

**CORTE SUPERIOR DE APELACIONES
SALA PENAL DE APELACIONES**

Incidente : 00108-2011-6-1826-JR-PE-02
Jueces : Castañeda Otsu / Maita Dorregaray / Vela Barba
Ministerio Publico : Segunda Fiscalía Superior Especializada en Delitos de
Corrupción de Funcionarios
Asistente : Sussy Esquivel Trujillo
Imputado : Fidel Saldaña Del Águila
Delito : Colusión
Agravado : El Estado

Resolución N° 04

Lima, veintisiete de agosto
de dos mil doce.-

VISTOS Y OIDOS: En audiencia pública la apelación interpuesta por la defensa del imputado Fidel Saldaña Del Águila, contra la Resolución N° 04, de fecha 12 de julio de 2012; y **Atendiendo:**

Materia del recurso de apelación

PRIMERO.- Es materia de apelación la resolución antes indicada emitida por la señora Juez Erla Liliana Hayakawa Riojas, titular del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria, que resuelve declarar infundada la excepción de improcedencia de acción deducida por la defensa técnica del citado imputado, como representante de la empresa CUSA SAC Contratistas Generales.

Agravios de la defensa.

SEGUNDO.- Los agravios formulados por la defensa, formalizados en su recurso de apelación, ratificados en audiencia pública, se centran en lo siguiente:

- i) En la disposición de formalización de la investigación preparatoria no existe un elemento que permita determinar la conducta concreta sobre el acuerdo colusorio, que habría llevado a cabo su patrocinado en la etapa previa, pues desde el momento de la distorsión de la naturaleza del objeto de la edificación hasta la aprobación de las bases y de los plazos previstos en ella, no se aprecia la intervención de su patrocinado y de la empresa que representa.

ii) Tampoco participó en la etapa posterior, esto es, a partir de la suscripción del contrato, entrega de las obras y las supuestas fallas constructivas, que obedecen a infracciones de índole administrativa o civil, que son ajenas a los elementos del tipo objetivo del delito de Colusión.

iii) Su patrocinado, en calidad de Gerente General de la empresa CUSA SAC Contratistas Generales, suscribió el contrato N° 106-2003, para que se ejecute el servicio de acondicionamiento (y no la obra) del tercer piso de la Dirección de Salud IV- Lima Este (DISA), pero no participó porque no era miembro del Comité Especial.

iv) Que se presentó una propuesta por el 70% del valor referencial; sin embargo, al término de la obra le solicitaron a su patrocinado hacer trabajos adicionales por el importe de S/ 11, 976.00 mil nuevos soles, que serían pagados en vía regularización, lo que nunca ocurrió.

Concluye que la resolución apelada no ha explicado la forma en que se presenta el acuerdo colusorio y el favorecimiento de su patrocinado por el Comité Especial, por lo tanto no hay una conducta típica.

Posición del Ministerio Público.

TERCERO.- El señor Fiscal Superior al contestar los agravios de la defensa, sostiene lo siguiente:

i) En los delitos de colusión existe la clandestinidad, por lo cual se utilizan las pruebas indiciarias.

ii) La defensa cuando alude a que no se ha precisado la conducta exacta del imputado, lo cual no es cierto, pues suscribió el contrato de buena pro referida al acondicionamiento del tercer piso de la Dirección de Salud IV- Lima Este, presentándose irregularidades en el proceso de Adjudicación Directa Selectiva "Acondicionamiento del tercer piso de la sede central de la Dirección de Salud IV Lima Este"

iii) La manera como se ha beneficiado el imputado en su condición de gerente general de la empresa CUSA SAC Contratistas Generales, ganadora

de la Buena Pro, se da cuando se rotula el contrato como acondicionamiento de un tercer piso y no como una construcción de obra pública.

iv) Si bien el imputado ha presentado como propuesta el 70% del valor referencial, equivalente a S/. 47, 135.034 nuevos soles; sin embargo, la cláusula cuarta del contrato N° 106-2003 firmado con los funcionarios de la DISA IV, indica que dicho valor asciende a S/. 63,969.038, por lo que no hay coherencia lógica de las mejores propuestas económicas.

Fundamentos de la resolución impugnada.

CUARTO.- Se advierte de la resolución impugnada, que la señora Juez del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria, declaró infundada la excepción deducida, argumentando que en el tipo penal de Colusión la concertación está referida a acuerdos clandestinos, por lo que no se puede pretender que el Ministerio Público establezca el cómo, cuándo y dónde del acuerdo colusorio. Asimismo, señala que la modificación de las bases administrativas de la licitación evidencia el favorecimiento a la empresa CUSA SAC Contratistas Generales, representada por el imputado Saldaña Del Águila.

Fundamentos del Colegiado para resolver.

QUINTO.- A efectos de resolver la impugnación formulada por la defensa del imputado Saldaña Del Águila, el Colegiado tiene en cuenta que se le imputa que en su condición de representante de la empresa CUSA SAC Contratistas Generales, se habría concertado con los funcionarios o servidores Máximo Sedano Tapia, Máximo Yturizaga Rivadeneira y Pedro Barbaran Barragán, de la Dirección de Salud IV-Lima Este, a fin que se le otorgue la Buena Pro en la Adjudicación Directa Selectiva N° 0007-2003-DISA IV LE. Producto de dicha concertación habría firmado el Contrato N° 106-2003-DISA IV LE, por el servicio de acondicionamiento del tercer piso de la Sede Central de la Dirección de Salud mencionada.

Asimismo, se le imputa que en la etapa de ejecución del contrato se habría concertado con Juan Carlos Arrieta Alarcón, arquitecto y miembro titular del

Comité Especial Permanente, para que diera la conformidad del servicio, cuando habría sido necesaria la intervención de un especialista en ingeniería civil, lo que habría causado un perjuicio patrimonial a la DISA IV LE al presentar la estructura agrietamientos y posible pérdida del bien inmueble. Hechos por los cuales se ha formulado el cargo de cómplice primario por la presunta comisión del delito de Colusión, en agravio del Estado (Ministerio de Salud).

SEXTO.- A efectos de resolver la impugnación formulada por la defensa, consideramos que la excepción de improcedencia de acción regulada en el artículo 6°.1 b) del Código Procesal Penal, es un medio técnico de defensa que tiene por finalidad remediar las consecuencias de una impropia apertura de proceso penal¹, respecto de hechos denunciados que no constituyen delito o que no obstante encuadrar en un tipo delictivo no son justiciables penalmente. El ejercicio de este medio de técnico defensa tiene como finalidad atacar la potestad represiva y evitar la prosecución del supuesto delito que se investiga, el cual tiene como fundamento la norma constitucional y penal material.

En cuanto al supuesto ~~cuando el hecho no constituye delito~~, se presentan dos situaciones: a) La conducta imputada al sujeto activo no se encuentra prevista o descrita como delictuosa en la ley penal al momento del hecho comisivo²; o b) cuando el comportamiento humano acaecido en la realidad no se subsume totalmente (atipicidad absoluta) o parcialmente (atipicidad relativa) en el tipo penal imputado, es decir, no hay una relación lógica entre la hipótesis del supuesto hecho atribuido y la norma penal invocada en la disposición de Formalización de Investigación Preparatoria³.

¹ Asimismo, debe considerarse que los señores Jueces de la Corte Suprema de la República en el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116, han señalado que: "...en el proceso formalmente iniciado, las partes pueden hacer uso de los medios de defensa técnica para evitar un proceso en el que no se haya verificado los presupuestos esenciales de imputación. Piénsese por ejemplo en la declaración de atipicidad a través de la excepción de improcedencia de la acción o en la de prescripción ordinaria, si es que antes de la Formalización de la Investigación Preparatoria se cumplió el plazo correspondiente".

² Por exigencia del principio de legalidad (nullum crimen nulla poena sine lege) establecido en el artículo 2 num.24 lit. d) de la Constitución, desarrollado en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal

³ En suma, como se sostiene este medio de defensa no se refiere al fondo del caso (fundamentos de responsabilidad o argumentos de fondo), sino a hechos "nuevos" y ajenos al sujeto, los cuales eliminan

En relación al supuesto, cuando el hecho **no es justiciable penalmente**, se refiere a situaciones en las cuales pese a que la conducta del investigado es meramente típica, antijurídica y culpable no amerita una pena, o por la presencia de una excusa absolutoria; una condición objetiva de punibilidad; en los casos de tentativa con desistimiento o arrepentimiento después de los actos ejecutivos; o cuando las acciones u omisiones del investigado constituyen una infracción a la ley civil o ley administrativa (extrapenal).

Por tal motivo, ambos supuestos deben incidir independientemente en la formulación de la imputación fáctica y jurídica contenidas en la disposición de Formalización de Investigación Preparatoria y no en base a la apreciación de los hechos a partir de las versiones posteriormente incorporadas a la investigación o al juicio; por ejemplo la pericia, las testimoniales, las declaraciones, los informes, etc., en razón que ello constituye el tema de fondo del proceso.

SÉPTIMO.- Asimismo, consideramos que el tipo penal de Colusión es un delito especial propio, porque el círculo de intervención del autor está delimitado al funcionario o servidor público, configurándose además como un delito de infracción de deber porque sus roles funcionales se encuentran previstas en normas extrapenales (leyes, reglamentos, estatutos, manuales de organización, directivas etc.). En relación al aporte de los cómplices en la ejecución del hecho punible, es válidamente aplicable el "*Principio de accesoriadad de la participación*"; así como la "*Teoría de la unidad del título de imputación*", esta última de conformidad a la doctrina⁴ y la jurisprudencia⁵.

la tipicidad de su comportamiento, por lo que no se debe confundir el no haber cometido un delito con no ser responsable del mismo. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luís. "*Error de tipo y excepción de naturaleza de acción*". En: Aportes al Derecho Penal Peruano desde la Perspectiva Constitucional. Revista Institucional N° 7. AMAG, p. 29.

⁴ Según esta Teoría, los "*intrañeus*" (*sujeto especial*) y el "*extraneus (particular)*" responderían por un "solo injusto penal", o bien por un delito común o delito especial. A favor de esta tesis véase ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. A. *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*. 2° ed. Palestra Editores. pp. 57-60; y, *Autoría y participación y la teoría de los delitos de "infracción del deber"*. En: Revista Penal N° 14, Año 2004, Editorial Universidad Castilla La Mancha y otros, pp. 6 y ss; PEÑA OSSA, Erleans de Jesús. *Delitos contra la administración pública*. Jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá. 1995. pp. 39 y ss; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y cómplice en Derecho penal*.

Por otro lado, dentro su estructura típica se exige la presencia de la elementos objetivos "concertación" (acuerdo colusorio) entre el intraneus (funcionario) y los extraneus (interesados) en las distintas modalidades, u otras análogas, de contratación pública; y, la "defraudación" al Estado o entidad u organismo concreto del Estado, así como la vinculación normativa del funcionario con el bien jurídico protegido (deber especial positivo y patrimonio estatal).

OCTAVO.- En el caso concreto, la defensa del imputado basándose en el primer presupuesto del medio técnico de defensa- **cuando el hecho no constituye delito-** argumenta que tanto en la disposición de formalización de investigación preparatoria como la resolución emitida por la señora Juez, no se ha detallado concretamente el acuerdo colusorio en las etapas previa y posterior a la licitación entre su patrocinado y los funcionarios. El Colegiado estima que se ha realizado correctamente la subsunción de la conducta del imputado en el tipo legal de Colusión acorde a los parámetros del principio de legalidad penal material y constitucional, pues el investigado en su condición de Gerente General de la Empresa CUSAC SAC Contratistas Generales intervino en la Adjudicación Directa Selectiva N° 0007-2003-DISA IV LE, suscribiendo el Contrato N° 106-2003-DISA IV LE, como acondicionamiento cuando se trataría de construcción de obra pública. Por otro lado, el imputado presentó como propuesta el 70% del valor referencial, equivalente a S/. 47, 135.034 nuevos soles; sin embargo, en la cláusula cuarta del referido contrato se indica que dicho valor asciende a S/. 63,969.038; hechos que dan lugar a la imputación fiscal como cómplice y que deben ser objeto de investigación.

En relación a que no se puede atribuir a su patrocinado complicidad en el delito de Colusión, por no haber sido miembro del Comité Especial, el Colegiado se remite a lo expuesto sobre la Teoría de la unidad del título de

Madrid. 1966. pp. 292 y ss., 300 y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Autoría y participación*. Akal. Madrid. 1996. pp. 169 y ss., 191 y ss.

⁵ R.N.N° 375-2004- UCAYALI de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, Lima 11 de Octubre de 2004.

imputación y el principio de accesoriedad de la participación, dada su condición de presunto interesado en la contratación ya referida.

De otro lado, en cuanto a los argumentos de la defensa sobre la connotación de la naturaleza administrativa o civil de las supuestas fallas constructivas, el Colegiado tiene en consideración que el proceso de adjudicación directa en la gestión de la contratación Pública es uno solo, que se inicia con la convocatoria de los postores, pasando por la conclusión con el otorgamiento de la buena pro y la materialización del contrato.

En virtud de ello en el tipo penal de Colusión el acuerdo colusorio puede presentarse en las etapas previas, en la suscripción del contrato e incluso en la etapa de ejecución del contrato. En el caso de autos, el imputado intervino en la ejecución del servicio de acondicionamiento del tercer piso de la DISA IV, y efectuó trabajos adicionales al término de la obra, conforme acepta su defensa; por lo tanto, los supuestos defectos de la construcción y manifestaciones de los ingenieros en relación a este punto, también debe ser objeto de probanza.

NOVENO.- Por las razones expuestas, consideramos que la incidencia suscitada requiere de actividad probatoria, que no es posible dilucidar en esta vía, y corresponde al Ministerio Público realizar los actos de investigación que permitan en su momento solicitar el sobreseimiento, si se logra determinar la falta de acuerdo colusorio del imputado Saldaña Del Águila en toda la gestión del proceso licitatorio; o, una acusación si se logra acreditar que con sus comportamientos concluyentes anterior, durante o posterior a la adjudicación directa se benefició indebidamente a la empresa que representa.

DECISIÓN:

Fundamentos por los cuales, los señores magistrados de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, Resolvieron: **CONFIRMAR** la resolución N° 04 emitida el 12 de julio de 2012, por la señora Juez del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria, que declaró Infundada la excepción de improcedencia de acción solicitada por el imputado

Fidel Saldaña Del Águila, en el proceso de investigación preparatoria que se le sigue, como cómplice primario del delito contra la Administración Pública – Colusión-, en agravio del Estado. **Notifíquese y devuélvase.-**


S.S


CASTAÑEDA OTSU


MAITA DORREGARAY


VELA BARBA

PODER JUDICIAL


.....
SUSSY AMELIA ESQUIVEL TRUJILLO
ASISTENTE JURISDICCIONAL
Sala Penal de Apelaciones Especializada c.
Delitos Cometidos Por Funcionarios Públicos
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA