



Comportamiento en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo

Sumilla. En este delito se configura un desdoblamiento en el actuar del agente dentro del contexto del contrato u operación en el que interviene; actúa como funcionario representante de la administración pública y, a la vez, representa intereses particulares, con lo cual pretende obtener un provecho personal o a favor de un tercero.

Lima, once de enero de dos mil dieciséis.

VISTO: el recurso de nulidad formulado por don **Luis Alberto Vigo Bardales** (folio novecientos cuarenta y nueve), con los recaudos adjuntos. Interviene como ponente en la decisión el señor Salas Arenas, juez de la Corte Suprema.

1. DECISIÓN CUESTIONADA

La sentencia de nueve de enero de dos mil catorce (folio novecientos veintidós), emitida por la Sala Penal Liquidadora Permanente de Chimbote, de la Corte Superior de Justicia del Santa, que condenó al recurrente Vigo Bardales como autor del delito contra la administración pública, en la modalidad de negociación incompatible en agravio de la Universidad Nacional del Santa, y le impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por el plazo de tres años; con lo demás que contiene.

2. SÍNTESIS DE LOS AGRAVIOS

El encausado cuestionó la sentencia condenatoria y sostuvo que:

2.1. No se logró acreditar la comisión del delito y la responsabilidad penal del recurrente; quien en su condición de veedor no tuvo participación en la decisión de la adjudicación.

2.2. Tampoco se efectuó el peritaje respectivo, a fin de demostrar si su voz es la que corresponde al audio presentado por la testigo doña Lissa Salvador Moreno.

2.3. Por ello, solicita la nulidad de la sentencia recurrida y se efectúe un nuevo análisis del acervo probatorio, luego de lo cual se le deberá absolver de los cargos formulados en la acusación fiscal.



J



39

3. SINOPSIS FÁCTICA SEGÚN LA IMPUTACIÓN

Se imputó a Vigo Bardales, veedor destacado por la Oficina de Auditoría Interna para fiscalizar el proceso de selección o adjudicación de canastas de víveres para los trabajadores de la Universidad Nacional del Santa (UNS), el delito de negociación incompatible por haber mantenido comunicación con la testigo doña Lissa Micaela Salvador Moreno, jefa de Imagen de Inversiones SKA S. A. C., una de las empresas postoras; a fin de beneficiarla en el proceso de selección N.º 002-2007, para la adquisición de canastas de víveres para los trabajadores de la entidad agraviada ejecutado en el dos mil siete; en el cual también participó la Distribuidora Tany que resultó ganadora en la primera licitación, pese a haber presentado documentación adulterada, tal como le indicó el encausado a la referida testigo; habiendo omitido poner en conocimiento las irregularidades ocurridas, trasgrediendo las normas sobre contrataciones y adquisiciones del Estado.

4. OPINIÓN DE LA FISCALÍA SUPREMA PENAL

Mediante Dictamen N.º 1225-2015-MP-FN-1ºFSP (folio veintinueve, del cuadernillo formado en esta instancia), la Primera Fiscalía Suprema en lo Penal opinó que se debe declarar no haber nulidad en la sentencia recurrida; por cuanto de las pruebas obrantes en autos se logró acreditar la responsabilidad penal del procesado, por lo que sus argumentos del recurso no son atendibles.

CONSIDERANDO

PRIMERO: ANÁLISIS DE LA VIGENCIA DE LA ACCIÓN PENAL

Según la imputación, los hechos materia del presente proceso ocurrieron el dos mil siete; y en atención a la pena conminada para el delito materia de acusación fiscal y a lo previsto en el artículo trescientos noventa y nueve, del Código Penal, a la fecha la acción penal se encuentra vigente.

SEGUNDO: SUSTENTO NORMATIVO

2.1. El artículo trescientos noventa y nueve, del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28355, sanciona con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años, e inhabilitación



40



conforme con los incisos uno y dos, del artículo treinta y seis, al 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.

2.2. El artículo doscientos ochenta y cinco, del Código de Procedimientos Penales, regula el contenido de la sentencia condenatoria y precisa que deben valorarse las declaraciones de los testigos o las demás pruebas en que se funda la culpabilidad, las circunstancias del delito y la pena principal que debe sufrir el reo.

TERCERO: ANÁLISIS JURÍDICO FÁCTICO

3.1. El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo tiene como verbo rector del tipo penal el término *interesar*, que significa 'atañer', 'concernir', 'incumbir', 'comprometer' o 'importar algo' y, por ello, se destina nuestra voluntad a conseguirlo u obtenerlo¹; es decir, este importar o interesar es en un contrato u operaciones que realiza el Estado con terceros con la finalidad de obtener un provecho económico indebido en su favor o a favor de otros².

3.2. El interesarse indebidamente debe entenderse como un desdoblamiento en el actuar del agente del delito de negociación incompatible, pues, dentro del contexto del contrato u operación en el que interviene, el agente actúa como funcionario representante de la administración pública; pero, a la vez, representa intereses particulares, con los cuales pretende sacar un provecho personal o a favor de tercero, y es precisamente este último lo que denota el carácter económico de su accionar y que implica una probable afectación del patrimonio de la administración pública³.

3.3. El delito puede cometerse en cualquier etapa del contrato o la operación, por ello el interés que se revela a través de actos objetivos

¹ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Tercera edición. Lima: Editorial Grijley E. I. R. L., 2014, p. 566.

² Ver Ejecutoria Suprema N.º 253-2012-Piura, Sala Penal Permanente.

³ SALINAS SICCHA, ob. cit., 2014, p. 568.



41



puede darse en la etapa de la negociación, durante la suscripción, en su ejecución o en la liquidación del contrato u operación⁴.

3.4. La testigo doña Lissa Micaela Salvador Moreno, jefa de Imagen de Inversiones SKA S. A. C., una de las empresas postoras, declaró a escala preliminar, judicial y en el juicio oral (folios ciento treinta y cuatro, doscientos cincuenta, y ochocientos sesenta y cinco, respectivamente), que se reunió con el procesado el veintiocho de marzo de dos mil siete, en el restaurante Venecia de la ciudad del Santa, quien le dijo que favorecería a su representada en el proceso de selección N.º 002-2007-UNS, a cambio de una ventaja económica; asimismo, le manifestó que había asesorado a la empresa postora Distribuidora Tany, ganadora de la primera licitación, para que presente documentación adulterada. Hecha la propuesta puso en conocimiento de uno de los propietarios de Inversiones SKA S. A. C. y decidieron que grabaría al encausado; finalmente, discrepó con lo planteado por este y su representada no ganó el proceso de selección, adjudicándose el proceso de selección N.º 002-2007-UNS, a la empresa Tany.

3.5. La imputación de la testigo Salvador Moreno se corrobora con los dos audios de las conversaciones que mantuvo con el acusado respecto al proceso de licitación, cuyas transcripciones obran en los folios ciento trece a ciento quince; advirtiéndose del contenido de estos diálogos que Vigo Bardales le ofreció favorecer a su representada en la segunda licitación, a cambio de cierta ventaja económica.

3.6. En la Hoja Informativa de Control N.º 003-2007-UNS-OCAI, de veintiocho de agosto de dos mil siete, cursada por el Jefe de la Oficina Central de Auditoría Interna al Rector de la Universidad Nacional del Santa (folio ciento dos), se concluyó que la voz masculina de los audios grabados por la testigo doña Lissa Salvador correspondía al procesado; en el primer audio era bastante claro y alusivo a su persona, y el segundo audio pese a tener interferencia se hacía referencia a la anterior conversación.

3.7. El encausado negó los cargos imputados alegando que no era su voz la del audio y que tampoco tuvo injerencia alguna en los

⁴ Tomado de CASTILLO ALVA, José Luis. *El delito de negociación incompatible*. Primera edición. Lima: Pacífico Editores S. A. C., 2015, pp. 41-43.



42

procesos de selección; aceptó que se reunió con la testigo y un grupo de amigos por el cumpleaños de ella, mas no para tratar temas referentes a la adjudicación; además, que esa reunión fue después de terminado el proceso de licitación. Sin embargo, en el juicio oral (folio ochocientos treinta y cuatro) varió su versión y manifestó que mantuvo comunicación con la referida testigo por teléfono celular, antes y durante el segundo proceso de selección.

3.8. El acusado y la testigo Salvador Moreno fueron confrontados en el nuevo plenario (folio ochocientos sesenta y siete), manteniéndose cada uno en sus dichos.

3.9. No se efectuó la pericia para determinar si la voz masculina del audio era del procesado, conforme se ordenó en la Ejecutoria Suprema de veintitrés de enero de dos mil catorce (folio setecientos sesenta y ocho); debido a la imposibilidad señalada por los peritos de Criminalística de Alta Tecnología de la Gerencia de Criminalística en el Informe N.º 070-2014-MP-FN-JN-IML/GECRIM-AT (folio ochocientos ochenta y cuatro).

3.10. Sin embargo, el mismo acusado aceptó haberse comunicado por el teléfono celular con la testigo Salvador Moreno días antes y durante el segundo proceso de adjudicación y, posteriormente, haberse reunido con ella con motivo de su cumpleaños; motivo que la testigo ha negado alegando que no eran amigos, por lo tanto, no podía haberle invitado a celebrar su onomástico; además, en la reunión en el restaurante Venecia solo estuvieron los dos, habiendo pagado ella la cuenta, tal como declaró.

3.11. Respecto a que el recurrente no tuvo injerencia en el proceso de selección, cabe precisar que este, como veedor de la Oficina de Control de la UNS, tuvo contacto y comunicación con los miembros de la comisión, con probabilidad, por tanto, de influir para beneficiar a la postora en el proceso de licitación, tal como la testigo señaló, quien además dijo que el encausado la asesoró para que presentara su propuesta conforme con los requerimientos que la universidad solicitaba.

3.12. En consecuencia, se aprecia en los actos desplegados un comportamiento doloso atribuible al encausado, por lo que al reunir la conducta de este todos los elementos constitutivos del tipo penal juzgado, la sentencia se encuentra arreglada a ley, habiéndose llegado a desvanecer la presunción de inocencia que le asistió,



43

como se indica en la sentencia recurrida, en que por lo demás no se incurrió en causa de nulidad; por lo tanto, debe confirmarse la condena y pena contra el recurrente.

DECISIÓN

Por ello, de conformidad con lo opinado por la Primera Fiscalía Suprema en lo Penal, impartiendo justicia a nombre del pueblo, los integrantes de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, **ACORDAMOS:**

Declarar **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de nueve de enero de dos mil catorce (folio novecientos veintidós), emitida por la Sala Penal Liquidadora Permanente de Chimbote, de la Corte Superior de Justicia del Santa, que condenó a don **Luis Alberto Vigo Bardales** como autor del delito contra la administración pública, en la modalidad de negociación incompatible en agravio de la Universidad Nacional del Santa, y le impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por el plazo de tres años; con lo demás que contiene. Hágase saber y devuélvase. Interviene el señor juez supremo Hinostroza Pariachi, por licencia del señor juez supremo Prado Saldarriaga.

S. S.

- SAN MARTÍN CASTRO
- SALAS ARENAS**
- BARRIOS ALVARADO
- HINOSTROZA PARIACHI
- PRÍNCIPE TRUJILLO

San Martín

[Handwritten signatures]

JS/cge

SE PUBLICO CONFORME A LEY

[Signature]

 Diny Yuriana Chávez Veramendi
 Secretaria (ep)
 Sala Penal Transitoria
 CORTE SUPREMA

07 JUL. 2016