

RECURSO DE CASACIÓN FUNDADO

1. RESPECTO AL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE: es un tipo subsidiario, de peligro, no cabe la modalidad omisiva respecto al elemento normativo "interesarse directamente", por cuanto, en el caso concreto, significaría reprimir penalmente la conducta del imputado por el solo incumplimiento de normativa de carácter administrativo, de ahí que dicho tipo penal debe interpretarse en función de los principios de *ultima ratio* del Derecho Penal (subsidiariedad y fragmentariedad).

2. SOBRE EL TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE: la sentencia materia de grado vulneró la garantía de la motivación de las resoluciones judiciales por deficiencia en la justificación externa del razonamiento del juez, por cuanto a pesar que estableció la obligación del pago de la reparación civil a las empresas recurrentes (terceros civilmente responsables), no precisó los fundamentos de su imposición, que en el caso no se determinaron, debido a que uno de sus representantes fue excluido del proceso; y el otro fue absuelto de la acusación fiscal.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, once de julio de dos mil diecisiete.

VISTOS: En audiencia pública; los recursos de casación interpuestos por el sentenciado Jorge Luis Vergel Polo y por las empresas Consorcio DHMONT & M S.A.C., e HIDROINGENIERÍA S.R.L., contra la sentencia de quince de noviembre de dos mil dieciséis, emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirmó la de primera instancia de veintitrés de junio de dos mil dieciséis, en el extremo que condenó a Jorge Luis Vergel Polo, como autor

del delito contra la Administración Pública-negociación incompatible en agravio del Estado, a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de prueba de tres años, bajo reglas de conducta; y revocó dicha sentencia en el extremo que declaró fundada en parte la pretensión del actor civil, en relación a los sentenciados Jorge Luis Núñez Smith, Jorge Luis Vergel Polo y Carlos Alberto Foronda Claussi; en consecuencia, fijó en doscientos mil soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar los antes mencionados en forma solidaria; y reformándola, fijaron en ciento ochenta y ocho mil soles, el monto por dicho concepto, que deberán abonar los condenados Jorge Luis Núñez Smith y Jorge Luis Vergel Polo, y las empresas DHMONT & CG & M S.A.C. e HIDROINGENIERÍA S. R. L., como terceros civilmente responsables a favor del Estado agraviado; discriminados de la siguiente manera: el ocho por ciento de dicho monto, cada uno de los sentenciados; el sesenta y dos por ciento, la empresa DHMONT; y el veintidós por ciento, la empresa HIDROINGENIERÍA.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo Ventura Cueva.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero. El Fiscal Provincial de la Segunda Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima, formuló acusación penal, de fecha uno de julio de dos mil trece, contra: **a)** Jorge Luis Núñez Smith, Jorge Luis Vergel Polo y Pedro Elmer Morales Gonzales en calidad de autores de los delitos contra la Administración Pública-negociación incompatible y omisión de actos funcionales, y contra la Fe Pública-omisión de consignar declaraciones en documentos, en agravio del Estado, representado por la Procuraduría Pública a cargo de los Asuntos Judiciales de la Contraloría General de la República. **b)** Ricardo Mont Ling, Miguel Alcides Saldaña Rojas y Carlos Alberto Foronda Claussi,

en calidad de cómplices primarios del delito contra la Administración Pública-negociación incompatible, en agravio del Estado, representado por el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales de la Contraloría General de la República. **c)** Miguel Alcides Saldaña Rojas, en calidad de autor del delito contra la Fe Pública-uso de documento privado falso, en agravio del Estado representado por la Procuraduría Pública a cargo de los Asuntos Judiciales de la Contraloría General de la República y de Carlos Alberto Foronda Claussi.

Segundo. Con fecha nueve de julio de dos mil trece, se integró la acusación de uno de julio de dos mil trece. Respecto al tercero civil, se indicó que mediante resolución de cuatro de julio de dos mil doce, el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria dispuso la incorporación como terceros civilmente responsables, a las empresas DHMONT & CG & M S.A.C. e HIDROINGENIERÍA S.R.L., por lo que, la reparación civil que, eventualmente se determine deberá ser asumida por éstas de modo solidario, conjuntamente con el acusado Ricardo Mont Ling, respecto de la primera empresa; y respecto de la segunda, con los acusados Miguel Alcides Saldaña Rojas y Carlos Alberto Foronda Claussi.

Tercero. El Segundo Juzgado de investigación Preparatoria Especializado en Delitos cometidos por Funcionarios Públicos, mediante resolución de uno de junio de dos mil quince, dictó auto de enjuiciamiento en los siguientes términos, contra:

- **a)** Jorge Luis Núñez Smith y Jorge Luis Vergel Polo, en calidad de autores de los delitos contra la Administración Pública-negociación incompatible y omisión de actos funcionales, y por el delito contra la Fe Pública-omisión de consignar declaraciones de documentos en agravio del Estado. **b)** Ricardo Mont Ling y Carlos Alberto Foronda Claussi, en calidad de cómplices primarios del delito contra la

Administración Pública-negociación incompatible, en agravio del Estado. **c)** Miguel Alcides Saldaña Rojas, como cómplice primario del delito contra la Administración Pública-negociación incompatible en agravio del Estado y como autor del delito contra la Fe Pública-uso de documento privado falso en agravio del Estado y Carlos Alberto Foronda Claussi.

- El Juez solicitó se le imponga a Jorge Luis Vergel Polo, seis años de pena privativa de libertad e inhabilitación por el término de tres años. A Jorge Luis Núñez Smith, cinco años y seis meses de pena privativa de libertad e inhabilitación por el término de tres años; a Ricardo Mont Ling y Carlos Alberto Foronda Claussi, cinco años de pena privativa de libertad e inhabilitación por el término de tres años; y contra Miguel Alcides Saldaña Rojas, seis años de pena privativa de libertad e inhabilitación por el término de tres años.
- Indicó como terceros civilmente responsables a las empresas DHMONT & CG & M S.A.C e HIDROINGENIERÍA S.R.L.
- Asimismo, la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción, sustentó su pretensión resarcitoria en la suma de quinientos treinta y un mil trescientos cincuenta y seis soles, que deberá ser abonada por los acusados Núñez Smith, Vergel Polo, Mont Ling, Saldaña Rojas, y Foronda Claussi, de forma solidaria a favor del Estado, conjuntamente con los terceros civilmente responsables DHMONT & CG & M S.A.C. e HIDROINGENIERÍA S.R.L.
- Por otro lado, respecto al daño causado en agravio de Carlos Alberto Foronda Claussi, el Ministerio Público sustentó su pretensión resarcitoria en la suma ascendente a tres mil soles por el daño extra

patrimonial causado, que deberá abonar el acusado Miguel Alcides Saldaña Rojas de forma solidaria a favor del Estado, conjuntamente con el tercero civilmente responsable HIDROINGENIERÍA S.R.L.

Cuarto. A través de la resolución de veinticinco de agosto de dos mil quince, el Tercer Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Lima, dispuso la instalación del juicio oral, realizándose en las sesiones en diversas fechas de los meses de septiembre, octubre, noviembre, diciembre de dos mil quince, y enero, febrero, marzo, abril y mayo de dos mil dieciséis.

Quinto. Mediante sentencia de veintitrés de junio de dos mil dieciséis, el Tercer Juzgado Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Lima, falló:

i) Declarando que la conducta imputada por el Ministerio Público a los procesados Jorge Luis Núñez Smith y Jorge Luis Vergel Polo, como presuntos autores del delito contra la Administración Pública-omisión de actos funcionales, tipificado en el artículo trescientos setenta y siete del Código Penal, y la conducta imputada contra los mismos, como presuntos autores del delito contra la Fe Pública-omisión de consignar declaraciones en documentos, tipificado en el artículo cuatrocientos veintinueve del Código Penal, **se adecúan** a la conducta imputada por el delito de Corrupción de Funcionarios-negociación incompatible, prevista en el artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal, en agravio del Estado. **ii)** Declarando a Jorge Luis Núñez Smith y Jorge Luis Vergel Polo como autores del delito de negociación incompatible en agravio del Estado, representado por la Procuraduría Pública a cargo de los Asuntos Judiciales de la Contraloría General de la República. A Carlos Alberto Foronda Claussi, como cómplice primario del delito de negociación incompatible, en agravio del Estado; como tales, se les impuso cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por tres años e

inhabilitación por el plazo de tres años. **iii)** Absolviendo a Miguel Alcides Saldaña Rojas de la imputación penal en su contra, como presunto cómplice primario del delito de Corrupción de Funcionarios-negociación incompatible, y como presunto autor del delito contra la Fe Pública-uso de documento privado falso, en agravio del Estado. **iv)** Declarando fundada, en parte, la pretensión del actor civil en relación a los sentenciados Jorge Luis Núñez Smith, Jorge Luis Vergel Polo y Carlos Alberto Foronda Claussi, así como respecto de los terceros civilmente responsables, empresa DHMONT & CG & M S.A.C. y empresa HIDROINGENIERÍA S.R.L.; en consecuencia, fijó en doscientos mil soles el monto que por concepto de reparación civil, deberán abonar los antes mencionados en forma solidaria, precisándose proporciones predeterminadas de pago por cada uno de los citados, en razón a los hechos dañosos: siete por ciento corresponde a Jorge Luis Núñez Smith y Jorge Luis Vergel Polo, seis por ciento del monto total, que deberá abonar el sentenciado Carlos Alberto Foronda Claussi, sesenta por ciento, deberá abonar la empresa DHMONT & CG & M S.A.C., y veinte por ciento deberá abonar la empresa HIDROINGENIERÍA S.R.L.

Sexto. Los sentenciados Carlos Alberto Foronda Claussi, Jorge Luis Núñez Smith, Jorge Luis Vergel Polo y los terceros civilmente responsables Consorcio DHMONTH & CG & M S.A.C e HIDROINGENIERÍA S.R.L., apelaron dicha sentencia y su recurso fue concedido. La Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante sentencia de quince de noviembre de dos mil dieciséis, **CONFIRMÓ** la de primera instancia de veintitrés de junio de dos mil dieciséis, en el extremo que condenó a Jorge Luis Vergel Polo, como autor del delito contra la Administración Pública-negociación incompatible, en agravio del Estado, a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de prueba de tres años, bajo reglas de conducta; **REVOCÓ** el extremo que declaró a Carlos Foronda Claussi como cómplice primario del

delito de Corrupción de Funcionarios-negociación incompatible en agravio del Estado, y le impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por tres años, **REFORMÁNDOLA LO ABSOLVIERON** de dicha imputación; **REVOCÓ** dicha sentencia en el extremo que declaró fundada, en parte, la pretensión del actor civil, en relación a los sentenciados Jorge Luis Núñez Smith, Jorge Luis Vergel Polo y Carlos Alberto Foronda Claussi; en consecuencia, fijó en doscientos mil soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar los antes mencionados en forma solidaria; y **REFORMÁNDOLA**, fijaron en ciento ochenta y ocho mil soles, el monto por dicho concepto, que deberán abonar los condenados Jorge Luis Núñez Smith y Jorge Luis Vergel Polo, y las empresas DHMONT & CG & M S. A. C. e HIDROINGENIERÍA S. R. L., como terceros civilmente responsables a favor del Estado agraviado; discriminados de la siguiente manera: el ocho por ciento de dicho monto, cada uno de los sentenciados; el sesenta y dos por ciento, la empresa DHMONT; y el veintidós por ciento, la empresa HIDROINGENIERÍA.

Séptimo. Ante dicho fallo, las defensas técnicas de los sentenciados Jorge Luis Vergel Polo, Jorge Luis Núñez Smith y los terceros civilmente responsables empresas DHMONT & CG & M S.A.C., e HIDROINGENIERÍA S. R. L., interpusieron sus respectivos recursos de casación contra la sentencia emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima. Mediante resolución de dieciocho de enero de dos mil diecisiete, la Primera Sala Penal de Apelaciones resolvió admitir los recursos de casación interpuestos por Jorge Luis Vergel Polo y los terceros civilmente responsables empresas DHMONT & CG & M S.A.C., e HIDROINGENIERÍA S. R. L., e inadmisibles el recurso de casación de Jorge Luis Núñez Smith, señalando que: *“No precisó puntualmente el desarrollo de doctrina jurisprudencial que se pretende”*.

Octavo. Cumplido el trámite de traslados a los sujetos procesales por el plazo de diez días, se emitió la Ejecutoria Suprema de calificación de casación de veintiuno de marzo de dos mil diecisiete, que declaró bien concedidos los recursos de Jorge Luis Vergel Polo y los terceros civilmente responsables empresas DHMONT & CG & M S.A.C, e HIDROINGENIERÍA S. R. L.

Noveno. Producida la audiencia de casación, deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, corresponde pronunciar la presente sentencia casatoria que se leerá en audiencia pública –con las partes que asistan–, en concordancia con los artículos cuatrocientos treinta y uno, apartado cuatro, y artículo cuatrocientos veinticinco, inciso cuatro del Código Procesal Penal, el día **once de julio de dos mil diecisiete**, a horas diez y cincuenta de la mañana.

CONSIDERANDOS

ASPECTOS GENERALES

Primero. De conformidad con la Ejecutoria Suprema de veintiuno de marzo de dos mil diecisiete –calificación de casación–, obrante a fojas ciento dieciocho del cuadernillo formado en esta instancia, fueron declarados bien concedidos los recursos:

- A)** Por las causales previstas en los incisos uno y cuatro, del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal-vulneración de la garantía de motivación de las resoluciones judiciales.
- B)** Para desarrollo de doctrina jurisprudencial, por la causal de errónea interpretación de la Ley Penal, artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal-delito de negociación incompatible, sustentada en la causal prevista en inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal.

1. Imputación Fáctica

Segundo. El requerimiento Fiscal de acusación penal, describió los siguientes hechos: Mediante Decreto de Urgencia número cero cero cuatro-dos mil nueve, publicado el diez de enero de dos mil once, se creó el “Programa Nacional de Recuperación de Instituciones Públicas Educativas Emblemáticas y Centenarias”, donde se incluyó la ejecución de la obra: “Remodelación, Rehabilitación y Reforzamiento de la Infraestructura Educativa y Equipamiento de la I.E. diez setenta- Melitón Carbajal”, habiéndose aprobado el expediente técnico de esta obra por Resolución Jefatural número seiscientos veintinueve-dos mil nueve-ED, de veintitrés de abril de dos mil nueve, contando con la conformidad de la Jefatura de Estudios y Proyectos de la OINFE (Oficina Nacional de Infraestructura Educativa), previa recomendación de un equipo de profesionales revisores, con un costo a suma alzada de dieciocho millones novecientos setenta y seis mil cuatrocientos sesenta y un mil soles con cuarenta céntimos(\$/18,976,471.40).

Al amparo del mencionado Decreto de Urgencia, el Ministerio de Educación, previa exoneración del proceso número cuarenta-dos mil nueve-ED/U.E ciento ocho, suscribió de modo directo el contrato de obra nominado “Contrato número setenta y ocho-dos mil nueve-ME7SG-OGA-UA-APP de veinticinco de mayo de dos mil nueve con el CONSORCIO DHMONT & CG & M S.A.C.”, representado por Ricardo Mont Ling, por la cantidad señalada, con un plazo de ejecución de doscientos setenta días calendarios y bajo el sistema de contratación a suma alzada.

Asimismo, previa exoneración del proceso número cuarenta y cuatro-dos mil nueve-ED/U.E ciento ocho, el Ministerio de Educación, suscribió de modo directo el “Contrato número ciento veinticuatro-dos mil nueve-ME/SG-OGA-UA-APP de siete de agosto de dos mil nueve con la empresa HIDROINGENIERÍA S.R.L.”, representado por Miguel Alcides Saldaña Rojas,

para la supervisión de la obra antes indicada, por el monto de trescientos sesenta y siete mil quinientos sesenta y siete con veinte céntimos, por un plazo de ejecución de trescientos días calendarios.

2. Imputación específica al recurrente Jorge Luis Vergel Polo

Tercero. Se imputó a Pedro Elmer Morales Gonzales, jefe de la Oficina de Infraestructura Educativa-OINFE, Jorge Luis Vergel Polo, Jefe del Área de Obras de la Oficina de Infraestructura Educativa-OINFE, y Jorge Luis Núñez Smith, Coordinador en el Área de Obras-Unidad de Supervisión de Obras y Mantenimiento de la OINFE, que en su condición de funcionarios públicos, orientaron sus actos de gestión apoyados por intereses distintos a los de la entidad pública (Oficina de Infraestructura Educativa) a la que representaban, transgrediendo los términos contractuales y la normatividad vigente: Decreto Legislativo número mil diecisiete, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento), Decreto Supremo número ciento ochenta y cuatro-dos mil ocho-EF y el contrato número setenta y ocho-dos mil nueve-M/SG-OGA-UA-APP, para cuyo efecto, eludieron sus obligaciones, emitiendo pronunciamientos en las que omitieron hechos relevantes en cuanto a la ejecución del cambio de material de techo y piso del gimnasio, por parte del CONSORCIO DHMONT; haciendo caso omiso a la opinión de asesoría jurídica, incluso continuaron con darle el trámite, dando conformidad a la solicitud del presupuesto adicional de obra número ocho, en el cual se incluían los componentes cuestionados; el cambio de material en la cobertura del gimnasio de “policarbonato translúcido celular de ocho milímetros a polipropileno (calaminón); así como el cambio de material del piso del gimnasio de parquet a piso laminado”, lo que originó la aprobación irregular del presupuesto adicional de la obra. Ello ocasionó perjuicio al Estado, porque liberaron al contratista Consorcio DHMONTH de la obligación de instalar dichos materiales, por la suma de doscientos sesenta y nueve mil

setecientos veinticinco soles (S/269,725.00) y generaron un importe indebido por pagar de doscientos sesenta y un mil, seiscientos treinta y dos soles con veinte céntimos (S/261,632.20), por la construcción e instalación, por parte de la empresa DHMONT, representado por el imputado Mont Ling.

Mediante este accionar, se interesaron de manera directa, en concretar la aprobación del presupuesto adicional de obra número ocho, en el cual se incluyó el cambio de material. Para estos efectos, se contó con la participación dolosa de Ricardo Mont Ling, Miguel Alcides Saldaña Rojas y Carlos Alberto Foronda Claussi, toda vez que su participación en calidad de representante legal de la empresa DHMONT & CG & M S.A.C., y representantes de la empresa supervisora HIDROINGENIERÍA S.R.L. respectivamente, era imprescindible para que se aprobara indebidamente el adicional de obra número ocho.

3. Fundamentos de la sentencia de primera instancia

Cuarto. El Tercer Juzgado Unipersonal de Lima, condenó al procesado Jorge Luis Vergel Polo, señalando lo siguiente: **i)** Se ha probado en el juicio que los funcionarios públicos Vergel Polo y Núñez Smith, estuvieron en la posibilidad de anular la realización de trabajos diferentes a los planos. **ii)** El procesado Vergel Polo procedió con disfuncionalidades en el ejercicio de su cargo, tanto más, cuando sus deberes se encontraban vinculados a trámites adicionales, así respecto a su contrato administrativo de servicios (CAS) de veintinueve de marzo de dos mil diez, se estipulaba aprobar, revisar, evaluar los expedientes relacionados a la liquidación de obras, valorizaciones, presupuestos adicionales, teniendo vinculación con los cambios de material de techo y piso del gimnasio, pues pertenecía al área de obras de OINFE. **iii)** Se interesó indebidamente en provecho de terceros ajenos a la entidad que representaba, en el caso, al Ministerio de

Educación, en la operación que intervino por razón de su cargo. **iv)** Se debe tener en cuenta que sus conductas se enmarcaron en omisiones funcionales o de rol, como contenido de aquel “interés indebido en provecho de terceros”, que no necesariamente se decanta por un despliegue funcional positivo (acciones, actuaciones), sino también por uno negativo, es decir, en relación a omisiones.

Respecto a la reparación civil de los terceros civilmente responsables, DHMONT & CG & M S.A.C., e HIDROINGENIERÍA S.R.L., argumentó: **i)** Ambas empresas suscribieron contratos con el Ministerio de Educación, la primera a través de su representante legal Ricardo Mont Ling, y la segunda a través de Miguel Saldaña Rojas. **ii)** Ambas empresas tuvieron un operador directo en la obra, quienes las representaba, como Martín Sarmiento Guerra y Carlos Foronda Claussi, quienes vulneraron su rol en cuanto a la ejecución de trabajos en el techo y piso del gimnasio de la institución educativa. **iii)** Ambas empresas no cumplieron con sus respectivas obligaciones contractuales.

4. Fundamentos de la sentencia de segunda instancia

Quinto. La Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante sentencia de quince de noviembre de dos mil dieciséis, condenó al recurrente Vergel Polo, señalando lo siguiente: **i)** Si bien es cierto, desde el cargo que desempeñaba, como ha alegado, no aprobó ni autorizó los adicionales; también lo es que transgrediendo los términos contractuales y la normativa vigente y, sin tener en cuenta la opinión de la Oficina de Asesoría Jurídica, continuó con el trámite del presupuesto adicional número ocho, efectuado por el contratista consorcio DHMONT & CG & M S.A.C. **ii)** El procesado insistió en dar en conformidad el adicional de obra número ocho, sosteniendo que consideraba pertinente la aclaración y solicitó se envíe nuevamente de asesoría para su pronunciamiento final. **iii)** El recurrente Vergel Polo, omitió

consignar en su informe que el contratista ya había ejecutado la instalación del techo y piso laminado.

Respecto a la reparación civil de los terceros civilmente responsables, DHMONT & CG & M S.A.C., e HIDROINGENIERÍA S.R.L., argumentó: **i)** Luego de establecer los hechos de responsabilidad contractual de los terceros civilmente responsables, en razón a que suscribieron contratos con el Ministerio de Educación. **ii)** Al no haber encontrado responsabilidad en el procesado Foronda Claussi, que genere consecuencias jurídico-civiles, debe recomponerse la distribución porcentual del pago de la reparación civil, fijada en la sentencia de primera instancia.

5. Agravios de los recurrentes

De la empresa consorcio DHMONT & CG & M S. A. C.

Sexto. La empresa DHMONT & CG & M S. A. C., fundamentó su recurso de casación con los siguientes argumentos: **i)** El Ministerio Público requería la condena de Ricardo Mont Ling (Gerente General); como cómplice primario del delito de negociación incompatible; sin embargo, no existió proceso penal en su contra; y ningún representante ni subordinado de la empresa se encuentra procesado. **ii)** El juez de primera instancia incorporó a la empresa como tercero civilmente responsable, fundamentándose en el artículo mil novecientos ochenta y uno del Código Civil, que señala: *“Aquél que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por éste último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo”*. **iii)** La Sala señaló que HIDROINGENIERÍA y CONSORCIO DHMONT & CG & M S. A. C., suscribieron contratos con el Ministerio de Educación, respectivamente, a través de sus representantes legales, surgiendo responsabilidad civil, por parte de dicha empresa, a partir del no cumplimiento de sus obligaciones ante el Ministerio de Educación. **iv)** Se vulneraron las normas que garantizan el principio de congruencia procesal, sobre la inaplicación del inciso uno del

artículo cuatrocientos nueve del Código Procesal Penal, la debida motivación de las resoluciones judiciales, y la cosa juzgada. **v)** El consorcio DHMONT ejecutó la totalidad de la obra; sin embargo, existe pendiente el presente proceso judicial, sobre una adenda al contrato; pues en la relación contractual, el Estado debió entregar al contratista un expediente técnico, indispensable para ejecutar la obra; pero le entregaron uno con errores. **vi)** La sentencia, no se pronunció sobre los argumentos de la parte civil e incorporó hechos distintos a los invocados por dicha parte; incorporando además nuevos fundamentos, el de “incumplimiento contractual”. **vii)** El actor civil (Procurador Público de la Contraloría General de la República) estableció en su pedido, que debe condenarse a la reparación civil al CONSORCIO DHMONT, debido al accionar de su gerente general, Ricardo Mont Ling; es decir, estableció una responsabilidad vicarial, basada en el artículo mil novecientos ochenta y uno del Código Civil. **viii)** El Gerente General de la empresa, Ricardo Mont Ling, ha sido excluido del proceso penal, por sentencia del Quinto Juzgado Constitucional, que declaró fundado un proceso de amparo; cosa juzgada que desconoce la sentencia de vista, por cuanto han juzgado su conducta y emitido pronunciamiento, sin haber ejercido su derecho de defensa, sancionando a su empresa con el pago de la reparación civil.

De la empresa HIDROINGENIERIA S. R. L.

Séptimo. La defensa técnica de la citada empresa, alega como causales, las previstas en los incisos uno y cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, expresando los siguientes argumentos: **i)** Se vulneró la prohibición de reforma en peor, pues se aumentó el monto de la reparación civil sin que el Procurador haya impugnado. **ii)** No se respondió su cuestionamiento, sobre la falta de verificación del elemento de la responsabilidad civil: nexo causal entre la actuación dependiente de la Empresa y los supuestos daños ocasionados

al Estado, pues la modificación del informe de la Empresa en el presupuesto adicional de Obra número ocho, produjo la ruptura del nexo causal. **iii)** Existe ilogicidad en la sentencia de vista, pues no obstante haberse señalado que se trata de un caso de responsabilidad extracontractual; luego, el extremo que fijó la reparación civil se basó en un supuesto de responsabilidad contractual.

Del sentenciado Jorge Luis Vergel Polo

Octavo. El recurso de casación interpuesto por el recurrente se fundamenta en que: **i)** El informe número mil ciento ochenta y ocho-dos mil diez-ME/VMGI-OINFE—OBRAS, fue ofrecido y admitido en la etapa intermedia y, por un error del Ministerio Público, no se oralizó, por lo que no debió ser incorporado al proceso; sin embargo, este documento sirvió para sustentar una sentencia condenatoria. **ii)** La Sala de Apelaciones vulneró las garantías de derecho de defensa, derecho a la prueba y a la verdad, al no admitir la prueba testimonial de Wilber García Vera y Antonio Chumpitaz Peraldo, quienes evaluaron y aprobaron los cambios de especificaciones del expediente técnico; con esas declaraciones se pretendió probar que el recurrente laboraba en el área de proyectos y no en el de obras. **iii)** Existe un contraindicio muy sólido, esto es, que el área competente para tomar la decisión de los materiales originales, fue el de proyectos, conforme lo especificó el “Manual para la ejecución de obras”. **iv)** Se vulneró la garantía de la presunción de inocencia y violación de la libertad de ejercicio de la función pública, vulneración del principio de culpabilidad y prohibición de ser sancionado por el hecho de un tercero. **v)** Las pruebas indirectas actuadas no reflejan el incumplimiento de las funciones del recurrente, en relación a los hechos generadores del reproche penal. La Sala, repitiendo el error del juez de primera instancia, consideró que se cometió el delito de negociación incompatible, cuando el autor incumplió su rol funcional, es decir, su conducta fue totalmente

neutra. **vi)** La Corte Suprema debe desarrollar doctrina jurisprudencial, sobre la correcta interpretación del artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal, que tipifica el delito de Negociación Incompatible, a fin de determinar si el tipo penal puede configurarse a través de una conducta omisiva, o solo puede cometerse por acción.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Sobre la debida motivación de las resoluciones judiciales

Noveno. El inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado y el artículo trescientos noventa y cuatro, inciso tres del Código Procesal Penal de dos mil cuatro, señalan que el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial, en ese sentido, garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso¹.

Décimo. El Tribunal Constitucional, en el expediente número setecientos veintiocho-dos mil ocho-PHC/TC, ha señalado que el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho, queda delimitado, entre otros, en los siguientes supuestos: a) Inexistencia de motivación o motivación aparente. b) Falta de motivación interna del razonamiento. c) Deficiencias en la motivación externa. d) La motivación insuficiente. e) La motivación sustancialmente incongruente. f) Motivaciones cualificadas.

Décimo primero. De igual forma, la Corte Suprema, en la sentencia casatoria número ocho-dos mil siete-Huaura, de trece de febrero de dos

¹ Tribunal Constitucional, EXP. N.º 00728-2008-PHC/TC, LIMA. Caso: LLAMOJA HILARES, fundamentos jurídico número siete.

mil ocho, señaló que el recurso casación no configura una nueva y tercera instancia; al contrario, al ser un recurso extraordinario, tiene facultades limitadas a motivos tasados; por ende, no se pueden valorar las pruebas, pero sí se puede hacer un control de la motivación de las resoluciones judiciales².

Décimo segundo. Respecto a la vulneración de esta garantía; la defensa técnica de la empresa consorcio DHMONT & CG & M S. A. C., sostuvo que el actor civil, Procurador Público de la Contraloría General de la República, estableció en su pedido que debe condenarse a la reparación civil al citado consorcio, debido al accionar de su Gerente General, es decir, estableció una responsabilidad vicarial, basada en el artículo mil novecientos ochenta y uno del Código Civil, sin embargo, las sentencias no motivaron debidamente esta responsabilidad.

Décimo tercero. De otro lado, la defensa de la empresa supervisora HIDROINGENIERIA S. R. L., en su recurso correspondiente, argumentó que la sentencia fue expedida con manifiesta ilogicidad, porque pese a que la resolución objeto de apelación determinó que este era un caso de responsabilidad civil extra contractual, por aplicación del artículo mil novecientos ochenta y uno del Código Civil; sin embargo, la sentencia materia de recurso estableció la reparación, en un supuesto de responsabilidad contractual.

² Reforzando dicho razonamiento, el precedente vinculatorio establecido mediante la Resolución número ciento veinte-dos mil catorce, de mayo de dos mil catorce, expedida por el Consejo Nacional de la Magistratura, referido a la ratificación del Fiscal Villasis Rojas, estableció respecto de la motivación de las resoluciones que debe examinarse para su corrección los siguientes componentes: a) Comprensión del problema y lenguaje claro y accesible. b) Reglas de la lógica y argumentación. c) Congruencia. d) Fundamentación jurídica, doctrinaria y jurisprudencial.

Décimo cuarto. En síntesis, ambas empresas cuestionaron que fueron incluidas como terceros civilmente responsables, en razón a la imputación generada a sus representantes legales; sin haberse acreditado previamente que se cumplieron los requisitos para vincular esta responsabilidad con la del tercero. El defecto de motivación que alegan en concreto, es la falta de motivación externa.

Décimo quinto. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado en el expediente número setecientos veintiocho-dos mil ocho-PHC/TC, que las deficiencias en la motivación externa, justificación de las premisas: *“se presenta cuando un Juez, al fundamentar su decisión: 1) ha establecido la existencia de un daño; 2) luego, ha llegado a la conclusión de que el daño ha sido causado por “X”, pero no ha dado razones sobre la vinculación del hecho con la participación de “X” en tal supuesto, entonces estaremos ante una carencia de justificación de la premisa fáctica y, en consecuencia, la aparente corrección formal del razonamiento”*.

El tercero civilmente responsable

Décimo sexto. El Acuerdo Plenario número cinco-dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis, de dieciocho de julio de dos mil ocho, en su fundamento jurídico número veinticuatro, estableció que la reparación civil se presenta como una institución de naturaleza jurídica-civil, que descansa en el daño ocasionado, no en el delito cometido. Procesalmente, está informada por los principios dispositivo y de congruencia[...] a tono con la naturaleza privada de la responsabilidad civil *ex delicto*, determina que si no se cuestiona la reparación civil fijada en la acusación fiscal, el Tribunal está limitado absolutamente a la cantidad acordada, esto es, no puede modificarla ni alterarla en su alcance o ámbito y magnitud.

Décimo séptimo. La reparación civil puede accionarse contra el tercero civilmente responsable³, que es definido como aquella persona natural o jurídica, que sin haber participado en la comisión del hecho punible, interviene en el proceso penal a efectos de responder económica y solidariamente a favor del agraviado; por lo cual, debe tener una relación especial con el imputado y con el delito⁴.

Décimo octavo. El Título V de la Sección IV del Código Procesal Penal de dos mil cuatro, contempla sobre este sujeto procesal, estableciendo en su artículo ciento once lo siguiente: “1. Las personas que conjuntamente con el imputado tengan responsabilidad civil por las consecuencias del delito, podrán ser incorporadas como parte en el proceso penal a solicitud del Ministerio Público o del actor civil. 2. La solicitud deberá ser formulada al Juez en la forma y oportunidad prevista en los artículos 100-102, con indicación del nombre y domicilio del emplazado y su vínculo jurídico con el imputado”.

Décimo noveno. Es decir, el Código Procesal Penal citado, contiene como presupuestos para ser considerado como tercero civilmente responsable, lo siguiente: **a)** Acreditar la existencia de responsabilidad civil generada como consecuencia del delito. **b)** La responsabilidad debe tenerla conjuntamente con el imputado, lo que significa, la necesidad de su vínculo jurídico con el imputado.

³ ARNAIZ SERRANO, Amaya. *Las partes civiles en el proceso penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p. 278. Al respecto señala, que: “El hecho que nos encontremos ante una responsabilidad de carácter privado, hace comprensible que los sujetos que no han tenido participación alguna en la comisión del ilícito, pueden ser declarados responsables de sus consecuencias civiles, pues a diferencia de la responsabilidad penal, la civil no es personalísima”.

⁴ NEYRA FLORES, José Antonio. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Idemsa, Lima, 2015, p. 427

Vigésimo. Respecto al primero, debe precisarse que el fundamento de la responsabilidad civil, que genera la obligación de reparar, es la existencia de un daño de naturaleza civil, causado por un ilícito penal, que no puede identificarse como ofensa penal. De ahí que, el daño civil debe entenderse como aquellos efectos negativos que derivan de la lesión de un interés protegido⁵. En este sentido, como lo señaló la Corte Suprema a través del Recurso de Nulidad número mil novecientos sesenta y nueve-dos mil dieciséis, en su fundamento jurídico vigésimo: *“La reparación civil abarca el resarcimiento del daño y la indemnización de los perjuicios materiales y morales, cuya funcionalidad debe corresponderse con las consecuencias directas y precisas que el delito generó a la víctima, por lo que su estimación debe ser proporcional al daño causado”*.

Vigésimo primero. Ahora bien, para determinar la existencia de la responsabilidad civil y que ésta recaiga sobre el imputado o sobre el tercero civilmente responsable, se deben presentar los siguientes elementos⁶: **a)** El hecho causante del daño está constituido por la conducta del agente, que en su accionar afectó al bien jurídico. **b)** El daño o perjuicio. **c)** Relación de causalidad, que se constituye en el nexo o vínculo existente entre la acción y el resultado. Producido el daño o constatada su materialidad, es necesario determinar si existió un causante. **d)** Factores de atribución de responsabilidad, subjetivos (dolo y culpa) y objetivos (riesgo y peligro creados).

Vigésimo segundo. Sobre el segundo, para incorporar a una persona como tercero civilmente responsable, es necesaria la existencia de un vínculo jurídico con el imputado. Ahora bien, este vínculo jurídico, es

⁵ Acuerdo Plenario número seis-dos mil seis/CJ-ciento dieciséis, de trece de octubre de dos mil seis.

⁶ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *La reparación civil en el proceso penal*. Idemsa, Lima, 1999, pp. 96 y ss.

interpretado desde la normativa prevista en el Código Civil, contenida en el artículo mil novecientos ochenta y uno, que prevé lo siguiente: *“aquel que tenga a otro bajo sus órdenes, responde por el daño causado por este último, si ese daño se realizó en el ejercicio de su cargo o en cumplimiento del servicio respectivo”*.

Vigésimo tercero. Esta figura regula la denominada responsabilidad vicarial; constituida como un criterio de imputación, para definir la relación que existe entre el responsable y el sujeto que causó el daño; en este sentido, puede afirmarse que existe un vínculo jurídico cuando se presenta: a) Una relación de subordinación del tercero. b) Que el subordinado cause daños. c) Que el daño se realice en el ejercicio de un cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. De ahí, que como lo afirma un sector de la doctrina *“la norma solo ha sido concebida para los casos en que, el actuar ilícito ha sido realizado por una persona que se encuentra bajo las órdenes de otra, ejecutando solo las decisiones de esta última”*⁷.

Sobre el caso concreto materia de recurso de casación

Vigésimo cuarto. Ahora bien, sobre la situación del primer impugnante, la sentencia materia de grado atribuyó la reparación civil al consorcio DHMONT & CG & M S.A.C., incluyéndolo como tercero civilmente responsable, pues la imputación fiscal calificó la conducta de Ricardo Mont Ling, representante legal de dicho consorcio, como la de cómplice primario del delito de negociación incompatible.

Vigésimo quinto. La Procuraduría Pública, para fundamentar su pedido de incorporación de esta empresa, como tercero civilmente responsable, sostuvo que por haber participado en la comisión de los hechos se han

⁷ OSTERLING PARODI y CASTILLO FREYRE, Citado en GARCÍA CAVERO, Percy. *La persona jurídica en el Derecho Penal*. Grijley, Lima, 2008, p. 120.

generado daños y perjuicios al Estado, en tanto, la responsabilidad civil le es inherente. Por su parte, el Juzgado se basó en lo contenido en el artículo mil novecientos ochenta y uno del Código Civil; mientras que la sentencia de segunda instancia, señaló que “la determinación de la responsabilidad civil no está basada solamente en el mandato legal, sino que deriva del hecho que el imputado vulneró el bien jurídico con su accionar”.

Vigésimo sexto. Revisadas las piezas procesales del presente proceso, se advierte que Ricardo Mont Ling, representante legal del Consorcio DHMONT & CG & M S.A.C., mediante requerimiento de acusación penal de la Segunda Fiscalía Provincial Corporativa, se le atribuyó la calidad de cómplice primario del delito de negociación incompatible y, el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria, mediante resolución de uno de junio de dos mil quince, dictó el auto de enjuiciamiento en contra el citado Mont Ling en dichos términos. Sin embargo, antes del inicio del juicio oral fue excluido del proceso no siendo juzgado ni condenado, ni tuvo la condición de procesado hasta finalizar la presente causa, -en su escrito la defensa refiere que mediante el Proceso de Amparo de treinta de enero de dos mil quince, emitido por el Quinto Juzgado Constitucional de Lima, declaró fundada la demanda de Ricardo Mont Ling, contra el Poder Judicial, declarando la nulidad de la resolución de nueve de octubre de dos mil trece, dictada por el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria, por la afectación de los derechos a la debida motivación-.

Vigésimo séptimo. Pese a ello, la sentencia de primera instancia declaró fundada la pretensión del actor civil, en relación al tercero civilmente responsable, Gerente General de la empresa DHMONT & CG & M S.A.C. Asimismo, la sentencia de segunda instancia declaró fundada en parte la pretensión del actor civil, respecto al citado consorcio y aumentó el monto de la reparación civil.

Vigésimo octavo. En ese sentido, estando a que no se incluyó en el proceso a Ricardo Mont Ling, representante legal del Consorcio DHMONT & CG & M S.A.C. y, por ende, no se determinó el daño resarcible económicamente que habría causado, respecto del cual deba responder su empleadora; entonces, no existió la relación de causalidad (causa-efecto); que constituye uno de los presupuestos para la aplicación de la reparación civil; esto es, que se haya presentado el daño y que una vez producido o constatada su materialidad, se determine si existió un causante, lo que no se cumplió porque el imputado, Gerente General de la mencionada Empresa, fue excluido del proceso.

Vigésimo noveno. Este mismo razonamiento, corresponde aplicar para el caso de la empresa Supervisora HIDROINGENIERIA S. R. L., debido a que, se le incluyó como tercero civilmente responsable del delito de negociación incompatible, por la imputación recaída en Carlos Alberto Foronda Claussi, Supervisor de Obra de esta empresa. Respecto a este procesado, la sentencia de primera instancia lo condenó como cómplice primario del citado delito; empero la Sala de Apelaciones revocó dicha condena; y reformándola, lo absolvió de dicha imputación. No obstante esta absolución, la sentencia de vista no explica el por qué, luego de haber absuelto al imputado, se le impuso un monto de reparación civil a la empresa empleadora de dicho procesado, si no se determinó el hecho causante del daño civil, siendo inexistente el factor de atribución, relacionado con el actuar doloso; los cuales sustentarían la responsabilidad civil de la empresa Supervisora y que es fundamento de la responsabilidad civil *ex delicto*⁸; lo que en el caso no sucedió.

⁸ *Ibíd.*

Trigésimo. En consecuencia, la sentencia materia de grado vulneró la garantía de la motivación de las resoluciones judiciales; por una deficiencia en la justificación externa del razonamiento del juez, por cuanto a pesar de que estableció la obligación del pago de la reparación civil a las empresas recurrentes; sin embargo, no precisó los fundamentos de su imposición, pues para realizar un análisis jurídico sobre la declaración del tercero civilmente responsable; era necesario dilucidar, en primer lugar, sobre qué hechos lesivos se hace esta declaración de responsabilidad, que en el caso no se determinaron, debido a que no existió el nexo de causalidad entre el daño ocasionado y el agente que lo hizo. Si bien, la afectación a la motivación, implicaría la nulidad del proceso; sin embargo, advirtiéndose que en el proceso no existen los elementos indispensables para la atribución de responsabilidad a los terceros civilmente responsables; corresponde emitir pronunciamiento sobre el fondo del asunto, para evitar dilaciones indebidas y perjuicio a las partes; por lo que corresponde declarar improcedente la pretensión del actor civil, respecto a las empresas DHMONT & CG & M S.A.C. e HIDROINGENIERÍA S.R.L.

Trigésimo primero. De otro lado, la sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones incrementó el monto de la reparación civil, impuesta en primera instancia a la empresa impugnante HIDROINGENIERÍA S.R.L., a pesar que el actor civil, constituido por la Procuraduría no recurrió; por lo que vulneró el principio dispositivo, que señala que la sentencia no podrá sobrepasar el monto pedido por el Fiscal y, en su caso, por la parte civil. En este principio, la pretensión civil encuentra su límite, de ahí que toda variación, en contra de los responsables sin que haya recurrido la parte

afectada implica una *mutatio libeli* prohibida por la normativa Procesal Penal y Procesal Civil?

II. Sobre la errónea interpretación de la Ley Penal

El delito de negociación incompatible

Trigésimo segundo. El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, tiene como fuente el artículo doscientos sesenta y cinco del Código Penal Argentino, ambos contienen como fuente común al artículo cuatrocientos treinta y nueve del Código Penal Español, que a diferencia de nuestra legislación, el primero lo ubica en un capítulo independiente sobre negociaciones incompatibles. En este sentido, su ubicación ha sido cuestionada por la doctrina nacional, proponiéndose incluso la creación de una sección específica para las negociaciones incompatibles¹⁰.

Trigésimo tercero. Nuestro legislador, lo situó en la sección IV del Código Penal-Delito de corrupción de funcionarios, por lo que constituye una modalidad de corrupción, por ende, la conducta del sujeto activo se desenvuelve con esa orientación; es decir, en la utilización de potestades públicas para el interés privado, que difiere del general que se encuentra constituido por mandato legal¹¹, por ello, se descarta, *prima facie*, que el tipo contemple una simple irregularidad o anomalía administrativa.

⁹ SAN MARTÍN CASTRO, César. "Responsabilidad civil y proceso penal: Algunos aspectos procesales de la reparación civil". En: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Responsabilidad civil II*. Editorial Rodhas, Lima, 2006, p. 34.

¹⁰ La legislación Argentina ubica este tipo penal en un capítulo autónomo denominado "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", mientras que el Código Penal Español, lo sitúa como "negociación y actividades prohibidas al funcionario".

¹¹ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la administración pública*. Cuarta Edición. Idemsa, Lima, 2007, p. 817.

Trigésimo cuarto. El artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal, lo tipifica del siguiente modo: *“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 [...]”*.

Análisis del tipo penal

Trigésimo quinto. En razón a la configuración y ubicación del delito de negociación incompatible, en la Sección IV del Código Penal, referida a corrupción de funcionarios; es un tipo legal que no protege directamente el patrimonio del Estado, es decir, no exige un perjuicio efectivo a las arcas estatales, sino que resguarda el correcto funcionamiento de la Administración Pública, mediante el actuar imparcial del servidor o funcionario que se desenvuelve en dicha operación.

Trigésimo sexto. Es un delito de peligro¹², que importa un adelantamiento de las barreras del Derecho Penal, con el objeto de prevenir que el funcionario o servidor público atente contra el patrimonio estatal, aprovechándose de la función pública¹³. En consecuencia, el bien jurídico que se protege es la imparcialidad de los funcionarios, en la toma de decisiones, las cuales se dirigen en función a la labor pública que ejercen. La norma busca evitar cualquier tipo de intromisión ajena al interés de la Administración Pública, que pueda significar un riesgo para ella.

¹² SANCINETTI, Marcelo. “Negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas”. Buenos Aires. Disponible en línea: <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1986-30087700891_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Negociaciones_incompatibles_con_el_ejercicio_de_funciones_p%Fablicas>.

¹³ En el mismo sentido, se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, Recurso de Nulidad número 2068-2012.

Trigésimo séptimo. Debido a su naturaleza de delito de peligro; su realización no se encuentra supeditada a la lesión efectiva de un bien, sino que la relación entre el peligro y la realización del mal futuro, se encontrará en un nexo de posibilidad¹⁴. Al constituir un adelantamiento al poder del Estado, debe ser debidamente interpretado y aplicado en el caso concreto, de tal forma que no se castigue el solo incumplimiento o desobediencia a la normativa estatal, que contravendría los principios de *ultima ratio* (subsidiariedad y fragmentariedad) y la proporcionalidad de la represión penal, sino que se verifique el interés particular del sujeto activo, por ello, su interpretación y aplicación debe ser restrictiva.

Trigésimo octavo. No cabe punir meros comportamientos, que signifiquen solo actuaciones parciales por parte del presunto sujeto activo, porque significaría castigar una conducta por la sola apariencia de interés; ello, conllevaría a que el juzgador incurra en una valoración subjetiva de los hechos, lo que, resulta a todas luces contrario con el sistema de sana crítica, al cual se adscribe nuestro modelo acusatorio. En consecuencia, cuando el sujeto especial no cumple con las obligaciones de su cargo, en colisión con los intereses del Estado, corresponde evaluar su conducta, primero, a nivel administrativo; y solo cuando reúna las características de relevancia y cumplimiento del injusto, deberá intervenir el Derecho Penal.

Trigésimo noveno. El elemento normativo central del delito de negociación incompatible es el "interés", que constituye el núcleo rector del tipo penal; este "interesarse", ha sido muy bien definido por la doctrina argentina, como "volcar sobre un negocio, una pretensión de parte no

¹⁴ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Manual de derecho penal. Parte general*. Tomo II. Cuarta edición. Idemsa, Lima, 2011, p. 68.

administrativa, querer que asuma una configuración basada en éste¹⁵. Entonces, debemos indicar que el interés debe ser entendido como el procurar del sujeto activo, que su intervención se produzca en dirección a la obtención de un beneficio; dicha pretensión, excede por supuesto, lo estrictamente administrativo y funcional¹⁶, entendido como el mero incumplimiento de alguna normativa que regule su actuar.

Cuadragésimo. Es indebido, por cuanto, en vez que el funcionario actúe en aras de beneficiar a la Administración Pública; cambia su accionar en pro de su provecho propio o de tercero. Dicha acción, siempre va a implicar un riesgo para el patrimonio de la Administración Pública; sin embargo, no basta una mera infracción del “deber de abstención” del funcionario público, sino que su interés debe ser considerado como una intervención a su favor en la obra que esté a cargo¹⁷.

El interesarse directa o indirectamente o por acto simulado

Cuadragésimo primero. Este interés, puede manifestarse, conforme lo prescribe el Código Penal, de tres formas: **a)** Directamente, lo que significa que sea a título personal, es decir, el mismo sujeto activo coloca en evidencia su pretensión de favorecerse a sí mismo o a un tercero de la obra o contrato. **b)** Indirectamente, en este supuesto, el sujeto activo materializará dicho interés a través de un intermediario, que podría ser un funcionario o no. **c)** Por acto simulado, que alude también a una forma indirecta de interesarse, por cuanto, el sujeto activo, aparentará que su

¹⁵ CREUS, Carlos. *Delitos contra la administración pública*, p. 371, lo llama “un interés de parte no administrativa”. Citado en CASTILLO ALVA, José Luis. *El delito de negociación incompatible*. Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 39.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, recurso de casación número ochocientos cuarenta y uno-dos mil quince, Ayacucho, de veinticuatro de mayo de dos mil dieciséis, fundamento jurídico trigésimo quinto.

¹⁷ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Palestra Editores, Lima, 2003, pp. 513-514.

intervención será en pro de la Administración Pública, pero en realidad no es así.

Cuadragésimo segundo. En este sentido, la normativa es clara en definir estas tres modalidades, las mismas que se realizarán con motivo de la intervención del servidor o funcionario, en una determinada obra o contrato. Respecto a la modalidad de comisión de este delito; la doctrina mayoritaria, se ha decantado por afirmar que dicha intervención solo puede materializarse a través de una acción positiva¹⁸, pero también existe un sector minoritario de la doctrina que acoge la posibilidad que el interés indebido pueda configurarse con una omisión, en la modalidad de simulación, que puede significar admitir comportamientos omisivos con carga intencional comisiva¹⁹.

Cuadragésimo tercero. Al respecto, este Supremo Tribunal, considera, en función de lo señalado anteriormente, que el delito de negociación incompatible, debe interpretarse desde un enfoque restrictivo, en aras de proteger la presunción de inocencia del imputado; que solo se desvirtuará cuando existan medios probatorios que acrediten de forma indubitable la comisión del tipo penal; por ello, se acoge la postura mayoritaria, que afirma que es posible la configuración del delito de negociación incompatible, respecto a “interesarse directamente e indirectamente”; solo mediante actos positivos. En tanto que el juzgador, deberá analizar si en determinado caso, una conducta omisiva, podría adecuarse al elemento normativo “interesarse por acto simulado”; por cuanto la configuración del tipo penal de negociación incompatible, no obedece a meros incumplimientos administrativos, que solo podría constituirse como

¹⁸ *Ibidem*. CASTILLO ALVA, José Luis. *El delito de negociación incompatible*. Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 506.

¹⁹ ROJAS VARGAS, Fidel. Loc. Cit.

un defecto en la administración interna, no siendo merecedora de una sanción penal.

Cuadragésimo cuarto. Ello es así, toda vez que, en determinados casos puede darse, incluso, la posibilidad que el agente realice una conducta negligente, que aunque infrinja la normativa administrativa, no tendrá relevancia suficiente, para merecer una sanción de carácter penal, o, en todo caso, las conductas omisivas podrían ser reprimidas, por ejemplo, con otros tipos penales, como el delito de omisión de actos funcionales, siempre, dependiendo de la valoración del juzgador, en el caso concreto; por supuesto, luego de acudir a una vía menos gravosa.

Cuadragésimo quinto. En el mismo sentido, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en el Recurso de Nulidad número dos mil setecientos setenta-dos mil once, de doce de septiembre de dos mil doce, señaló: *“Cabe indicar que el omitir en un inicio el Informe Favorable del Supervisor de la Obra, no constituye, por sí solo, un indicio suficiente para la acreditación de la comisión del delito de negociación incompatible”*.

Naturaleza de la relación funcional

Cuadragésimo sexto. El tipo penal, sanciona al funcionario público que interviene por razón de su cargo; esto significa que no puede ser autor, cualquier funcionario, sino solo aquel que posee facultades de decisión o manejo de las negociaciones u operaciones en las que interviene. En este sentido, el sujeto activo de este delito, será solo quien tenga legítimamente a su cargo el contrato y operación para la Administración Pública, ello permitirá que su conducta califique en el tipo penal.

Cuadragésimo séptimo. El fundamento de ello, es que al ser un delito especial propio, tutela la imparcialidad de los funcionarios y servidores

públicos, en la toma de decisiones propias; por lo tanto, exige este estatus y que la actuación realizada debe estar en razón al ejercicio de su cargo. Por ello, ante la comisión del delito de negociación incompatible, la doctrina se ha referido a una especie de “desdoblamiento de la conducta”²⁰, por cuanto, el sujeto activo actúa como funcionario representante de la Administración Pública, pero también representando a sus intereses personales. Es decir, “interesarse” debe implicar que el agente público, sea al mismo tiempo interesado personalmente en el contrato y funcionario, que interviene en él por razón de su cargo.

Momento de la comisión del delito

Cuadragésimo octavo. Respecto al momento en el cual se puede producir el interés del sujeto activo, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han coincidido en señalar que la configuración del injusto penal, puede tomar lugar en diversas etapas del contrato u obra, esto es, en la fase preparatoria del contrato administrativo, en el decurso del proceso de selección, en su fase de ejecución y liquidación²¹.

Cuadragésimo noveno. De ahí que, únicamente el delito de negociación incompatible no podría cometerse cuando el contrato estatal se hubiera extinguido o cumplido completamente²², siendo válido, por el contrario, que en las siguientes etapas, como la negociación, suscripción, ejecución y liquidación pueda presentarse el interés indebido.

Sobre el caso concreto materia del presente recurso de casación

Quincuagésimo. Revisadas las piezas procesales del presente proceso, la imputación concreta que se le hace al procesado Jorge Luis Vergel Polo,

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Transitoria, recurso de casación número seiscientos veintiocho-dos mil quince, Lima, de cinco de mayo de dos mil dieciséis.

²¹ En ese sentido, DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal*. Parte especial, Tomo III. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, p. 319. ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. Cit. p. 411.

²² REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. Cit. p. 506.

es “la de haber omitido tanto en su informe número mil trece-dos mil diez-ME/VMGI-OINFE-OBRAS, de dieciséis de julio de dos mil once, y en el informe número mil ciento ochenta y ocho-dos mil diez-ME/VMGI-OINFE-OBRAS, de diecinueve de agosto de dos mil diez, el hecho que el contratista CONSORCIO DHMONT & CG & M S.A.C., ya había ejecutado la instalación de la cobertura (techo) de calaminón, en lugar de la cobertura de policarbonato y piso laminado en lugar de piso de parquet, en el ambiente del gimnasio de la institución educativa Melitón Carbajal”. Mediante este accionar, se interesó de manera directa, en concretar la aprobación del presupuesto adicional de obra número ocho, en el cual se incluyó el cambio de material. Ello ocasionó perjuicio al Estado, porque liberaron al contratista Consorcio DHMONTH de la obligación de instalar dichos materiales, por la suma de doscientos sesenta y nueve mil setecientos veinticinco soles (\$/269,725.00) y generaron un importe indebido por pagar de doscientos sesenta y un mil, seiscientos treinta y dos soles con veinte céntimos (\$/261,632.20), por la construcción e instalación, por parte de la empresa DHMONT, representado por el imputado Mont Ling.

Quincuagésimo primero. De lo expuesto, debe precisarse lo siguiente; la Fiscalía imputa concretamente –principio acusatorio– que el procesado Jorge Luis Vergel Polo, se interesó directamente en el contrato de ejecución de obra, interviniendo en provecho de las empresas CONSORCIO DHMONT & CG & M S.A.C., e HIDROINGENIERÍA S.R.L. Es decir, calificó la conducta como negociación incompatible dentro del elemento normativo del tipo “interesarse directamente”.

Quincuagésimo segundo. No obstante, como lo especifica la imputación, la conducta del procesado recurrente, de interesarse directamente, se habría realizado a través de la omisión de señalar en el informe

correspondiente, los cambios de materiales del piso y del techo del gimnasio de la institución educativa “Melitón Carbajal”. Es por ello, que inicialmente dicho procesado fue denunciado por los delitos de negociación incompatible, omisión de funciones y omisión de consignar datos en los documentos; pero la sentencia de primera instancia, en aplicación de un presunto concurso aparente de leyes, subsumió su conducta únicamente en el primer ilícito (negociación incompatible), sobre esta nueva configuración del tipo, se lo condenó en segunda instancia.

Quincuagésimo tercero. Al respecto, el delito de negociación incompatible abarca tres modalidades: el interesarse directa, indirectamente o mediante acto simulado. Al procesado Jorge Luis Vergel Polo se le imputó la primera modalidad; esto es, interesarse directamente y en provecho de terceros; supuesto que se configura mediante un acto comisivo, no pudiendo configurarse dicho delito a través de una conducta omisiva; la que sería posible solo en los casos de interés simulado, dependiendo del caso concreto, sin embargo, el procesado Vergel Polo no fue denunciado por esta modalidad.

Quincuagésimo cuarto. De otro lado, el sujeto activo de negociación incompatible, será solo quien tenga a su cargo el contrato y operación para la Administración Pública; es decir, ello permitirá afirmar que por dicho motivo, intervino en estos, dirigiendo su accionar siempre en provecho propio o de terceros. El acusado Vergel Polo, venía desempeñándose como Jefe del Área de Obras de la Oficina de Infraestructura-OINFE, perteneciente al Ministerio de Educación, en mérito al Contrato Administrativo de Servicios número tres-dos mil diez-MED-UE. ciento ocho, suscrito con el Ministerio de Educación-Programa Nacional de Infraestructura Educativa, en cuyo requerimiento de servicios materia de

este contrato, se señalaban sus actividades a desempeñar, entre las que se encontraban: coordinar, supervisar, evaluar y controlar las actividades técnicas y/o administrativas que desarrolla la OINFE, en relación a las obras a ejecutarse o en ejecución.

Quincuagésimo quinto. De ello, se desprende que su labor era fiscalizadora y no de dirección, no teniendo poder de decisión de firmar contratos de obra ni de modificar los términos de éstos, de tal forma que resultara beneficioso para los terceros. Además, los órganos de mérito no analizaron el elemento subjetivo del delito de negociación incompatible, por cuanto, en las respectivas sentencias, no se aprecia fundamento alguno sobre la conducta subjetiva del procesado Vergel Polo, de haber realizado con dolo directo la acción de favorecer a las empresas contratistas; y, tampoco especificó los motivos que habría tenido dicho procesado para favorecer a las mencionadas empresas, sobre todo, si se tiene en cuenta que actuó en representación del Ministerio de Educación y, se vinculó con la obra, como empleado contratado por el Ministerio de Educación bajo el régimen CAS.

Quincuagésimo sexto. Al respecto, la Sala de Apelaciones señaló que su interés directo se realizó mediante la omisión en la consignación de datos relevantes en su informe; incumpliendo de esta forma lo estipulado en las normas administrativas que regulaban sus funciones (Decreto Legislativo número mil diecisiete, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, Decreto Supremo número ciento ochenta y cuatro-dos mil ocho-EF y su Contrato Administrativo de Servicios número setenta y ocho-dos mil nueve-M/SG-OGA-UA-APP). Este mero incumplimiento de normas administrativas, *per se*, no constituye delito de negociación incompatible; se requiere para ello, que en la conducta del agente concurren todos los

elementos descriptivos y normativos del tipo penal previsto en el artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal.

Quincuagésimo séptimo. Finalmente, la no ejecución de la obra por parte de los contratistas del Estado, de acuerdo con las cláusulas del respectivo contrato, que habría causado perjuicios económicos al Estado; no siempre se debe resolver a través del Derecho Penal, por cuanto, los contratantes pueden responder civilmente, cuando incumplen sus obligaciones contractuales. En este sentido, si el contratista DHMONT & M S.A.C., no cumplió con los términos de su contrato, al cambiar los materiales del piso y techo del gimnasio de la Institución Educativa “Melitón Carbajal”, y que este hecho no fue advertido por el procesado Vergel Polo; en tal caso, cualquier responsabilidad civil, puede reclamarse en la vía correspondiente.

Quincuagésimo octavo. En consecuencia, no habiéndose acreditado la comisión del delito de negociación incompatible, ni la responsabilidad del procesado Jorge Luis Vergel Polo, debió aplicarse el principio constitucional de presunción de inocencia; por lo que debe casarse la sentencia condenatoria y declarar su absolución por atipicidad de su conducta omisiva.

Quincuagésimo noveno. De otro lado, el inciso uno del artículo cuatrocientos ocho del Código Procesal Penal, establece que cuando en un proceso hay coimputados, la impugnación de uno de ellos favorece a los demás, siempre que los motivos en que se funde, no sean exclusivamente personales. En el caso de autos, el procesado Jorge Luis Núñez Smith –a quien la Primera Sala Penal de Apelaciones declaró inadmisibles sus recursos de casación mediante resolución de dieciocho de enero de dos mil diecisiete– se encuentra en la misma situación jurídica del

procesado Jorge Luis Vergel Polo, por cuanto, como indicó la acusación fiscal, ambos actuaron conjuntamente en la ejecución del contrato de obra, como Coordinador y Jefe en el Área de Obras de la Oficina de Infraestructura Educativa-OINFE, respectivamente, imputándoseles la autoría del delito de negociación incompatible, en agravio del Estado; dado que presentaron pronunciamientos en los que omitieron hechos relevantes en cuanto a la ejecución del cambio de material de techo y piso del gimnasio del Colegio “Melitón Carbajal”, por parte del CONSORCIO DHMONT & M S.A.C.; la acusación señaló que mediante este accionar se interesaron de manera directa en concretar la aprobación del presupuesto adicional de obra número ocho, en el cual se incluyó el cambio de material.

Septuagésimo. Al respecto, como se ha establecido en los considerandos cuadragésimo tercero y cuadragésimo cuarto, el delito de negociación incompatible abarca tres modalidades; en el caso concreto, se le imputó al procesado Jorge Luis Núñez Smith la primera modalidad, “interesarse directamente” y en provecho de terceros, supuesto que solo se configura mediante un acto comisivo, no siendo posible tipificar dicho delito mediante de una conducta omisiva; en consecuencia, debe casarse la sentencia condenatoria y declarar su absolución por atipicidad de su conducta omisiva; por lo que corresponde extender los efectos de la decisión de este recurso de casación al citado procesado Núñez Smith.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon: **A. FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el procesado Jorge Luis Vergel Polo, por la causal prevista en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, por errónea interpretación de la Ley Penal, respecto al artículo

trescientos noventa y nueve del Código Penal-delito de negociación incompatible; en consecuencia **CASARON** la sentencia del quince de noviembre de dos mil dieciséis, emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirmó la sentencia de primera instancia de veintitrés de junio de dos mil dieciséis, en el extremo que condenó a Jorge Luis Vergel Polo, como autor del delito contra la Administración Pública-negociación incompatible, en agravio del Estado, a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de prueba de tres años, bajo reglas de conducta .

I. Actuando en sede de instancia: **REVOCARON** la sentencia de primera instancia emitida por el Tercer Juzgado Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha veintitrés de junio de dos mil dieciséis, y reformándola: absolvieron a Jorge Luis Vergel Polo, de la acusación fiscal por el delito contra la Administración Pública-negociación incompatible, en agravio del Estado.

II. **DISPUSIERON** la anulación de los antecedentes penales, judiciales y policiales que se hubieren generado en contra del precitado encausado, a causa del presente proceso penal; y, archívese definitivamente el proceso; con lo demás que al respecto contiene.

B. **FUNDADO** los recursos de casación interpuestos por el CONSORCIO DHMONT & M S.A.C., e HIDROINGENIERÍA S.R.L., por las causales previstas en los incisos uno y cuatro, del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, Vulneración de la garantía constitucional de motivación de las resoluciones judiciales; en consecuencia **CASARON** la misma sentencia, en el extremo que revocó la de primera instancia en el extremo que declaró fundada en parte la pretensión del actor civil, en relación a los sentenciados Jorge Luis Núñez Smith, Jorge Luis Vergel Polo y

Carlos Alberto Foronda Claussi; en consecuencia, fijó en doscientos mil soles el monto que por reparación civil deberán abonar los antes mencionados en forma solidaria; y reformándola, fijaron en ciento ochenta y ocho mil soles, el monto por dicho concepto, que deberán abonar los condenados Jorge Luis Núñez Smith y Jorge Luis Vergel Polo, y las empresas DHMONT & CG & M S.A.C. e HIDROINGENIERÍA S. R. L., como terceros civilmente responsables a favor del Estado agraviado; discriminados de la siguiente manera: el ocho por ciento de dicho monto, cada uno de los sentenciados; el sesenta y dos por ciento, la empresa DHMONT; y el veintidós por ciento, la empresa HIDROINGENIERÍA.

I. Actuando en sede de instancia: **REVOCARON** la sentencia de primera instancia emitida por el Tercer Juzgado Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Lima de fecha veintitrés de junio de dos mil dieciséis; y reformándola declararon **IMPROCEDENTE** la pretensión civil formulada por la Procuraduría Pública a cargo de los Asuntos Judiciales de la Contraloría General de la República, respecto a los terceros civilmente responsables DHMONT & CG & M S.A.C. e HIDROINGENIERÍA S. R. L.

II. **EXTENDIERON** la fundabilidad de la presente decisión en todos sus extremos, respecto al procesado Jorge Luis Núñez Smith, de conformidad con el artículo cuatrocientos ocho del Código Procesal Penal; en consecuencia, **CASARON** la sentencia del quince de noviembre de dos mil dieciséis, emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirmó la sentencia de primera instancia de veintitrés de junio de dos mil dieciséis, en el extremo que lo condenó, como autor del delito contra la Administración Pública-negociación incompatible, en agravio del Estado, a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de prueba de tres años, bajo reglas de conducta. Actuando en sede de instancia:

REVOCARON la sentencia de primera instancia emitida por el Tercer Juzgado Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha veintitrés de junio de dos mil dieciséis, y reformándola: absolvieron a Jorge Luis Núñez Smith, de la acusación fiscal por el delito contra la Administración Pública-negociación incompatible, en agravio del Estado.

III. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por intermedio de la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

IV. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelvan los autos al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

S. S.

HINOSTROZA PARIACHI

VENTURA CUEVA

PACHECO HUANCAS

CEVALLOS VEGAS

CHÁVEZ MELLA