

## CASO WILFREDO OSCORIMA NUÑEZ Y EL GOBIERNO REGIONAL DE AYACUCHO



POR EQUIPO DEL ÁREA PENAL  
DEL IDEHPUCP

El 29 de noviembre de 2011 el Gobierno Regional de Ayacucho convocó al proceso de licitación pública N° 13-2011-GRA-SEDE CENTRAL para la adquisición de maquinarias en el proyecto Fortalecimiento de la Capacidad Resolutiva del Servicio de Equipo Mecánico. A pesar de ello, dicho proceso de licitación fue cancelado mediante Resolución Ejecutiva

Regional N° 1409-2011-GRA-PRES del 20 de diciembre de 2011 tras haberse declarado en situación de emergencia la red vial de la Región Ayacucho[1]. Ello permitió que la adquisición de las maquinarias se realice sin el proceso de licitación anteriormente mencionado.

---

1 Acuerdo Regional N° 109-2011-GRA/CR del 20 de diciembre de 2011.

Esta situación fue observada por el OSCE y la Dirección General de Política de Inversiones del Ministerio de Economía y Finanzas. Quienes mediante oficios N° E-67-2011/DSU-WS y el informe N° 004-2012-EF/63.01, respectivamente, se pronunciaron en el sentido de que no existía situación de amenaza alguna y que se identificaban 23 observaciones al proceso de exoneración de licitación pública. Sin embargo, el Presidente Regional de Ayacucho decidió continuar con dicho proceso. Esta decisión se sustentó en los informes del Sub Gerente de Defensa Civil del Gobierno Regional de Ayacucho, Richer Reyes Araujo, del Director del Servicio Mecánico del Gobierno Regional de Ayacucho, Carlos Cappeletti Zúñiga, del Director Regional de Transportes y Comunicaciones del Gobierno Regional de Ayacucho, Pavel Torres Quispe, y del Director de Caminos del Gobierno Regional de Ayacucho, Rafael Vargas Lindo. Según la Fiscalía, dichos informes no tendrían “la justificación técnica



prevista en la Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado, y el Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Gestión de Riesgo y Desastres”[2].

De esta manera, el Gerente General del Gobierno Regional de Ayacucho, Tony Hinojosa Vivanco, contrató con las empresas Ferreyros S.A.A, Tracto Camiones USA EIRL, San Bartolomé S.A y Unimaq S.A. Por su parte, el Jefe de Abastecimiento del Gobierno Regional de Ayacucho, Edwin Ayala Hinostroza se encargaría de la adquisición de las maquinarias. Así pues, fueron adquiridas a la empresa Ferreyros 3 excavadoras hidráulicas, 4 rodillos vibratorios, 4 tractores orugas y 4 cargadores frontales; a la empresa Tracto Camiones, 1 tractor buldozer, 4 tanques de metal-cisterna, 4 tractores llanta- tractor de tiro; mientras que a la empresa San Bartolomé, 3 camionetas 4x4,

2 Considerando 4.2.

mientras que a la empresa Unimaq, 2 torres metálicas de 24 metros. Todo ello por un monto que asciende a los S/.18'328.962,54.

Cabe mencionar que incluso se excluyó de este proceso a los postores Komatsu y Volvo por supuestamente no haber presentado una propuesta técnica y económica a pesar de que este requisito no se exige en los procesos de exoneración. Asimismo, las órdenes de compra se emitieron con anterioridad a las fechas pactadas para el proceso de licitación.

Todo ello devino en que la Fiscalía acuse a Wilfredo Ocorima, Tony Hinojosa y Edwin Ayala por el delito de negociación incompatible. Asimismo, la Fiscalía dejó de lado una posible acusación por el delito de colusión por falta de elementos de convicción que acrediten el elemento de la concertación. Se señala en este sentido que los proveedores

“han presentado sus cotizaciones a requerimiento del Gobierno Regional de Ayacucho, incluyendo su cotiza-

ción en soles y han solicitado los plazos de ampliación de entrega de maquinarias en forma documentada, y no en forma subrepticia u oculta que caracteriza la concertación con el objetivo de defraudar al Estado (...) más aun teniendo en cuenta que para acreditar la concertación se utiliza la prueba indiciaria (...)”[3].

Ante ello, la defensa de Wilfredo Ocorima planteó un conjunto de críticas a la teoría del caso y a la imputación realizada por el Ministerio Público. A continuación, resumiremos algunos de los principales argumentos de la defensa del Presidente Regional de Ayacucho:

### CRÍTICAS A LA IMPUTACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO REALIZADAS POR LA DEFENSA DE WILFREDO OSCORIMA

La defensa de Wilfredo Ocorima señaló en su alegato de apertura que no existe un interés indebido. Ello en la medida de que las empresas beneficiadas y sus representantes (Ferreyros, Unimaq, San Bartolome y Comatzu) no están

3 Fundamento 4.1.2.





procesados. Más aún, de acuerdo a la defensa del acusado, el interés indebido queda desvirtuado en el momento en que se dictó el acto de sobreseimiento respecto a la investigación realizada en contra de los supuestos beneficiarios.

De esta manera, la defensa alega que al haberse probado que no existía interés indebido de las empresas beneficiadas no estamos frente a un caso de negociación incompatible. Toda vez que no existe un interés privado que haya provocado el sacrificio de un interés público. Dicho en otras palabras, no existe conflicto de

interés porque no hay un interés privado.

En esta línea, la defensa indicó lo siguiente:

“La negociación incompatible demostraremos es cuando yo, funcionario público, otorgo la buena pro para que se venda maquinarias porque yo soy accionista de Comatzu, o porque tengo un amigo que es accionista de Comatzu y hago el doble interés que establece la doctrina y la jurisprudencia. En este caso (...) no existe porque ya no se puede probar un interés particular indebido porque hay un auto

de sobreseimiento definitivo  
que genera cosa juzgada”

Teniendo en cuenta los argumentos de la defensa procederemos a analizar qué se entiende por interés indebido en el delito de negociación incompatible.

### **SOBRE EL INTERÉS INDEBIDO EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**

El artículo 399° del Código Penal tipifica el delito de negociación incompatible de la siguiente forma:

“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 (...)”.

Como todo delito de corrupción, el delito de negociación incompatible tiene como bien jurídico protegido la función legal y prestacional de la administración pública. Ahora bien, el objeto del bien jurídico (o bien jurídico específico) es la imparcialidad de la administración pública en las licitaciones y contrataciones públicas. Dicho con otras palabras, se busca proteger la imparcialidad que se debe garan-

tizar frente a los administrados y los competidores en los contratos en los que la Administración es parte.

Si lo que se busca proteger es la imparcialidad de la administración pública, es coherente afirmar que el tipo penal no exige que el interés haya sido garantizado por la empresa beneficiada. Ello en la medida de que la imparcialidad de la administración pública se verá afectada desde el momento en que el funcionario público interviene en una contratación y actúa fuera de su rol de servidor público con la expectativa de que una persona jurídica o natural lo beneficie.

Es por este motivo que la doctrina ha afirmado que la negociación incompatible constituye una figura de peligro que supone el adelantamiento de las barreras del Derecho Penal<sup>4</sup>. De esta manera, el Derecho penal no esperará que el interés produzca un resultado o que el funcionario público se coluda con la empresa pública para garantizar su interés parti-

4 ABANTO VASQUEZ, Manual. Los delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano. Lima: Grijley, 2003, p. 506.





cular. Sino que intervendrá desde el momento en que el servidor público cometa un acto contrario a su rol con el objetivo de satisfacer intereses distintos al interés público.

En este sentido, Manual Abanto señala lo siguiente:

“(...) el interesarse puede ser interpretado de dos sentidos distintos: como la obtención de interés o como actuación interesada (actuar con tendencia beneficiante). Sólo esta última puede ser la in

terpretación correcta, pues el verbo rector no se refiere a ninguna conducta de resultado. La obtención del beneficio puede, por lo demás, ser abarcada por figuras autónomas más como el fraude de la Administración Pública o colusión ilegal o el peculado”<sup>[5]</sup>

Del mismo modo, nuestra jurisprudencia señala:

<sup>5</sup> Ídem, p. 510.

“(...) se tiene en cuenta que tal interés significa que el agente pública por razón de su cargo funcional actúa en los contratos u otras operaciones mostrando un interés propio y particular, ya sea proponiendo, tomando una decisión o teniendo injerencia en todos los actos administrativos necesarios para conseguir los resultados en la contratación, con tendencia a un beneficio propio o a favor de un tercero (...)”<sup>[6]</sup>

De esta forma, no será necesario que se garantice o satisfaga el interés particular, sino que bastará que el sujeto activo actúe fuera de su rol de funcionario público, guiándose no por el interés público sino por la expectativa de recibir un beneficio privado. Así, la jurisprudencia señala lo siguiente:

“(...) el delito de negociación incompatible, en el elemento objetivo del tipo interés indebido, tenemos en cuenta que conforme a la doctrina

en este delito, el interesarse conlleva a la gestión o actos que no se correspondan con el rol del funcionario público, ya que participa en los contratos y otras operaciones favoreciendo intereses de particulares”<sup>[7]</sup>

Respecto al caso particular, podemos decir que resulta a toda luz irrelevante que las empresas beneficiarias hayan sido excluidas del proceso penal, toda vez que el tipo penal no exige la concertación entre dichas personas jurídicas y los funcionarios públicos. Sino que es suficiente que los acusados hayan cometido actos contrarios a su rol de funcionarios públicos con el objetivo y/o expectativa de satisfacer un interés privado. Ese comportamiento sería, como hemos dicho, suficiente para atacar la imparcialidad de la administración pública.

Por otro lado, ¿cómo se puede advertir que ha existido un interés indebido? De acuerdo a nuestra jurisprudencia el interés indebido se demuestra a través de la prueba

6 Exp. 183-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones el 8 de febrero de 2013.

7 Exp. N° 036-2012, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones el 29 de mayo de 2012



indiciaria. Esta prueba indiciaria se construye a partir de las irregularidades que giran en torno a la contratación pública<sup>[8]</sup>.

En el caso en particular, de encontrarse sendas irregularidades en la contratación de las empresas beneficiadas podríamos arribar a la conclusión que estamos ante una negociación incompatible. La falta de objetividad al momento de seleccionar a las empresas beneficiadas, la exclusión indebida de empresas interesadas del proceso de contratación, la declaración de la situación de emergencia a pesar de la observación de la OSCE y la Dirección General de Política de Inversiones del Ministerio de Economía y Finanzas, la contratación de empresas sin la justificación técnica prevista en la Ley y el Reglamento de Contrataciones del Estado son irregularidades que, analizados a la luz del presente caso, podrían evidenciar la presencia del delito de negociación incompatible.

---

8 Ver: R.N.3281-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 24 de enero de 2013.