



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA DEL PERU

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 123-2023/CALLAO
PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

Título: Negociación incompatible. Elementos típicos. Motivación ilógica.

Sumilla 1. ESVICSAC es una empresa estatal de derecho privado, creada el quince de mayo de mil novecientos ochenta y siete por el Instituto Peruano de Seguridad Social, hoy día Seguro Social del Perú – EsSALUD (Ley 27056). Esta última, que se creó sobre la base del Instituto Peruano de Seguridad Social, es un organismo público descentralizado del Sector Trabajo y Promoción del Empleo con personería jurídica de derecho público interno. Al insertarse en el Sector Público Nacional, y como ESVICSAC es una empresa que la integra –no es relevante, desde el Derecho penal, que dicha empresa no se creó por ley–, exige que su régimen financiero y presupuestal esté sujeto a una ordenación de Derecho público. Es por ello que, precisamente, como ha sido la lógica en el presente caso, para una determinada adquisición se acudió a una Licitación y a la Legislación de Contrataciones del Estado. Es de aplicación, entonces, el artículo 425, inciso 3, del Código Penal. **2.** El tipo delictivo de negociación incompatible exige como uno de sus elementos objetivos el interés indebido en un contrato o en una operación determinada, de carácter comercial o patrimonial, a su cargo –en cualquiera de sus fases– con el fin de obtener un provecho propio o para tercero (ex artículo 399 del Código Penal). Como no es un delito de daño económico o de resultado de lesión, solo se exige al interés indebido en un contrato u operación, ni siquiera una participación efectiva en el negocio y, menos, un concierto con un tercero –es un delito preparatorio–; solo que el agente actúe –intervenir directa o indirectamente o por acto simulado– con una tendencia final de obtener un beneficio económico, propio o ajeno. Es de asumir la clásica definición de interés indebido de CARLOS CREUS: “interesarse es, pues, volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa: querer que ese negocio asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares o de terceros [...]”. Asimismo, no es necesario que el interés particular tenga que aparecer como contrapuesto al de la Administración; es más, se dará igualmente el delito, aunque el interés esté constituido por una pretensión que benefició rotundamente a aquélla”. **3.** La adquisición directa a la empresa Nexo Soluciones Empresariales, por un monto inferior a ocho Unidades Impositivas Tributarias –lo que no ha sido cuestionado por ambos fallos– estaba en función al reclamo de Petroperú Sociedad Anónima, incluso así lo indicaron los servidores del Almacén de ESVICSAC García Cunya y Polo Santillán. Lo ocurrido con la Licitación Pública LP-SM-1-2017-ESVICSAC –el inicio del procedimiento y su ulterior anulación– no está conectada a la adquisición directa a la empresa Nexo Soluciones Empresariales. Una cosa es dilucidar si la anulación fue jurídico administrativamente correcta –lo que no es de competencia de la jurisdicción penal–, respecto de la cual aparecen determinados cuestionamientos, y otra muy distinta es si la adquisición directa a la aludida empresa concretó un interés indebido, sin que en su análisis deba incorporarse el porqué de la nulidad de la licitación y la legalidad de declaración administrativa. Es impertinente sostener que se efectuó una indebida parcelación del monto de la licitación para dar lugar a un pago anticipado a una determinada persona jurídica.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, trece de noviembre de dos mil veintitrés

VISTOS; en audiencia pública: los recursos de casación, por las causales de infracción de precepto material y vulneración de la garantía de motivación interpuestos por la defensa de los encausados OMAR LEÓN GUTIÉRREZ, LOURDES ELENA ISABEL AGUILAR NOVOA, JAIME ARTURO RICRA HUAMÁN y ELI AUGUSTO CAQUI DE LOS RÍOS contra la sentencia de vista de fojas dos

mil setecientos noventa y dos, de nueve de noviembre de dos mil veintidós, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia la sentencia de primera instancia de fojas dos mil doscientos veinticuatro, de treinta de junio de dos mil veintidós, los condenó como autores del delito de negociación incompatible en agravio del Estado a cuatro años de pena privativa de libertad efectiva, cuatro años de inhabilitación y ciento ochenta días multa, así como al pago solidario de cuarenta mil soles por concepto de reparación civil; con todo lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que la señora fiscal Provincial del Segundo Despacho de la Fiscalía provincial Especializada en delitos de corrupción de funcionarios del Callao por requerimiento de fojas uno, de veintidós de marzo de dos mil diecinueve, formuló acusación contra Eli Augusto Caqui De Los Ríos, Lourdes Elena Isabel Aguilar Novoa, Omar León Gutiérrez y Jaime Arturo Ricra Huamán como autores del delito de negociación incompatible en agravio del Estado.

∞ El Primer Juzgado de la Investigación Preparatoria Permanente del Callao, tras la audiencia preliminar respectiva, dictó el auto de enjuiciamiento de fojas treinta y siete, de tres de agosto de dos mil veinte.

∞ El Primer Juzgado Unipersonal Permanente del Callao, después del juicio oral, público y contradictorio, con fecha treinta de junio de dos mil veintidós, emitió la sentencia de primera instancia de fojas dos mil doscientos veinticuatro, que condenó a Eli Augusto Caqui De Los Ríos, Lourdes Elena Isabel Aguilar Novoa, Omar León Gutiérrez y Jaime Arturo Ricra Huamán como autores del delito de negociación incompatible en agravio del Estado a cuatro años de pena privativa de la libertad efectiva, cuatro años de inhabilitación y ciento ochenta días multa, así como al pago solidario de setenta mil cuarenta soles por concepto de reparación civil.

SEGUNDO. Que la Segunda Sala Penal de Apelaciones Permanente de la Corte Superior de Justicia del Callao, luego de cumplirse el procedimiento impugnativo, profirió la sentencia de vista de fojas dos mil setecientos noventa y dos, de nueve de noviembre de dos mil veintidós. Ésta confirmó en un extremo y revocó en otro la sentencia de primera instancia. En consecuencia, condenó a Eli Augusto Caqui De Los Ríos, Lourdes Elena Isabel Aguilar Novoa, Omar León Gutiérrez y Jaime Arturo Ricra Huamán como autores del delito de negociación incompatible en agravio del Estado a cuatro años de pena privativa de libertad efectiva, cuatro años de inhabilitación y ciento ochenta días multa, así como al pago de cuarenta mil soles por concepto de reparación civil.

∞ La sentencia de vista fue recurrida en casación por los encausados Eli Augusto Caqui De Los Ríos, Lourdes Elena Isabel Aguilar Novoa, Omar León Gutiérrez y Jaime Arturo Ricra Huamán.

TERCERO. Que las sentencias de instancia declararon probado los siguientes hechos:

- A.** El acusado ELI AUGUSTO CAQUI DE LOS RÍOS (Economista), en su calidad de gerente general de la Empresa de Seguridad, Vigilancia y Control, Sociedad Anónima Cerrada –en adelante, ESVICSAC–, se interesó de forma directa e indebida en provecho de tercero, de la empresa Nexo Soluciones Empresariales Empresa Individual de Responsabilidad Limitada. Emitió la Resolución de Gerencia General 011-2017-GG-ESVICSAC, que declaró la nulidad del Proceso de Selección Licitación Pública 001-2017-GG-ESVICSAC, sustentada en la baja calidad de los bienes señalados en las especificaciones técnicas. Dicho encausado, a través del correo electrónico de fecha ocho de junio de dos mil diecisiete (a las veinte horas y veintiún minutos), remitió a la jefe del Departamento de Logística, Yanice Ramos Robles, los datos de la empresa Nexo Soluciones Empresariales Empresa Individual de Responsabilidad Limitada con la finalidad de contratarla directamente. Esta empresa realizó la entrega de uniformes y zapatos los días nueve y diez de junio de dos mil diecisiete, sin contar con la documentación pertinente: orden de compra y guías de remisión.
- B.** La acusada LOURDES ELENA ISABEL AGUILAR NOVOA (Contadora Pública Colegiada), en su calidad de gerente de Administración y Finanzas de ESVICSAC, se interesó de forma directa e indebida en provecho de tercero. Autorizó y firmó los requerimientos 229, 230 y 231-2017-GO-ESVICSAC, de fecha seis de junio de dos mil diecisiete, pese a contener las mismas especificaciones técnicas de la Licitación Pública 001-2017-ESVICSAC anulada. Asimismo, mediante correo electrónico de fecha nueve de junio de dos mil diecisiete, ordenó a Juan Carlos García Cunya –auxiliar de Almacén– recibir la mercadería suministrada por la empresa Nexo Soluciones Empresariales Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, pese a tener conocimiento que no se había emitido orden de compra alguna a favor de la mencionada empresa.
- C.** El acusado OMAR LEÓN GUTIÉRREZ (Militar en retiro), en su calidad de gerente de Operaciones de ESVICSAC se interesó de forma directa e indebida en provecho de tercero. Emitió el Informe 28-2017-GO-ESVICSAC, de fecha dos de junio de dos mil diecisiete, por el que solicitó al gerente general Caqui de los Ríos declarar la nulidad del Proceso de Licitación Pública 001-2017-ESVICSAC “Adquisición

anual de uniformes para el personal operativo que brinda servicios en las diferentes dependencias a nivel nacional 2017”, debido a que se consignó erróneamente, en su requerimiento, la confección de uniformes, calzado e implementos con material de diferente y baja calidad. Asimismo, firmó los requerimientos 229, 230 y 231-2017-GO-ESVICSAC, por lo que consignó las mismas especificaciones técnicas de la Licitación Pública 001-2017-ESVICSAC cuya nulidad solicitó.

- D.** Finalmente, el acusado JAIME ARTURO RICRA HUAMÁN (Abogado), en su calidad de jefe del Departamento de Asesoría Legal de ESVICSAC, se interesó de forma directa e indebida en provecho de tercero. Emitió el Informe 032-2017-LEG-ESVICSAC, de fecha ocho de junio de dos mil diecisiete, por el que recomendó la procedencia de la nulidad del Proceso de Licitación Pública 001-2017-ESVICSAC y se retrotraiga el mismo hasta la etapa de la convocatoria, previa formulación del expediente de contratación, sin realizar un análisis real de la causal de nulidad, pues solo realizó un resumen de los documentos desde la aprobación de las Bases hasta la emisión del Acta de Postergación.

CUARTO. Que la defensa de los encausados LEÓN GUTIÉRREZ y AGUILAR NOVOA en su escrito de recurso de casación de fojas dos mil ochocientos veintinueve, de veintiuno de noviembre de dos mil veintidós, invocó el motivo de casación de inobservancia de precepto constitucional (artículo 429, inciso 1, del Código Procesal Penal –en adelante, CPP–). Desde el acceso excepcional, propuso se determine si es un funcionario público pues no trabajó en una empresa estatal creada por ley, conforme al artículo 60 de la Constitución.

QUINTO. Que la defensa del encausado RICRA HUAMÁN en su escrito de recurso de casación de fojas dos mil ochocientos cincuenta y uno, de veintitrés de noviembre de dos mil veintidós, invocó los motivos de casación de inobservancia de precepto constitucional, infracción de precepto material, vulneración de la garantía de motivación y apartamiento de doctrina jurisprudencial (artículo 429, incisos 1, 3, 4 y 5, del CPP). Desde el acceso excepcional propuso determinar el alcance del principio de confianza en estos casos.

SEXTO. Que la defensa del encausado CAQUI DE LOS RÍOS en su escrito de recurso de casación de fojas dos mil ochocientos sesenta y siete, de veintitrés de noviembre de dos mil veintidós, invocó los motivos de casación de inobservancia de precepto constitucional e infracción de precepto material (artículo 429, incisos 1 y 3, del CPP). Desde el acceso excepcional

propuso determinar si se presentó un supuesto de estado de necesidad, si la concurrencia de un tercero beneficiado ingresa dentro del ámbito del interés indebido en provecho de tercero y si es suficiente el dolo eventual.

SÉPTIMO. Que, cumplido el trámite de traslado a las partes recurridas, este Tribunal de Casación, por Ejecutoria Suprema de fojas cuatrocientos setenta y tres, de veintiséis de junio de dos mil veintitrés, del cuaderno formado en esta sede suprema, declaró bien concedido los citados recursos por las causales de **infracción de precepto material y vulneración de la garantía de motivación** (artículo 429, incisos 3 y 4, del CPP).

∞ Desde la perspectiva excepcional, se examinará la presencia de un defecto de motivación; la pertinencia del principio de confianza; si se está ante un funcionario público dada la modalidad de empresa en que prestaron servicios; si se presentó un supuesto de estado de necesidad; si la concurrencia de un tercero beneficiado ingresa dentro del ámbito del interés indebido en provecho de tercero; y, si es suficiente el dolo eventual.

OCTAVO. Que instruido el expediente en Secretaría y señalada fecha para la audiencia de casación el día seis de noviembre del presente año, ésta se realizó con la intervención de la defensa de los encausados León Gutiérrez y Aguilar Novoa, doctor Wilfredo Valeriano Mendoza Huerta, de la defensa del encausado Eli Augusto Caqui De Los Ríos, doctor Carlos Ernesto Rodas Vera, y de la defensa del encausado Jaime Arturo Ricra Huamán, doctor Roberto Carlos Sánchez Grecco, cuyo desarrollo consta en el acta correspondiente.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que el análisis de la censura casacional, desde las causales de **infracción de precepto material y vulneración de la garantía de motivación**, estriba en determinar **(i)** la presencia de un defecto de motivación; **(ii)** la pertinencia del principio de confianza; **(iii)** si los imputados son típicamente funcionarios públicos, dada la modalidad de empresa en que prestaron servicios; **(iv)** si se presentó un supuesto de estado de necesidad; **(v)** si la concurrencia de un tercero beneficiado ingresa dentro del ámbito del interés indebido en provecho de tercero; y, **(vi)** si es suficiente el dolo eventual

para cumplir el elemento subjetivo del tipo delictivo de negociación incompatible.

SEGUNDO. Que ESVICSAC es una empresa estatal de derecho privado, que fue creada el quince de mayo de mil novecientos ochenta y siete, por el Instituto Peruano de Seguridad Social, hoy día Seguro Social del Perú – EsSALUD (Ley 27056, de enero de mil novecientos noventa). Esta última, que se creó sobre la base del Instituto Peruano de Seguridad Social, es un organismo público descentralizado del Sector Trabajo y Promoción del Empleo con personería jurídica de derecho público interno.

∞ Esta especial característica de EsSALUD, al insertarse en el Sector Público Nacional, y como ESVICSAC es una empresa que la integra –no es relevante, desde el Derecho penal, que dicha empresa no se creó por ley–, exige que su régimen financiero y presupuestal esté sujeto a una ordenación de Derecho público. Es por ello que, precisamente, como ha sido la lógica en el presente caso, para una determinada adquisición se acudió a una Licitación y a la Legislación de Contrataciones del Estado. Es de aplicación, entonces, el artículo 425, inciso 3, del Código Penal.

∞ Los imputados realizaron su función en el marco de la actividad de ESVICSAC, que no puede apartarse del rol de derecho público asignado a EsSALUD: participaron en el ejercicio de funciones públicas y están al servicio de un ente que integra el organigrama del Sector Público, más allá de su régimen interno. La ley penal en la lógica de la protección del bien jurídico Administración Pública –en su dimensión funcional– trata de salvaguardar por el funcionario su misión de servir a los intereses generales; el sujeto ha de estar al servicio de entes públicos, con sometimientos de su actividad al control del derecho administrativo y ejerciendo una actuación propia de la Administración Pública. Esto ocurre en el *sub judice*.

TERCERO. Que el tipo delictivo de negociación incompatible exige como uno de sus elementos objetivos el interés indebido en un contrato o en una operación determinada, de carácter negocial o patrimonial, a su cargo –en cualquiera de sus fases– con el fin de obtener un provecho propio o para tercero (ex artículo 399 del Código Penal). Como no es un delito de daño económico o de resultado de lesión, solo se exige interés indebido en un contrato u operación, ni siquiera una participación efectiva en el negocio y, menos, un concierto con un tercero –es un delito preparatorio–; solo requiere que el agente actúe –intervenir directa o indirectamente o por acto simulado– con una tendencia final de obtener un beneficio económico, propio o ajeno. Es de asumir la clásica definición de interés indebido de CARLOS CREUS: “interesarse es, pues, volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa: querer que ese negocio asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto o

hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares o de terceros [...]. Asimismo, no es necesario que el interés particular tenga que aparecer como contrapuesto al de la Administración; es más, se dará igualmente el delito, aunque el interés esté constituido por una pretensión que benefició rotundamente a aquélla” [*Derecho Penal – Parte Especial*, Tomo II, 6ta. Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, pp. 299–300]. El interés que demuestra el agente en la contratación u operación debe ser particular, sin perjuicio de la concurrencia o no, del interés de la Administración Pública a la cual el funcionario público debe dar preeminencia en función del cargo que ocupa [DONNA, EDGARDO ALBERTO: *Delitos contra la Administración Pública*, 2da. Edición, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008, p. 363]. Además, la consumación del delito se satisface con la acción de interesarse o inmiscuirse en el contrato u operación en el que el agente interviene como funcionario público. No se requiere detrimento patrimonial [ABOSO, GUSTAVO EDUARDO: *Código Penal de la República Argentina*, 5ta. Edición, Editorial IB de F, Buenos Aires, 2018, p. 1407].

∞ Ahora bien, es evidente que si, finalmente, en el *sub judice*, la entrega de los productos necesitados por ESVICSAC estuvo a cargo de la empresa Nexo Soluciones Empresariales Empresa Individual de Responsabilidad Limitada y si el procedimiento seguido al efecto carecía de justificación legal y no se siguió lo que legal y reglamentariamente debía realizarse, es claro que de parte de los funcionarios imputados de ESVICSAC habría mediado un interés indebido, lo que puede subsumir los hechos dentro del tipo delictivo juzgado. Otro tema será si tal interés e ilicitud previa de la legislación sobre contrataciones públicas tuvo lugar, si puede afirmarse la ausencia de imputación objetiva o si, en todo caso, se presentó o no una causa de justificación.

CUARTO. Que, en cuanto al tipo subjetivo, se requiere imputar al funcionario público el conocimiento que abusó de su posición para interesarse indebidamente en un contrato u operación en el que interviene. La imputación de la sola infracción de un deber de abstención o simple existencia de una irregularidad administrativa no será suficiente. Como este delito presupone la existencia de un interés y de un prevalimiento del cargo, se admite el dolo directo y el dolo eventual [ÁLVAREZ DÁVILA, FRANCISCO: *El delito de negociación incompatible*, Editorial Ideas, Lima, 2021, pp. 143-144].

∞ Cabe agregar que la alegación, de alguno, del principio de confianza presupone la ilicitud de los otros; y, la alegación de otro del estado de necesidad importa la comisión de un comportamiento penalmente típico. Otro aspecto será determinar si las concretas conductas declaradas probadas, en función a cada imputado, constituyen el delito materia de acusación y condena: negociación incompatible.

QUINTO. Que, a los efectos de los hechos declarados probados, se tiene lo siguiente:

∞ **1.** La empresa ESVICSAC por resolución de Gerencia General 001-2017-ESVICSAC/GG, de trece de enero de dos mil diecisiete, aprobó el plan de contrataciones, en el que se incluyó la adquisición de uniformes para el personal operativo que brinda servicios a nivel nacional por un monto de tres millones doscientos setenta mil doscientos cincuenta y dos soles, que se concretaría mediante licitación pública en febrero de ese año. En el curso del mes de marzo se iniciaron los trámites para efectivizar la adquisición y ejecutar la licitación pública, por un monto de tres millones cuatrocientos tres mil setecientos ochenta y ocho soles con cuarenta céntimos, habiéndose certificado la disponibilidad presupuestal correspondiente. El expediente de contratación fue aprobado por la Gerencia General el veinticuatro de marzo de dos mil diecisiete y con fecha veintiocho de marzo de ese año se designó al Comité de Selección. Las Bases de la Licitación Pública 001-2017-ESVICSAC “Adquisición anual de uniformes para el personal operativo que brinda servicios en las diferentes dependencias a nivel nacional 2017” se aprobaron el treinta de marzo.

∞ **2.** Empero, el gerente de Operaciones de ESVICSAC, encausado León Gutiérrez, del área usuaria, por informe 28-2017-GO-ESVICSAC, de dos de junio de dos mil diecisiete, dio cuenta que en el requerimiento erróneamente se especificó la confección de uniformes, calzado e implementos con un material diferente y de baja calidad, con infracción del artículo 1 de la Ley de Contrataciones del Estado, por el que se pide declarar la nulidad del aludido Proceso de 001-2017-ESVICSAC. El Departamento de Asesoría Legal, a cargo del encausado Ricra Huamán, con fecha ocho de junio de dos mil diecisiete emitió el Informe 032-2017-LEG-ESVICSAC, que concluyó que ese Proceso de Licitación contravino el artículo 16.2 de la Ley de Contrataciones del Estado y, por tanto, se debía anularlo hasta la etapa de convocatoria, previa formulación del expediente de contratación. En tal virtud, la Gerencia General por resolución de ocho de junio de dos mil diecisiete, declaró la nulidad del Proceso de Selección de la Licitación Pública LP-SM-1-2017-ESVICSAC y lo retrotrajo hasta la etapa de convocatoria previa reformulación del expediente.

∞ **3.** Ese mismo día ocho de junio, la jefa del Departamento de Logística recibió dos requerimientos de la Gerencia de Operaciones, con el visto bueno del Comité de Selección, formulados dos días antes, en los que no se varían las especificaciones técnicas del aludido Proceso de Selección de la Licitación Pública LP-SM-1-2017-ESVICSAC. Empero, a las dieciséis horas con treinta y un minutos del ocho de junio de dos mil diecisiete, la jefa del Departamento de Logística, Yanice Ramos Robles, informó a la gerente de Administración y Finanzas, encausada Aguilar Novoa, a las

dieciséis horas dejaron sus requerimientos debidamente correctos. Sin embargo, los tres requerimientos 229, 230 y 231 contenían las mismas especificaciones, los que fueron remitidos por la gerente de Administración y Finanzas, encausada Aguilar Novoa, el quince de junio, a la referida jefa del Departamento de Logística. No obstante, estos trámites previos, de configuración del proceso de licitación, con fecha nueve y diez de junio de dos mil diecisiete, por orden de la encausada Aguilar Novoa, se recibió en el Almacén institucional, sin documentación alguna, los uniformes, calzados e implementos remitidos por la empresa Nexo Soluciones Empresariales Empresa Individual de Responsabilidad Limitada –así consta de los informes de los auxiliares de Almacén García Cunha y Polo Santillán– (el conforme verbal lo dio Freddy Poma Osorio, del Área Usuaría). Al respecto, ante el reclamo de la jefa del Departamento de Logística Ramos Robles, la gerente de Administración y Finanzas, encausada Aguilar Novoa, señaló que de estas urgencias tenía conocimiento el gerente general, encausado Caqui de los Ríos.

SEXTO. Que unos datos agregados, afirmados por los imputados, que podría explicar el porqué de la adquisición directa de uniformes a la empresa Nexo Soluciones Empresariales Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, que tiene aval documental, son los siguientes:

∞ **1.** ESVICSAC celebró, con fecha veintiséis de junio de dos mil diecisiete, un contrato de prestación de servicio de seguridad y vigilancia privada a la Oficina Principal y otras instalaciones de Petroperú Sociedad Anónima 4000003738 [vid.: fojas ochocientos ochenta y tres], por el cual debía proveerle al personal asignado a esa empresa sus implementos respectivos. En la cláusula cuarta de dicho contrato se especificó que el plazo de ejecución del servicio era de seis meses, el cual entraba en vigencia a partir del tres de mayo de dos mil diecisiete (sujeto a la modalidad 9.3.4 del Reglamento de Contrataciones de Petroperú) conforme a lo dispuesto en el numeral 5 de los términos de referencia de fojas ochocientos cinco vuelta. El contrato estipulaba que por cada día de retraso se pagaría una penalidad hasta un máximo equivalente del diez por ciento del monto contractual.

∞ **2.** El jefe de Seguridad Integral de Petroperú Sociedad Anónima con fecha seis de junio de dos mil diecisiete [vid.: fojas quinientos veintisiete] cursó una carta a ESVICSAC indicándole que no había cumplido con proveer al personal de seguridad de la vestimenta de invierno, por lo que le concedía un plazo de cuarenta y ocho horas para subsanar tal deficiencia. A ese cumplimiento estaba vinculado los requerimientos 229, 230 y 231 [vid.: fojas quinientos veintinueve, quinientos treinta y nueve y quinientos cuarenta y cinco].

∞ 3. El gerente de Operaciones de ESVICSAC, encausado León Gutiérrez, dirigió el Informe 27-2017-ESVICSAC, de ocho de junio de dos mil diecisiete, a la gerente de Administración y Finanzas, encausada Aguilar Novoa, solicitando, con carácter de urgente, dar cumplimiento a la exigencia de Petroperú Sociedad Anónima (el plazo vencía el nueve de junio), conforme se detalló en los requerimientos 229, 230 y 231 y no exponer a ESVICSAC a penalidades.

∞ 4. El monto por penalidad está fijado en trescientos cuarenta y dos mil seiscientos treinta soles, de seguirse los pasos regulares del proceso de licitación cuestionado [vid.: fojas ochocientos noventa y cinco], más aún si la empresa tenía una situación económica y presupuestal de déficit de caja por tres millones cuatrocientos tres mil setecientos ochenta y ocho soles [vid.: fojas setecientos noventa y ocho].

∞ 5. Según la carta dirigida por el gerente de Operaciones, encausado León Gutiérrez, al jefe de Seguridad Integral de Petroperú Sociedad Anónima [vid.: fojas novecientos cincuenta y nueve, de catorce de junio de dos mil diecisiete], se cumplió con remitir con la entrega de los uniformes reclamados. Ello determinó que no se incurra en penalidades, según la constancia de fojas mil cuatro, de trece de diciembre de dos mil diecisiete. El monto de lo que se adquirió a la empresa jefe de Seguridad Integral de Petroperú Sociedad Anónima, parte de lo que requería Petroperú Sociedad Anónima, era de veintitrés mil seiscientos cuarenta y nueve soles; empresa que estaba en condiciones de proporcionar los uniformes faltantes en el plazo de cuarenta y ocho horas.

SÉPTIMO. Que la sentencia de primera instancia, ratificada por la de vista, sostuvo que la adquisición de bienes a la empresa Nexo Soluciones Empresariales Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, en orden al cumplimiento de la ejecución del contrato con Petroperú Sociedad Anónima, estuvo plagada de irregularidades, por lo que se infiere el interés indebido; que antes que se declare la nulidad de la licitación se había iniciado el requerimiento de bienes para supuestamente cumplir con la prestación al cliente Petroperú Sociedad Anónima, y además la Unidad Usaria (Gerencia de Operaciones) lo hizo con las mismas especificaciones de lo que se consideraba por ellos mismos un pedido con materiales no idóneos y de mala calidad.

∞ La sentencia de vista insistió en que el propio encausado CAQUI DE LOS RÍOS, gerente general de ESVICSAC, remitió a la jefe del Departamento de Logística, Yanice Ramos Robles, los datos de la empresa Nexo Soluciones Empresariales Empresa Individual de Responsabilidad Limitada para su contratación directa para atender el reclamo de Petroperú Sociedad Anónima; y, de otro lado, que la adquisición directa hasta un monto de ocho

Unidades Impositivas Tributarias no puede servir para evadir la Ley de Contrataciones del Estado.

OCTAVO. Que es de tener presente, desde el material probatorio que consta en autos, y con arreglo a la motivación fáctica de las sentencias de mérito, que la documentación antes citada [vid.: fundamento jurídico sexto] revela que la adquisición directa a la empresa Nexo Soluciones Empresariales Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, por un monto inferior a ocho Unidades Impositivas Tributarias (veintitrés mil seiscientos cuarenta y nueve soles con ochenta céntimos: orden de compra de veintitrés de junio de dos mil diecisiete), dato que no ha sido cuestionado por ambos fallos, estaba en función al reclamo de Petroperú Sociedad Anónima. Incluso, así lo indicaron los servidores del Almacén de ESVICSAC García Cunha y Polo Santillán, en sus declaraciones plenariales de fojas ciento cincuenta, sesión de siete de enero de dos mil veintidós, y de fojas ciento setenta, sesión de veintisiete de enero de dos mil veintidós.

∞ Lo ocurrido con la Licitación Pública LP-SM-1-2017-ESVICSAC –el inicio del procedimiento y su ulterior anulación–, como señaló el encausado Ricra Huamán en su declaración plenarial de fojas doscientos cincuenta y dos, sesión de dos de junio de dos mil veintidós, no está conectada a la adquisición directa a la empresa Nexo Soluciones Empresariales Empresa Individual de Responsabilidad Limitada. Una cosa es dilucidar si la anulación de la licitación fue jurídico administrativamente correcta –lo que no es de competencia de la jurisdicción penal–, respecto de la cual aparecen determinados cuestionamientos, y otra muy distinta es si la adquisición directa a la aludida empresa concretó un interés indebido, sin que en su análisis deba incorporarse el porqué de la nulidad de la licitación y la legalidad de declaración administrativa.

∞ Es impertinente sostener que se efectuó una indebida parcelación del monto de la licitación para dar lugar a un pago anticipado a una determinada persona jurídica. Eso no aconteció.

∞ No es correcto sostener que hubo irregularidades en esta adquisición si se ata, indebidamente, la argumentación a la licitación en curso. Se trata de dos asuntos distintos. Y, si se tiene en cuenta la licitud del requerimiento de Petroperú en orden al contrato suscrito con ESVICSAC y lo que implicaba en términos de montos a pagar por penalidades si se esperaba a la consolidación de la Licitación –con la obtención de uniformes–, resultaba razonable decidir una urgente adquisición directa. Nada dice que la adquisición fue por un monto sobrevaluado o con uniformes insatisfactorios; además, finalmente, según la prueba documental ya citada, se evitó el pago de penalidades.

NOVENO. Que, así las cosas, es patente que no hubo interés indebido alguno. Luego, no se incurrió en una conducta penalmente típica, por lo que tampoco existe imputación objetiva alguna que destacar. En tal virtud, no es de rigor analizar la existencia de una causa de justificación, en tanto en cuanto ésta presupone un comportamiento típico, lo que no ha sucedido.

∞ Cabe resaltar que la conducta del jefe del Departamento de Asesoría Legal, encausado Ricra Huamán, al pronunciarse sobre la anulación de la Licitación, en marco de su rol, y siendo ajeno por completo a la adquisición de uniformes a la empresa Nexo Soluciones Empresariales Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, está por completo al margen de la figura delictiva de negociación incompatible.

DÉCIMO. Que, en consecuencia, la sentencia recurrida incurrió en una motivación irrazonable, ilógica, en orden a la valoración del material probatorio y a las explicaciones desde las inferencias probatorias que era del caso afirmar para la declaración de hechos probados. Además, se aplicó incorrectamente a los hechos de la causa el tipo delictivo de negociación incompatible, en el que con mayor relevancia el elemento material “interés indebido” no se presentó.

∞ En estas condiciones, corresponde dictar una sentencia rescindente y rescisoria. No hace falta un nuevo debate para decidir. La presunción de inocencia no ha sido enervada y la conducta juzgada, a partir de lo expuesto, no tiene carácter delictivo.

DECISIÓN

Por estas razones: **I.** Declararon **FUNDADO** los recursos de casación, por las causales de **infracción de precepto material y vulneración de la garantía de motivación** interpuestos por la defensa de los encausados OMAR LEÓN GUTIÉRREZ, LOURDES ELENA ISABEL AGUILAR NOVOA, JAIME ARTURO RICRA HUAMÁN y ELI AUGUSTO CAQUI DE LOS RÍOS contra la sentencia de vista de fojas dos mil setecientos noventa y dos, de nueve de noviembre de dos mil veintidós, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia la sentencia de primera instancia de fojas dos mil doscientos veinticuatro, de treinta de junio de dos mil veintidós, los condenó como autores del delito de negociación incompatible en agravio del Estado a cuatro años de pena privativa de libertad efectiva, cuatro años de inhabilitación y ciento ochenta días multa, así como al pago solidario de cuarenta mil soles por concepto de reparación civil; con todo lo demás que al respecto contiene. En consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista. **II.** Y, actuando como instancia: **REVOCARON** la sentencia de primera instancia; reformándola: **ABSOLVIERON** a los encausados OMAR LEÓN GUTIÉRREZ, LOURDES ELENA ISABEL AGUILAR NOVOA, JAIME ARTURO RICRA HUAMÁN y ELI

AUGUSTO CAQUI DE LOS RÍOS de la acusación fiscal formulada contra ellos por delito de negociación incompatible en agravio del Estado. Por tanto, **ANULARON** sus antecedentes policiales y judiciales; **ARCHIVARON** definitivamente la causa; y, **LEVANTARON** las medidas coercitivas personales y reales dictadas en su contra, **CURSÁNDOSE** los oficios correspondientes para que se levanten las órdenes de captura y requisitorias dictadas en su contra. **III. ORDENARON** se transcriba la presente sentencia al Tribunal Superior para los fines de ley, al que se enviarán las actuaciones; registrándose. **IV. DISPUSIERON** se lea la presente sentencia en audiencia pública, se notifique inmediatamente y se publique en la página web del Poder Judicial. **INTERVINO** el señor Peña Farfán por vacaciones de la señora Altabás Kajatt. Hágase saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

LUJÁN TÚPEZ

SEQUEIROS VARGAS

CARBAJAL CHÁVEZ

PEÑA FARFÁN

CSMC/EGOT