



Delito de negociación incompatible

No existe indicio adicional que acredite el interés indebido, además del error al valorar la experiencia del maestro de obra, que permita inferir que los funcionarios sobrepusieron sus intereses a los del Estado. La condena por el aparente error en la calificación de la experiencia del maestro de obra vulneraría el principio de proscripción de la responsabilidad objetiva y la necesidad de responsabilidad penal para imponer una condena. En consecuencia, debe declararse infundado el recurso de casación.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veintiséis de abril de dos mil veintidós

VISTOS: el recurso de casación interpuesto por el representante del **Ministerio Público** contra la sentencia de vista del veintinueve de noviembre de dos mil diecinueve (foja 171), que confirmó la sentencia de primera instancia del once de septiembre de dos mil diecinueve, que absolvió de la acusación fiscal a los acusados Marco Antonio Benites Mestanza, Luis Enrique Farfán Silva, Sergio Saúl Salas García (como autores) y Luis Alberto Gallardo Rufasto (en calidad de cómplice) por el delito contra la administración pública-negociación incompatible, en agravio del Estado; con lo demás que contiene.

Intervino como ponente la señora jueza suprema CARBAJAL CHÁVEZ.

CONSIDERANDO

I. Itinerario del proceso

Primero. Según el requerimiento de acusación (foja 1) formulado contra Marco Antonio Benites Mestanza, Luis Enrique Farfán Silva,

Sergio Saúl Salas García (como autores) y Luis Alberto Gallardo Rufasto (en calidad de cómplice) por el delito contra la administración pública-negociación incompatible, en agravio del Estado, se aprecia lo siguiente:

- 1.1** En el año dos mil catorce, en la Dirección Territorial Policial (DIRTEPOL) de Chiclayo, se llevó a cabo el Proceso de Adjudicación Directa Selectiva número 019-2014-U.E 028 II DIRTEPOL-CHICLAYO, cuyo objeto fue contratar el servicio de mantenimiento preventivo y correctivo de la infraestructura de los locales de las Comisarías César Llatas Castro, José Leonardo Ortiz, Campodónico y Atusparias, pertenecientes a la DIRTEPOL de Chiclayo, cuyo valor referencial fue de S/ 148 585.51 (ciento cuarenta y ocho mil quinientos ochenta y cinco soles con cincuenta y un céntimos); asimismo, se llevó a cabo la Adjudicación Directa Selectiva número 020-2014-U.E 028 II DIRTEPOL-CHICLAYO, a fin de contratar el servicio de mantenimiento preventivo y correctivo de la infraestructura de los locales de las Comisarías PNP Monsefú, Pimentel, Santa Rosa y Puerto Eten, cuyo valor referencial fue de S/ 182 819.73 (ciento ochenta y dos mil ochocientos diecinueve soles con setenta y tres céntimos).
- 1.2** El treinta y uno de agosto de dos mil catorce el jefe de la Oficina Administrativa, Gerardo Seminario Otoya, mediante la Resolución Jefatural número 98-2014-U.E.028-II-DIRTEPOL, designó a los procesados como miembros del comité especial *ad hoc* para las selecciones citadas.
- 1.3** Este comité se encargó de la conducción, organización y ejecución de los procesos antes mencionados. En ese contexto, calificaron irregularmente la experiencia mínima del personal propuesto por el postor Constructora Gallardo & Ingenieros Asociados S. R. L., representado por el procesado Luis Alberto

Gallardo, en específico en relación con la experiencia del maestro de obra, a quien le otorgaron un puntaje que no correspondía.

La citada empresa acreditó respecto a la experiencia del maestro de obra solo tres años, cinco meses y cinco días de los cinco años solicitados en las bases, y se le asignó un puntaje de cien puntos, cuando le correspondían solo noventa. La correcta asignación finalmente habría determinado que el ganador fuese el otro postor.

- 1.4 El Órgano de Control Institucional del Ministerio del Interior programó una auditoría de cumplimiento practicada en la Dirección Territorial-Lambayeque de la Policía Nacional del Perú, con el objeto de verificar si las adquisiciones de bienes y las contrataciones de servicios habían sido realizadas de acuerdo con las normativas vigentes.

En consecuencia, se emitió el Informe de Auditoría número 7-2015-2-0282-AC. Posteriormente, la procuradora de los asuntos judiciales del Ministerio del Interior efectuó la denuncia contra los autores y el cómplice del delito de negociación incompatible.

Segundo. A efectos de mejor resolver, es pertinente realizar una síntesis de los hechos procesales, que son los siguientes:

- 2.1 El Décimo Juzgado Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, mediante la resolución del once de septiembre de dos mil diecinueve (foja 89), declaró absueltos a los procesados Marco Antonio Benites Mestanza, Luis Enrique Farfán Silva, Sergio Saúl Salas García (como autores) y Luis Alberto Gallardo Rufasto (en calidad de cómplice) de la acusación fiscal por el delito contra la

administración pública-negociación incompatible, en agravio del Estado.

- 2.2 En oposición a esta resolución, el representante del Ministerio Público interpuso recurso de apelación (foja 147).
- 2.3. La Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, mediante la resolución de vista de veintinueve de noviembre de dos mil diecinueve, declaró infundado el recurso de apelación propuesto por la representante del Ministerio Público y confirmó la absolución de los procesados (foja 197).
- 2.4 Posteriormente, la representante de la Fiscalía Superior Penal de Liquidación de Lambayeque interpuso recurso de casación bajo las causales establecidas en los incisos 4 y 5 del artículo 429 del Código Procesal Penal —en lo sucesivo CPP— (foja 111).
- 2.5 Mediante la resolución del seis de enero de dos mil veinte (foja 212) emitida por el Tribunal Superior, se concedió el recurso de casación interpuesto.

II. Motivos de la concesión del recurso de casación

Tercero. Este Tribunal Supremo, mediante la resolución de calificación del dos de julio veintiuno (foja 110 del cuadernillo formado en esta suprema instancia), declaró bien concedido el recurso de casación interpuesto y precisó lo siguiente:

- 3.1 Se advierte que plantea una casación excepcional, conforme a lo referido por el artículo 427 del CPP; el recurrente cumplió con la fundamentación exigida, y se estimó pertinente pronunciarse respecto a los elementos del tipo de negociación incompatible, a fin de unificar la jurisprudencia.

3.2 Asimismo, si bien el casacionista invocó las causales contenidas en los numerales 4 y 5 del artículo 429 del CPP, referidas a la ilogicidad en la motivación y el apartamiento de la doctrina jurisprudencial, respectivamente, en atención a la voluntad impugnativa, se tuvieron como causales las previstas en los incisos 3 —indebida aplicación material— y 4 del artículo 429 del CPP.

De este modo, corresponde analizar el caso en los términos habilitados por el referido auto de calificación del recurso de casación.

III. Tenor del recurso de casación

Cuarto. El representante del Ministerio Público refirió que los Tribunales de mérito efectuaron una errónea interpretación del artículo 399 del Código Penal, porque se consideró entre los elementos típicos del delito de negociación incompatible la concertación, pese a que este elemento resulta inherente al delito de colusión; asimismo, a la empresa que no ganó la buena pro como posible empresa perjudicada.

Resaltó como tema para el desarrollo jurisprudencial determinar si para la configuración del delito de negociación incompatible se requiere la existencia tanto del elemento de concertación como de un tercero posiblemente perjudicado.

IV. Audiencia de casación

Quinto. Instruido el expediente, se señaló como fecha para la realización de la audiencia de casación el cuatro de abril del año en curso (foja 101 del cuadernillo formado en esta instancia). Así, cerrado el debate y deliberada la causa, se produjo la votación correspondiente, en la que se acordó pronunciar por unanimidad la

presente sentencia y darle lectura en la audiencia programada para la fecha.

V. Fundamentos de derecho

Sexto. El objeto de pronunciamiento de la casación se orienta a fijar pautas de interpretación en relación con la conducta típica en el delito de negociación incompatible y evaluar respecto a ello si los Tribunales de mérito realizaron una correcta interpretación de los elementos que configuran tal delito.

Séptimo. La delimitación previamente señalada debe ser analizada en correlación con las causales de concesión del recurso: numerales 3 y 4 del artículo 429 del CPP, es decir, la denominada sustantiva o infracción de la ley material, en el supuesto de errónea interpretación —que nos compete—, que tiene lugar cuando, si bien el juez “elige y aplica correctamente la norma; sin embargo, le atribuye un sentido equivocado o le asigna efectos distintos o contrarios a lo que resulta de su contenido”¹.

En cuanto a la motivación, debemos considerar que la Constitución Política del Perú, directriz de nuestro ordenamiento jurídico, consigna en el numeral 5 del artículo 139, como principio y derecho de la función jurisdiccional, la motivación de las resoluciones judiciales en todas las instancias. Aunado a ello, es pertinente precisar que, en el ámbito supranacional, este derecho es declarado en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el artículo 41 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, garantizando que las decisiones judiciales se funden en derecho y estén exentas de arbitrariedad.

¹ PABÓN GÓMEZ, Germán. (2003). *De la casación y la revisión penal: en el Estado constitucional, social y democrático de derecho* (2.ª edición). Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, pp. 215.

La motivación de una resolución judicial no se basa en una determinada extensión de ella, toda vez que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto, y que, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si fuese breve o concisa².

Octavo. En el marco de un Estado constitucional de derecho, es preciso que se tutelen los distintos derechos e intereses de los ciudadanos, por lo que se requieren instituciones y herramientas que permitan el correcto y normal funcionamiento del Estado.

8.1 En ese sentido, a fin de garantizar la legalidad en el desempeño de los operadores públicos “y asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional”³, es exigible el correcto desempeño de los funcionarios o servidores públicos que tengan la competencia para estos ejercicios.

8.2 El objeto del derecho penal se circunscribe a la prevención del delito —y las faltas— como medio protector de la persona humana y la sociedad (artículo I del Título Preliminar del Código Penal).

En ese marco, se definen normativamente conductas como prohibidas, a fin de garantizar ciertos bienes jurídicos. Es así que el artículo 399 del Código Penal sanciona la siguiente conducta: El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

² Expediente número 32-2004-HC/TC, fundamento 3.

³ Al respecto, véase la ejecutoria suprema del Recurso de Nulidad número 661-2010/Lima de la Sala Penal Permanente.

8.3 Se advierte que este es un delito especial. El sujeto activo únicamente es el funcionario o servidor público competente al momento de realizar contratos o cualquier otra operación económica en la que debe elegir al postor de mayores cualidades, a fin de satisfacer los intereses del Estado y el bien común. El interés indebido:

Debe ser entendido en el sentido de que el funcionario o servidor público vuelca, sobre el contrato u operación económica de que se trate, una pretensión que no se condice con los intereses públicos de la administración [...]. Por el contrario, el funcionario manifiesta un interés particular que entra en colisión o contradicción con el interés que el Estado tiene sobre dicho negocio⁴.

VI. Análisis del caso concreto

Noveno. Al examinar la responsabilidad penal de los procesados, el Juzgado rechazó la tesis fiscal y señaló entre sus principales fundamentos los siguientes:

9.1 En esta sede se consideró acreditado que los autores formaban parte del comité de selección y adjudicación, conforme a la resolución jefatural correspondiente. Asimismo, en las bases administrativas de los procesos de adjudicación directa, se establecía como requerimiento mínimo del personal técnico una experiencia mínima de cinco años. Se determinó como nota importante que esta experiencia no podía ser superior a diez años y que no se podía calificar como puntaje el cumplimiento de requisitos técnicos mínimos.

9.2 Se le otorgó a la empresa Constructora Gallardo & Ingenieros Asociados S. R. L. en el factor de evaluación del personal

⁴ MONTOYA VIVANCO, Yván. (2015). *Manual sobre delitos contra la administración pública*. Lima: DEHPUCP, p. 133.

propuesto un puntaje de veinte puntos al maestro de obra, conforme se desprende de las actas y el informe de auditoría.

- 9.3** Está probado con la documentación acopiada que la experiencia del maestro de obra habría sido acreditada con certificados de data superior a los diez años previos a la solicitud de adjudicación directa, por lo que no debía ser puntuada.
- 9.4** A pesar de tener por acreditado el extremo de la indebida puntuación, el Juzgado señaló que en atención al principio de presunción de inocencia y la falta de probanza del interés indebido se debía declarar absueltos a los procesados.

Décimo. En el mismo sentido concluyó el Tribunal Superior al declarar la absolución de los procesados, en mérito a lo siguiente:

- 10.1** Indicó que el solo error en la calificación de los requisitos que beneficie o perjudique a determinado postor no resulta suficiente para acreditar el interés para favorecer.
- 10.2** No existe elemento que acredite reuniones entre las partes para favorecer a la empresa, de donde se pueda desprender el interés. En ese sentido, es necesario que exista una relación de contubernio, lo que no se acreditó.
- 10.3** Además, al igual que el *a quo*, refirió que el Ministerio Público debió presentar información respecto al postor vencido, a fin de verificar si existió una afectación a los intereses del Estado.

Undécimo. Por ello, , en atención a la finalidad extraordinaria del recurso de casación vinculada a la reafirmación de los preceptos constitucionales y procesales, que tienen por fin, entre otros, la aplicación e interpretación correcta del derecho positivo en las resoluciones judiciales, debemos señalar lo siguiente:

- 11.1** En el presente caso, si bien se acreditó que los procesados integrantes del comité especial de selección realizaron incorrectamente la asignación del puntaje, no se logró vincular este hecho con un interés indebido. El error por sí solo no puede configurar el tipo de negociación incompatible, pues se exige para su configuración que el sujeto actúe a título doloso.
- 11.2** En cuanto al interés indebido, no existe indicio adicional al señalado precedentemente que acredite que los funcionarios quebrantaron sus funciones y sobrepusieron sus intereses a los del Estado. La condena por el aparente error vulneraría el principio de proscripción de la responsabilidad objetiva y la necesidad de responsabilidad penal para efectuar una condena.
- 11.3** Es cierto que es errado el argumento de los Tribunales de mérito al señalar que el Ministerio Público no acreditó que se hayan celebrado reuniones entre los presuntos autores y el *extraneus*, pues el tipo penal de negociación incompatible no requiere de la probanza del elemento de concertación, por cuanto este no es un elemento del tipo.
- 11.4** Al respecto, debemos tener en cuenta lo siguiente:
El delito de negociación incompatible tiene un carácter subsidiario respecto de aquellos otros que sancionen la conducta de priorizar intereses privados por encima de intereses estatales, en un marco contextual de contrataciones públicas o cualquier otra operación económica en la que el Estado esté involucrado. En este sentido, la negociación incompatible sería subsidiaria respecto del delito de colusión. Y es en este sentido que se daría un concurso aparente entre ambos delitos⁵.
- 11.5** Si bien se presentaría un concurso aparente de leyes, se aplica la figura jurídica de negociación incompatible en defecto de,

⁵ Montoya Vivanco, Yván. (2015). *Manual sobre delitos contra la administración pública*. Lima: DEHPUCP, p. 135.

por ejemplo, el delito de colusión; no obstante, ello no quiere decir de ninguna manera que se deban acreditar los elementos del tipo de colusión.

11.6 A pesar de lo señalado, de la revisión de los fundamentos del Juzgado y el Tribunal de Apelación no advierte la existencia de una ausencia y/o ilógica valoración de elementos de cargo, ni la existencia de sustento que acrediten la existencia del interés indebido por parte de los funcionarios públicos involucrados.

Por ello, fue correcta la conclusión del Tribunal Superior, pues en atención al principio de favorabilidad por duda razonable se absolvió a los procesados.

Duodécimo. En ese orden de ideas, se advierte de las premisas que fundamentan la presente ejecutoria que no es posible establecer que se realizó una vulneración de la ley penal ni de la debida motivación de las resoluciones judiciales, conforme a las causales previstas en los incisos 3 y 4 del artículo 429 del CPP. En consecuencia, corresponde declarar infundada la casación.

Adicionalmente, se debe declarar exento del pago de costas al representante del Ministerio Público, en atención al inciso 1 del artículo 499 del CPP.

DECISIÓN

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

I. DECLARARON INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por el representante del **Ministerio Público** contra la sentencia de vista del veintinueve de noviembre de dos mil diecinueve (foja

171), que confirmó la sentencia de primera instancia del once de septiembre de dos mil diecinueve, que absolvió de la acusación fiscal a los acusados Marco Antonio Benites Mestanza, Luis Enrique Farfán Silva, Sergio Saúl Salas García (autores) y Luis Alberto Gallardo Rufasto (cómplice) por el delito contra la administración pública-negociación incompatible, en agravio del Estado; con lo demás que contiene. En consecuencia, **NO CASARON** la citada resolución.

- II. **DECLÁRESE EXENTO DE COSTAS** al representante del Ministerio Público.
- III. **DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria sea leída en audiencia por intermedio de la Secretaría de esta Suprema Sala Penal y que, acto seguido, se notifique a las partes apersonadas en la instancia, incluso a las no recurrentes.
- III. **MANDARON** que, cumplidos los trámites, se devuelvan los autos al órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuaderno de casación en la Corte Suprema.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

CARBAJAL CHÁVEZ

CCH/FL