Concurso aparente de leyes entre negociación incompatible y patrocinio ilegal Sumilla. La acusación también imputó, concurrentemente, el delito de patrocinio ilegal. Este delito solo requiere que el agente sea un funcionario o servidor público, sin ninguna función específica en relación a interés particular alguno, y que patrocine esos intereses ante la Administración. No se exige un desdoblamiento, que es propio de la negociación incompatible. El tipo legal de negociación incompatible abarca en su integridad, con exclusión de la figura penal de patrocinio ilegal, todo el injusto típico. La conducta se desarrolló en el marco de una contratación pública; a título de autores se comprende a los miembros del Comité Especial, y, a título de cómplice primario, se incluye al titular de la empresa indebidamente beneficiada. No puede negarse la concurrencia de un plan delictivo y la intervención de los imputados según el rol acordado.

Lima, veintinueve de mayo de dos mil diecisiete.

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DE ANCASH y los encausados KONNIA LUZ CARRILLO SAN MARTÍN, LUIS PRISCILIANO ESCUDERO SALDARRIAGA y GREGORIO EUTIMIO ALCÁNTARA TARAZONA contra la sentencia de fojas mil trescientos treinta y siete, de doce de febrero de dos mil dieciséis, en cuanto (*i*) condenó a Luis Prisciliano Escudero Saldarriaga, Jesús Richer Calderón Hueza y Konnia Luz Carrillo San Martín como autores y a Gregorio Eutimio Alcántara Tarazona como cómplice del delito de negociación incompatible en agravio de la Municipalidad Provincial de Pomabamba a cuatro años de pena privativa de libertad, cuya ejecución se suspende por el plazo de tres años, y dos años de inhabilitación, así como al pago solidario de treinta mil soles por concepto de reparación civil; y, (*ii*) absolvió a Gregorio Eutimio Alcántara Tarazona de la acusación fiscal formulada en su contra como autor del delito de patrocinio ilegal en agravio de la Municipalidad Provincial de Pomabamba, y a Luis Prisciliano Escudero Saldarriaga, Jesús Richer Calderón Hueza y Konnia Luz Carrillo San Martín de la acusación formulada en su contra como cómplices del delito de patrocinio ilegal en agravio de la Municipalidad Provincial de Pomabamba.

Interviene como ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS

§ 1. *De las pretensiones impugnativas*

PRIMERO. Que el señor Fiscal Superior en su recurso formalizado de fojas mil trescientos noventa y cuatro, de veintidós de febrero de dos mil dieciséis, requiere la anulación de la sentencia de instancia. Aduce que medió error en la interpretación de las normas penales; que equivocadamente se señaló que la conducta del teniente alcalde Alcántara Tarazona no encuadra en el tipo legal de patrocinio ilegal porque un mismo hecho no puede ser calificado en dos figuras penales; que, sin embargo, el citado encausado se aprovechó del cargo y patrocinó intereses de la empresa G&H, de la cual era socio, por lo que cometió, en concurso ideal, los delitos de patrocinio ilegal y negociación incompatible.

SEGUNDO. Que los encausados Carrillo San Martín y Escudero Saldarriaga en su recurso formalizado de fojas mil cuatrocientos, de veintidós de febrero de dos mil dieciséis, instan la absolución de los cargos. Alegan que no sabían que el teniente alcalde Alcántara Tarazona era socio de la empresa que ganó la buena pro, pues la partida registral de la empresa G&H se encuentra en el expediente de contratación no en el de selección; que el requisito de constitución social de la empresa no se exigían en las bases del concurso de selección; que si bien la OSCE informó que la empresa G&S no está inscrita en el Registro Nacional de Proveedores, no así la empresa G&H; que la ausencia de esa constancia solo sería una irregularidad si se constase en el expediente de selección.

TERCERO. Que el encausado Alcántara Tarazona en su recurso formalizado de fojas mil cuatrocientos siete, de veintiséis de febrero de dos mil dieciséis, solicita la absolución de los cargos. Arguye que la acusación se sustenta en el artículo 9 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pero esa normativa tiene un contenido distinto al que se alude en la acusación; que la pericia no tiene conclusiones y presenta deficiencias e irregularidades; que los cargos mencionados en la sentencia tienen entidad administrativa; que sus coimputados expresaron no saber que era socio de la empresa ganadora, mientras que él acotó que desconocía que esa empresa concursó y ganó la licitación; que como era regidor no conocía lo que realizaba la empresa

G&H, y además al no ser abogado no sabía de los alcances de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

§ 2. *De los hechos declarados probados y de los cargos imputados*

CUARTO. Que los hechos objeto de sentencia y acusación son los siguientes:

A. Los encausados Carrillo San Martín, Escudero Saldarriaga y Calderón Hueza integraron el Comité Especial Permanente de la Municipalidad Provincial de Pomabamba para el ejercicio dos mil ocho. Como tales, participaron en el proceso de selección número ADS número cero cero dieciséis guion dos mil ocho guion GPP guion CEP, para la construcción de dos aulas de la Institución Educativa número ochenta y cuatro mil cero veintinueve de Pajash.

B. Los tres imputados calificaron positivamente y otorgaron la buena pro a la empresa G&H Contratistas Generales, representada por su Gerente General López Herrera, no obstante que el teniente alcalde de la Municipalidad, Alcántara Tarazona, era socio de la misma, con vulneración del artículo 9, literales b) y d), de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

C. El encausado Alcántara Tarazona se valió de su condición de teniente alcalde para favorecer a la empresa de la que era socio y lograr que gane la buena pro.

§ 3. *Del examen de los puntos impugnativos*

QUINTO. Que los hechos se conocieron por la denuncia interpuesta por la Oficina Defensorial de Ancash de fojas una, de veintiocho de abril de dos mil nueve. Según la pericia contable de fojas ciento treinta y cinco, ratificada a fojas quinientos cuarenta y dos y quinientos cuarenta y tres, la empresa G&H Contratistas Generales Sociedad de Responsabilidad Limitada ganó la buena pro y realizó la obra. La buena pro la obtuvo el veintidós de agosto de dos mil ocho y suscribió el contrato de Ejecución de Obra el doce de setiembre de dos mil ocho. Los gastos de la obra ascienden a doscientos ocho mil quinientos cincuenta y seis punto treinta y nueve soles.

Las bases del proceso de adjudicación directa corren a fojas novecientos noventa y ocho guion mil treinta y dos. El contrato consta a fojas trescientos dieciséis y el monto de la obra ascendió a doscientos veintiún mil ciento veintitrés punto noventa y tres soles. El acta de adjudicación de la buena pro del proceso de selección ADS número cero cero dieciséis

guion dos mil ocho guion GPP guion CEP a favor de la aludida empresa se encuentra a fojas doce, es de fecha veintidós de agosto de dos mil ocho.

SEXTO. Que, según la Ficha de Inscripción de G&H de fojas seis, desde el treinta de enero de dos mil ocho son socios fundadores el encausado Alcántara Tarazona y el actual Gerente General López Herrera [Ficha Registral de fojas cuatrocientos quince y mil ciento noventa y nueve, así como copia de la escritura pública correspondiente de fojas mil doscientos seis]. Conforme a la modificación parcial del estatuto de dicha empresa de fojas diez, con fecha veinticinco de agosto de dos mil ocho, el encausado Alcántara Tarazona transfirió la totalidad de sus participaciones a Nilber Magno Enríquez Acero, pero tres días antes ganó la buena pro cuestionada [fojas doce]. Esa empresa, además, no está inscrita en al Registro Nacional de Proveedores del Estado, conforme lo comunicó la OSCE según oficio de fojas ciento dieciocho.

La declaración jurada de la empresa de que no tiene ningún impedimento de contratación con el Estado, corriente a fojas mil ciento noventa y siete, es de fecha uno de setiembre de dos mil ocho –como se sabe: el veinticinco de agosto de dos mil ocho operó la transferencia de participaciones de parte del encausado Alcántara Tarazona–. Según el oficio de fojas novecientos noventa y seis, del Gerente Municipal, las bases del proceso de selección establecían la presentación de copia simple del certificado de inscripción vigente en el Registro nacional de Proveedores.

SÉPTIMO. Que, según la declaración del representante de G&H Contratistas Generales SRL, López Herrera, se presentó en la documentación para el proceso de selección el testimonio de escritura pública de constitución de la referida persona jurídica; además, expresó que sabía que el encausado Alcántara Tarazona era funcionario de la Municipalidad agraviada [declaración plenarial de fojas mil cincuenta y tres].

El encausado Prisciliano Escudero, pese a que negó los cargos, anotó en su instructiva de fojas seiscientos dieciséis y declaración plenarial de fojas novecientos setenta y ocho que la empresa postora debe presentar, entre otros documentos, una declaración de libre contratación y un certificado de estar habilitado, ahora, por la OSCE. En este caso, como se apuntó, la declaración jurada de ausencia de impedimento para contratar con el Estado es de fecha posterior a la adjudicación de Buena Pro y no hubo certificación positiva de la OSCE, pues ésta, a requerimiento judicial, informó negativamente.

El imputado Alcántara Tarazona afirmó desconocer la participación de G&H en la licitación cuestionada y, por tanto, niega haber influenciado en

la designación de la misma para la adjudicación de la obra municipal [declaraciones sumarial y plenarial fojas seiscientos veinticinco y mil treinta y seis, respectivamente].
La encausada Carrillo San Martín sostuvo que desconocía que Alcántara Tarazona estaba vinculado a la empresa G&H Contratistas Generales SRL [declaraciones sumarial y plenarial fojas quinientos setenta y cuatro y novecientos setenta y dos, respectivamente]. En ese mismo sentido declaró el acusado Calderón Hueza [declaración sumarial de fojas seiscientos veintiuno].

OCTAVO. Que, siendo así, es obvio, primero, que los miembros del Comité Especial Permanente de la Municipalidad agraviada, conocieron que el encausado Alcántara Tarazona era uno de los que integraba como socio fundador la empresa G&H Contratistas Generales –el contrato social adjuntado a la presentación por el gerente de la misma así lo establecía–. Segundo, que se calificó y declaró ganadora a dicha empresa pese a que no podía intervenir tanto porque no había presentado certificación positiva de la OSCE cuanto porque el teniente alcalde de la Municipalidad era uno de los socios fundadores de la misma. Tercero, que tal situación se pone en evidencia a partir de dos datos centrales: a) venta inmediata de las participaciones de Alcántara Tarazona en la empresa, y b) que a la firma del contrato tal transferencia ya se había consolidado. De estos datos incriminatorios, desde luego, tampoco es ajeno el propio Alcántara Tarazona.
Luego, en los hechos están involucrados los tres integrantes del Comité Especial y el teniente alcalde Alcántara Tarazona.

NOVENO. Que es evidente que los encausados Carrillo San Martín, Escudero Saldarriaga y Calderón Hueza, como integrantes del Comité Especial Permanente de la Municipalidad Provincial de Pomabamba para el ejercicio dos mil ocho, decidieron otorgar la buena pro a la empresa G&H Contratistas Generales SRL, pese a que era evidente su imposibilidad de postular y contratar con el Estado, y no obstante que no había siquiera cumplido con los requisitos estipulados en las bases.
Se está ante un supuesto de negociación incompatible (artículo 399 del Código Penal), pues decidieron, abusando de sus cargos como miembros del aludido Comité Especial, otorgar la buena pro a una empresa que no podía ni merecía ser ganadora y contratar con la Municipalidad –volcaron en la decisión una pretensión de parte no administrativa–. El fundamento de esta incriminación es, como se sabe, evitar la parcialidad del agente sin atender a la causa que lo impulsa [DONNA, EDUARDO ALBERTO: *Delitos*

contra la Administración Pública, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, dos mil ocho, página trescientos sesenta y dos].

Esta negociación incompatible se extiende, como cómplice primario, al teniente alcalde Alcántara Tarazona, miembro accionista de la empresa G&H Contratistas Generales SRL, el mismo que como tal se prestó a esa intervención legalmente proscrita –y, por ello, completa la conducta típica–. Su condición de ser uno de los dos socios fundadores de la empresa, formada ese mismo año dos mil ocho –una pequeña empresa, sin duda, en la que incluso el gerente general era el otro socio–, determina tanto que el conocimiento de la participación en ese proceso de contratación pública no pueda ser negado, cuanto que estaba en condiciones de concretar la obtención de la buena pro.

DÉCIMO. Que, en el presente caso, la acusación también imputó, concurrentemente, el delito de patrocinio ilegal, previsto y sancionado en el artículo 385 del Código Penal. Este delito solo requiere que el agente sea un funcionario o servidor público, sin ninguna función específica en relación a interés particular alguno, y que patrocine esos intereses ante la Administración. El funcionario patrocina, es decir, promueve, favorece, auspicia o recomienda intereses particulares, ajenos a la Administración. No se exige un desdoblamiento, que es propio de la negociación incompatible [CREUS, CARLOS: *Delitos contra la Administración Pública*, Editorial Astrea, mil novecientos noventa y nueve, página doscientos noventa y nueve].

Desde el suceso histórico global, el tipo legal de negociación incompatible abarca en su integridad, con exclusión de la figura penal de patrocinio ilegal, todo el injusto típico. La conducta se desarrolló en el marco de una contratación pública; a título de autores se comprende a los miembros del Comité Especial, y, a título de cómplice primario, se incluye al titular de la empresa indebidamente beneficiada. El encausado Alcántara Tarazona, socio fundador de la empresa G&H Contratistas Generales SRL, no solo conoció que esa empresa no podía intervenir en esa adjudicación directa, sino que, de uno u otro modo, en razón de su cargo de teniente alcalde, superior jerárquico de sus coimputados, prestó auxilio o ayuda para que tal participación de la empresa tenga lugar e intervino en que se concrete la obtención de la buena pro por los autores. No puede negarse, tampoco, la concurrencia de un plan delictivo y la intervención de los imputados según el rol acordado.

En consecuencia, el recurso respecto a la absolución por el delito de patrocinio ilegal debe desestimarse y así se declara.

No está en discusión la determinación de la pena y de la reparación civil.

DECISIÓN

Por estos motivos, de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo penal: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas mil trescientos treinta y siete, de doce de febrero de dos mil dieciséis, en cuanto **(*i*)** condenó a Luis Prisciliano Escudero Saldarriaga y Konnia Luz Carrillo San Martín como autores y a Gregorio Eutimio Alcántara Tarazona como cómplice del delito de negociación incompatible en agravio de la Municipalidad Provincial de Pomabamba a cuatro años de pena privativa de libertad, cuya ejecución se suspende por el plazo de tres años, y dos años de inhabilitación, así como al pago solidario de treinta mil soles por concepto de reparación civil; y, **(*ii*)** absolvió a Gregorio Eutimio Alcántara Tarazona de la acusación fiscal formulada en su contra como autor del delito de patrocinio ilegal en agravio de la Municipalidad Provincial de Pomabamba, y a Luis Prisciliano Escudero Saldarriaga, Jesús Richer Calderón Hueza y Konnia Luz Carrillo San Martín de la acusación formulada en su contra como cómplices del delito de patrocinio ilegal en agravio de la Municipalidad Provincial de Pomabamba; con lo demás que contiene y es materia del recurso. **DISPUSIERON** se remita la causa al Tribunal Superior para que se inicie ante el órgano judicial competente el proceso de ejecución de la sentencia condenatoria. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

S.s.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

CSM/abp

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Diny Yurianieva Chávez Verimendi
Secretaria (e)
Primera Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA

23 ENE. 2018