autor directo [GARCÍA CAVERO, Percy. (2020). *El delito de colusión desleal*. En: *AA.VV. Delitos contra la Administración Pública*, Lima: Editorial Ideas, p. 188]. Para definir la conducta

² SALA PENAL PERMANENTE, Sentencia de tres de febrero de dos mil veintitrés, recaída en la Casación n.º 2981-2021/Cajamarca, fundamentos jurídicos 10º y 11º.

delictiva del agente oficial, en pureza, se trata de establecer la capacidad o idoneidad que tendría para lograr el estado económicamente contraproducente para los intereses públicos; capacidad que se decide en virtud de los deberes funcionariales comprometidos en el procedimiento de contratación pública junto a la intervención de un particular cualificado para aportar algo en la creación del peligro para el bien jurídico, de suerte que como el tipo delictivo es amplio al estar referido, directa o indirectamente sobre cualquier etapa de las modalidades contractuales públicas es absolutamente posible un comportamiento típico en comisión por omisión. Así, quien tiene el máximo nivel jerárquico en la institución pública le permite intervenir en la configuración del hecho delictivo, más que de forma activa (no es él quien elige al postor ganador o firma los informes favorables), de forma omisiva [GUIMARAY, Erick. (2021). *Delitos contra la Administración Pública y Corrupción*, Madrid: Editorial Reus, pp. 312-314]. Esta posición normativa es razonable y materialmente justa, por lo que es del caso afirmar esta doctrina legal y, por tanto, más allá de anteriores ejecutorias supremas, cabe enfatizar precisamente lo específico de un delito de infracción de deber, no de dominio (fundamento jurídico segundo de la Casación n.º 178-2022/Loreto).

Después se añadió en la misma decisión:

∞ Los tres bloques de indicios relevantes fueron declarados probados y asumidos para el juicio lógico que determinó la realidad del delito de colusión y la intervención delictiva de los recurrentes [...]. Es verdad que en otras partes de la sentencia de primera instancia se cuestionó otros ámbitos del proceso de licitación, que a juicio del Juzgado Penal reforzaban la concertación del consorcio ganador con el Comité Especial. Sin embargo, desde la garantía de tutela jurisdiccional tal adición no es relevante, puesto que lo esencial indicado *ut supra* es suficiente para el juicio de culpabilidad y porque, en todo caso, una descripción secundaria incorporada por el órgano judicial para una mejor concreción de los hechos penalmente relevantes está permitida y forma parte de la potestad jurisdiccional en materia fáctica, desde que no altera sustancialmente los términos del debate [cfr.: SSTSE n.º 1126/2010, del catorce de diciembre, y 442/210, del tres de mayo].

∞ El comportamiento del encausado Vásquez Valera consistió tanto en aprobar una licitación para la adquisición de motochatas sin cumplir las exigencias previas necesarias (Plan Operativo Institucional y Proyecto de Inversión Público) y designar un Comité Especial con funcionarios que no conocían los criterios técnicos del tema materia de licitación, como en omitir acciones correctivas definitivas para evitar la

concreción de la licitación, la buena pro y el contrato respectivo, pese a las denuncias previas de concertación con el consorcio ganador de la buena pro (fundamento jurídico cuarto de la Casación n.º 178-2022/Loreto).

Por tanto, el ilícito de colusión es uno de infracción del deber, de esta forma, el funcionario que se encuentra vinculado funcionalmente con la contratación estatal, cuyo deber positivo y general es resguardar los intereses patrimoniales del Estado, en su comportamiento en las diferentes etapas de las modalidades contractuales, es susceptible de incurrir en cualquier delito de infracción del deber expresando una conducta comisiva, omisiva o de comisión por omisión del deber. Ahora bien, para la materialización del tipo penal concreto se tendrá que verificar si además de ello, se configura el verbo rector del delito de que se trate.

Quinto. Con relación al caso concreto, en las sentencias de mérito, quedó determinado que el procesado Gamarra Tong, en su calidad de gerente municipal, aprobó las bases de la Licitación Pública n.º 006-2010-MDLO/GM/CE, con especificaciones técnicas distintas de las propuestas por la Gerencia de Tecnología de la Información, lo que formaría parte de los actos de concertación que tuvieron por finalidad beneficiar a los proveedores en detrimento de la Municipalidad Distrital de Los Olivos, por cuanto no consideró las especificaciones técnicas de los equipos y servicios que serían adquiridos, conforme al requerimiento elaborado por el gerente de Tecnologías de la Información Yuri Pando Fernández, y que estarían anexas al Informe n.º 290-2010-MDLO/GM/GTI, del veintitrés de julio de dos mil diez, el cual no apareció en el acervo documentario edil, pero fue acreditado por la declaración del propio autor del informe.

Sexto. En efecto, el procesado Gamarra Tong recibió el Informe n.º 157-2010 del coprocesado Jorge Augusto Rojas Caramutty, el cual contenía elementos para la adquisición, implementación y supuesta puesta en

marcha del sistema de administración documentaria digital y kioskos multimedia transaccionales con videoconferencia. Luego solicitó la opinión técnica del área de Tecnología de Información, que produjo el aludido Informe n.º 290-2010, que contenía especificaciones técnicas para esas dos situaciones informáticas: el sistema de administración y los kioskos multimedia con videoconferencia. Seguidamente recibió de Rojas Caramutty el Informe Ampliatorio n.º 163-2010, en que ya no se comprendía videoconferencia, y expidió el Proveído n.º 3820-2010, que dispone la inclusión en el Plan anual de adquisiciones, sin la solución de videoconferencia que inicialmente se solicitó y fue objeto de opinión técnica del área de Informática de la Municipalidad, pero sin modificar el costo inicialmente previsto con la solución retirada. De esa forma, el procesado aprobó el expediente de contratación con dos ítems y no observó que era necesario contar con un informe técnico previo de evaluación de software, conforme a la Ley n.º 28612 y a su reglamento contenido en el Decreto Supremo n.º 24-2006-PCM. En seguida emite el Proveído n.º 5751-10 para que pase al presidente del Comité Especial (Jorge Augusto Rojas Caramutty) autorizando proseguir con el proceso y aprobando el expediente de contratación en sus dos ítems.

Séptimo. Por otro lado, el procesado Gamarra Tong aprobó las bases administrativas de la licitación pública en sus dos ítems de contratación conforme a la Resolución de Gerencia n.º 368-2010, del nueve de noviembre de dos mil diez, y la Resolución de Gerencia n.º 414-2010, del diez de diciembre de dos mil diez; asimismo, la Resolución de Gerencia n.º 448-2010, del veintitrés de diciembre de dos mil diez, todas con especificaciones técnicas distintas a las propuestas por el área de informática (tecnologías de la información) y al Informe n.º 290-2010 que

sustentaba el Informe n.º 157-2010 que luego se amplió por el Informe n.º 163-2010, como se resalta.

Octavo. Asimismo, también participó en la suscripción de la adenda con Commit, recibió informes de Rojas Caramutty, el n.º 260-2010 (sobre la adenda) y el n.º 430-2010, de modo que emitió el proveído: pase a OAJ, para la opinión revisión de bases y contratos, luego visó la Resolución de Alcaldía n.º 1190-2011, del veintidós de diciembre del dos mil once que aprobó la ejecución de prestaciones adicionales. La adenda fue irregular, pues se realizó con posterioridad a la culminación del contrato y se suscribió sin contar con la garantía de fiel cumplimiento y sus prestaciones adicionales ya se daban por ejecutadas, de acuerdo a la conformidad otorgada por Rojas Caramutty. Además, se asumió un compromiso que *Commit* no podía garantizar y, finalmente, no se cumplió con certificar el software ante Indecopi, tampoco cumplió con el compromiso de acreditar certificados digitales ante la Reniec. Del mismo modo, tampoco cumplió con implementar en el sistema *Onbase* la totalidad de treinta nuevos procedimientos TUPA. Y se le efectuó el pago, pese a que no implementó cinco procedimientos TUPA.

Noveno. De otro lado, también permitió la ampliación del plazo a *Interbissnet* SAC, pues esta última remitió la carta del veinticinco de marzo que produjo el Informe n.º 149-2011 de Rojas Caramutty, el Informe n.º 190-2011 de Espinoza López y el Informe n.º 219-2011, de Rojas Caramutty; asimismo, en su condición de gerente municipal, efectuó el proveído pase SG para proyectar la resolución sobre el Informe n.º 898-2011 para la ampliación del plazo. La ampliación del plazo era irregular, pues no estaba establecida ni en las bases ni en el contrato.

Décimo. Los hechos expuestos —como proposición fáctica probada— permiten coincidir con los órganos de instancia, respecto a que, por medio de un razonamiento indiciario, se acreditó tanto este cúmulo de irregularidades como que el procesado JUAN FERNANDO GAMARRA TONG incurrió en infracciones de deber omisivas y comisivas por omisión; además, permiten inferir el pacto colusorio para beneficiar a las empresas y sus representantes, que obtuvieron la buena pro, pese a las irregularidades advertidas, las que no son menores ni meramente administrativas, y requieren, para ser tomadas como tales, que puedan ser susceptibles a la conservación del acto administrativo, conforme lo establece el artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27444-Ley del Procedimiento Administrativo General, y los actos administrativos correspondientes a contrataciones del Estado poseen su legislación propia³ y no son susceptibles de regularización, al menos no los actos detectados; por ende, no pueden ser tratados como meras irregularidades administrativas. Asimismo, por la posición del cargo de gerente municipal que ostentaba el procesado, que incidía en el proceso de contratación, a fin de que se beneficie a los proveedores, se denota la concertación ilícita del conjunto de funcionarios —incluido el procesado— con los interesados, lo que (en ambas contrataciones) causó perjuicio patrimonial a la Municipalidad, ascendente a S/ 2 324 510.06 (dos millones trescientos veinticuatro mil quinientos diez con 06/100 soles).

Decimoprimer. Sin perjuicio de lo dicho, a fin de no dejar incertidumbre en la decisión, es conveniente precisar lo siguiente:

- (i) El artículo 384 del Código Penal, entre enero de dos mil diez y octubre de dos mil once, se encontraba vigente, según la modificatoria de la Ley n.º 29758, y poseía la redacción de colusión agravada con la que fueron

³ El Decreto Legislativo n.º 1017 y su Reglamento, Decreto Supremo n.º 184-2008-EF.

sentenciados. El inicio del ilícito resulta irrelevante para determinar el tipo aplicable y no existe conflicto de leyes, al tratarse de un delito cuyo término de ejecución es el que impera. No resulta pertinente abordar la subsunción.

- (ii) Aun así, si fuese un delito bajo la redacción única (Ley n.º 26713), no cabe ignorar que la colusión es un delito de peligro concreto, y no requiere causación de perjuicio económico, es decir, que la existencia de este lo consolida con mayor razón.
- (iii) De conformidad con los hechos probados, al procesado Gamarra se le atribuyen actos comisivos como “aprobar las bases sin informe técnico” — las aprobadas no respetaron el Informe n.º 290-2010, documento que además no obra en el expediente administrativo— “suscribió adenda”, “emitió proveídos”, “visó resolución de alcaldía”. Si bien, aprueba las bases administrativas, sin observar que, conforme a la Ley n.º 26812 y su reglamento, Decreto Supremo n.º 24-2006-PCM, era necesario contar con el informe técnico previo de evaluación del *software* y un proyecto de inversión pública; no puede ignorarse que, a la luz de los hechos, no era un mero trámite basado en informes previos, sino que el Informe n.º 290-2010 es diferente de las bases administrativas redactadas por la Comisión Especial integrada por Rojas Caramutty, Espinoza López y Santisteban Márquez; además, no se contaba con los requisitos exigidos por la normativa, tanto más si el Informe n.º 290-2010 no aparece en el expediente administrativo.
- (iv) Al tratarse de una infracción comisiva, el deber de garante se diluye, bajo su responsabilidad activa y dolosa, ya que existía una advertencia legal y varias exigencias que se dejaron de lado para beneficiar al postor. Aun así, la Ley n.º 26812 y el Decreto Supremo n.º 24-2006-PCM, por tratarse de una entidad pública municipal, deben concordarse no solo con la Ley de Contrataciones del Estado, que establece que el titular de la entidad es la “más alta autoridad ejecutiva” (artículo 5.1 del Reglamento de

Contrataciones del Estado, Decreto Supremo n.º 184-2008-EF, vigente al tiempo de los hechos), sino también con la Ley Orgánica de Municipalidades, según la Ley n.º 27972, la cual, en su artículo 27, establece el deber específico de dirigir y responsabilizarse de la administración municipal. Luego, tiene un deber funcional específico con relación a las adquisiciones y el manejo del erario edil, tanto más si en los hechos, aprobó, visó, proveyó y dispuso actuaciones funcionales que redundaron en el perjuicio económico acreditado.

- (v) Los defectos ulteriores de las áreas bajo su control y supervisión no eximen de responsabilidad al procesado Gamarra, en su condición de gerente municipal.

De esa forma, conforme a lo expuesto, no cabe amparar el recurso de casación promovido por el procesado JUAN FERNANDO GAMARRA TONG y, por ende, no corresponde casar la sentencia de vista. El razonamiento judicial impugnado ha sido el correcto.

Decimosegundo. Finalmente, el artículo 504, numeral 2, del Código Procesal Penal establece que quien interpuso un recurso sin éxito deberá pagar las costas procesales, las cuales se imponen de oficio, conforme al artículo 497, numeral 2, del citado código. De ahí que corresponde al impugnante JUAN FERNANDO GAMARRA TONG asumir tal obligación procesal.

La liquidación le corresponde a la Secretaría de esta Sala Penal Suprema, mientras que su ejecución le concierne al juez de investigación preparatoria competente.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, señores los jueces integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

- I. DECLARARON INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la defensa de **Juan Fernando Gamarra Tong** (foja 911) contra la sentencia de vista, del veintitrés de septiembre de dos mil veintiuno (foja 747), expedida por la Primera Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, que confirmó la sentencia del diecinueve de junio de dos mil diecinueve (foja 1), que lo condenó como autor del delito de colusión agravada, en perjuicio del Estado-Municipalidad de Los Olivos; le impuso seis años de pena privativa de libertad, y lo inhabilitó por el plazo de tres años, conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal; con lo demás que contiene; y, en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista del veintitrés de septiembre de dos mil veintiuno.
- II. CONDENARON** al procesado Juan Fernando Gamarra Tong al pago de las costas procesales correspondientes, que serán liquidadas por la Secretaría de la Sala Penal Suprema y exigidas por el juez de investigación preparatoria competente.
- III. ORDENARON** que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública y que, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas en la instancia, incluso a las no recurrentes. Publíquese la presente sentencia en la página *web* del Poder Judicial; y los devolvieron.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

LUJÁN TÚPEZ

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

CARBAJAL CHÁVEZ

LT/jj