



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA DEL PERU

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N° 3526-2022/ CALLAO
PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

Título: Colusión. Acusación complementaria. Reparación civil. Motivación

Sumilla 1. El artículo 374, apartado 2, del Código Procesal Penal estipula que el fiscal mediante una acusación complementaria podrá ampliar la misma introduciendo un hecho nuevo o una nueva circunstancia no mencionada en su oportunidad, que modifica la calificación legal o integra un delito continuado –se ha entender “hechos nuevos”, como datos fácticos que permiten advertir una nueva calificación típica o un delito continuado, y “circunstancias nuevas”, como sucesos que están alrededor del hecho principal que importan una modificación de la conminación penal (circunstancias agravantes o atenuantes genéricas), que incluso pueden dar lugar a una figura delictiva distinta si se trata de circunstancias específicas–. **2.** El argumento del fiscal, al invocar lo que resulta de la actividad probatoria actuada en el plenario, es concordante con el citado precepto procesal. No vulneró sus poderes de acusación ni se quebrantaron las reglas del procedimiento que determinan la validez o eficacia de la acusación complementaria. Es evidente que el fiscal dio cuenta de precisos hechos no narrados anteriormente que, a su juicio, son constitutivos de concertación, que es el elemento del tipo objetivo central del delito de colusión y, por tanto, lo alejan del delito de negociación incompatible, que es un delito de preparación. Estos hechos que con la prueba actuada en juicio se habrían producido, siempre según resaltó el fiscal, importaron concertaciones con el perito tasador y los funcionarios públicos del Gobierno Regional del Callao al producirse acuerdos subrepticios en perjuicio del Estado para efectivizar la contratación pública referido al predio del ex fundo Oquendo. Esta facultad del fiscal responde a la propia lógica del procedimiento penal y a la primacía del juicio oral frente a otras etapas. **3.** Un argumento fundamental de la condena es que el acuerdo de ampliación del plazo para el pago del valor del predio no se puso en conocimiento de los posibles postores. El encausado Peña Aparicio, por Inmobiliaria Estefanía Sociedad Anónima Cerrada, el uno de julio de dos mil once solicitó la ampliación del plazo, pedido que fue aceptado por acuerdo del Comité Especial de Adjudicación de cuatro de julio de ese año. Esta ampliación está dentro de las facultades del Comité, como se puntualizó en el punto octavo de las Bases Administrativas. El indicado punto octavo precisó que de ello se dará aviso a los adquirientes de las Bases Administrativas mediante “...cartas circulares, fax, correo electrónico o publicación en la página Web del Gobierno Regional del Callao-GRC, según sea el caso”. No hay duda de que se siguió el procedimiento para ampliar las Bases Administrativas. Empero, los jueces de mérito no motivaron el alcance del modo de poner en conocimiento tal acuerdo modificatorio. **4.** La reparación civil integra el proceso civil acumulado al proceso penal y, como tal, ha de cumplir las notas características del primero. El principio de congruencia procesal integra la garantía de tutela jurisdiccional. Ha de existir correspondencia entre la pretensión de las partes y la parte dispositiva de la sentencia. En el supuesto de incongruencia por *extra petitum*, la sentencia concede lo no pedido como lo concede o deniega por causas distintas de las alegadas –bien a las peticiones (*petita*) de las partes [clase de tutela demandada], bien a las causas de pedir (*causa petenti*)–. Es, pues, una declaración del órgano jurisdiccional no exigida por la parte. Las pretensiones de las partes no solo se delimitan por lo que se pide, por el *petitum*, sino por el concurso de elementos subjetivos, fácticos y jurídicos –solo debe comprender a los que han sido partes en el proceso, debe limitarse a las aportaciones de hechos (salvo los hechos accesorios) y pruebas, y no debe pronunciarse con fundamento distinto de la causa de pedir aducida por la parte (por el fundamento, que no por la fundamentación o las alegaciones jurídicas).

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, cinco de julio de dos mil veintitrés

VISTOS; con las copias solicitadas; en audiencia pública: los recursos de casación, por las causales de inobservancia de precepto constitucional, quebrantamiento de precepto procesal, infracción del precepto material y vulneración de la garantía de motivación, interpuestos por la defensa del encausado OSCAR JAVIER PEÑA APARICIO y por el tercero civil responsable INMOBILIARIA ESTEFANÍA SOCIEDAD ANÓNIMA

CERRADA contra la sentencia de vista de fojas dos mil seiscientos cuarenta y uno de nueve de julio de dos mil veintiuno, en cuanto: **(i)** confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas mil doce, de diecisiete de enero de dos mil diecinueve, condenó a Oscar Javier Peña Aparicio como autor del delito de colusión en agravio de Estado a siete años de pena privativa de libertad e inhabilitación de un año y ocho meses; y, **(ii)** confirmando en un extremo e integrando el otro la sentencia de primera instancia de fojas mil doce, de diecisiete de enero de dos mil diecinueve, fijó en un millón quinientos mil soles el monto de reparación civil, así como ordenó la restitución del predio “Oquendo” al Gobierno Regional del Callao y anuló el Acuerdo del Consejo Regional, la subasta pública, el acto de compra venta del indicado predio y su inscripción registral; con todo lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que el señor fiscal provincial de la fiscalía Provincial Penal Corporativa Especializada en delitos de corrupción de funcionarios del Callao por requerimiento de fojas una, de diecinueve de noviembre de dos mil quince, formuló acusación contra Félix Manuel Moreno Caballero, Miguel Ángel Asensios Vega, Marco Antonio Palomino Peña, Eber Adalberto Ramírez Sánchez y José Julián García Santillán como autores del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo en agravio del Estado; y contra José Luis Casado Pinedo, Oscar Peña Macher y Oscar Javier Peña Aparicio como cómplices primarios del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo en agravio del Estado, y solicitó para todos ellos la pena de cinco años cuatro meses de privación de libertad, así como cinco años de inhabilitación.

∞ Respecto a la reparación civil, el Procurador Público Especializado en delitos de corrupción de funcionarios del Callao cumplió con constituirse en actor civil. Se incorporó como terceros civil responsables a las empresas: Inmobiliaria Estefanía Sociedad Anónima Cerrada y Corporación Nacional de Tasadores Sociedad Anónima Cerrada.

∞ El fiscal subsanó el requerimiento acusatorio por escrito de fojas cincuenta y cuatro, de veintisiete de septiembre de dos mil dieciséis. No introdujo circunstancia modificatoria de la responsabilidad penal.

∞ El fiscal, asimismo, formuló la acusación complementaria de fojas ochocientos cuarenta y cuatro, de dieciocho de diciembre de dos mil dieciocho, por considerar que se evidenció una circunstancia que recién fue advertida en la actuación de medios probatorios. Modificó la calificación legal de los hechos, de negociación incompatible a colusión.

∞ El Primer Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia del Callao, tras la audiencia preliminar de control de acusación, por auto de fojas ciento cincuenta, de seis de julio de dos mil diecisiete, declaró la procedencia del

juicio oral. Por auto de fojas ochocientos cincuenta y uno, de dieciocho de diciembre de dos mil dieciocho, aceptó la acusación complementaria; y, por auto de fojas ochocientos setenta y dos, de veintisiete de diciembre de dos mil dieciocho, declaró infundada la nulidad planteada contra el auto precedente.

∞ El fiscal en el periodo final del juicio oral, en la acusación oral, pidió siete años de pena privativa de libertad para Casado Pinedo, doce años de privación de libertad para García Santillán, Moreno Caballero y Ascencio Vega, así como diez años de privación de libertad para los particulares [vid.: sesión de quince de enero de dos mil diecinueve, fojas novecientos dos].

SEGUNDO. Que el Primer Juzgado Penal Unipersonal del Callao, previa audiencia, con fecha diecisiete de enero de dos mil diecinueve dictó la sentencia de primera instancia, que absolvió a José Julián García Santillán, Oscar Peña Macher de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de colusión en agravio del Estado; condenó a Félix Manuel Moreno Caballero, Miguel Ángel Asencios Vega, Marco Antonio Palomino Peña y Eber Adalberto Ramírez Sánchez como autores del delito de colusión en agravio del Estado; y, condenó a José Luis Casado Pinedo y Oscar Javier Peña Aparicio como cómplices primarios del delito de colusión en agravio del Estado a cinco años de pena privativa de libertad e inhabilitación de un año y ocho meses. Además, declaró fundada la reparación civil contra los condenados y terceros civilmente responsables Corporación Nacional de Tasadores Sociedad Anónima Cerrada e Inmobiliaria Estefanía Sociedad Anónima Cerrada por el monto a pagar en forma solidaria de un millón quinientos mil soles por daño extrapatrimonial.

∞ Mediante auto de fojas mil cien, de diecisiete de enero de dos mil diecinueve, se integró y corrigió la sentencia. Se fijó en diez millones trescientos sesenta y un mil quinientos ochenta y ocho soles con treinta y ocho céntimos la suma por concepto de reparación civil, que deberán abonar los condenados Félix Manuel Moreno Caballero, Miguel Ángel Asencios Vega, Marco Antonio Palomino Peña, Eber Adalberto Ramírez Sánchez y Oscar Javier Peña Aparicio, y, los terceros civiles Corporación Nacional de Tasadores e Inmobiliaria Estefanía Sociedad Anónima Cerrada en forma solidaria por concepto de daño patrimonial.

TERCERO. Que interpuestos los recursos de apelación por el encausado PEÑA APARICIO y el tercero civil responsable INMOBILIARIA ESTEFANÍA SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA por escritos de fojas mil doscientos sesenta y siete y mil doscientos ochenta, ambos de veintitrés de enero de dos mil diecinueve, y debidamente concedidos, la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Callao declaró bien concedido dichos recursos. Cumplido con el trámite impugnatorio en segunda instancia el Tribunal Superior profirió la sentencia de vista de fojas dos mil seiscientos cuarenta y uno, de nueve de julio de dos mil veintiuno, que confirmando en un extremo y revocando el otro la sentencia de primera instancia, en lo pertinente, condenó a OSCAR JAVIER PEÑA APARICIO

como cómplice primario del delito de colusión en agravio de Estado a siete años de pena privativa de libertad; y, **(ii)** confirmando en un extremo e integrando el otro la sentencia de primera instancia ratificó el monto de la reparación civil y, además, ordenó la restitución del predio “Oquendo” al Gobierno Regional del Callao, y anuló el Acuerdo del Consejo Regional, la subasta pública, los actos de compra venta del indicado predio y su inscripción registral; con todo lo demás que contiene.

∞ Contra la referida sentencia de vista la defensa del encausado PEÑA APARICIO y del tercero civil responsable INMOBILIARIA ESTEFANÍA SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA interpusieron recurso de casación.

CUARTO. Que, según las sentencias de mérito, los hechos declarados probados son como siguen:

- A)** El Gobierno Regional del Callao, al tener la titularidad del predio ubicado en la avenida Néstor Gambeta sin número, ex fundo Oquendo – Callao, con un área de setenta mil treinta metros cuadrados, donado por la empresa Victoria Industrial Sociedad Anónima –ahora, Promotora Oquendo–, aceptada mediante Resolución 793-86 CORDE Callao/P, cuyos datos se encuentran inscritos en la partida registral 70364878 del Registro de propiedad inmueble del Callao, decidió subastar el mismo con trasgresión de la obligación para la cual fue donado: construcción de Centro de Acopio y Mercado Mayorista.
- B)** Pese a ello, el acusado Miguel Ángel Asencio Vega, en su condición de presidente del Comité Especial de Adjudicaciones, emitió el informe 353-2011-GRC/GA-OGP, de doce de mayo de dos mil once, que justificó la ilegal venta del predio por subasta pública. La tasación comercial del referido predio, elaborada por la empresa privada Corporación Nacional de Tasadores Sociedad Anónima Cerrada, representada por el ingeniero José Luis Casado Pinedo, de diecisiete de marzo de dos mil once, se consolidó a través de una contratación directa que tuvo muchas irregularidades, como **(i)** contratar a la referida empresa sin pedir otras cotizaciones, conforme lo disponía el Memorándum 237-2011-GRC/GGR, de veinticinco de marzo de dos mil once, que requería como mínimo dos proveedores, y **(ii)** que José Luis Casado Pinedo, en su condición de perito tasador y a su vez representante legal de la Corporación Nacional de Tasadores Sociedad Anónima Cerrada no era competente para efectuar la referida tasación, al punto de fijar que el valor comercial del predio ascendía a catorce millones doscientos dieciocho mil novecientos setenta y un soles con ciento sesenta dos céntimos al diecisiete de marzo de dos mil once, cuando el precio real según el Informe Técnico suscrito por los peritos del Ministerio de Vivienda Construcción y Saneamiento a esa fecha era el de veinticuatro millones quinientos ochenta mil quinientos treinta soles. Por tanto, se subvaluó el predio materia de subasta y se generó un perjuicio económico al patrimonio del Estado ascendente a la suma de diez millones trescientos sesenta y un mil quinientos cincuenta y ocho soles con

treinta y ocho céntimos, como señaló la pericia contable de treinta de junio de dos mil quince.

- C) El Comité Especial de la subasta del predio restringió la participación de postores, pues no permitió que medie plazo alguno entre la fecha de publicación de la subasta y el registro de postores. Además, adjudicó la buena pro a Inmobiliaria Estefanía Sociedad Anónima Cerrada, pese a que sus representantes, Oscar Javier Peña Aparicio y Oscar Peña Macher, fueron los que participaron de forma irregular durante el proceso, pues generaron la apariencia de concurrencia de varios postores a través de sus distintas empresas; además, a pedido de dicho postor, se permitió que hasta tres meses después de la fecha de la subasta se pueda cancelar el predio del bien subastado, lo que no fue de conocimiento de los demás postores.
- D) Tras la venta del predio, el Gobierno Regional del Callao no cumplió con efectuar el pago del porcentaje establecido en el artículo 79, del Reglamento de la Ley 29151, pues conforme informó la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales en el oficio 1273-2014/SBN-DGPE-SDDI, de veintidós de agosto de dos mil catorce, de la revisión de los archivos de la supervisión de tesorería desde julio de dos mil once hasta la fecha no se encontró ningún ingreso por parte del Gobierno Regional del Callao ni de los compradores según ficha registral. No se cumplió con el cargo y uso público del bien, no se permitió brindar una protección al mismo bajo los atributos de inalienabilidad e imprescriptibilidad, de la imposibilidad de cualquier acto de disposición sobre el bien inmueble.

QUINTO. Que la defensa de Peña Aparicio en su escrito de recurso de casación de fojas dos mil ochocientos cuarenta, de veintitrés de julio de dos mil veintiuno, denunció las causales de inobservancia de precepto constitucional, infracción de precepto material y vulneración de la garantía de motivación (artículo 429, incisos 1, 3 y 4, del Código Procesal Penal –en adelante, CPP–).

∞ Desde el acceso excepcional al recurso de casación planteó la definición jurisprudencial de la oportunidad y del modo proponer la acusación complementaria, así como que se indique si el tipo objetivo está probado, el tipo subjetivo también debe probarse, sin que solo deba desarrollarse motivación en los supuestos de error de tipo, y que se precise si el sistema de tercios puede ser aplicado antes de su entrada en vigor con resultados más lesivos para el imputado.

SEXTO. Que el tercero civil responsable, INMOBILIARIA ESTEFANÍA SAC, en su escrito de recurso de casación de fojas dos mil novecientos ochenta y dos, de veintitrés de julio de dos mil veintiuno, denunció las causales de casación previstas en los incisos 1, 2 y 3 del artículo 429 del CPP. Alegó que se inobservaron las garantías de motivación (respecto de la declaración de hechos probados), debido proceso y los principios de inmediación y congruencia (*ultra petita*); que se quebrantó los preceptos vinculados a la congruencia impugnatoria e interdicción

de la reforma en peor, así como a la acusación complementaria; que se realizó una indebida interpretación del artículo 384, del Código Penal y del numeral 1, del artículo 2001, del Código Civil, así como del artículo 200, del Código Civil y lo decidido por el IX Pleno Casatorio Civil.

SÉPTIMO. Que, como consecuencia de la denegación de los recursos de casación y la presentación de los recursos de queja, este Tribunal Supremo por Ejecutorias de quince de febrero de dos mil veintidós y veintisiete de septiembre del mismo año declaró fundado los referidos recursos y concedió el recurso de casación por las causales de **inobservancia de precepto constitucional, quebrantamiento del precepto procesal, infracción del precepto material y vulneración de la garantía de motivación:** artículo 429, incisos 1, 2, 3 y 4, del CPP.

∞ En cuanto al encausado PEÑA APARICIO corresponde examinar lo relativo a la legalidad de la acusación complementaria, a la configuración del tipo delictivo y a la corrección de la aplicación del sistema de tercios para fijar la pena. En lo concerniente al tercero civil, INMOBILIARIA ESTEFANÍA SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA, es de rigor controlar si se respetó la congruencia procesal y el principio de interdicción de la reforma en peor, así como las bases jurídicas de la determinación de la reparación civil.

OCTAVO. Que, instruido el expediente en Secretaría y señalada fecha para la audiencia de casación el día veintiuno de junio del presente año, ésta se realizó con la concurrencia de la defensa de los recurrentes, doctores Julio César Espinoza Goyena (por el imputado Peña Aparicio), Samuel Abad Yupanqui (por Inmobiliaria Estefanía SAC), y del abogado delegado de la Procuraduría Pública, doctor Eddy Betalleluz Vizcarra, cuyo desarrollo consta en el acta correspondiente.

NOVENO. Que, cerrado el debate, deliberada la causa en secreto ese mismo día, de inmediato y sin interrupción, y producida la votación respectiva, se acordó por unanimidad pronunciar la correspondiente sentencia de casación en los términos que a continuación se consignan. Se programó para la audiencia privada de lectura de la sentencia el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

§ 1. *DEL ÁMBITO DE LOS RECURSOS DE CASACIÓN*

PRIMERO. Que el análisis de la censura casacional, desde las causales de **inobservancia de precepto constitucional, quebrantamiento del precepto procesal, infracción del precepto material y vulneración de la garantía de motivación,** se circunscribe a examinar, de un lado, la legalidad de la acusación complementaria, la correcta configuración del tipo delictivo y la corrección de la aplicación del sistema de tercios para fijar la pena (objeto penal), y, de otro lado, el respeto a la congruencia procesal, el principio de

interdicción de la reforma en peor y las bases jurídicas de la determinación de la reparación civil (objeto civil).

§ 2. DEL RECURSO DEL ENCAUSADO PEÑA APARICIO

SEGUNDO. Que, acerca de la acusación complementaria, es de rigor puntualizar:

∞ **1.** Conforme a la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria de once de julio de dos mil catorce, entre otros, se atribuyó al encausado recurrente Peña Aparicio la comisión del delito de colusión y, alternativamente, del delito de negociación incompatible en agravio del Estado.

∞ Sin embargo, al culminar la investigación preparatoria el fiscal optó por el delito de negociación incompatible, como consta de la acusación de fojas una, de dieciséis de noviembre de dos mil quince [vid.: folio treinta y tres], ratificada en la acusación de subsanación de fojas cincuenta y dos, de veintisiete de septiembre de dos mil dieciséis. El Juzgado de la Investigación Preparatoria, en esos términos, emitió el auto de enjuiciamiento [vid.: fojas ciento cincuenta, de seis de julio de dos mil diecisiete].

∞ **2.** No obstante, ya iniciado el juicio oral, en el curso de sus actuaciones, en la sesión de dieciocho de diciembre de dos mil dieciocho, introdujo una acusación complementaria, según los términos ya descritos [vid.: fojas ochocientos cincuenta y uno], que por escrito corre a fojas ochocientos cuarenta y cuatro. El Juzgado Penal, previo traslado, declaró infundada la nulidad que planteó el encausado Peña Aparicio respecto de la resolución que aceptó la acusación complementaria [vid.: fojas ochocientos setenta y dos y ochocientos setenta y tres, de veintisiete de diciembre de dos mil dieciocho, y fojas ochocientos cincuenta y dos, de dieciocho de diciembre de dos mil dieciocho].

∞ **3.** La sentencia de primera instancia, confirmada por la de vista, condenó por el delito de colusión.

TERCERO. Que el argumento de la acusación complementaria, invocando el artículo 374, apartado 2, del CPP, estriba en que, a juicio del fiscal, se puso en evidencia una circunstancia que no fue advertida con anterioridad sino luego de la actuación de medios de prueba –personales y documentales– en el plenario, que dan cuenta de dos hechos: **1)** la contratación del perito tasador responde a una concertación con Asencios Vega para defraudar al Estado subvaluando el predio; y, **2)** la buena pro entregada a Peña Macher y Peña Aparicio, como representantes de Inmobiliaria Estefanía Sociedad Anónima Cerrada, fue producto de una concertación con sus coimputados funcionarios públicos con la intención de defraudar al Estado. Como, según la Fiscalía, el comportamiento activo de los *extraneus* se dio a través de actos de concertación con los *intraneus*, entonces, se está ante un delito de colusión, no de negociación incompatible.

CUARTO. Que, ahora bien, el artículo 374, apartado 2, del CPP estipula que el fiscal mediante una acusación complementaria podrá ampliar la misma introduciendo un hecho nuevo o una nueva circunstancia no mencionada en su oportunidad, que modifica la calificación legal o integra un delito continuado –se ha entender “hechos nuevos”, como datos fácticos que permiten advertir una nueva calificación típica o un delito continuado, y “circunstancias nuevas”, como sucesos que están alrededor del hecho principal que importan una modificación de la conminación penal (circunstancias agravantes o atenuantes genéricas), que incluso pueden dar lugar a una figura delictiva distinta si se trata de circunstancias específicas–.

∞ El argumento del fiscal, al invocar lo que resulta de la actividad probatoria actuada en el plenario, es concordante con el citado precepto procesal. No vulneró sus poderes de acusación ni se quebrantaron las reglas del procedimiento que determinan la validez o eficacia de la acusación complementaria. Es evidente que el fiscal dio cuenta de precisos hechos no narrados anteriormente que, a su juicio, son constitutivos de concertación, que es el elemento del tipo objetivo central del delito de colusión y, por tanto, lo alejan del delito de negociación incompatible, que es un delito de preparación. Estos hechos que con la prueba actuada en juicio se habrían producido, siempre según resaltó el fiscal, importaron concertaciones con el perito tasador y los funcionarios públicos del Gobierno Regional del Callao al producirse acuerdos subrepticios en perjuicio del Estado para efectivizar la contratación pública referido al predio del ex fundo Oquendo.

∞ Esta facultad del fiscal responde a la propia lógica del procedimiento penal y a la primacía del juicio oral frente a otras etapas. Además, como se señaló en la sentencia Casatoria 317-2018/Ica, de veinticinco de octubre de dos mil dieciocho, el fiscal tiene otras oportunidades en que puede efectuar alguna modalidad de variación de la acusación escrita [vid.: fundamento jurídico cuarto]; variación que, incluso, bajo determinadas pautas, también puede efectuar el órgano jurisdiccional (ex artículos 374, apartado 1, y 397 del CPP).

∞ Por lo demás, reconocer la licitud de la acusación complementaria, como postulación del Ministerio Público, en modo alguno supone que el órgano jurisdiccional esté vinculado a ella, pues puede considerar que los nuevos hechos incorporados no se subsumen en la nueva figura delictiva acusada, insistir en el tipo delictivo originalmente acusado o, ante una falta de prueba suficiente, dictar sentencia absolutoria.

∞ En orden a la oportunidad procesal de presentación de la acusación complementaria, el citado artículo 374, apartado 2, estipula que ésta debe introducirse durante el juicio. Propiamente, es claro que, dada la posibilidad de la ampliación de la declaración del imputado y la actuación de nuevas pruebas pertinentes con el nuevo cargo, el escrito de acusación complementaria se debe presentar antes de agotarse definitivamente el periodo probatorio. Según constan de las actas de las sesiones de seis de diciembre y dieciocho de diciembre de dos mil dieciocho (sesiones veintiuna y veintidós) –incluso así lo reconoció la defensa del imputado en la audiencia de casación– en la primera sesión aludida se hizo

presente que en la próxima sesión se daría la oportunidad a los acusados para que puedan declarar si así lo considerasen pertinente, y en esta segunda sesión los imputados decidieron guardar silencio y ante la acusación complementaria alguna de las partes (fiscal y alguno de los imputados) ofrecieron prueba documental que fue oralizada. Luego, aún no había culminado el periodo probatorio cuando se planteó la acusación complementaria, por lo que no se trató de una postulación extemporánea.

∞ En consecuencia, este punto impugnativo no puede prosperar.

QUINTO. Que, en cuanto a la subsunción de los hechos, se tiene que lo relacionado con la decisión de venta en subasta pública y la justificación para hacerlo no le es imputable al recurrente Peña Aparicio, titular de Inmobiliaria Estefanía Sociedad Anónima Cerrada, pues fue una determinación interna de la Administración en la que el citado encausado no intervino. Tampoco tuvo injerencia respecto de la designación y contratación del perito tasador y, menos, del pago que recibió. Tampoco tuvo alguna influencia en la elaboración del informe pericial que emitió ni en su conclusión respecto del valor del predio. De igual manera, es ajeno a la designación del Comité de Adjudicación, a la fijación del valor de venta y a sus disposiciones internas (decisión de una segunda convocatoria y disminución del precio del predio, a cuatro millones quinientos ochenta y seis mil setecientos sesenta y cinco dólares americanos con cuatro centavos). No consta afirmación ni medios de prueba que así lo determinen.

∞ El Juzgado Penal destacó que el encausado Peña Aparicio, como gerente general de Inmobiliaria Estefanía Sociedad Anónima Cerrada, solicitó al Comité de Adjudicación precise, en la segunda convocatoria, que el plazo para completar el pago del precio ofertado debe ser de noventa días naturales después del otorgamiento de la buena pro, lo que fue aceptado por dicho Comité, pese a lo cual tal modificación no se puso en conocimiento de los demás postores –este cambio de las bases no podía hacerse según la Resolución 102-2010-SBN, de dieciocho de octubre de dos mil diez–. Cabe acotar que en la primera convocatoria compraron bases siete empresas sin embargo ésta se declaró desierta.

∞ Además, resaltó el Juzgado Penal que en la segunda convocatoria se presentaron dos postores: Edferhope Empresa Individual de Responsabilidad Limitada e Inmobiliaria Estefanía Sociedad Anónima Cerrada –la primera fue eliminada al no presentar cheque de gerencia, carta fianza o dinero en efectivo conforme a las bases (solo presentó un cheque simple no negociable)–, pero Manuel Gustavo Honores Pérez, vinculado a la empresa Inmobiliaria Estefanía Sociedad Anónima Cerrada, es hermano del representante legal de la empresa postora Edferhope EIRL. Asimismo, se presentaron dos empresas vinculadas al imputado Peña Aparicio (Doña Licha SAC y LSA Enterprises Perú SAC), lo que constituyó una ilegalidad porque importó una práctica restrictiva de la libre competencia–. Consideró la sentencia de primera instancia que el acusado recurrente Peña Aparicio al solicitar el cambio de plazo para el pago se concertó con los

funcionarios para la obtención del fin ilícito que perseguía [vid.: folio ochenta y uno de la sentencia de primera instancia de fojas mil doce].

∞ El Tribunal Superior, al absolver el grado, señaló que la restricción de los participantes en la segunda convocatoria (cinco participantes y dos postores) solo consistió en la manipulación entre el Comité y Peña Aparicio para modificar el plazo para completar el pago (de quince a noventa días naturales) y en la falta de notificación de la ampliación a los demás postores; que, en cuanto a la falta de análisis del tipo subjetivo de colusión, entendió que si se prueba el tipo objetivo entonces queda probado el tipo subjetivo; que, en lo atinente a la falta de valoración de las testimoniales de Juan Victoriano Tone Coaguila y David Kuoman Saavedra, ellos corroboraron la falta de notificación de la aludida ampliación del plazo y son postores ajenos al grupo económico dirigido por el encausado Peña Aparicio, a los que se restringió su participación, aunque es de resaltar que dichos testigos dijeron que no intervinieron como postores por haber visto que el terreno estaba ocupado o haber observado problemas legales en el bien subastado.

SEXTO. Que es relevante destacar que el Tribunal Superior no consideró como un elemento configurativo de concertación el argumento del Juzgado Penal referido a las denominadas “prácticas restrictivas” –respecto del cual no analizó la aplicación del artículo 3, del Decreto Legislativo 1017, que determinaría la imposibilidad de aplicar el artículo de esta disposición legal porque se trata de una venta, no de una adquisición de bienes–. Por otro lado, es de considerar que se trató de una subasta pública, de carácter abierta, sin que se hubiere sostenido que medió una limitación fraudulenta de la comunicación al público de este modo de contratación pública. Tampoco puede estimarse que en la contratación del perito Asencios Vegas está vinculado el acusado Peña Aparicio, al no constar elemento de prueba alguno que lo relacione, tanto más si ni siquiera en la acusación complementaria se afirma de modo expreso tal vinculación específica.

∞ El fiscal se limitó a sostener que el encausado Peña Aparicio, y Peña Macher, como representantes de Inmobiliaria Estefanía Sociedad Anónima Cerrada, se concertaron con sus coimputados funcionarios públicos con la intención de defraudar al Estado. El “cómo” ha sido destacado por el Tribunal Superior al sostener que se produjo una manipulación entre el Comité y el acusado Peña Aparicio –se excluyó a Peña Macher de estas maniobras, por lo que se le absolvió– para modificar el plazo para completar el pago (de quince a noventa días naturales) y en la falta de notificación de la ampliación del citado plazo a los demás postores.

∞ Cabe destacar que, jurídicamente, no existe relación entre las empresas Edferhope EIRL e Inmobiliaria Estefanía Sociedad Anónima Cerrada –el encausado Peña Aparicio no es directivo, gerente o titular de la primera empresa–. Este fue un motivo del recurso de apelación del encausado Peña Aparicio [vid.: folio cinco del escrito de apelación de veintitrés de enero de dos mil diecinueve]. De otro lado, la recurrente Inmobiliaria Estefanía Sociedad

Anónima Cerrada destacó que la sentencia de primera instancia no valoró las declaraciones de dos testigos: Kuoman Saavedra (Gerente General de la empresa SAVAR) y Tome Aguilar (Gerente General de la empresa 3T CONTRATISTAS), que expresaron que, si bien se enteraron por el diario de la subasta y compraron las bases, no participaron en la subasta por problemas legales del predio o porque éste se encontraba ocupado por personas [vid.: folios cuatro y cinco del recurso de apelación de veintitrés de enero de dos mil diecinueve].

SÉPTIMO. Que la pericia de parte (peritos María Fernanda Mena Carbajal y Pablo Fernando Mena Carbajal –vid.: sesión de seis de agosto de dos mil dieciocho–) dio cuenta de las razones en cuya virtud el valor del predio era mucho menor que el fijado en la pericia oficial (tres millones trescientos dos mil cuatrocientos ochenta ocho dólares americanos con ochenta y ocho centavos) –el predio tenía cargas y el terreno entregado, ante las ocupaciones, fue de menor metraje–. Estas conclusiones, que fueron explicadas en el acto oral, no fueron examinadas en la sentencia de primera instancia, pese a que merecían serlo por el carácter de las atingencias formuladas, que podrían poner en cuestión la inferencia y conclusión incriminatoria. De igual manera, las testimoniales de Kuoman Saavedra (Gerente General de la empresa SAVAR) y Tome Aguilar (Gerente General de la empresa 3T CONTRATISTAS) tampoco fueron valoradas por el Juzgado Penal. Los límites, desde el principio de inmediación, que tiene el Tribunal Superior para apreciar la prueba personal son determinantes (ex artículo 425, apartado 2, del CPP). Lo no apreciado en primera instancia no puede ser subsanado en segunda instancia desde que los testigos no declararon en presencia del Tribunal de Apelación. Lo concluyente en este punto, dado el efecto del principio de inmediación, limitado a consagrar la corrección del testimonio y de la obtención de la mejor y más profunda calidad de la información del órgano de prueba, no es que su declaración fuera impertinente o incoherente –que es lo que sugieren los jueces de apelación y que, por cierto, permitiría superar esa omisión, desde que estos datos no están vinculados al principio de inmediación–. Lo relevante es que los testigos afirmaron las razones de la no presentación de sus empresas en la subasta pública, de suerte que correspondía examinar si ello importó o no la razón esencial de que solo dos empresas concurrieran a la subasta pública, más allá de que –según los jueces de mérito– la ampliación del plazo no se notificó a las demás empresas. Tal examen, sin embargo, no era posible llevar a cabo porque, como ya se indicó, requería que las declaraciones se rindieran personalmente ante el órgano jurisdiccional de apelación.

∞ Se trata, pues, de prueba pericial y prueba personal no apreciadas por el órgano judicial. Dada su posible trascendencia en la conclusión fáctica, es de concluir que la sentencia recurrida, y antes la de primera instancia, incurrieron en una motivación incompleta, de imposible subsanación en esta sede casacional. Se cometió, entonces, una grave afectación de la garantía de motivación, que se erige en una causal de nulidad absoluta o insubsanable conforme al artículo 150, literal d), del CPP.

OCTAVO. Que un argumento fundamental de la condena es que el acuerdo de ampliación del plazo para el pago del valor del predio no se puso en conocimiento de los posibles postores. El encausado Peña Aparicio, por Inmobiliaria Estefanía Sociedad Anónima Cerrada, el uno de julio de dos mil once solicitó la ampliación del plazo [vid.: fojas trescientos ochenta y nueve], pedido que fue aceptado por acuerdo del Comité Especial de Adjudicación de cuatro de julio de ese año [vid.: fojas trescientos noventa y dos]. Esta ampliación está dentro de las facultades del Comité, como se puntualizó en el punto octavo de las Bases Administrativas [vid.: fojas trescientos cincuenta y nueve]. El indicado punto octavo precisó que de ello se dará aviso a los adquirientes de las Bases Administrativas mediante “...cartas circulares, fax, correo electrónico o publicación en la página Web del Gobierno Regional del Callao-GRC, según sea el caso”.

∞ No hay duda de que se siguió el procedimiento para ampliar las Bases Administrativas. Empero, los jueces de mérito no motivaron el alcance del modo de poner en conocimiento tal acuerdo modificatorio. Se limitaron a resaltar que no constan las cartas de comunicación a los demás adquirientes de las Bases Administrativas, sin hacer mención a la oralización del Portal Electrónico del Gobierno Regional del Callao. Éste es un punto vital del juicio de concertación desleal que exige el tipo delictivo, que no ha sido abordado en la motivación de la sentencia.

∞ La motivación en este punto es incompleta.

NOVENO. Que, por otro lado, respecto del tipo delictivo de colusión, se tiene que el concierto, como elemento objetivo, consiste en un acuerdo o pacto, sin que baste la mera solicitud al funcionario público, que importe la consignación deliberada de condiciones que benefician al particular en detrimento de los intereses patrimoniales del Estado, de suerte que la disposición estatal se produce como consecuencia de una colusión con el funcionario público; acuerdo que debe ser idóneo para defraudar patrimonialmente al Estado, es decir que la entidad del riesgo producido no se ajuste a Derecho [GARCÍA CAVERO, PERCY y otros: *Delitos contra la Administración Pública*, Editorial Ideas, Lima, 2020, pp.179-182].

∞ Como tal, el concierto debe acreditarse acabadamente con mención de las pruebas respectivas y su debida valoración integral. En el presente caso, los jueces de mérito han dado por acreditado este elemento típico sin justificar, desde el principio de razón suficiente, la realidad de un concierto y de su idoneidad. El planteamiento de la defensa fue que ese pedido estaba autorizado en las bases de la subasta, que se trató de un pedido formal, que el Acuerdo del Comité fue explícito y que tal ampliación se publicó en el Portal Web de la Institución, alegaciones que como ya se resaltaron, no han sido respondidas –en especial no se introdujo el juicio de idoneidad de la ampliación y su no notificación de cara a la eficacia de la presunta concertación–. La motivación, por tanto, es insuficiente, al no

proporcionar las razones de configuración del concierto (existencia e idoneidad) ni responder los argumentos defensivos.

∞ Es evidente, además, que no necesariamente existe automatismo para considerar la existencia del tipo subjetivo una vez acreditado el tipo objetivo –para que exista delito no es suficiente con que se cumplan los elementos objetivos del tipo delictivo, sino también los subjetivos concretados en la existencia de dolo o imprudencia, según previsiones típicas–. El tipo subjetivo, como hecho específico de carácter subjetivo, también requiere de prueba –que, por lo general, se resuelve a través del análisis del comportamiento externo y de las inferencias probatorias pertinentes–. El imputado Peña Aparicio afirmó la inexistencia de dolo, pero a esta posición defensiva no se le dio específica respuesta, más allá de que la prueba corresponde a quien lo alegó. Es claro que el dolo se excluye por la presencia de un error de tipo –siempre con un determinado aporte probatorio y que revela el desconocimiento de alguno o todos los elementos del tipo objetivo, de la situación descrita en él–. Pueden presentarse supuestos específicos de falta de pruebas acerca del conocimiento del funcionario público de que se está concertando con un particular interesado y que esa concertación es idónea para defraudar los intereses patrimoniales del Estado, pero en todo caso es de rigor una argumentación puntual al respecto a tenor de la objeción del imputado. Se ha producido, entonces, una motivación incompleta.

DÉCIMO. Que, finalmente, respecto del sistema de tercios para la determinación de la pena, es de tener presente que la presunta consumación de la colusión desleal se habría producido en julio de dos mil once, tras el otorgamiento de la buena pro a la empresa Inmobiliaria Estefanía Sociedad Anónima Cerrada y el último abono de pago al Gobierno Regional del Callao, el doce julio de dos mil once. Empero, la reforma del Código Penal a las reglas de determinación de la pena entró en vigor posteriormente, con la Ley 30076, de diecinueve de agosto de dos mil trece –el artículo 46 del Código Penal, además y sucesivamente, se modificó por los Decretos Legislativos 1237, de veintiséis de septiembre de dos mil quince, y 1323, de seis de enero de dos mil diecisiete–. Por tanto, en caso de condena, su aplicación retroactiva está condicionada a su benignidad o favorabilidad (ex artículos 103, de la Constitución y 6, del Código Penal), para lo cual debe motivarse por qué estas disposiciones posteriores en el tiempo favorecen la situación material de un imputado, lo que no se ha explicado.

§ 3. DEL RECURSO DEL TERCERO CIVIL, INMOBILIARIA ESTEFANÍA SAC

UNDÉCIMO. Que el Procurador Público, mediante su escrito de diecisiete de diciembre de dos mil quince, tras absolver el traslado de la acusación escrita, solicitó como reparación civil la suma de treinta millones, quinientos ochenta y seis mil ochocientos sesenta soles con cuarenta y ocho céntimos por concepto de reparación civil –diez millones trescientos sesenta y un mil quinientos cincuenta y

ocho soles con treinta y ocho céntimos por daño patrimonial y veinte millones doscientos veinticinco mil trescientos dos soles con diez céntimos–.

∞ El Juzgado Penal en la sentencia de primera instancia recurrida en apelación fijó como reparación civil la suma de un millón quinientos mil soles por concepto de daño extra patrimonial y diez millones trescientos sesenta y un mil quinientos ochenta y ocho soles con treinta y ocho céntimos por concepto de daño patrimonial; esto es, un total de once millones ochocientos sesenta y un mil quinientos ochenta y ocho soles con treinta y ocho céntimos. Así consta de los folios doscientos catorce y doscientos diecisiete del cuaderno de casación (sentencia y auto de aclaración, ambos de diecisiete de enero de dos mil diecinueve).

∞ El Procurador Público no impugnó la sentencia de primera instancia y en la audiencia expresó su conformidad con la reparación civil impuesta.

∞ El Tribunal Superior en la sentencia de vista impugnada en casación integró la sentencia de primera instancia en cuanto a la reparación civil y, en consecuencia, ordenó la restitución del predio “Oquendo” al Gobierno Regional del Callao y, en tal virtud, la nulidad del Acuerdo Regional que autorizó la transferencia por subasta pública de dicho predio, del acto de compra venta a favor de Inmobiliaria Estefanía Sociedad Anónima Cerrada y la inscripción registral de la aludida compra venta, así como nulo el auto aclaratorio que fijó en diez millones trescientos sesenta y un mil quinientos ochenta y ocho soles con treinta y ocho céntimos por daño patrimonial. Además, confirmó el monto de un millón quinientos mil soles por concepto de daño extra patrimonial.

DUODÉCIMO. Que la reparación civil integra el proceso civil acumulado al proceso penal y, como tal, ha de cumplir las notas características del primero. El principio de congruencia procesal integra la garantía de tutela jurisdiccional. Ha de existir correspondencia entre la pretensión de las partes y la parte dispositiva de la sentencia. En el supuesto de incongruencia por *extra petitum*, la sentencia concede lo no pedido como lo concede o deniega por causas distintas de las alegadas –bien a las peticiones (*petita*) de las partes [clase de tutela demandada], bien a las causas de pedir (*causa petenti*)– [MONTERO AROCA, JUAN – FLORS MATIES, JOSÉ: *El recurso de casación civil*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 138, 139 y 143]. Es, pues, una declaración del órgano jurisdiccional no exigida por la parte. Las pretensiones de las partes no solo se delimitan por lo que se pide, por el *petitum*, sino por el concurso de elementos subjetivos, fácticos y jurídicos –solo debe comprender a los que han sido partes en el proceso, debe limitarse a las aportaciones de hechos (salvo los hechos accesorios) y pruebas, y no debe pronunciarse con fundamento distinto de la causa de pedir aducida por la parte (por el fundamento, que no por la fundamentación o las alegaciones jurídicas) [DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS y otros: *Derecho Procesal Civil II*, 3ra. Edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 240-243].

DECIMOTERCERO. Que, como ha quedado expuesto, la Procuraduría Pública (actora civil) solo solicitó, en uso de su poder de disposición, un monto preciso por daño patrimonial y daño extra patrimonial. No solicitó, como daño patrimonial, la devolución del predio que vendió el Gobierno Regional del Callao y, menos, la declaración de nulidad de diversos actos administrativos emitidos por este último como por los Registros Públicos.

∞ El Tribunal Superior, sin pedido legal de parte, consideró, en el cuarto fundamento jurídico de la sentencia de vista [vid.: folios cuarenta y cinco y cuarenta y seis], que procede la restitución del bien y que el Juzgado Penal omitió resolver la restitución –el Procurador recién en la audiencia de apelación pidió tal restitución–, por lo que integró la sentencia de primera instancia y anuló, por entender que se constituiría un doble pago, el monto por concepto de daño patrimonial de diez millones trescientos sesenta y un mil quinientos ochenta y ocho soles con treinta y ocho céntimos.

∞ Cabe señalar que la oportunidad procesal para plantear una pretensión civil se agotó en sede intermedia. Además, la Procuraduría enfatizó que se encontraba conforme con la sentencia de primera instancia en el extremo civil. No cabe que, en la audiencia de apelación, la parte, apartándose de su pretensión, incluya como extremo adicional de la reparación civil la restitución del bien, cuando no lo pidió en el momento procesal oportuno. Luego, al comprenderse una causa de pedir no demandada ni aceptada por la demandante cuando se dictó la sentencia de primera instancia, es patente que se incurrió en una incongruencia *extra petita*. Ya no podía comprenderse en segunda instancia una causa de pedir no planteada originariamente en primera instancia, en el tiempo, modo y forma oportunos.

∞ Además, comprendió la anulación de actos administrativos –del Gobierno Regional del Callao y de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos– sin el debido emplazamiento y sin valorar la legalidad de esta anulación, es decir si podía hacerlo en sede civil como consecuencia de una necesaria restitución de un bien inmueble. No se incorporaron los razonamientos jurídicos respectivos.

DECIMOCUARTO. Que como se trata de una sentencia de apelación al anularse actos administrativos se incurrió en una inobservancia del principio de interdicción de la reforma peyorativa. Si solo recurrió el imputado y el tercero civil cuestionando la reparación civil, no es posible que el Tribunal Superior falle, al ratificar la fundabilidad de la reparación civil, otorgando más de lo pedido en vía de impugnación. Se gravó más a un apelante de lo que ya estaba por la sentencia recurrida [GIMENO SENDRA, VICENTE: *Derecho Procesal Penal*, 2da. Edición, Editorial Civitas, Navarra, 2015, p. 131].

∞ Por todo ello, además, se desconoció las bases jurídicas de la determinación de la reparación civil, cuyo primer escalón es la acreditación de un hecho antijurídico que cause un daño indemnizable, conforme a los artículos 92 y siguientes del Código Penal y 1969 y siguientes del Código Civil.

∞ En estas condiciones, y atento a lo expuesto respecto a la situación jurídica del encausado recurrente Peña Aparicio, la decisión sobre la reparación civil debe anularse para su correcta y precisa valoración en función a la oportuna pretensión de la Procuraduría Pública.

§ 4. DE LA CONCLUSIÓN Y ALCANCES DE LA SENTENCIA CASATORIA

DECIMOQUINTO. Que, en conclusión, debe dictarse una sentencia rescindente referida a las sentencias de mérito. La nulidad está en función a lo dispuesto por el artículo 15, literal d), del CPP, en la que han incurrido el Juzgado Penal y el Tribunal Superior. Corresponde a los jueces de instancia, con otra conformación, respetando íntegramente lo establecido en esta sentencia casatoria, decidir lo que corresponda en orden al acusado Peña Aparicio y a la empresa Inmobiliaria Estefanía SAC., dentro de los precisos marcos de las pretensiones de las partes ya introducidas y consolidadas.

DECISIÓN

Por estas razones: **I.** Declararon **FUNDADOS** los recursos de casación, por las causales de **inobservancia de precepto constitucional, quebrantamiento del precepto procesal, infracción del precepto material y vulneración de la garantía de motivación**, interpuestos por la defensa del encausado OSCAR JAVIER PEÑA APARICIO y por el tercero civil responsable INMOBILIARIA ESTEFANÍA SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA contra la sentencia de vista de fojas dos mil seiscientos cuarenta y uno de nueve de julio de dos mil veintiuno, en cuanto: **(i)** confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas mil doce, de diecisiete de enero de dos mil diecinueve, condenó a Oscar Javier Peña Aparicio como autor del delito de colusión en agravio de Estado a siete años de pena privativa de libertad e inhabilitación de un año y ocho meses; y, **(ii)** confirmando en un extremo e integrando el otro la sentencia de primera instancia de fojas mil doce, de diecisiete de enero de dos mil diecinueve, fijó en un millón quinientos mil soles el monto de la reparación civil, así como ordenó la restitución del predio “Oquendo” al Gobierno Regional del Callao y anuló el Acuerdo del Consejo Regional, la subasta pública, el acto de compra venta del indicado predio y su inscripción registral; con todo lo demás que al respecto contiene. En consecuencia: **CASARON** la sentencia de vista. **II.** Reponiendo la causa al estado que le corresponde: **ANULARON** la sentencia de primera instancia, respecto del encausado Peña Aparicio y de la empresa Inmobiliaria Estefanía Sociedad Anónima Cerrada. **III. ORDENARON** que, previa audiencia, se dicte otra sentencia de primera instancia por otros jueces, teniendo presente lo establecido en esta sentencia casatoria. **III. MANDARON** se transcriba la presente sentencia al Tribunal Superior, al que se enviarán las actuaciones; registrándose. **IV. DISPUSIERON** se lea esta sentencia en audiencia pública, se notifique inmediatamente y se publique en la página web del Poder



Judicial. **INTERVINO** el señor juez supremo Cotrina Miñano por impedimento de la señora jueza suprema Altabás Kajatt. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

LUJÁN TÚPEZ

SEQUEIROS VARGAS

COTRINA MIÑANO

CARBAJAL CHÁVEZ

CSMC/RBG