

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**  
**SALA PENAL TRANSITORIA**  
**R. N. N° 4436-2009**  
**CAÑETE**

Lima, trece de mayo de dos mil diez.-

**VISTOS;** el recurso de nulidad interpuesto por los José Garay Cortez, Julia Manuela Rojas Quispe y Ascario Antero Hinojosa Aquino, contra la sentencia de fecha treinta de setiembre de dos mil nueve, de fojas mil quinientos cuarenta y nueve; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Biaggi Gómez, de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que, el procesado José Garay Cortez, fundamenta su recurso de nulidad a fojas mil quinientos sesenta y nueve, alegando que en aplicación del inciso ocho del artículo veinte del Código Penal en concordancia con el inciso once del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú, se encuentra exento de responsabilidad, al haber actuado en el ejercicio legítimo del cargo de Jefe del Departamento de Obras, y que nunca actuó con dolo, alevosía, ni premeditación ya que su actuar fue de carácter técnico; asimismo, señala que a fojas mil trescientos cuarenta y cuatro y siguientes, obran los contratos de servicios no personales que tenía con la Municipalidad agraviada que acreditan que no tiene la calidad de Funcionario Público y que nunca ha sido inducido para su actuación y tampoco hubo ventaja económica; agrega, además, que en la sentencia que se recurre sólo existen presunciones que no ameritan una sentencia condenatoria, por lo que solicita que se le absuelva de la acusación fiscal. Por su parte, la procesada Julia Manuela Rojas Quispe fundamenta su recurso de nulidad a fojas mil quinientos setenta y dos, señalando que está probado que ante las vacaciones del Alcalde Ascario Antero,

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA PENAL TRANSITORIA**

**R. N. N° 4436-2009**

**CAÑETE**

Hinostroza Aquino de la Municipalidad Distrital de San Luis, asumió temporalmente dicha función, conforme al inciso seis del artículo veinte concordante con el artículo veinticuatro y cuarenta y tres de la Ley Orgánica de Municipalidades; asimismo, se encuentra exenta de responsabilidad al haber ejercido legítimamente el cargo de teniente Alcalde al expedir la Resolución de Alcaldía número cuarenta -dos mil cuatro-MDSL, los cuales se ha emitido en un procedimiento administrativo regular y con las garantías procesales; indica, que nunca hubo concierto de voluntades de la recurrente con los demás procesados para realizar el cobro indebido; que no tiene antecedentes penales y que al no existir certeza de su responsabilidad, se debe declarar su inocencia; por lo que, solicita ser absuelta del delito que se le imputa. Por último, el procesado Ascario Antero Hinostroza Aquino, fundamenta su recurso de nulidad a fojas mil quinientos setenta y cinco, alegando que no existe en el proceso ninguna prueba fehaciente que acredite su responsabilidad como autor del delito de concusión - cobro indebido, ya que, la sola sindicación de la denunciante no es prueba suficiente que demuestre su responsabilidad, sino ésta debe estar sustentada con pruebas sólidas, ya que su condena esta basada únicamente en suposiciones; además, agrega que su participación en los cargos imputados no se han acreditado, ya que su firma no está en los actos y resoluciones que es materia de este proceso; asimismo, no se ha dado el valor probatorio a lo declarado por la procesada Julia Manuela Rojas Quispe -que ejercía el cargo de Teniente Alcalde- en la audiencia de fecha veintiuno de julio del dos mil nueve que obra a fojas mil cuatrocientas noventa y nueve, en la que señala que el procesado nunca tuvo conocimiento de los

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA PENAL TRANSITORIA**

**R. N. N° 4436-2009**

**CAÑETE**

hechos que se le imputan, por lo que, solicita ser absuelto de los cargos que se le inculpan en la acusación fiscal. **Segundo:** Que, fluye de la acusación fiscal, obrante a fojas mil doscientos cincuenta y dos, establece que entre los meses de abril y octubre del dos mil cuatro, los denunciados José Garay Cortez, Julia Manuela Rojas Quispe y Ascario Antero Hinojosa Aquino, en su calidad de funcionarios y servidores públicos de la Municipalidad Distrital de San Luis - Cañete, exigieron a la empresa agraviada EDECAÑETE Sociedad Anónima Abierta, el pago de una multa de dos millones seiscientos cuarenta y nueve mil seiscientos nuevos soles, que le fuera impuesto mediante Resolución Jefatural número dos - dos mil cuatro/JR - MDSL y la Liquidación de Deuda Tributaria número cero uno - MDSL - dos mil cuatro, por la supuesta comisión de una infracción consistente en colocar cuatrocientos catorce postes sin contar con autorización municipal, sustentándose en la Ordenanza Municipal número cero cero cuatro-dos mil cuatro - MDSL, que entró en vigencia el uno de mayo de dos mil cuatro, no obstante que dichos postes fueron colocados con antelación a la dación de la mencionada norma, como lo ha establecido el Juzgado Especializado en lo Civil de Cañete mediante sentencia firme de fecha veintiuno de noviembre de dos mil cinco, siendo la participación en concreto del procesado José Garay Cortés -Jefe del Departamento de Obras- haber elaborado el informe número cero cero cinco - dos mil cuatro - OP - MDSL y sus anexos que señala sobre la existencia de los postes instalados por la empresa agraviada, sin contar con la autorización municipal, motivo por el cual se estableció la mencionada multa; la participación de Julia Manuela Rojas Quispe, consistió en que en su calidad de Teniente Alcalde de

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA PENAL TRANSITORIA**

**R. N. N° 4436-2009**

**CAÑETE**

la citada Municipalidad, suscribió las Resoluciones de Alcaldía número cero cuarenta y cero cincuenta - dos mil cuatro - MDSL, que declararon infundado el recurso de apelación interpuesto por EDECAÑETE Sociedad Anónima Abierta, contra la Resolución número cero seis - dos mil cuatro, agotándose así la vía administrativa, actos arbitrarios que pese ha haberse puesto en conocimiento del procesado Ascario Antero Hinostroza Aquino - Alcalde de la Municipalidad-, fueron consentidos por éste, con la finalidad de que se cumpla con cancelar la multa. **Tercero:** Que, el delito de concusión en su figura de cobro indebido, tipificado en el artículo trescientos ochenta y tres del Código Penal, señala que se configura cuando el funcionario o servidor público abusando de su cargo y con la finalidad de obtener un provecho económico indebido, pretextando que es para la Administración Pública, exige a su víctima o hace pagar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede la tarifa legal; además, es importante determinar que la contribución o emolumento que se exige al agraviado son contribuciones derogadas o simplemente no existen legalmente la obligación de pagar. **Cuarto:** Que, Conforme al recuento de autos, se tiene que la empresa EDECAÑETE Sociedad Anónima Abierta, fue sancionada con una multa de dos millones seiscientos cuarenta y nueve mil seiscientos nuevos soles, -por haber instalado cuatrocientos catorce postes de servicio de alumbrado eléctrico sin autorización del municipio-, conforme se dispuso en atención a la Ordenanza Municipal número cero cero cuatro - dos mil cuatro de fecha quince de abril de dos mil cuatro que obra a fojas trescientos dos, sanción que resulta ilegítima, toda vez que los referidos postes fueron instalados con anterioridad a la expedición de la citada

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA PENAL TRANSITORIA**

**R. N. N° 4436-2009**

**CAÑETE**

ordenanza y además porque en el artículo noventa y siete de la Ley de Concesiones Eléctricas número veinticinco mil ochocientos cuarenta y cuatro, ha establecido que *"Los concesionarios podrán abrir los pavimentos, calzadas y aceras de las vías públicas que se encuentren dentro de su zona de concesión, dando aviso a las municipalidades respectivas y quedando obligadas a efectuar la reparación que sea menester, en forma adecuada e inmediata"*. Por lo que, el requerimiento de una autorización para la instalación de los postes por parte de la Municipalidad no era necesaria, ya que esta empresa se encontraba en concesión. **Quinto:** Que, del análisis de los actuados, ha quedado demostrado la responsabilidad penal del procesado José Garay Cortez que se desempeñó como jefe del Departamento de Obras de la Municipalidad Distrital de San Luis – Cañete, toda vez que a consecuencia del Informe emitido por su despacho número cero cero cinco – dos mil cuatro de fecha catorce de junio de dos mil cuatro de fojas cuatrocientos treinta y uno, ha señalado que la empresa agraviada a instalado cuatrocientos catorce postes sin autorización municipal, iniciándose como tal el cobro de la multa indebida a la entidad agraviada; asimismo, se advierte que el referido procesado a declarado a fojas mil cuatrocientos noventa y seis, que la antigüedad de los postes, eran de los años mil novecientos noventa y tres a mil novecientos noventa y cuatro tal como se advertía de la base de los postes, dicho que ha quedado confirmado con la inspección judicial de fojas ochocientos treinta y cuatro, pero aun así, teniendo el procesado conocimiento de la antigüedad de los postes, realizó el informe respectivo, motivo por el cual se emitió la Resolución número cero cero cinco - dos mil

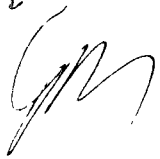
**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**


**SALA PENAL TRANSITORIA**


**R. N. N° 4436-2009**

**CAÑETE**

cuatro/JR-MDSLCL, que resuelve aprobar la liquidación de multa número cero uno – dos mil cuatro -MDSL en la cual se impone la citada multa administrativa a la Empresa de Distribución Eléctrica Cañete - EDECAÑETE Sociedad Anónima Abierta, ello en concordancia con la Ordenanza Municipal número cero cero cuatro –dos mil cuatro MDSLCL que entró en vigencia el primero de mayo de dos mil cuatro; resolución contra la cual la empresa agraviada interpuso recurso de reconsideración, declarándose infundada, mediante Resolución Jefatura número cero seis – dos mil cuatro MDSLCL de fecha veintisiete de agosto de dos mil cuatro obrante a fojas sesenta y tres, y como tal la agraviada interpuso recurso de apelación -elevándose así a la segunda instancia administrativa-.

 **Sexto:** Que, respecto a la responsabilidad penal de la procesada Julia Manuela Rojas Quispe, que en su condición de Teniente Alcalde, su conducta penal se describe que ésta, resolvió el recurso de apelación presentado por la empresa agraviada, la misma que ha declarado infundada, mediante Resolución número cuarenta - dos mil cuatro de fecha quince de octubre de dos mil cuatro obrante a fojas doscientos noventa y seis, pese a que la empresa agraviada, ha señalado que se encontraba en concesión que los postes fueron instalados en los años mil novecientos noventa y tres a mil novecientos noventa y cuatro, iniciándose así el cobro de la multa, por el departamento de cobranzas coactivas, perjudicando así a la empresa agraviada, ya que, al momento de emitir resolución de alcaldía, no se ha tomado en cuenta la Ley de Concesiones Eléctricas número veinticinco mil ochocientos cuarenta y cuatro; que dicha responsabilidad penal también alcanza al procesado Ascario Antero Hinojosa Aquino, quien al ostentar el





**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA PENAL TRANSITORIA**

**R. N. N° 4436-2009**

**CAÑETE**

cargo de Alcalde de entidad edil, tenía el deber de fiscalizar y la potestad de advertir irregularidades en la tramitación del proceso administrativo de la empresa agraviada, ya que como bien lo ha indicado el propio encausado, tuvo conocimiento de la Resolución Jefatura número dos - dos mil cuatro, porque EDECAÑETE Sociedad Anónima Abierta, presentó una reconsideración y su despacho derivó al área de rentas, teniendo luego conocimiento que dicha reconsideración fue denegada conforme obra a fojas mil quinientos ocho, con lo que queda demostrado su responsabilidad del procesado Hinostroza Aquino, al haber permitido que se efectúen actos ilícitos en perjuicio de la mencionada empresa. **Sétimo:** Que, es de indicar, que se ha determinado que la instalación de los postes de la empresa EDECAÑETE Sociedad Anónima Abierta, se produjo con fecha anterior a la Ordenanza cuestionada obrante a fojas trescientos dos, que sanciona con multa la falta de autorización municipal de dicha instalación y en consecuencia la papeleta número cero uno - dos mil cuatro, no constituye una aplicación retroactiva, resultando también ilegal la exigencia de pago a la empresa agraviada, ya que como se indica en la sentencia emitida por el Juzgado Civil que obra a fojas setecientos setenta y tres "...los servicios públicos que se daban en concesión contienen implícita la autorización de la autoridad estatal para ejecutar las obras de dicho servicio en la jurisdicción territorial que comprende la concesión, sin que requiera que se realice un trámite administrativo ante la municipalidad", encontrándose acreditada así la materialidad del delito de Concusión en la modalidad de cobro indebido, así como también la responsabilidad de los procesados en su condición de funcionarios públicos, que

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA PENAL TRANSITORIA**

**R. N. N° 4436-2009**

**CAÑETE**

abusando de su poder, participaron en los procedimientos administrativos en el que se le impuso multa ilegítimas y arbitrarias a la empresa EDECAÑETE Sociedad Anónima Abierta, siendo de anotar que la condición de funcionario o servidor público no solo se acredita con la formalidad regulatoria del ingreso a la carrera pública sino también que se considera dentro del ámbito jurídico estatal a aquellos funcionarios, servidores o personeros que momentáneamente mantengan una relación vinculante con el servicio público, cuya conducta funcionaria les establece cumplimiento de determinados deberes jurídicos, haciéndose posible de interpelación en el caso que observen un comportamiento disfuncional o incumplan dichos deberes especiales; consecuentemente de lo antes desarrollado, se desprende que el delito de cobro indebido se encuentra acreditado; así como, la participación y responsabilidad de los procesados, por lo expuesto la sentencia venida en grado no debe sufrir variación alguna por estar arreglada a ley. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha treinta de setiembre de dos mil nueve, de fojas mil quinientos cuarenta y nueve que condenó a José Garay Cortez, Julia Manuela Rojas Quispe y Ascario Antero Hinostroza Aquino como autores del delito contra la Administración Pública - delito cometido por funcionario público - concusión, en la modalidad de cobro indebido, en agravio de EDECAÑETE Sociedad Anónima Abierta y el Estado, a dos años de pena privativa de la libertad suspendida condicionalmente por el plazo de un año, inhabilitación por el periodo de un año de conformidad a lo dispuesto en los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal y fijó por concepto



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**  
**SALA PENAL TRANSITORIA**  
**R. N. N° 4436-2009**  
**CAÑETE**

de reparación civil la suma de tres mil nuevos soles que deberán pagar en forma solidaria a favor de cada uno de los agraviados, con lo demás que al respecto contiene y es materia del recurso; y los devolvieron, interviene el señor Juez Supremo Santa María Morillo por licencia del señor Juez Supremo Rodríguez Tineo.

S.S.

**BIAGGI GÓMEZ**

**BARRIOS ALVARADO**

**BARANDIARÁN DEMPWOLF**

**NEYRA FLORES**

**SANTA MARÍA MORILLO**

**SE PUBLICO CONFORME A LEY**

**MIGUEL ANGEL COTELLO TASAYCO**  
SECRETARIO(a)  
P Sala Penal Transitoria  
CORTE SUPREMA

