

2
16

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N° 2673-2009
LAMBAYEQUE

Lima, quince de julio de dos mil diez.-

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el Procurador Público Anticorrupción Descentralizado del Distrito Judicial de Lambayeque, contra la sentencia absolutoria de fojas dos mil novecientos cincuenta y cuatro, de fecha cinco de diciembre de dos mil siete; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo José Antonio Neyra Flores; de conformidad con el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO:** Primero: Que, la parte civil al fundar su recurso de nulidad de fojas dos mil novecientos sesenta y ocho, señala que la comisión del delito de colusión se encuentra acreditada, con el mérito de los comprobantes de pago que obran en autos y en los archivos de la Municipalidad de Olmos, pertenecientes a los proveedores Ferretería "Arroyo", "Ferretería Emerson" y "Comercial Serrato", del periodo: enero de mil novecientos noventa y nueve a diciembre de dos mil por la cantidad de dieciocho mil doscientos cuarenta y cinco bolsas de cemento, de cuarenta y dos kilos y medio por la suma de trescientos cincuenta y tres mil quinientos cincuenta y tres nuevos soles con sesenta céntimos, pagándose precios que oscilan entre dieciocho nuevos soles con cincuenta céntimos y diecinueve nuevos soles con cincuenta céntimos en el año mil novecientos noventa y nueve, y entre diecinueve y veinte nuevos soles en el año dos mil, sin embargo, se ha determinado que en el mercado local, los precios eran menores a los que pagaron los acusados, que el Colegiado Superior no ha tomado en consideración al momento de resolver, el Informe Especial número cero treinta y ocho - dos mil uno - CG / SCH emitido por la Contraloría General de la República, que constituye prueba

16,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N° 2673-2009
LAMBAYEQUE

preconstituida; que los encausados en el ejercicio presupuestal recibieron del tesoro público la suma de un millón novecientos noventa mil doscientos setenta y tres nuevos soles con ochenta y siete céntimos, aperturando cuentas en el Banco de la Nación a nombre del Fondo de Compensación Municipal - FONCOMUN, por lo que de conformidad con la Resolución Directoral número cero treinta y seis - noventa y nueve - EF / setenta y seis - nueve, de fecha catorce de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, se debió aplicar un gasto máximo hasta por la suma de quinientos noventa y siete mil ochenta y dos nuevos soles con dieciséis céntimos, que con las deducciones del caso se redujo a un monto de quinientos noventa mil setecientos ochenta y cuatro nuevos soles con dieciséis céntimos, sin embargo, de los comprobantes de pago se determinó que se realizaron gastos indebidos por la suma de setecientos seis mil ciento veintiún nuevos soles con ochenta y cinco céntimos, excediéndose del límite establecido en ciento quince mil trescientos treinta y siete nuevos soles con sesenta y nueve céntimos, por lo que la conducta imputada se encuentra subsumida en el delito de malversación de fondos. **Segundo:** Que, de acuerdo a la acusación fiscal de fojas mil cuatrocientos ochenta, se atribuye a los encausados Hugo Hernán Maza Monja - Alcalde -, José del Carmen Yunque Coico - Contador -, José Orlando Ávalos Chimoy - Tesorero - y José Alberto Zaba Martínez - se desempeñó como Tesorero desde enero de mil novecientos noventa y nueve hasta el mes de junio de dicho año y posteriormente como Auxiliar Contable - haber utilizado recursos del Fondo de Compensación Municipal - FONCOMÚN de la Municipalidad Distrital de Olmos en gastos corrientes en exceso, por un importe de ciento quince mil trescientos treinta y siete nuevos soles con sesenta y

2
17,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N° 2673-2009
LAMBAYEQUE

nueve céntimos, equivalente al cinco punto setenta por ciento durante el período dos mil; asimismo, haber utilizado del recurso del canon minero y derecho de vigencia de minas durante los ejercicios mil novecientos noventa y nueve y dos mil, en gastos corrientes un total de diecinueve mil novecientos veintiocho nuevos soles con cuarenta y cinco céntimos (**MALVERSACIÓN DE FONDOS**). De igual modo, se inculpa a Hugo Hernán Maza Monja - Alcalde - José Gilberto Maza Monja - Jefe de Abastecimiento - y Segundo César Maza Monja - ex Jefe de Abastecimiento - haber adquirido, durante los años mil novecientos noventa y nueve y dos mil, bolsas de cemento a precios mayores a los que se ofrecían en el mercado local, generando pagos en exceso por el importe de veintiún mil trescientos ochenta y cuatro nuevos soles con sesenta céntimos, a favor de las empresas "Ferretería Arroyo", "Ferretería Emerson" y "Comercial Serrano" (**COLUSIÓN DESLEAL**).

Tercero: Que, a efectos de emitir una decisión absolutoria el Juzgador debe: *i)* concluir de manera fehaciente sobre la plena irresponsabilidad penal de la persona a quien se le imputa la comisión de un delito, arribando a dicha certeza a través del material de prueba de descargo acopiado durante el proceso; *ii)* cuando de la actividad probatoria surja duda razonable sobre la participación del procesado, en virtud del principio universal del *indubio pro reo*, o *iii)* que dicha actividad probatoria sea insuficiente para entrar a un análisis de condena. **Cuarto:** Que, en tal sentido, se advierte que en el presente caso, se imputa a los encausados Hugo Hernán Maza Monja, José del Camen Yunque Coico, José Orlando Ávalos Chimoy y José Gilberto Zaba Martínez la comisión del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de malversación de fondos - por el cual han sido absueltos por el Colegiado

79

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL TRANSITORIA

R. N. N° 2673-2009

LAMBAYEQUE

Superior – previsto en el artículo trescientos ochenta y nueve del Código Penal, que sanciona al "...funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada...", en tal sentido, se advierte dos elementos que constituyen la estructura típica del citado delito: a) la relación funcional existente entre el sujeto activo y la administración del dinero o bienes y b) la aplicación definitiva diferente que se da a los fondos públicos, no necesitándose para su configuración la lesión del patrimonio del Estado, pues en estos casos se cumple con la finalidad social, pero en una forma no debida, ni preestablecida, consecuentemente, el bien jurídico que se afecta con el citado delito es la regularidad y buena marcha de la administración pública, preservando la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos, es decir, la racional organización en la ejecución del gasto y en la utilización y/o empleo del dinero y bienes públicos. **Quinto:** Que, en dicho orden de ideas, debe indicarse que en el caso *sub exámine* no se advierte la afectación a que se hace mención en el acápite anterior, toda vez que si bien en el Informe Especial número cero treinta y ocho – dos mil uno – CG / SCH de fojas uno, elaborado por la Contraloría General de la República, se ha indicado que en el año dos mil se utilizaron recursos del FONCOMUN de la Municipalidad Distrital de Olmos de manera indebida en gastos corrientes en exceso por un importe de ciento quince mil trescientos treinta y siete nuevos soles con sesenta y nueve centimos, equivalente al cinco punto setenta por ciento del total asignado; asimismo, durante los años mil novecientos noventa y nueve y dos mil se habrían utilizado los recursos del canon minero y del derecho de vigencia de minas de

3
14

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N° 2673-2009
LAMBAYEQUE

manera indebida en gastos corrientes por un total de diecinueve mil novecientos veintiocho nuevos soles con cuarenta y cinco céntimos; sin embargo, es de apreciarse que de acuerdo al Dictamen Pericial Contable Judicial de fojas dos mil doscientos sesenta y siete, los peritos han señalado que los gastos efectuados con fondos provenientes tanto del FONCOMUN, Canon Minero y del Derecho de Vigencia de Minas, no corresponden al rubro gastos corrientes, sino pertenecen al rubro gastos de inversión, así está registrado en los respectivos libros contables, habiéndose consignado de esa manera en los anexos uno y cuatro del citado examen; es más, en cuanto al dinero del FONCOMUN, de la revisión de la documentación contable se advierte que en realidad se utilizó la suma de ciento nueve mil novecientos ochenta y nueve nuevos soles - siempre dentro del rubro gastos de inversión -, por lo que entre este monto y el consignado en el Informe de Contraloría existe una diferencia de cinco mil trescientos cuarenta y ocho nuevos soles con sesenta y nueve céntimos - que sería el monto materia de cuestionamiento -, al respecto en la mencionada pericia contable se ha establecido lo siguiente: "...En cumplimiento de las normas de Auditoria Gubernamental, los auditores comunican al Alcalde de los hallazgos, y con el propósito de levantar los hallazgos, el señor Alcalde emite la Resolución de Alcaldía número ciento setenta y ocho /dos mil uno - A - MDO, resolviendo que se devolviera de los ingresos corrientes hasta por la suma de ciento veintitrés mil quinientos tres nuevos soles con sesenta y nueve céntimos y que hasta la fecha ha hecho un depósito de ciento once mil setecientos cincuenta nuevos soles, en consecuencia, se ha devuelto en exceso la suma de ciento seis mil cuatrocientos veintiún nuevos soles con treintiún céntimos..."; asimismo, en cuanto al dinero

20

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL TRANSITORIA

R. N. N° 2673-2009

LAMBAYEQUE

proveniente del Canon Minero y del Derecho de Vigencia de Minas se advierte de la documentación contable que en realidad se utilizó la suma de dieciséis mil novecientos cuarenta y siete nuevos soles – distribuidos en seis mil catorce nuevos soles en el año mil novecientos noventa y nueve, y en diez mil novecientos treinta y tres nuevos soles en el año dos mil –, por lo que, entre este monto y el consignado en el informe de Contraloría existe una diferencia de dos mil novecientos ochentinueve nuevos soles – que sería el monto materia de cuestionamiento –, al respecto en la pericia contable de fojas dos mil seiscientos sesenta y siete se ha consignado que "...con el propósito de levantar esta observación la Municipalidad emitió la Resolución número ciento setenta y nueve / dos mil uno – A – MDO, para devolver a la cuenta número cero treinta y seis – cuatro mil treinta y nueve, y en cumplimiento de esta resolución se ha devuelto a la fecha tres mil setecientos ochenta y nueve nuevos soles, devolviendo en exceso ochocientos siete nuevos soles con cincuenta y cinco céntimos..."; que en tal sentido, de lo precedentemente expuesto se puede advertir que en el caso sub examine no se ha afectado los ingresos por concepto de FONCOMUN, Canon Minero y Derecho de Vigencia de Minas para utilizarlo en el rubro gastos corrientes, sino que tal como se ha señalado en la pericia contable obrante en autos, se utilizó en el rubro gastos de inversión – lo que legalmente estaba permitido –, incluso cabe agregar, que en el delito de malversación de fondos, el presupuesto de la norma es que el dinero se utilice de manera indebida y definitiva, lo que no se advierte de autos, pues mediante las Resoluciones de Alcaldía número ciento setenta y ocho / dos mil uno – A – MDO y número ciento setenta y nueve / dos mil uno – A – MDO, obrantes en copia simple a fojas dos mil seiscientos noventa y dos mil ochocientos doce, respectivamente, se advierte que dichos dineros

(u)
24

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N° 2673-2009
LAMBAYEQUE

han sido revertidos a la Municipalidad, incluso en exceso, por lo que en este extremo la sentencia materia de grado se encuentra arreglada a ley. **Sexto:** Que, en cuanto al delito de colusión desleal que se le imputa a los encausados Hugo Hernán Maza Monja, José Gilberto Maza Monja y Segundo César Maza Monja, se advierte que dicho ilícito se encuentra previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal sancionando al "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, según ley concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros..." que al respecto, debe indicarse que el Colegiado Superior en este extremo no ha efectuado un debido análisis de los hechos ni ha convalidado debidamente la prueba actuada, así se advierte que la Municipalidad Distrital de Olmos durante los años mil novecientos noventa y nueve y dos mil, adquirió dieciocho mil doscientos veintiocho bolsas de cemento, pagando por cada una de ellas la suma de diecinueve nuevos soles, diecinueve nuevos soles con cincuenta céntimos y hasta veinte nuevos soles, cuando en el mercado, el precio de dicho material era por bolsa de tan solo dieciocho nuevos soles en el año de mil novecientos noventa y nueve y de dieciocho nuevos soles con cincuenta céntimos en el año dos mil, tal como se advierte de las copias de los documentos - boletas de venta y facturas - obrantes de fojas setecientos nueve a setecientos cuarenta, en los que se puede apreciar la diferencia entre los precios que allí se consignan con los que fueron cobrados a la entidad edilicia, coincidiendo en la existencia de una sobrevaluación del precio de la bolsa de cemento,

22

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N° 2673-2009
LAMBAYEQUE

tanto en el Informe de Contraloría - el mismo que consignó como el total del perjuicio causado a la entidad municipal en veintiún mil trescientos ochenta y cuatro nuevos soles con sesenta céntimos, como se advierte de fojas quinientos setenta y tres - así como en la pericia contable - que consignó como perjuicio la suma de diecisiete mil cuatrocientos noventa y ocho nuevos soles -; asimismo, se advierte que ante las graves irregularidades detectadas por la Contraloría General de la República, los proveedores cuestionados - que representan a las entidades comerciales "Ferretería Arroyo", "Ferretería Emerson" y "Comercial Serrato" - e incluso algunos funcionarios municipales - como se advierte del anexo número catorce de la pericia contable, que obra a fojas dos mil ochocientos veintiocho -, devolvieron a la Municipalidad Distrital de Olmos la suma de diecinueve mil seiscientos cinco nuevos soles con cincuenta y cuatro céntimos por el pago en exceso por la adquisición de las bolsas de cemento, lo que en modo alguno constituye un hecho que deje sin efecto el presunto perjuicio que se habría ocasionado, sino por el contrario, el accionar tanto de los funcionarios públicos involucrados - Hugo Hernán Maza Monja, José Gilberto Maza Monja y Segundo César Maza Monja - y el de los representantes de las entidades proveedoras deberán ser debidamente meritadas a efectos de establecer sus responsabilidades o no, lo que tendrá que evaluarse de manera escrupulosa en cuanto a este extremo en un nuevo acto oral, para lo cual - de acuerdo a lo anotado por el señor Fiscal Supremo en su dictamen¹ - el Fiscal Superior deberá tener en cuenta lo

¹ Que el Fiscal Supremo ha indicado lo siguiente: "...que el delito de colusión es un delito de encuentro, por tanto, para su configuración no resulta suficiente con determinar la presencia de un funcionario o servidor público que defrauda al Estado, sino que resulta de vital importancia identificar al tercero con el cual se coludió causando perjuicio al Estado, pues el tipo penal exige como acción típica la concertación (...) por tanto, en el presente caso, al no haberse comprendido a los terceros con quienes los imputados se habrían coludido, resulta necesario que el Fiscal Superior actúe de conformidad con el artículo 265º del Código de Procedimientos Penales..."

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL TRANSITORIA

R. N. N° 2673-2009

LAMBAYEQUE

estipulado en el artículo doscientos sesenta y cinco del Código de Procedimientos Penales. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas dos mil novecientos cincuenta y cuatro, de fecha cinco de diciembre de mil novecientos noventa y siete, en el extremo que absolvió a Hugo Hernán Maza Monja, José del Carmen Yunque Coico, José Orlando Ávalos Chimoy y José Zaba Martínez de los cargos contenidos en el dictamen acusatorio, por el delito contra la Administración Pública - malversación de fondos, en agravio de la Municipalidad Distrital de Olmos y el Estado; con lo demás que contiene; asimismo, **NULA** la citada sentencia en cuanto absolvió a Hugo Hernán Maza Monja, José Gilberto Maza Monja y Segundo César Maza Monja por delito contra la Administración Pública - colusión desleal, en agravio de la Municipalidad Distrital de Olmos y el Estado; **MANDARON** se realice un nuevo Juicio Oral por distinto Colegiado Superior, el mismo que deberá tener en cuenta lo consignado al respecto en la presente Ejecutoria y los devolvieron.-

S.S.

RODRÍGUEZ TINEO

BIAGGI GÓMEZ

BARRIOS ALVARADO

BARANDIARÁN DEMPWOLF

NEYRA FLORES

NF/eamp

SE PUBLICO CONFORME A LEY

MIGUEL ÁNGEL SOTELO TASAYCO
SECRETARIO (e)
Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA

