



Delito de negociación incompatible y complicidad primaria

El delito de negociación incompatible se refiere a operaciones o contratos del Estado, lo cual puede ser un indicio fuerte de actividad delictiva si se detectan infracciones a la legislación sobre contrataciones estatales. Esto revela un aprovechamiento del cargo del funcionario para favorecer intereses particulares, lo que indica un sesgo en las decisiones tomadas. La argumentación del Tribunal Superior de ajenidad del imputado —es decir, que los informes legales expedidos por este no fueron vinculantes en la materialización del Contrato n.º 47-2014-R-UNH, sino que únicamente actuó conforme al rol asignado como jefe de Asesoría Legal— no resulta razonable. Es patente que él profirió opiniones sobre la procedencia e idoneidad de las cartas fianza, a sabiendas del informe de tesorería que insistía en que se presentaron cartas fianza emitidas por una entidad, una cooperativa que no se encontraba bajo la supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros ni autorizada para emitirlas.

En el *sub lite*, sin duda, se vislumbra que, si bien el encausado no tuvo la vinculación funcional exigible por el tipo delictivo ni capacidad de decisión, se advierte una clara situación de interferencia en la toma de decisiones del máximo representante de la entidad (rector de la universidad) para la ejecución del contrato. se evidenciaría que su intervención fue necesaria para la consumación del hecho. En consecuencia, se estaría ante un título de imputación de cómplice primario o cooperador necesario

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veintinueve de febrero de dos mil veinticuatro

VISTOS: en audiencia pública, el recurso de casación, por la causal de infracción de precepto material, interpuesto por el **fiscal superior de Huancavelica** contra la sentencia de vista del veintiséis de febrero de dos mil veintiuno, emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de Huancavelica, que revocando la sentencia de primera instancia de veintitrés de marzo de dos mil veinte absolvió a Ricardo Alejandro Vera Donaires de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito de negociación incompatible, en agravio del Estado (Universidad Nacional de Huancavelica); con lo demás que contiene.

Intervino como ponente el señor juez supremo SEQUEIROS VARGAS.



FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero. El señor fiscal provincial, por requerimiento de foja 24, del trece agosto de dos mil diecinueve, acusó a Ricardo Alejandro Vera Donaires, jefe de la Oficina de Asesoría Legal, de haberse interesado indebidamente en el Contrato n.º 47-2014 de la obra denominada “Elaboración del expediente técnico y ejecución de construcción y equipamiento del complejo educativo para el fortalecimiento académico de la Facultad de Educación de la Universidad Nacional de Huancavelica”, por el monto de S/ 5’661,000.00 (cinco millones seiscientos sesenta y un mil soles) a fin de que sea favorecido el postor Consorcio Universidad. Su contribución consistió en la emisión de tres opiniones legales (n.º 82-2015-OAL-R-UNH, del veintiuno de diciembre de dos mil quince; n.º 012-2015-OAL-R-UNH, del dieciocho de diciembre de dos mil dieciséis, y n.º 028-2016-OAL-R-UNH, del dieciocho de febrero de dos mil dieciséis), por las que declaró la procedencia de dos cartas fianza emitidas por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Fianzas y Garantías Ltda. a favor del contratista Consorcio Universidad, pese a que no se encontraba supervisada por la Superintendencia de Banca y Seguros (en adelante SBS), y recomendó continuar con la ejecución del referido contrato.

Segundo. El proceso se desarrolló como a continuación se detalla:

- 2.1. El señor fiscal provincial acusó a Vera Donaires como autor del delito de negociación incompatible. Solicitó una pena de cuatro años de privación de libertad e inhabilitación por igual periodo, conforme al artículo 36, incisos 1 y 2, del Código Penal.
- 2.2. Realizada la audiencia preliminar de control de acusación y saneada la acusación, se expidió el auto de enjuiciamiento del diez de octubre de dos mil diecinueve (foja 93), del expediente principal, y se citó a juicio oral por auto de foja 24 del cuaderno de debate, del veinticuatro de julio de dos mil diecinueve.
- 2.3. Tras la realización del juicio oral, público y contradictorio, el Segundo Juzgado Unipersonal de Flagrancia de Huancavelica dictó la sentencia de primera instancia de foja 116 del cuaderno de debate, del veintitrés de marzo de dos mil veinte, que condenó a Ricard Alejandro Donaires como autor del delito de negociación incompatible, en agravio del Estado (Universidad Nacional de Huancavelica), a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente por el periodo de tres años,



inhabilitación por cuatro años, pena de multa por la suma de S/ 1,125.00 (mil ciento veinticinco soles), así como el pago de S/ 50,000.00 (cincuenta mil soles) por concepto de reparación civil.

- 2.4.** La sentencia de primera instancia fue apelada por el encausado Vera Donaires mediante escrito de foja 140, del veinticuatro de julio de dos mil veinte. Concedido el recurso de apelación, declarado bien concedido y cumplido el procedimiento impugnatorio, la Primera Sala Penal de Apelaciones de Huancavelica emitió la sentencia de vista del veintiséis de febrero de dos mil veintiuno, que, revocando la sentencia de primera instancia, absolvió a Ricardo Vera Donaires de los cargos formulados en su contra por el delito de negociación incompatible, en agravio del Estado.
- 2.5.** Contra la sentencia de vista el señor fiscal superior promovió recurso de casación, concedido por auto de foja 45, del diecinueve de marzo de dos mil veintiuno.

Tercero. El señor fiscal superior, en su escrito de casación, invocó el motivo de infracción de precepto material, previsto en el artículo 429, inciso 3, del Código Procesal Penal (en adelante CPP). Alegó la interpretación errónea del artículo 399 del CPP, pues se encuentra acreditado el interés indebido del acusado para favorecer al Consorcio Universidad, al haber emitido opiniones legales contrarias a lo establecido en la Ley de Contrataciones con el Estado, en tanto en cuanto declaró la viabilidad de cartas fianza pese a que fueron emitidas por una entidad financiera no supervisada por la SBS. Sostiene que la vinculación del acusado con el Contrato n.º 47-2014-R-UHN es mediata, pues las opiniones emitidas tuvieron como etiología el contrato en mención; además, el tipo penal no solo se circunscribe a un interés directo, sino que puede ser indirecto o por acto simulado.

Cuarto. Cumplido el trámite de traslado a las partes, mediante ejecutoria suprema de foja 79, del veintiuno de agosto de dos mil veintitrés, del cuaderno de casación formado en esta Sala Suprema, se declaró bien concedido el recurso de casación acusatorio. Lo esencial está en analizar los fundamentos en que se basó el Colegiado para absolver al procesado; así como lo central del examen casacional está en función de la naturaleza y los elementos típicos del delito de negociación incompatible, y de los que pueden intervenir en su comisión.



Quinto. Instruido el expediente en Secretaría y tras señalarse como fecha para la audiencia de casación el diecinueve de febrero de dos mil veinticuatro, mediante decreto de foja 85, del veintinueve de enero de dos mil veinticuatro, esta se realizó con la intervención de la señora Fiscal Suprema Adjunta María Isabel Sokolich Alva cuyo desarrollo consta en el acta pertinente.

Sexto. 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 presente sentencia de casación en los términos que a continuación se consignan. Se programó para la lectura de sentencia el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La censura casacional se circunscribe, desde la causal de infracción de precepto material, a establecer si la absolución dictada por el Tribunal Superior, en razón de la motivación de la *quaestio iuris*, es legalmente correcta. Esto es, si no se ha incurrido en una infracción normativa, constitucional o legal en la interpretación y/o aplicación de los preceptos jurídico-penales. No está en discusión la viabilidad del relato de hechos de la acusación fiscal desde el material probatorio disponible, sino si, dados los hechos acusados y debatidos, puede tipificarse el delito de negociación incompatible y, en esencia, determinarse si el acusado absuelto puede ser considerado interviniente en su comisión, es decir, si no existen óbices jurídico-penales para el juicio de culpabilidad procesal. Cabe resaltar que no se incidirá en la apreciación del material probatorio disponible, sino en los alcances del tipo delictivo de negociación incompatible. En estos supuestos, si se ha producido una violación de la ley sustancial interpretada y/o aplicada, será del caso amparar el recurso de casación.

Segundo. Como ya se determinó en línea jurisprudencial, el delito de negociación incompatible es un delito de preparación cuyo ámbito de aplicación son las operaciones o contratos del Estado, de suerte que puede erigirse en un indicio sólido de comisión delictiva la presencia de determinadas infracciones o incumplimientos a la legislación sobre contrataciones del Estado que, en todo caso, revelen un aprovechamiento del cargo del funcionario concernido para privilegiar intereses particulares, propios o ajenos, frente a los intereses de la Administración pública, de suerte que ello revele un direccionamiento en las



decisiones realizadas. Este delito, además, es uno de infracción de deber y no exige un resultado de lesión patrimonial o de peligro; luego, es un delito de peligro abstracto (ÁLVAREZ DÁVILA, Francisco. [2021]. *El delito de negociación incompatible*. Lima: Editorial Ideas, pp.125-127 y 187).

Tercero. El Juzgado Penal, ha considerado razonable la hipótesis acusatoria del interés ilegal del acusado, al expedir opiniones legales avalando cartas fianza emitidas por entidades financieras no supervisadas por la SBS, con lo cual transgredió el artículo 39 de la Ley de Contrataciones con el Estado y Bases Integradas del Concurso, a sabiendas del informe de tesorería que advertía que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Fianzas y Garantías Ltda. no estaba dentro del ámbito de supervisión de la SBS. Subraya, además, que en su calidad de abogado conocía los efectos penales que subyacían a partir de sus opiniones en abierto interés delictivo con el contratista.

Cuarto. El Tribunal Superior, sin embargo, estimó, que el encausado, al emitir las Opiniones Legales n.º 82-2015-OAL-R-UNH, del veintiuno de diciembre de dos mil quince; n.º 012-2015-OAL-R-UNH, del dieciocho de diciembre de dos mil dieciséis, y n.º 028-2016-OAL-R-UNH, del dieciocho de febrero de dos mil dieciséis, actuó conforme al rol asignado como jefe de Asesoría Legal de la Universidad Nacional de Huancavelica, y que estas no tienen poder de decisión en relación con el Contrato n.º 47-2014-R.UNH de la obra denominada “Elaboración del expediente técnico y ejecución de construcción y equipamiento del complejo educativo para el fortalecimiento académico de la Facultad de Educación de la Universidad Nacional de Huancavelica”.

Cuarto. Este Tribunal de Casación, ya fijó doctrina legal sobre el tipo delictivo de negociación incompatible. En ese sentido, cabe citar las Sentencias Casatorias n.ºs 396-2019/Ayacucho y 180-2020/La Libertad. Extrayendo los puntos esenciales, se tiene que es, tanto un delito especial propio, (formal) cuanto un delito de infracción de deber, (material): el agente oficial debe haber actuado en el proceso de contratación pública, en cualquier etapa de ella, con base en un título habilitante y con capacidad de decisión, (facultades y competencias para intervenir en ese proceso), por lo que se trata de una situación de prevalimiento —el fundamento de la imputación responde en la infracción del deber positivo del agente oficial de resguardar los intereses de la Administración a través



de una actuación imparcial en un contrato u operación estatal en la que interviene por razón de su cargo¹—.

Desde la acción típica, el interés indebido —directo o indirecto—, entendido siempre económicamente, a tono con el objeto del tipo penal —incluso de su fuente argentina, artículo 265 originario del Código Penal— importa de parte del agente oficial un aprovechamiento del cargo —un acto de injerencia— para hacer prevalecer los intereses particulares, (propios o ajenos) frente a los intereses de la Administración. Su contenido es volcar sobre el negocio de que se trate, en cualquiera de sus fases, (actos preparatorios, ejecución o liquidación del contrato) y, claro, puede incluir un ámbito muy variado de expresiones prácticas², una pretensión de parte no administrativa, sin perjuicio de la concurrencia o no del interés de la Administración pública, a la cual, el funcionario público, debe dar preminencia en función del cargo que ocupa. El agente oficial hace intervenir en el contrato u operación un interés propio y particular; se sitúa ante ellos no solo como funcionario, sino, conjuntamente, como particular interesado en una determinada decisión o actuación de la administración. El interés indebido, como afirma Creus, es situarse ante el contrato u operación administrativa no solo como funcionario, sino, conjuntamente, como particular interesado en una determinada decisión o actuación de la administración —por eso se habla de un desdoblamiento del agente—.

Quinto. Sobre tal base, la argumentación del Tribunal Superior de ajenidad del imputado —es decir, que los informes legales expedidos por este no fueron vinculantes en la materialización del Contrato n.º 47-2014-R-UNH, sino que únicamente actuó conforme al rol asignado como jefe de Asesoría Legal— no resulta razonable. Es patente que él profirió opiniones sobre la procedencia e idoneidad de las Cartas Fianza n.ºs FC 08-12-2015-CACFG, del once de diciembre de dos mil quince, y AMC-001-02-2016-CACFG, a sabiendas del informe de tesorería que insistía en que se presentaron cartas fianza emitidas por una entidad, una cooperativa que no se encontraba bajo la supervisión de la SBS ni autorizada para emitir las. De manera que se vislumbran condiciones que beneficiarían al particular en detrimento de los intereses patrimoniales del Estado; pues, ante el incumplimiento de contrato por parte del contratista, no fue viable ejecutar las cartas fianza, lo cual generó perjuicio a la entidad. Ello fue resaltado por la

¹ ÁLVAREZ DÁVILA, Francisco. (2020). *Delitos contra la Administración pública*. Lima: Editorial Ideas, p.133.

² SALINAS SICCHA, Ramiro. (2014). *Delitos contra la Administración pública* (3.ª edición). Lima: Editorial Grijley, p. 567.



sentencia de primera instancia. La explicación de la emisión de informes y opiniones en contravención a la Ley de Contrataciones con el Estado, su Reglamento y Bases Integradas del Concurso, y a pesar de que mediaron informes previos de cuestionamiento por parte del Área de Tesorería, solo se entendería en el marco de un interés indebido. Esta es una inferencia racional, plenamente justificada en máximas de la experiencia.

Sexto. Desde luego, si bien el Tribunal Superior enfatizó que, mediante laudo arbitral se dispuso la validez del Contrato n.º 47-2014-R-UNH y eficaz la Carta Fianza n.º 39-509-2014-CRACSL, librada por la Caja Señor de Luren, situación de hecho, que se encuentra al margen de la responsabilidad penal del encausado, así como estimó que, el resultado de dicho laudo, resta valor a la opinión legal vertida por el encausado en su condición de asesor legal de la Universidad Nacional de Huancavelica, como se desprende del objeto procesal en sede arbitral, ello se circunscribe a circunstancias que no ponen en cuestión los hechos materia de este proceso penal y se refiere en buena cuenta, a la validez de la firma de la Carta Fianza n.º 39-509-2014-CRACSL, que no fue materia de pronunciamiento legal del encausado. En dicho laudo arbitral, no se debatió para declarar probada o improbada la presentación de cartas fianza, emitidas por una entidad no autorizada ni supervisada por la SBS, con infracción de la Ley de Contrataciones con el Estado. Cabe precisar que en sede penal lo que se declaró probado en primera instancia fue que tales transgresiones —realmente existentes a criterio del órgano de mérito— constituyeron, a su vez, el delito de negociación incompatible, al acreditarse la imputación objetiva y subjetiva del citado tipo delictivo.

Ahora bien, el que los laudos arbitrales no pusieran en tela de juicio la probable criminalidad de la conducta de concretos funcionarios públicos y del encausado —objeto que no puede ser parte siquiera de un proceso arbitral— no condiciona, la intervención de la jurisdicción penal y la aplicación del derecho penal, a cuyo efecto se sustentó en una actividad probatoria específica y que es de competencia exclusiva de la jurisdicción penal ordinaria. En esencia, no se destaca un efecto positivo de prejudicialidad del laudo arbitral, que impida un pronunciamiento penal o lo determine de alguna forma³.

Sétimo. En el *sub lite*, sin duda, se vislumbra que, si bien el encausado no tuvo la vinculación funcional exigible por el tipo delictivo ni capacidad de

³ GIMENO SENDRA, Vicente. (2019). *Derecho procesal penal* (3.ª edición). Pamplona: Editorial Civitas, p. 235.



decisión, sí se denotaría un clara situación de interferencia en la toma de decisiones del máximo representante de la entidad (rector de la universidad) para la ejecución del contrato; por lo tanto, se evidenciaría que su intervención fue necesaria para la configuración de la propia conducta delictiva de negociación, sin la cual no podía tener lugar. En consecuencia, se estaría ante un título de imputación de cómplice primario o cooperador necesario (ex artículo 52, tercer párrafo, del Código Penal): “El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo penal no concurran en él”. Ya se expuso lo que materialmente desplegó el encausado. Este tuvo conocimiento directo del informe de tesorería que señalaba explícitamente que las cartas fianza habían sido emitidas por una entidad no supervisada por la SBS, más allá de la obligación preestablecida en la norma de la materia, de imperativa exigencia para el contratista, y a pesar de ello emitió las opiniones legales declarando la procedencia de dichas cartas. Tal conducta se incardina en el supuesto de complicidad primaria de negociación incompatible. El actuar doloso del imputado sería evidente, en función de los hechos objetivos que se llevaron a cabo —solo se exige, en este delito, un dolo general—. Es palmario que obra con dolo el que sabe lo que hace, conociendo el peligro concreto que genera su acción, el que conoce la acción que realiza con una pena señalada en la ley⁴.

Octavo. Sobre esta base fáctica y normativa, será necesario que se determine si la conducta del encausado importó un interés indebido a sabiendas de su imposibilidad legal o técnica y en aras de sacar provecho económico para sí o terceros, en cuya virtud el encausado concernido orientó su interés en detrimento de los intereses patrimoniales del Estado. El hecho de que profirió opiniones legales pese a que las cartas fianza presentadas por el contratista fueron materia de cuestionamiento por parte del Área de Tesorería ha de analizarse desde la perspectiva causal, es decir, si ello significó un aporte significativo al momento de la concreción del interés indebido.

Noveno. Por ello, la interpretación de los alcances del tipo delictivo de negociación incompatible fue errónea y ocasionó una aplicación indebida de ello. Además, la motivación del material probatorio disponible fue insuficiente al no analizar en toda su magnitud, y según las exigencias típicas ya

⁴ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. (1998). *Principios de derecho penal. Parte general* (5.^a edición). Madrid: Editorial Akal/Iure, p. 228.



resaltadas, un punto central de los cargos. En consecuencia, el recurso acusatorio debe estimarse.

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 FUNDADO** el recurso de casación, por la causal de infracción de precepto material, interpuesto por el **fiscal superior de Huancavelica** contra la sentencia de vista del veintiséis de febrero de dos mil veintiuno, emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de Huancavelica, que revocando la sentencia de primera instancia de veintitrés de marzo de dos mil veinte absolvió a Ricardo Alejandro Vera Donaires de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito de negociación incompatible, en agravio del Estado (Universidad Nacional de Huancavelica); con lo demás que contiene.
- II. En consecuencia, **CASARON** la sentencia de segunda instancia y **ORDENARON** que se dicte una nueva sentencia de vista por otro Colegiado Superior, previa audiencia de apelación, y se debe tener presente lo estipulado en esta sentencia casatoria; registrándose.
- III. **DISPUSIERON** que se lea esta sentencia en audiencia pública, que se notifique inmediatamente y que se publique en la página web del Poder Judicial.
- IV. **HÁGASE** saber a las partes apersonadas en esta sede suprema. Intervino el señor juez supremo Peña Farfán por vacaciones del señor juez supremo Luján Túpez.

SS.

SAN MARTÍN CASTRO

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

CARBAJAL CHÁVEZ

PEÑA FARFÁN

IASV/fsap