DISTRITO JUDICIAL DE TACNA

Órgano Jurisdiccional **: Sala Penal de Apelaciones - Tacna**
Expediente **:** 2197-2013-86-2301-JR-PE-02
Procesado **:** Oscar Patricio Ale Nina y otros
Agraviado **:** Municipalidad Distrital de Pocollay
Delito **:** Negociación incompatible
Fecha de sentencia **:** 24 de octubre de 2017

Sentencia:

Los hechos materia de imputación son de fecha 18 de mayo de 2009, en la que mediante memorándum N° 277-2009-GM/MDP, se aprobaron las bases administrativas del proceso de selección ADS N° 17-2009-CE-DP-T, para la adquisición de agregados en general, para la obra "Mejoramiento de la Avenida Jorge", la cual designó a la Comisión Permanente de Adjudicación Selectiva. El postor Miguel Velásquez Maron presentó en su propuesta técnica, la documentación correspondiente para acreditar su experiencia; sin embargo, para acreditar el factor cumplimiento de la prestación presentó certificados y/o constancias de ventas efectuadas a otros clientes distintos, solo dos constancias fueron emitidas por el Gobiernos Regional de Tacna, como uno de sus clientes del postor. Según el acta de evaluación y otorgamiento de la buena pro, de fecha 1 de junio de 2009, el Comité Especial otorgó 30 puntos al postor, al haber validado las 9 constancias presentadas, pese a que solo 2 de ellas cumplían con los requisitos, por lo que la calificación que se debió otorgar correspondía a cinco puntos y no treinta. Asimismo, el Comité Especial, conformada por los acusados, al efectuar la calificación de las propuestas económicas, también favoreció al postor Miguel Velásquez Maron, otorgando al postor Juan de Dios Flores Anahua, una puntuación menor a la establecida en las bases, para la determinación del puntaje final, por lo que finalmente otorgo indebidamente la buena pro a Miguel Velásquez Marón, por la suma de S/114 699.38, afectando el normal funcionamiento de la Administración Pública, pues debieron otorgar la buena pro a Juan de Dios Flores Anahua.

Es materia de apelación la sentencia de fecha 28 de enero de 2017, que falló absolver a los procesados Oscar Patricio Ale Nina, Geovanna Dariela Baluarte Mamani y Salvador Apaza Quispe, de los cargos de la acusación fiscal por el delito de negociación incompatible previsto en el artículo 399 del Código Penal, en agravio de la Municipalidad Distrital de Pocollay.

FALLO: Confirman la sentencia de fecha 28 de enero de 2017, que resuelve absolver a los procesados Oscar Patricio Ale Nina, Geovanna Dariela Baluarte Mamani y Salvador Apaza Quispe de los cargos de la acusación fiscal.

**El texto completo de la sentencia puede ser consultado en la sede del Sistema Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, sito en Jr. Manuel Cuadros N° 182, Cercado de Lima (Edificio Carlos Zavala Loayza).*

EXPEDIENTE : 2197-2013-86-2301-JR-PE-02
INCULPADO : OSCAR PATRICIO ALE NINA Y OTROS
DELITO : NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE
AGRAVIADO : MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE POCOLLAY

SENTENCIA DE VISTA

RESOLUCION : N° 23

Tacna, veinticuatro de octubre
del año dos mil diecisiete.

VISTOS:

Es materia del grado la apelación de la sentencia, expedida en el proceso de registro 2197-2013-61-2301-JR-PE-02, que corre a fojas setenta y tres y siguientes, su fecha veintiocho de enero de año dos mil diecisiete, que resuelve absolver a los imputados Oscar Patricio Ale Nina, Geovanna Dariela Baluarte Mamani y Salvador Apaza Quispe, de los cargos de la acusación fiscal por delito contra la Administración Pública en la modalidad de corrupción de funcionarios sub-modalidad de negociación incompatible previsto en el artículo 399 del Código penal, en agravio de la Municipalidad Distrital de Pocollay, con lo demás que le respecta. Interviene como Ponente el señor Bermejo Ríos.

I. DE LOS HECHOS MATERIA DE IMPUTACION

Con fecha dieciocho de mayo del dos mil nueve, mediante memorándum N° 277-2009-GM/MDP, se aprobaron las Bases Administrativas del Proceso de Selección ADS N° diecisiete-dos mil nueve-CE-DP-T, para la adquisición de agregados en general, para la obra "Mejoramiento de la Avenida Jorge" la cual se designó a la Comisión Permanente de Adjudicación Selectiva, conformada por Oscar Patricio Ale Nina, Geovanna Dariela Baluarte Mamani y Salvador Apaza Quispe como miembro para todo el ejercicio del año dos mil nueve. Siendo que el Postor Miguel Velasquez Maron, presento en su propuesta técnica, la documentación correspondiente para acreditar su experiencia, presentando facturas de ventas efectuadas a la Municipalidad Distrital de Gregorio Albarracín, Gobierno Regional de Tacna y Yura Sociedad Anónima; sin embargo, para acreditar el factor cumplimiento de la prestación presento certificados y/o constancias de ventas efectuados a otros clientes distintos a los señalados en dicho cuadro, solo dos constancias fueron emitidas por el Gobierno Regional de Tacna, a quien el referido postor acredito como uno de sus clientes, en el factor de evaluación de experiencia del postor.

No obstante según el acta de evaluación y otorgamiento de la Buena Pro, de fecha uno de junio del dos mil nueve, el Comité Especial otorgo treinta puntos al postor Miguel Velasquez, al haber validado las nueve constancias presentadas, pese a que solo dos de ellas cumplían los requisitos establecidos en el factor de evaluación "Experiencia del postor", por lo que de acuerdo a lo previsto en el Capítulo V. Factores de evaluación, numeral 1" Evaluación técnica de las bases cumplimiento de la prestación, la calificación que se debió otorgar correspondía a cinco puntos y no treinta.

Por otro lado, el Comité Especial al efectuar la calificación de las propuestas económicas también favoreció al postor Miguel Velásquez Marón otorgando al Postor Juan de Dios Flores Anahua, una puntuación menor a la establecida en las bases, finalmente para la determinación del puntaje total, otorgo indebidamente la Buena Pro a Miguel Velásquez Marón, por la suma de ciento catorce mil seiscientos noventa y nueve con treinta y ocho, afectando el normal funcionamiento de la Administración Publica, pues debieron otorgar la Buena pro a Juan de Dios Flores Anahua.

II. ANTECEDENTES PROCESALES

2.1. El juicio oral se ha llevado a cabo ante el Tercer Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Tacna.

2.2. Contra la sentencia el Ministerio Publico, ha interpuesto recurso impugnatorio.

2.3. Elevada a esta Instancia, se dispuso la celebración de una audiencia, habiéndose escuchado los alegatos finales, y efectuada la deliberación correspondiente, el proceso se encuentra expedito para pronunciar resolución.

III. FUNDAMENTOS DE LA APELACION

La parte apelante en lo medular sostiene que: a) En juicio oral, con el Informe Especial 558-2013.-CG/ORTA-EE, se ha demostrado que los acusados, integraron el Comité Especial Permanente de Adjudicaciones Directas Selectivas, para el ejercicio del dos mil nueve, en ejercicio de su cargo han desplegado conductas que evidencian un especial interés indebido con el claro propósito de favorecer ilegalmente al postor Miguel Velasquez, así mismo otorgaron intencionalmente menor puntaje al que correspondía al postor Juan de Dios Flores, ha sido debidamente sustentado por los especialistas, lo cual desvirtuaría los argumentos del *a quo*, ya que no se trataría de un mero error administrativo; b) El acusado Ale Nina de profesión contador público colegiado, tiene experiencia en el cargo de contador en la administración pública desde hace veinte años y participo en diez comités especiales; c) Asimismo el propio Imputado, Ale Nina, reconoce que todos los integrantes del comité intervinieron en el conteo del puntaje, por lo que no sería de recibo la teoría de un mero error administrativo, y evidencia que los miembros del citado comité, se interesaron dolosamente en favorecer al postor Miguel Velásquez.

Pretende que la resolución se revoque.

IV. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA APELADA.

El a quo concluye a) Los acusados, miembros integrantes del comité especial de la Municipalidad Distrital de Pocollay, de haber cometido errores en las evaluaciones respecto del rubro cumplimiento de la prestación, cuando solamente debieron computarse los contratos asignando como puntaje final dando por ganador al postor de Miguel Velásquez Maron, en detrimento del Postor Juan de Dios Flores Anahua, pero que existió la posibilidad de que este último impugnara tal decisión, En segundo lugar señala que el Ministerio Publico no ha demostrado que los tres o alguno de los acusados se haya reunido o haya tenido algún vínculo con el señor Miguel Velásquez Marón, para interesarse por la operación de la ADS 017-2009-CE-MDP-T, para la adquisición de agregados en general. Asímismo señala que la premisa menor del delito no se subsume en la premisa mayor, por tanto indica que cabe la absolución de los imputados.

V. OBJETO DEL RECURSO Y SU COMPLEJIDAD

Es materia del grado la apelación interpuesta por la parte procesada, solicitando la revocatoria; de allí que es objeto del grado dar respuesta jurisdiccional a los argumentos impugnatorios. Es un problema de análisis de la motivación de la sentencia recurrida, análisis de medios de prueba revistiendo mediana complejidad.

VI. MARCO LEGAL

El delito al que se refiere la Fiscalía se encuentra previsto en el artículo 399 del Código Penal

> *"El funcionario o servidor público que 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, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal".*

VII. FUNDAMENTOS DE LA SALA

7.1. En segunda instancia no se ha actuado ningún medio probatorio nuevo. Los imputados han hecho efectivo el derecho a guardar silencio.

7.2. En la resolución materia de grado, el A *quo*, establece que existió un error en las evaluaciones respecto al rubro-cumplimiento de la prestación cuando solamente debieron computar los contratos que el postor Miguel Velásquez Marón, presentó para el rubro experiencia y no otros, asignando como puntaje final errado, dado por ganador a este postor referido en detrimento del postor Juan de Dios Flores, pero existió la posibilidad de este último de impugnar a través de recurso de apelación la decisión de otorgamiento de la buena pro, sin que el Ministerio Publico haya demostrado que los tres o alguno de los acusados se hayan reunido o haya tenido algún vínculo con el señor Miguel Velásquez Marón, para interesarse por la operación de contratación(...), no se subsume dentro de la premisa mayor, por tanto la conclusión o decisión debe ser, declarar la absolución de los acusados.

7.3. Sobre lo expresado por el Magistrado *a quo*, se advierte dos aspectos fundamentales para la calificación jurídica, en primer lugar, deja entrever que "el hecho no puede subsumirse en el tipo penal de negociación incompatible, por cuanto los imputados no se habrían reunido con el beneficiario", sin embargo, no toma en consideración que este delito no requiere de la intervención de un tercero para que este hecho pueda tipificarse, como así lo es en otros delitos como colusión y cohecho; asimismo, señala que se trataría de un mero error administrativo pasible de ser impugnado y subsanado; sobre el particular, la Corte Suprema[1] ha señalado, que en un supuesto normal de contratación, como lo es el presente, estos defectos podrían ser tomados como indicios para construir la prueba indicaría que acredite la comisión de un delito, en tal sentido los errores administrativos tienen relevancia jurídica penal, ya que se trata de un delito de incumplimiento de deber, donde las normas establecen el actuar del agente.

---

[1] Cas. 841-2015-Ayacucho.

7.4. Sin embargo más allá de lo señalado anteriormente en la Casación N° 841-2015-Ayacucho, se establece como doctrina jurisprudencial, que el delito de negociación incompatible presenta dos elementos típicos: A. El interés indebido sobre un contrato u operación que debe estar a cargo del funcionario público. Este elemento típico sintetiza la tipicidad objetiva. B. Debe existir un interés de obtener un provecho propio o para un tercero. Este elemento subjetivo contiene trascendencia interna. Con relación al primer elemento típico, el elemento central es el interés, siendo posible que el funcionario presente un interés debido y uno indebido. En el primer caso, el funcionario exterioriza su deseo de un cabal cumplimiento de sus funciones el segmento del poder que se encuentra administrando, por lo que su intención es en todo momento beneficiar a la administración pública. El segundo tipo de interés es el que forma parte de la conducta incriminada.

7.5. Por el interés indebido se entiende a aquella situación en que el funcionario tiene un interés que no es el procurar un beneficio para la administración pública, por el contrario, este debe ser dejado de lado expresamente por él, siendo que además el objeto sobre el cual ha de recaer el interés indebido es el contrato u operación en la que interviene por razón de su cargo. El segundo elemento es la búsqueda de un provecho propio o de un tercero, como consecuencia del quebrantamiento del deber institucional; además del dolo, para tener por acreditada la conducta típica. El provecho implica un beneficio que va a recibir el funcionario o el tercero, o ambos, como consecuencia de la celebración del contrato o de la operación a cargo del funcionario.

7.6. Asimismo, se expresa que la prueba de estos elementos típicos no se puede desprender de los defectos administrativos en sí misma, es decir deben existir elementos probatorios, que se encuentren fuera del procedimiento administrativo, que permitan comprobar el quebrantamiento del deber administrativo, en tal sentido de verificarse en el caso de autos estos elementos típicos recién podremos asegurar que estamos frente al delito de negociación incompatible.

7.7. En el caso de autos el Ministerio Publico presenta como pruebas el Informe Especial numero quinientos cincuenta y ocho-dos mil trece-CG/ORTA-EE con el cual habrían demostrado que los acusados Ale Nina, Baluarte Mamani y Apaza Quispe habrían conformado el Comité Especial de la Municipalidad de Pocollay, donde se evidenciaría un especial interés indebido con el claro propósito de favorecer ilegalmente al postor Miguel Velásquez Marón, así mismo pretende acreditar el interés del imputado Ale Nina, indicando que no es de recibo su justificación de que incurrió en un error involuntario, ello en merito a la amplia experiencia que este tendría en este tipo de contrataciones; además agrega que la declaración del imputado Ale Nina, deja claro que todos los miembros del comité participaron del conteo del puntaje de manera previa.

7.8. De lo anotado anteriormente se infiere que el Ministerio Publico ha probado dos cosas, la primera es la composición del Comité Especial, es decir que los imputados conformaban este comité y estaban a cargo del proceso de contratación, de otro lado se ha demostrado que han incurrido en un error al momento de calificar a la propuesta que dieron por ganadora y que la buen pro fue otorgada en defecto de un deber administrativo, en tal sentido estaría demostrado el primer elemento típico nominado anteriormente, sin embargo, se advierte que no confluye material probatorio respecto del segundo elemento típico, como es el provecho, que implica un beneficio que va a recibir el funcionario o el tercero, o ambos, como consecuencia de la celebración del contrato o de la operación a cargo del funcionario. En tal sentido, estaríamos ante un error administrativo que no llega a tener relevancia jurídica por cuanto no se ha demostrado, con pruebas que se encuentren fuera del propio error referido, el interés que habrían perseguido los imputados, es decir el dolo en su actuar, puesto que el aspecto cognitivo del dolo recorre todos los elementos constitutivos del tipo penal, tanto el aspecto "indebido" como la consecución de un provecho, entonces no basta con señalar la experiencia laboral de los imputado para asegurar que estos no pueden incurrir en error.

7.9. En tal sentido, de lo actuado no se aprecia material probatorio suficiente en vista de que, el solo hecho de formar parte del Comité Especial, no resulta suficiente para atribuírseles responsabilidad por el delito de Negociación incompatible, pues no se cuenta con elementos de prueba que acrediten que tales procesados se hayan interesado en forma directa o en forma indirecta o acto simulado en el proceso de contratación y menos que se haya otorgado la buena pro al señor Miguel Velásquez Marón, a fin de darle un beneficio que no merecía.

7.10. Ahora bien, para emitir una sentencia condenatoria, debe existir pruebas suficientes que acrediten indubitablemente la responsabilidad del imputado y que estas sean capaces de desvirtuar la presunción de inocencia que acompaña a cada imputado, cabe anotar que "tanto la presunción de inocencia como el *indubio pro reo* inciden sobre la valoración probatoria del Juez. En el primer caso, supone que a falta de pruebas aquella no ha quedado desvirtuada, manteniéndose incólume, y en el segundo caso, supone que habiendo existido prueba", pero esta no ha sido suficiente para despejar la duda. Por tanto en ambos casos la sentencia debe ser absolutoria, bien por falta de pruebas, porque de la valoración de las mismas genera duda de la culpabilidad del acusado.

7.11. En el caso de autos nos encontramos ante el primer supuesto, ya que la prueba actuada no ha sido dirigida debidamente a demostrar el primer elemento típico del delito interés indebido y su provecho buscado y menos aún se ha demostrado el dolo en el actuar de los imputados. Así las cosas no cabe más que confirmar la recurrida, en merito a los considerados antes desarrollados.

Impartiendo Justicia la Sala Penal Superior de Tacna, por unanimidad;

RESUELVE:

CONFIRMAR la sentencia apelada, que corre a fojas setenta y tres y siguientes, su fecha veintiocho de enero de año dos mil diecisiete, que

resuelve ABSOLVER a los imputados OSCAR PATRICIO ALE NINA, GEOVANNA DARIELA BALUARTE MAMANI Y SALVADOR APAZA QUISPE, de los cargos de la acusación fiscal por DELITO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA en la modalidad de CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS SUB-MODALIDAD DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE previsto en el artículo 399 del Código penal, en agravio de la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE POCOLLAY, con lo demás que le respecta; y los devolvieron. Tómese razón y hágase saber.

S.S.
BERMEJO RIOS.
GORDILLO COSSIO.
LIMACHE NINAJA.

PIERANN DEL ROSARIO FUENTES FUENTES
Secretaria de Sala (e)
Sala Laboral Permanente de Tacna
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE TACNA