

La complicidad en el delito de negociación incompatible

I. La Casación número 841-2015/Ayacucho, respecto al título de imputación, no admite la complicidad en el delito de negociación incompatible.

II. En el delito de negociación incompatible solo podrá responder el facultado (funcionario o servidor público) en razón del cargo que ostenta, toda vez que aquel será quien antepone sus intereses en provecho propio o de tercero de forma indebida frente a los intereses de la administración pública, en el contexto de un contrato u otra operación realizada por el Estado.

III. La distinción con el delito de colusión radica en que no se trata de un delito de encuentro, sino de peligro abstracto que no exige la concertación que sí está prevista y sancionada en el citado delito. Tan es así que la Casación número 396-2019/Ayacucho antes citada ha considerado al delito de negociación incompatible como un delito preparatorio en relación con el delito de colusión.

IV. El tipo penal en el que se superpone el interés de un tercero frente a los intereses de la administración pública, materializado en una concertación que —se entiende— resulta entre el funcionario o servidor público y el tercero, se encuentra tipificado como delito de colusión y dado que, en el caso de autos, se ha sobreesido la investigación por el citado delito de colusión y peculado que se siguió contra el procesado la decisión judicial de la Sala Superior ha analizado el tipo penal en los fundamentos 2.30 al 2.35 de forma correcta, por lo que debe declararse infundado el recurso de casación.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veintiséis de abril de dos mil veintidós

VISTOS: en audiencia pública¹, el recurso de casación interpuesto por el representante del **Ministerio Público** (folio 312 del cuaderno de impugnación) contra la sentencia de vista del veintiséis de noviembre de dos mil diecinueve (folio 245 del cuaderno de impugnación), en el extremo en el que la Primera Sala

¹ Realizada a través del sistema de videoconferencia, donde existió una interacción visual y auditiva simultánea, bidireccional y en tiempo real, sin ningún obstáculo; además, no hubo necesidad de que las partes concurrieran, en forma física, a las instalaciones de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte confirmó por mayoría la absolución de Tomás Raúl Encinas Vilquimichi como cómplice primario del delito de negociación incompatible, en agravio del Estado, representado por la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Lima Norte.

Intervino como ponente la señora jueza suprema CARBAJAL CHÁVEZ.

CONSIDERANDO

I. Itinerario del proceso

Primero. Según el requerimiento de acusación (folio 1 del expediente judicial) y subsanación (folio 127 del expediente judicial), se imputó a Tomás Raúl Encinas Vilquimichi lo siguiente:

1.1. CIRCUNSTANCIAS PRECEDENTES: mediante escritura pública del once de diciembre de mil novecientos noventa y dos, Servicio de Parques de Lima (en adelante SERPAR Lima) adquirió mediante cesión de transferencia como aporte de ley el lote 48 de la calle número 1, manzana A, urbanización Lotización Industrial, tercera etapa, distrito de Los Olivos, provincia y departamento de Lima. Desde el primero de julio de mil novecientos noventa y ocho SERPAR Lima renovó el contrato de alquiler del lote mencionado por cinco años con Tomás Raúl Encinas Vilquimichi, como representante legal de la empresa Metal Mecánica Perny's E. I. R. L. (en adelante Perny's E. I. R. L.), de lo cual se generó una deuda por arrendamiento por la suma de USD 10 706.90 (diez mil setecientos seis dólares estadounidenses con noventa centavos). Como consecuencia de ello se instauraron dos procesos judiciales, el primero de ellos por desalojo y el segundo por obligación de dar sumar de dinero. El dos de noviembre de

dos mil cuatro se celebró la audiencia de saneamiento, conciliación, pruebas y sentencia en el Expediente número 125-2014 del Primer Juzgado de Paz Letrado de Los Olivos sobre desalojo, donde Armando Enrique de la Cruz Gamarra, en representación de SERPAR Lima, y Tomás Raúl Encinas Vilquimichi, en representación de Perny's E. I. R. L., conciliaron y acordaron que esta última desocuparía el inmueble dentro del plazo de seis meses, teniendo como fecha límite de entrega el dos de mayo de dos mil cinco; y, en caso de incumplimiento, se podría solicitar la ejecución forzada, con la aceptación de ambas partes. Luego, el veintiséis de septiembre de dos mil seis Tomás Raúl Encinas Vilquimichi —representante legal de Perny's E. I. R. L.—, mediante carta dirigida al gerente general de SERPAR Lima, propuso una transacción extrajudicial para dar fin a los procesos judiciales. Para ello, planteó efectuar la cancelación de la deuda contraída con SERPAR Lima con la adquisición del inmueble a su favor. El treinta de enero de dos mil siete se emitió la valuación comercial realizada por la Dirección Nacional de Construcción del Ministerio de Vivienda y Construcción respecto al lote materia de litis, y se valorizó en USD 58 630.50 (cincuenta y ocho mil seiscientos treinta dólares estadounidenses con cincuenta centavos).

- 1.2.** CIRCUNSTANCIAS CONCOMITANTES: en ese contexto, el dieciocho de junio de dos mil siete, mediante el Informe número 341-2007/SERPAR-LIMA/OAL/MML, Alfonso Manuel Guevara Ocampo, en su condición de director de la Oficina de Asesoría Legal de SERPAR Lima, informó que Tomás Raúl Encinas Vilquimichi había planteado el pago al contado de USD 48 000 (cuarenta y ocho mil dólares estadounidenses) por el inmueble

mencionado; y, sin mediar análisis ni sustento legal alguno, opinó interesadamente que, como en otros casos, existía la posibilidad de transar con el deudor por tratarse de casos que se ventilaban ante el Poder Judicial, lo cual daría fin al proceso y permitiría obtener ingresos. El nueve de julio de dos mil siete el mismo Alfonso Manuel Guevara Ocampo, mediante el Informe número 359-2007/SERPAR-LIMA/OAL/MML, opinó sobre la factibilidad de aceptar la suma de USD 48 000 (cuarenta y ocho mil dólares estadounidenses) como pago a cuenta de los USD 58 630.50 (cincuenta y ocho mil seiscientos treinta dólares estadounidenses con cincuenta centavos), considerando que el monto propuesto por el demandado representaba más del 80 % del valor tasado, restando una suma que podría ser cancelada en cuotas mensuales. El doce de julio de dos mil siete, Armando Enrique de la Cruz Gamarra, en su condición de jefe de la Unidad de Asuntos Jurídicos de SERPAR Lima, elaboró el Informe número 12-2007/SERPAR-LIMA/OAL-UAJ/MML, dirigido a Alfonso Manuel Guevara Ocampo, en el que opinó que en calidad de apoderados de SERPAR Lima podían celebrar la transacción extrajudicial y para ello no requerían de la aprobación del Consejo Administrativo del SERPAR Lima, informe que Alfonso Manuel Guevara Ocampo hizo suyo y lo elevó a la gerencia general. Con ello, el trece de julio de dos mil siete, el imputado Juan Francisco Ledesma Gómez emitió el Memorándum número 359-2007/SERPAR-LIMA/GG/MML, dirigido a la Oficina de Asesoría Legal, indicando lo siguiente: “proceda con las acciones pertinentes para la adquisición vía transacción con la Empresa Perny's”. El quince de agosto de dos mil siete se firmó la minuta de compraventa entre Juan Francisco Ledesma Gómez (gerente general de SERPAR Lima) y Tomás Raúl Encinas Vilquimichi, y

firmó como abogado que autorizaba la minuta el imputado Armando de la Cruz Gamarra, por el valor de USD 48 000 (cuarenta y ocho mil dólares estadounidenses); en la minuta, SERPAR Lima declaraba haber recibido a su entera satisfacción y, a la vez, indicaba que el monto sería cancelado mediante cheque de gerencia a la firma de la escritura pública, y pactaban la reserva de propiedad hasta la cancelación de dicha suma; asimismo, se indicaba que al proceso de desalojo entre las partes estas le habían puesto fin mediante una transacción extrajudicial. A pesar de no haberse pagado el precio mencionado, esta minuta fue presentada por Tomás Raúl Encinas Vilquimichi ante la Municipalidad Distrital de Los Olivos para que fuera reconocido como propietario del lote en cuestión, teniéndose la “Ficha Catastral número 001457-2007 del veinticuatro de agosto de dos mil siete a nombre de Tomás Raúl Encinas Vilquimichi con un área de 434.30 m² obra copia fedateada de una Minuta de Compraventa de fecha 15/08/2007 otorgado por Servicio de Parques de Lima”. Después de ello, el veinticinco de febrero de dos mil ocho, los imputados Armando Enrique de la Cruz Gamarra y Alfonso Manuel Guevara Ocampo, en representación de SERPAR Lima, dolosamente celebraron una transacción extrajudicial con Perny's E. I. R. L. a través de su gerente general, Tomás Raúl Encinas Vilquimichi, en condición de transigente, acto en el que se dio cuenta del proceso judicial de desalojo de SERPAR Lima contra el transigente por el mencionado lote 48, y por este documento decidieron poner término a dicho proceso, para lo cual el transigente pagaría USD 58 630.50 (cincuenta y ocho mil seiscientos treinta dólares estadounidenses con cincuenta centavos) y SERPAR Lima aceptaba transferir la propiedad del inmueble mencionado a favor del transigente.

Según la cláusula segunda de la transacción, el pago de los USD 58 630.50 (cincuenta y ocho mil seiscientos treinta dólares estadounidenses con cincuenta centavos) debía realizarlo la empresa Perny's E. I. R. L. de la siguiente forma: pagar USD 48 000 (cuarenta y ocho mil dólares estadounidenses) en dos partes: USD 23 000 (veintitrés mil dólares estadounidenses) mediante cheque de gerencia a la firma de la minuta de compraventa y USD 25 000 (veinticinco mil dólares estadounidenses) a la firma de la escritura pública de compraventa, y en el literal "c" de esta cláusula se indicó que el saldo de USD 10 630.50 (diez mil seiscientos treinta dólares estadounidenses con cincuenta centavos) se pagaría en veinticuatro cuotas mensuales de UDD 443 (cuatrocientos cuarenta y tres dólares estadounidenses) a partir de los dos meses siguientes de la firma de la escritura pública. Transacción en la que dolosamente no establecieron garantías para cobrar el saldo pendiente de la venta del inmueble por más de USD 10 630 (diez mil seiscientos treinta dólares estadounidenses) ni se transó sobre el pago de la deuda por arrendamiento por USD 10 706.90 (diez mil setecientos seis dólares estadounidenses con noventa centavos). El mismo veinticinco de febrero de dos mil ocho Ledesma Gómez, en representación de SERPAR Lima, y Encinas Vilquimichi, en representación de Perny's E. I. R. L., firmaron la minuta autorizada por el abogado Armando de la Cruz Gamarra, en la cual se recogieron los términos de la transacción y se incorporó en su cláusula sexta la reserva de propiedad hasta su cancelación, pero no se incluyó expresamente el literal "c" de la cláusula segunda de la transacción extrajudicial, con lo cual se omitieron las condiciones y los plazos de pago del saldo de los USD 10 630.50

(diez mil seiscientos treinta dólares estadounidenses con cincuenta centavos).

- 1.3.** Y, a fin de “regularizar” el pago parcial de esta venta indebida, el imputado Tomás Raúl Encinas Vilquimichi, como representante de Perny’s E. I. R. L., pagó los USD 48 000 (cuarenta y ocho mil dólares estadounidenses) indicados con los cheques de fechas treinta y uno de marzo de dos mil ocho (USD 23 000 —veintitrés mil dólares estadounidenses—), veinticinco de abril de dos mil ocho (USD 17 469.41 —diecisiete mil cuatrocientos sesenta y nueve dólares estadounidenses con cuarenta y un centavos—) y cinco de mayo de dos mil ocho (USD 7030.59 —siete mil treinta dólares estadounidenses con cincuenta y nueve centavos—) a través de Isidro Poma Barrientos como girador de los mencionados títulos valores, porque existía la promesa de que Encinas le vendería a Poma parte del lote que compraría, y los USD 48 000 (cuarenta y ocho mil dólares estadounidenses) eran un préstamo; finalmente, este monto fue el precio al que le vendió a Poma más de la mitad del lote que estaba comprando a SERPAR Lima.
- 1.4.** El veintiuno de agosto de dos mil ocho Ledesma Gómez y Encinas Vilquimichi suscribieron la “escritura pública de compraventa”, la cual no contenía el literal “c” de la cláusula segunda de la transacción extrajudicial, con lo cual se omitieron las condiciones y los plazos de pago del saldo de los USD 10 630.50 (diez mil seiscientos treinta dólares estadounidenses con cincuenta centavos); por el contrario, se indicó que “manifestando la vendedora que antes de firmar este instrumento ha recibido el monto del precio de venta a su entera conformidad y declara la cancelación de dicho precio de venta”, a pesar de no haberse cancelado el total del precio de venta pactado.

Con ello, se permitió ocasionar un perjuicio al Estado, representado por SERPAR Lima.

- 1.5. Asimismo, ni en la transacción extrajudicial ni en la minuta se incluyó la deuda por arrendamiento pendiente por la suma de USD 10 706.90 (diez mil setecientos seis dólares estadounidenses con noventa centavos). Y la mencionada escritura pública fue presentada a Registros Públicos el primero de diciembre de dos mil ocho, donde también se indicó que se habían cancelado los USD 58 630.50 (cincuenta y ocho mil seiscientos treinta dólares estadounidenses con cincuenta centavos) —folio 1864—.
- 1.6. El catorce de abril de dos mil nueve Tomas Raúl Encinas Vilquimichi, mediante escritura pública, transfirió el 57.5638 % de las acciones y derechos del inmueble *sub materia* a Isidro Poma Barrientos y Yolanda Ticona Supo, supuestamente por S/ 68 400 (sesenta y ocho mil cuatrocientos soles), según consta en el registro de propiedad inmueble con partida número 44215861, cuando lo cierto fue que se los vendió a USD 48 000 (cuarenta y ocho mil dólares estadounidenses), como indicó Poma Barrientos en su declaración testimonial. El quince de octubre de dos mil nueve Julio Lengua Hinojosa, como jefe de la Unidad de Ingresos de SERPAR Lima, emitió el Informe número 025-20097SERPAR LIMA/UI/SGT/MML, en el que comunicó que Perny's E. I. R. L. no había cumplido con el pago de las cuotas por la transferencia del inmueble.
- 1.7. CIRCUNSTANCIAS POSTERIORES: luego, mediante escritura pública del siete de enero de dos mil diez, Encinas Vilquimichi vendió el 42.4362 % restante del total del bien inmueble a la sociedad conyugal conformada por Jorge Luis Landa Gomero y Miriam Jesús Elizabeth Pereda Díaz, supuestamente por la suma de

S/ 35 000 —treinta y cinco mil soles— (folio 1873); sin embargo, fluye del asiento 4 de la partida número 12384135 de este bien que su siguiente compraventa se elevó a escritura pública el trece de diciembre de dos mil diez (aclarada el doce de enero de dos mil once) con un precio de USD 137 000 (ciento treinta y siete mil dólares estadounidenses), que habría sido su precio real ese año.

1.8. Concretamente, se atribuye la calidad de *extraneus* a Tomás Raúl Encinas Vilquimichi, quien en su condición de representante de Perny's E. I. R. L. contribuyó a que se concretara la transacción (del veinticinco de febrero de dos mil ocho) y transferencia del inmueble referido (en la que los funcionarios procesados se interesaron indebidamente) y lo adquirió a un precio menor que el precio del mercado y sin cumplir lo pactado, para luego transferir el 57.5638 % de las acciones y derechos a Isidro Poma Barrientos por la suma de USD 48 000 (cuarenta y ocho mil dólares estadounidenses), esto es, el mismo precio que pagó al adquirirlo de SERPAR Lima. Asimismo, el 42.4362 % de las acciones y derechos del terreno también los vendió (título presentado ante los Registros Públicos el veintiuno de diciembre de dos mil diez) a Jorge Luis Landa Gomero y Jesús Elizabeth Pereda Días. Todo ello denota que el procesado se benefició con la compra del inmueble en perjuicio del Estado. En ese sentido, el espacio temporal de la imputación respecto a Tomás Raúl Encinas Vilquimichi oscila entre el veinticinco de febrero de dos mil ocho y el veintiuno de diciembre de dos mil diez.

Segundo. El representante del Ministerio Público tipificó estos hechos como delito de negociación incompatible, previsto en el artículo 399 del Código Penal, y le atribuyó a Tomás Raúl Encinas Vilquimichi, en su condición de representante de Perny's E. I. R. L., la calidad de cómplice primario; por ello, solicitó que se le imponga la pena privativa

de libertad de cinco años e inhabilitación por tres años, conforme al artículo 36, numeral 2, del Código Penal. Por su parte, la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima Norte, constituida en actor civil, solicitó el monto de S/ 581 201.80 (quinientos ochenta y un mil doscientos un soles con ochenta céntimos) por concepto de reparación civil, a ser pagado por todos los acusados.

Tercero. El Primer Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, mediante la sentencia del catorce de mayo de dos mil diecinueve (folio 385), entre otros, resolvió absolver a Tomás Raúl Encinas Vilquimichi como cómplice primario del delito de negociación incompatible, en agravio del Estado.

Cuarto. Una vez apelada el Ministerio Público y la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima Norte en el extremo de la absolución, a través de la sentencia de vista del veintiséis de noviembre de dos mil diecinueve (folio 3294), entre otros extremos, confirmó la sentencia de primer grado en cuanto a que absolvió a Tomás Raúl Encinas Vilquimichi, al amparo de los siguientes fundamentos:

2.33.- Nos encontramos ante delito especialísimo donde estructura típica del delito no permite la participación de un tercero, pues atribuirle a éste injerencia en el direccionamiento de la conducta de los sujetos activos del delito implicaría que conducta se desenvuelve en un marco de concertación que se encontraría referida más bien a la materialización de un delito distinto. Así mismo, atribuirle al tercero calidad instigador no haría sino forzar figura con el solo propósito de buscar sancionar el rol que pudiera haber jugado en la negociación el procesado absuelto Encinas Vilquimichi, cuya actuación para efectos del tipo penal juzgado carece relevancia, así como también carecería de relevancia la materialización de un provecho patrimonial ya sea de parte de autores del hecho delictivo, como del tercero, esto con independencia de las obligaciones generadas a partir de los actos jurídicos celebrados.

2.34.- En cuanto a lo sostenido por el representante de la Procuraduría de una incorrecta interpretación de la Casación 841-2015, por cuanto la misma no estaría referida a dilucidar la posibilidad de concurrencia de un tercero en el delito de negociación incompatible, sino la preexistencia de una sanción a los terceros beneficiados con la conducta ilícita, como presupuesto para la materialización del delito de negociación incompatible. No se comparte dicha posición, pues si bien el recurso de casación estuvo orientado a tal efecto, el desarrollo del contenido jurídico expresamente aborda lo concerniente a la posibilidad de la participación del extraneus en el delito de negociación incompatible, lo cual adecuadamente ha sido interpretado por el Juzgado, pues evidentemente la norma penal no da lugar a la participación del tercero en la descripción fáctica del delito, por lo cual corresponde desestimar la apelación respecto a este punto.

II. Motivos de la concesión de los recursos de casación

Quinto. Este Tribunal Supremo, mediante la resolución del veinte de mayo de dos mil veintiuno (folio 189 del cuadernillo formado en esta instancia), concedió el recurso de casación propuesto por el Ministerio Público por la causal prevista en el numeral 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal.

III. Audiencia de casación

Sexto. Instruido el expediente, se señaló como fecha para la realización de la audiencia de casación el cuatro de abril del año en curso (folio 209 del cuadernillo formado en esta instancia), la que se realizó con la intervención de la parte recurrente, quien expuso los argumentos propuestos en su recurso de casación, con lo que la causa quedó expedita para emitir pronunciamiento.

IV. Fundamentos de derecho

Séptimo. Este Tribunal Supremo, como garante de los derechos, principios, bienes y valores constitucionales y actuando como última instancia de la jurisdicción ordinaria, admitió el recurso de casación

propuesto por el Ministerio Público para dilucidar si los terceros (*extraneus*) que participan en los contratos u operaciones y que se beneficiarían con el interés indebido de los funcionarios públicos deben responder a título de cómplices en el delito de negociación incompatible, previsto en el artículo 399 del Código Penal.

Octavo. El Ministerio Público argumentó que en la sentencia de vista se han interpretado y aplicado erróneamente los artículos 25 y 399 del Código Penal; que se ha apartado de la doctrina jurisprudencial establecida en el fundamento 30 de la Casación número 841-2015/Ayacucho, el fundamento 14 del Acuerdo Plenario número 3-2016/CJ-116, el Pleno Jurisdiccional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios del veinticinco de noviembre de dos mil diecisiete y la jurisprudencia establecida en el fundamento decimotercero de la Casación número 195-2012/Moquegua, el fundamento 17.5 de la Casación número 102-2016/Lima y la Casación número 454-2014/Arequipa.

Noveno. Sobre el particular, verificamos que la Casación número 841-2015/Ayacucho, en el fundamento trigésimo, establece que “la estructura típica de este delito no permite la intervención del tercero con el que se realiza la operación, pues de darse estaría configurando un delito distinto (cohecho, colusión, entre otros). No estamos frente a un delito de participación necesaria”, y reitera dicha postura en el mismo fundamento trigésimo, donde señala lo siguiente: “El delito de negociación incompatible, entonces, queda reservado para aquellos casos que el interés indebido del funcionario se materialice sin la intervención de un tercero, porque si la misma se presentara constituiría un delito independiente”, por lo que la postura de la citada casación respecto al título de imputación, específicamente en cuanto al delito que nos ocupa, es que no admite la complicidad.

Décimo. Ahora bien, es de verse que la jurisprudencia respecto a la cual se habría apartado la Sala Superior —según alega el casacionista—, consistente en la Casación número 195-2012/Moquegua, el fundamento 17.5 de la Casación número 102-2016/Lima y la Casación número 454-2014/Arequipa (uso de documento falso), está referida a los delitos de peculado (delito de encuentro) y de uso de documento falso, por lo que dichas casaciones no resultan de mayor trascendencia en el caso que nos ocupa como para admitir la complicidad como título de imputación.

Undécimo. En el mismo sentido, respecto al fundamento 14 del Acuerdo Plenario número 3-2016/CJ-116, referido a la intervención de un tercero en el delito de enriquecimiento ilícito, tanto como delito especial propio como de infracción de deber, si bien admite la participación como cómplice, se trata de un tipo penal distinto al de negociación incompatible; así también, del Pleno Jurisdiccional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios del veinticinco de noviembre de dos mil diecisiete, sobre el título de imputación penal del *extraneus* que junto al sujeto público participa en la comisión de un delito contra la administración pública, advertimos que la conclusión plenaria a la que se arriba no solo es por mayoría, sino que no distingue a los delitos de encuentro de aquellos que no lo son, como es el caso del delito de negociación incompatible —delito de peligro abstracto—, es decir, está referido a toda la gama de los delitos contra la administración pública, que es amplia y comprende diversos tipos penales, previstos y sancionados, que sí admiten la complicidad, como es el caso del cohecho, la colusión y entre otros.

Duodécimo. Este Tribunal Supremo, en la Casación número 396-2019/Ayacucho, en el fundamento de derecho segundo, ha establecido lo siguiente:

El logro de un beneficio económico, propio o de un tercero, no forma parte del tipo penal; no se exige un resultado de lesión o un resultado de peligro (peligro concreto), solo ha de probarse la tendencia final del mismo —agente— hacia ese logro —no solo se exige el dolo sino además un elemento subjetivo de tendencia: búsqueda de un provecho propio o de un tercero [...] puede clasificarse, incluso, como un delito preparatorio en relación con el delito de colusión —ambos tienen su fundamento en deberes especiales atribuidos a los agentes oficiales y están vinculados a contratos u operaciones estatales—, pero protegen el mismo bien jurídico bajo la infracción de normas de flaqueo —no las normas principales— en relación al mismo bien jurídico.

Decimotercero. En la doctrina, Villegas Paiva² cita a Enríquez Sumerinde, quien señaló que “el bien jurídico especial es el deber de lealtad y probidad del funcionario o servidor público durante el ejercicio de las funciones que desempeña en razón del cargo, ello con el fin de mantener incólume la imagen de la Administración ante la ciudadanía. Es pues inaceptable social y culturalmente que el conjunto de la actividad estatal o un sector de ella brinde una imagen de funcionarios y servidores con doble expectativa en el cumplimiento de sus funciones en razón del cargo”. Así también, citando a Rosales Artica, destacó que “el agente estatal traslada a la administración requerimientos privados, pretendiendo que el contrato u operación en el que toma parte por razón de su cargo adopte una determinada configuración en aras de un interés particular o que en aquél prioricen intereses particulares”.

Decimocuarto. Estando a ello, en el delito de negociación incompatible solo podrá responder el facultado (funcionario o servidor público) en razón del cargo que ostenta, toda vez que aquel será quien anteponga sus intereses en provecho propio o de tercero de forma indebida frente a los intereses de la administración pública, en el contexto de un contrato u otra operación realizada por el Estado.

² VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. (2021). *Compendium. Delitos contra la administración pública* (1.ª edición). Lima: Gaceta Jurídica, pp. 792 -793.

Decimoquinto. Para el caso que nos ocupa, es preciso señalar que la distinción con el delito de colusión radica en que no se trata de un delito de encuentro, sino de peligro abstracto que no exige la concertación que sí está prevista y sancionada en el citado delito. Tan es así que la Casación número 396-2019/Ayacucho antes mencionada ha considerado al delito de negociación incompatible como un delito preparatorio en relación con el delito de colusión.

Decimosexto. Por lo tanto, advertimos que se pretende que Tomás Raúl Encinas Vilquimichi, en su calidad de representante legal de Perny's E. I. R. L., sea considerado como cómplice del delito de negociación incompatible al haber sido claramente beneficiado con el actuar de los sentenciados Juan Francisco Ledesma Gómez, Alfonso Manuel Guevara Ocampo y Armando Enrique de la Cruz Gamarra; no obstante, conforme ha sido expuesto, el tipo penal en el que se superpone el interés de un tercero frente a los intereses de la administración pública, materializado en una concertación que —se entiende— resulta entre el funcionario o servidor público y el tercero, se encuentra tipificado como delito de colusión, y dado que, en el caso de autos, se ha sobreseído la investigación por el citado delito de colusión y peculado que se siguió contra el procesado, la decisión judicial de la Sala Superior ha analizado el tipo penal en los fundamentos 2.30 al 2.35 de forma correcta. En consecuencia, corresponde declarar infundado el presente recurso de casación.

Decimoséptimo. Asimismo, al tratarse de un recurso interpuesto por el Ministerio Público, se deberá proceder con la exoneración respectiva, de conformidad con numeral 1 del artículo 499 del Código Procesal Penal.

DECISIÓN

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

- I. **DECLARARON INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el **Ministerio Público** (folio 312 del cuaderno de impugnación), por la causal prevista en el numeral 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal; en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista del veintiséis de noviembre de dos mil diecinueve (folio 245 del cuaderno de impugnación).
- II. **EXONERARON** al Ministerio Público del pago de las costas del recurso presentado.
- III. **DISPUSIERON** que la presente decisión sea leída en audiencia pública por intermedio de la Secretaría de esta Sala Suprema y que, acto seguido, se notifique a las partes apersonadas en esta instancia, se publique la decisión en el portal web del Poder Judicial y, cumplidos los trámites necesarios, se devuelvan los actuados al órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuadernillo formado en esta instancia.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

CARBAJAL CHÁVEZ

CCH/MAGL