

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PRIMERA SALA PENAL ESPECIAL (C.II – 19.a)

Inc. 19 – 2006 - “C”

S.S. VILLA BONILLA
TELLO DE ÑECCO
PIEDRA ROJAS

Resolución N°04

Lima, dos de Abril del
año Dos mil siete.-

AUTOS y VISTOS: Interviniendo como Vocal Ponente la señora Vocal Piedra Rojas, estando a lo dispuesto en el artículo ciento treintiocho de la Ley Orgánica del Poder Judicial; de conformidad con lo opinado por el Señor Fiscal Superior en su Dictamen de fojas quinientos diez a fojas quinientos trece; con la constancia de vista emitida por Relatoría a fojas quinientos treinta; y, ATENDIENDO: PRIMERO.- Que, es materia de pronunciamiento la impugnación formulada por la defensa del procesado Néstor Gerardo Zegarra Valencia, obrante de fojas 487 a fojas 492, contra la resolución de fecha seis de Octubre del año dos mil seis, obrante de fojas 462 a fojas 473, que resuelve declarar infundada la Excepción de Naturaleza de Acción deducida por el citado procesado; en la instrucción que se le sigue como cómplice primario del delito contra la Administración Pública –Colusión Desleal–, en agravio del Estado, representado por Petróleos del Perú S.A.. SEGUNDO.- Que el recurrente alega que, el hecho denunciado no constituye delito al no presentarse los elementos constitutivos del ilícito de colusión tipificado en el artículo 384° del Código Penal, como son: a) Que el sujeto activo sea funcionario o servidor público; b) Que el funcionario o servidor público, por razón de su cargo o comisión, intervenga en contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas o cualquier otra operación semejante; c) Que defraude al Estado o entidades u organismos del Estado; d) Que concerte con los interesados en los convenios,

ajustes, liquidaciones o suministros, argumentando: 1) Que, el Informe Especial N° 015-2004-02-0084 es contradictorio, pues el hecho de que los funcionarios de Petroperú no hayan actuado en mérito a los objetivos y metas de su institución ni en concordancia con la ley y reglamento de contrataciones y adquisiciones del Estado, los hace incurrir en responsabilidad administrativa pero de ninguna manera en la comisión del delito de negociación incompatible con el cargo previsto en ese momento en el artículo 397° del Código Penal. 2) Que, nunca ha tenido trato alguno con ningún funcionario de Petroperú y no puede responder por la acción realizada por sus funcionarios, debiendo ser ellos quienes respondan al hecho de por qué los precios de New Ítems SAC han sido determinados como valor referencial. 3) Que no existe responsabilidad penal del representante legal de New Items SAC cuando se manifiesta que se ha transgredido las normas del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado pues ellos no han intervenido en las decisiones del Comité Especial. 4) Que, conforme a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, el Comité Especial ha tenido a cargo la organización, conducción y ejecución de la integridad de los procesos de selección respondiendo sus miembros solidariamente en lo administrativo y judicial de cualquier irregularidad cometida, siendo el CONSUCODE quien tiene la facultad de sancionar a proveedores, postores y contratistas por infracción de las disposiciones contenidas en la Ley y New Ítems no ha sido sancionada por este órgano y las irregularidades que se habrían cometido en la conducción de los procesos de selección no implica concertación, ni defraudación al Estado y menos voluntad dolosa de infringir la Ley. 5) New Ítems SAC está debidamente posicionada en el mercado en el rubro artículos promocionales y publicitarios y el método de comercialización que se realizó con Petroperú es exactamente igual

como lo han realizado con cualquier otro cliente. Aquí no hubo nada de anormal ni deseos de obtener algún tipo de preferencia o beneficio, mas allá de lo estrictamente comercial, ni mucho menos hubo concertación pues New Ítems es una empresa seria y responsable. 6) Que, el otorgamiento de la buena pro a favor de New Ítems SAC en los procesos de selección responde al cumplimiento del principio de vigencia tecnológica y a su óptima calidad y condición de novedosos de los productos y no a una concertación como se presume. 7) El hecho denunciado por la presunta comisión de delito de colusión contemplado en el artículo 384° del Código Penal, no constituye delito, por no presentarse los elementos constitutivos del tipo como son: que no ha participado en ningún acto de defraudación en concertación con un funcionario o servidor público, los productos ofertados a PETROPERU han sido entregados en su totalidad y no existe prueba alguna que haya determinado precios simulados, sobrevaluación, subvaluación, calidad inferior a la requerida u otra conducta que determine que se ha causado perjuicio económico al Estado. El afirmar que se han adquirido productos no necesarios o no planificados, o que éstos han sido distribuidos dos años después, no significa que haya defraudación y perjuicio al Estado. Alega que no conoce a ninguno de los funcionarios de PETROPERU y no existe prueba alguna que evidencie que ha actuado en concierto y con voluntad de quebrar la ley, por el contrario, se evidencia del Informe Especial, que ha servido de base para la presente denuncia, la existencia de falta de planificación, preparación y conocimiento en la aplicación de las normas legales en materia de adquisición y contrataciones del Estado. Por lo que solicita que se declare fundada la excepción, por sustentarse la denuncia en hechos que no responden a la realidad, y en ninguna prueba valedera para determinar una supuesta comisión del delito y responsabilidad penal. Agregando en su

recurso de apelación: a) Que, el A quo ha argumentado la resolución impugnada en los mismos fundamentos del auto de apertura de instrucción sin tomar en consideración todo lo actuado, como: las instructivas, declaraciones testimoniales, diligencias de ratificación de informe pericial e informe de parte para así determinar claramente que la conducta que se le incrimina no se adecúa a las disposiciones penales preexistentes invocadas en la denuncia penal. b) Que, el Informe Especial N° 015-2004-02-0084 es un informe de gestión que de ninguna manera puede concluir que existen indicios razonables de la comisión de delito y la pericia contable ordenada en autos no prueba nada por no ser una pericia contable pues repite los argumentos del Informe Especial N° 015-2004-02-0084, habiéndose recortado su derecho de defensa y el debido proceso al no valorarse la pericia de parte que señala que el Informe Pericial Contable de fecha once de julio de dos mil seis elaborado por los peritos nombrados en autos, ha determinado perjuicio económico a PETROPERU, sin apreciarse un sustento contable que implique el desarrollo de una metodología en el análisis de cuentas y documentos, basando sus conclusiones en el incumplimiento de las normas legales vigentes en materia de adquisiciones y contrataciones del Estado.¹ Por último, señala que la excepción deducida contiene como argumento principal, sostener la inexistencia del delito imputado, lo cual lleva lógicamente a la conclusión que al no existir delito no existe participación ni responsabilidad. Que, si bien es cierto los elementos constitutivos del delito serían materia de probanza pero al presentarse su inexistencia es válido deducir la institución de la excepción. Asimismo, no es válido afirmar que sin su participación no se hubiera podido llevar a cabo los procesos de selección por cuanto ésta no fue la única empresa que participó debiendo quedar

¹ Ver escrito de fojas 487.

establecido que su persona no participó directamente en los procesos de selección. Asimismo, el informe especial, la pericia contable y la pericia de parte son determinantes para pronunciarse sobre la inexistencia del delito denunciado, no siendo válido el argumento de que dichos instrumentos deben ser materia de evaluación de fondo ². TERCERO.- 3.1. Que conforme lo establece el tercer párrafo del artículo quinto del Código de Procedimientos Penales, son dos los supuestos jurídicos en los que cabe deducir la Excepción de Naturaleza de Acción: i). Cuando el hecho denunciado no constituya delito, esto es, cuando la base fáctica postulada no constituye ilícito penal dentro de nuestro ordenamiento positivo o ésta no se subsume o encuadra en la descripción típica del delito materia de instrucción; o ii). Cuando no es justiciable penalmente por concurrir algunas de las eximentes establecidas en la Ley Procesal Penal; 3.2. Que, así entonces, es de significar que el análisis correspondiente a este medio de defensa técnico se circunscribe a determinar si el hecho imputado tiene o no entidad o relevancia jurídico penal, y para cuyo efecto se deberá examinar si la base fáctica postulada por el titular de la acción penal se corresponde o no con el ilícito penal atribuido, siendo por lo demás ajeno a tal verificación la evaluación del material probatorio que sustenta la denuncia; 3.3. Que, en efecto conforme lo puntualiza la doctrina, esta excepción está limitada al cuestionamiento de "... la antijuricidad penal del hecho o su justiciabilidad, que desde el derecho material traslada el análisis a la categoría antijuricidad y a la discutida categoría penalidad o punibilidad, por lo que -en principio- no es posible cuestionar a través de este remedio procesal la presencia de la categoría culpabilidad o imputación personal y, por consiguiente, de sus elementos:

² Escrito de fojas 523, su fecha 14 de Febrero del 2007.

capacidad penal, conocimiento de lo injusto y no exigibilidad de otra conducta. El análisis de si el sujeto es responsable penalmente constituye un juicio propio del fondo del asunto, que no tiene que ver con la delictuosidad o punibilidad del hecho objeto del proceso penal, y que, en todo caso, requiere de una actividad probatoria específica imposible de llevar a cabo en vía incidental ...”; agregando que, en tal sentido, “... sólo procede esta excepción cuando la inexistencia del delito (...) surge con toda evidencia de los términos de la imputación ...”; acotando: “... si la excepción se plantea basándose en cuestiones relativas al descargo de responsabilidad (...) debe declararse infundada puesto que el mayor o menor grado de responsabilidad debe verse en el proceso mismo ...”³. CUARTO.- Que, los artículos trescientos ochenticuatro y veinticinco del Código Penal, respectivamente, fundamento jurídico de la denuncia y auto de apertura de instrucción, criminalizan tanto la conducta de aquel funcionario o servidor público que en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros; como también la conducta de aquél que dolosamente preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor. QUINTO.- Que, en ese sentido, a efectos de confrontar si los hechos imputados al excepcionante se corresponden o no con el marco normativo antes descrito, cabe remitirnos a la denuncia que corre de fojas setentisiete a fojas

³ San Martín Castro, César. “Derecho Procesal Penal” T. I, segunda edición, Lima, 2003. Editora jurídica Grijley, pág. 400 y ss.

ciento dos y el auto de apertura de instrucción de fojas ciento nueve, de los que trasciende que se instauró proceso penal contra Néstor Gerardo Zegarra Valencia como cómplice primario, por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública en la modalidad de colusión en agravio del Estado, representado por PETROLEOS DEL PERU S.A., invocando como fundamento fáctico los procesos de Selección: ADS-0010-2001-OFP/PETROPERU y AMC-0700089-2002-VTAS/OFP-PP, referido a la adquisición de material publicitario por un monto en dólares de veintinueve mil trescientos ochentidós y catorce mil ciento sesenta dólares americanos, respectivamente, en los cuales se denotan “las acciones (...) tendientes a justificar las características y especificaciones técnicas del [material publicitario], adecuándolo a las características del producto ofrecido por una determinada empresa postora (...) .muestran un favoritismo en adquirir los productos ofrecidos por la empresa New Ítems SAC (...). Ambos Procesos de Selección, la determinación de las exigencias o especificaciones técnicas mínimas por parte del área usuaria no respondía a la funcionalidad de los bienes requeridos (...) sino que obedeció (...) a las características del material ofertado por la empresa New Ítems SAC; el establecimiento (...) de especificaciones técnicas que no fueron puestas en conocimiento de las empresas postoras, sino que más bien constituían características de los productos ofertados por New Ítems SAC; las continuas ampliaciones del plazo de entrega de materiales (...) no hacen sino denotar el favorecimiento en la adquisición de los productos ofertados por New Ítems SAC, así como evidenciar el carácter aparente de la urgencia en la adquisición de dicho material publicitario (...) [los] Funcionarios Públicos (...) cometieron una serie de infracciones a la Ley de Adquisiciones y Contrataciones del Estado y su respectivo Reglamento, infracciones que tuvieron como denominador común, la

preferencia hacia los productos ofertados por New Ítems SAC, y que en conjunto, estuvieron orientadas a adquirir los productos de dicha empresa (...) no sólo se interesaron en forma directa en el desarrollo y resultados de los procesos de selección (...) logrando que se le adjudicara la BUENA PRO, a la empresa NEW ITEMS SAC (...) sino que 'crearon la necesidad' de estas adquisiciones con la clara intención de finalmente favorecer a New Ítems SAC (...) [la misma que] se inició con motivo de la exhibición de productos realizada en las oficinas de PETROPERU S.A. por parte de New ITEMS SAC (...), así el Pedido de Material (...) fue formulado en base a la cotización – única y exclusivamente– de New ITEMS SAC., situación inusual [pues éstos se] formulaban usualmente con más de dos cotizaciones (...), indicios que nos llevan a sugerir la existencia de concertación entre las partes (...). Así también (...) cuando las solicitudes de cotización contenían las especificaciones únicamente técnicas proporcionadas por NEW ITEMS SAC (...). En tal virtud, al haberse formulado el requerimiento del material publicitario, a partir de las especificaciones técnicas y precios ofrecido por el citado postor, éste se encontraba impedido de participar en el correspondiente proceso de selección (...) por otro lado, no se descarta la posibilidad de que el representante legal de la empresa New Ítems SAC, Néstor Zegarra Valencia, haya tenido alguna ingerencia que influenciara las decisiones del Comité Especial de Adquisiciones y/o las actuaciones de los representantes del área usuaria de PETROPERU SA, (...) máxime si se tiene en cuenta que la citada empresa, ha sido favorecida con la BUENA PRO en otros cinco procesos de selección convocados por PETROPERU SA (...) Como consecuencia de la ilícita concertación entre los funcionarios de PETROPERU y la empresa New Ítems SAC, se da un agravio económico al Estado no sólo por un monto estimado de Diez mil doscientos treintidós dólares americanos en el proceso de selección ADS-0010-2001-

OFP/PETROPERU, (...) sino incluso por un monto de catorce mil ciento sesenta dólares americanos en el Proceso de Selección AMC-0700089-2002-VTAS-/OFP-PP, ello si se tiene en cuenta que los materiales adquiridos en este último proceso, se encontraban almacenados al cuatro de febrero del dos mil cuatro ...”⁴. SEXTO.- Que, del estudio de autos se puede concluir: a) Que, los términos de la hipótesis incriminatoria de la denuncia fiscal, que se encuentra descrita en el considerando precedente, se corresponden con el tipo penal glosado en el cuarto considerando y permite establecer la existencia de causa probable para la instauración del presente proceso, en cuanto, conforme señala el titular de la acción penal, la Empresa Ítems S.A. habría sido favorecida con la buena pro en los procesos de selección ADS-0010-2001-OFP/Petroperú-2001 y AMC-0700089-2002-VTAS/OFP-PP-2002, en los cuales, “cometieron una serie de infracciones a la Ley de Adquisiciones y Contrataciones del Estado y su respectivo Reglamento, infracciones que tuvieron como denominador común, la preferencia hacia los productos ofertados por New Ítems SAC, y que en conjunto, estuvieron orientadas a adquirir los productos de dicha Empresa”⁵; b) Que, los argumentos invocados por el peticionante, alegando que “no se presentan los elementos constitutivos de defraudación al Estado, concertación de Funcionarios o Servidor Público con los interesados y no haber dolo” ante la ausencia de “prueba valedera”, son argumentos que implican una valoración probatoria sobre su responsabilidad o irresponsabilidad, las mismas que no pueden revisarse vía excepción de naturaleza de acción; c) Por último, ante la alegación de no tener la condición de funcionario público, debe acotarse, como lo ha realizado la A-quo, que el presente proceso se instaura bajo la supuesta calidad de “presunto cómplice primario” y conforme se

⁴ Ver denuncia fiscal de fojas 77.

⁵ Ver denuncia fiscal de fojas 91.

señala en el Recurso de Nulidad número 3203-2002 (caso Calmell del Solar) , “la participación del extraneus a título de complicidad en los delitos especiales está dada por el título de imputación, por lo que la conducta de todos los intervinientes en el evento delictivo autores y cómplices deben ser enmarcados en el mismo nomen juris delictivo”; por estos fundamentos, CONFIRMARON: la resolución de fecha seis de octubre del año Dos mil seis, obrante de fojas 462 a fojas 473, que declara infundada la Excepción de Naturaleza de Acción deducida por el procesado NESTOR GERARDO ZEGARRA VALENCIA; en la instrucción que se le sigue como cómplice primario del delito contra la Administración Pública - Colusión Desleal-, en agravio del Estado. Notificándose y los Devolvieron.-