

SUMILLA: [PRINCIPIO ACUSATORIO Y JERARQUÍA] La posición del señor Fiscal Supremo, debe primar frente a la posición del señor Fiscal Superior por el principio de jerarquía constitucional. [NULIDAD DE LA SENTENCIA] El análisis de los actuados refleja que la Sala Penal Superior, no realizó una valoración exhaustiva de la prueba actuada en el proceso penal respecto al delito de peculado simple y agravado. Por lo tanto, ha incurrido en el vicio de nulidad previsto en el artículo 298, numeral 1), del Código de Procedimientos Penales, debiendo anularse la sentencia absolutoria y convocarse a un nuevo juicio oral. [MALVERSACIÓN DE FONDOS] No procede la dúplica de plazo de prescripción de la acción penal en los delitos de malversación de fondos, al no haber afectación del patrimonio Estatal.

Lima, diecisiete de mayo de dos mil dieciocho.

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el señor FISCAL ADJUNTO SUPERIOR contra la sentencia, de dieciséis de enero de dos mil diecisiete, emitida por la Sala Penal Liquidadora Transitoria de Huaraz de la Corte Superior de Justicia de Áncash, de fojas 5074, que: **I]** declaró de oficio la prescripción de la acción penal a favor de los acusados: TEODORO VEGA CHÁVEZ, FÉLIX ROMEO ARANDA RODRÍGUEZ, JUSTINIANO VÍCTOR CALDAS SOTOMAYO, DIONICIO DAMIÁN LÓPEZ, GERARDO MATEO MATOS CUEVA, MARCELINO ROCA CHAVARRÍA, MANUEL AUGUSTO VÍA OLIVAS, MIGUEL GENARO FLORES TINOCO, MARINA EUGENIA DIESTRA MELGAREJO y EDILBERTO FLORENCIO DIESTRA ÁLVAREZ, en calidad de coautores de la comisión del delito contra la administración pública, en la modalidad de malversación de fondos, en agravio de la Municipalidad Provincial de Pomabamba; **II]** absolvió de la acusación fiscal a los acusados: TEODORO VEGA CHÁVEZ, FÉLIX ROMEO ARANDA RODRÍGUEZ, JUSTINIANO VÍCTOR CALDAS SOTOMAYOR y DIONICIO DAMIÁN LÓPEZ en calidad de coautores del delito contra la administración pública, en la modalidad de colusión desleal, en agravio de la Municipalidad Provincial de Pomabamba; **III]** absolvió de la acusación fiscal al acusado REYNALDO MELQUIADES REYES ROQUE en calidad de autor del delito contra la administración pública, en la modalidad de colusión desleal, en agravio de la Municipalidad Provincial de Pomabamba; **IV]** absolvió de la acusación fiscal al acusado MIGUEL ÁNGEL VÁSQUEZ MARROQUÍN en calidad de cómplice primario del delito contra la administración pública, en la modalidad de colusión desleal, en agravio de la Municipalidad Provincial de Pomabamba; **V]** absolvió de la acusación fiscal a los acusados: TEODORO VEGA CHÁVEZ, FÉLIX ROMEO ARANDA

RODRÍGUEZ, JUSTINIANO VÍCTOR CALDAS SOTOMAYOR y DIONICIO DAMIÁN LÓPEZ en calidad de coautores del delito contra la administración pública, en la modalidad de peculado simple y agravado, en agravio de la Municipalidad Provincial de Pomabamba; **VI]** absolvió de la acusación fiscal a los acusados: GERARDO MATEO MATOS CUEVA, MARCELINO ROCA CHAVARRÍA, MANUEL AUGUSTO VÍA OLIVAS, MIGUEL GENARO FLORES TINOCO, MARINA EUGENIA DIESTRA MELGAREJO y EDILBERTO FLORENCIO DIESTRA ÁLVAREZ en calidad de coautores del delito contra la administración pública, en la modalidad de peculado doloso, en agravio de la Municipalidad Provincial de Pomabamba; **VII]** absolvió de la acusación fiscal al acusado: PLINIO GOYITO GUTIÉRREZ VILCASHUAMÁN en calidad de cómplice primario del delito contra la administración pública, en la modalidad de peculado doloso agravado, en agravio de la Municipalidad Provincial de Pomabamba. De conformidad con lo opinado por la señora Fiscal Suprema en lo Penal. Interviene como ponente el señor Juez Supremo CEVALLOS VEGAS.

CONSIDERANDO

§. IMPUTACIÓN FISCAL

PRIMERO. Conforme a la acusación escrita de fojas 4242, reitera en el Dictamen Fiscal Supremo –obrante a fojas 51 del cuadernillo formado en esta instancia-, los hechos imputados son los siguientes:

I] PECULADO DOLOSO AGRAVADO

Se atribuye a los acusados TEODORO VEGA CHÁVEZ –alcalde-, FÉLIX ROMEO ARANDA RODRÍGUEZ -Gerente Municipal-, JUSTINIANO VÍCTOR CALDAS SOTOMAYOR –alcalde- y DIONICIO DAMIÁN LÓPEZ -Gerente Municipal-, el delito de peculado doloso, pues el primero de los nombrados en su condición de alcalde de la Municipalidad Provincial de Pomabamba, a principios del año 2004, convocó a una licitación para el Programa de Vaso de Leche por todo ese año, conformándose con tal fin una comisión de contrataciones y adquisiciones, presidida por el Gerente Municipal Félix Romeo Aranda, integrada por Domingo Felipe Ganvini Vega como miembro y Edilberto Florencio Diestra Álvarez como secretario, resultando ganador de la buena pro la empresa Importaciones “THRIVE E.I.R.L.”, representada por el imputado Plinio Goyito Gutiérrez Vilcahuamán, quien propuso un precio de venta de S/ 2.59 el kilo de avena y S/ 1.83 la unidad de

tarro de leche; sin embargo, en el mes de marzo del mismo año, dicha empresa incrementó los precios de sus productos a S/ 2.72 el kilo de avena y S/ 1.92 el tarro de leche, aduciendo el impuesto a las transacciones financieras (ITF), ante ello, sin previa reunión con los miembros de la comisión ni autorización del pleno del Consejo Municipal, los procesados Teodoro Vega Chávez –alcalde- y Félix Romeo Aranda –Gerente Municipal-, autorizaron la cancelación de dichos incrementos en el pago, como consta de las copias de las facturas Nros. 000311- 000326, por la suma de S/ 16,291.66; luego, en el mes de diciembre, cuando el encartado Justiniano Caldas Sotomayor asumió la Alcaldía y Dionicio Damián López, la Gerencia Municipal, pese a tener conocimiento del incremento de los productos lácteos, autorizaron la cancelación del último lote de productos con el incremento irregular, como consta de las facturas Nros. 002008 y 002009, sin efectuar ninguna gestión formal para rebajar dicho costo al monto original pactado desde un principio y sin consultar, menos estar autorizados por el pleno del Consejo Municipal, causando un perjuicio a la entidad agraviada por la suma de S/ 9,231.34 de sobreprecio.

II] PECULADO DOLOSO AGRAVADO, COLUSIÓN ILEGAL Y MALVERSACIÓN DE FONDOS

Se atribuye a los acusados JUSTINIANO VÍCTOR CALDAS SOTOMAYOR –ex alcalde-, DIONICIO DAMIÁN LÓPEZ –ex gerente municipal-, GERARDO MATEO MATOS CUEVA –ex regidor-, MARCELINO ROCA CHAVARRÍA –ex regidor-, MANUEL AUGUSTO VÍA OLIVAS –ex regidor-, MIGUEL GENARO FLORES TINOCO –ex regidor-, MARINA EUGENIA DIESTRA MELGAREJO –ex regidora-, EDILBERTO FLORENCIO DIESTRA ÁLVAREZ –ex regidor-, REYNALDO MELQUIADES REYES ROQUE –ex supervisor de obra-, RICARDO VICENTE VÁSQUEZ MARROQUÍN –representante de la empresa “Tecno Arte”-, TEODORO VEGA CHÁVEZ –ex alcalde- y FÉLIX ROMEO ARANDA RODRÍGUEZ –ex gerente municipal- en su condición de funcionarios y servidores públicos (algunos de ellos por extensión, debido al vínculo contractual que mantenían con la entidad edil) haber ejecutado los siguientes actos:

COLUSIÓN

Los procesados Justiniano Víctor Caldas Sotomayor, Dionicio Damián López, Reynaldo Melquiades Reyes Roque, Teodoro Vega Chávez y Félix Romeo Aranda Rodríguez, en la ejecución de la obra “Remodelación de la Plaza de Armas de Pomabamaba”, se coludieron con el procesado Miguel Ángel Vásquez Marroquín para defraudar a la entidad agraviada, en tanto que el

imputado JUSTINIANO VÍCTOR CALDAS SOTOMAYOR, en su condición de alcalde, desde agosto de 2004, efectuó un incremento del presupuesto inicial de la obra, fijando en S/ 652,776.37, por S/ 49,660.27, para un supuesto "Sistema de drenaje" y otro por la suma de S/ 46,555.11, por concepto de "Muros para plataforma y enchape con piedras de muro", sin tener en cuenta los informes de Supervisión de la Obra, donde se le hacía conocer que los trabajos de avance no se encontraban conforme al desarrollo normal proyectado y, además, se le recomendaba la remodelación urgente de la carta fianza otorgada por la empresa ya que se encontraba vencida, no obstante, continuó efectuando los pagos respectivos a esta empresa, la misma que abandonó la ejecución de los trabajos en abril de 2005, con un avance del 85.14%, habiéndosele adelantado la cancelación del monto; aunado al hecho que el expediente técnico de dicha obra fue elaborada por la empresa contratista mas no por el Supervisor conforme a la normativa del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – CONSUCODE. Asimismo, mediante carta notarial dirigida al gerente del Banco Continental, requirió la ejecución de la Carta Fianza N.º 011-0147-9800013353-62 por S/ 62,277.64, pero, dolosamente, lo hizo omitiendo cumplir los requisitos de acreditar las facturas requeridas vía acuerdo de consejo, adjuntar el original de la carta fianza y los documentos de prórroga que le fueron entregadas en la fecha de emisión de la misma, a su vez, oportunamente no solicitó a los representantes de la empresa "Tecno Arte" la renovación de dicha carta, que estaba vencida, por lo que el banco rechazó su ejecución, perjudicando a la entidad edil.

El imputado DIONICIO DAMIÁN LÓPEZ, en calidad de gerente municipal, intervino en calidad de coautor, por cuanto ordenaba los pagos a la empresa constructora, pese a tener conocimiento de los informes del supervisor de obra, además, fue quién entregó el original de la carta fianza a los representantes de la empresa "Tecno Arte", con el pretexto de renovársela; sin embargo, esta nunca fue devuelta a la Municipalidad, lo que se necesitaba para ser ejecutada.

El imputado REYNALDO MELQUIADES REYES ROQUE, en su calidad de ex supervisor de obra, tuvo conocimiento de las desavenencias y demás problemas que se estaban presentando en la construcción y pese a ello, solicitó el incremento del

primer presupuesto otorgado, originando que la empresa constructora recibiera por adelanto la cancelación de los trabajos y luego, abandonara la obra.

El imputado TEODORO VEGA CHÁVEZ, en su calidad de ex alcalde de la Municipalidad Provincial de Pomabamba, el 08 de junio de 2004, suscribió el contrato de obra N.º 001-2004-MPP con su coacusado Ricardo Vicente Vásquez Marroquín, representante legal de la empresa "Tecno Arte", a fin de que esta la ejecutará, por un costo total de S/ 652,776.37, en un plazo de 99 días calendarios, desde el 17 de agosto de 2004 hasta el 24 de noviembre de 2004; sin embargo, antes del inicio de la obra, el citado imputado, desembolsó a favor de la empresa las sumas de S/ 130,555.27 y S/ 261,110.55, sin ceñirse a los párrafos 7.1. a) y b) de la cláusula séptima, respecto a los adelantos, habiéndose ejecutado dichos pagos por orden de su coacusado Félix Romeo Aranda Rodríguez, en su condición de ex gerente municipal, pese a no haber recepcionado el diagrama de avance de obra, certificado de residente de obra y calendario de adquisición de materiales, conforme se suscribe en la orden de servicio N.º 000243, de 12 de julio de 2004.

El imputado MIGUEL ÁNGEL VÁSQUEZ MARROQUÍN, en su calidad de representante de la empresa constructora "Tecno Arte", en todo momento actuó en concierto de voluntades con los procesados, que eran funcionarios de la entidad agraviada, a fin de obtener provecho propio en perjuicio de la entidad pública agraviada.

PECULADO DOLOSO

Se atribuye a los acusados JUSTINIANO VÍCTOR CALDAS SOTOMAYOR –ex alcalde-, DIONICIO DAMIÁN LÓPEZ –ex gerente municipal-, GERARDO MATEO MATOS CUEVA –ex regidor-, MARCELINO ROCA CHAVARRÍA –ex regidor-, MANUEL AUGUSTO VÍA OLIVAS –ex regidor-, MIGUEL GENARO FLORES TINOCO –ex regidor-, MARINA EUGENIA DIESTRA MELGAREJO –ex regidora-, EDILBERTO FLORENCIO DIESTRA ÁLVAREZ –ex regidor-, TEODORO VEGA CHÁVEZ –ex alcalde- y FÉLIX ROMEO ARANDA RODRÍGUEZ –ex gerente municipal- haber incurrido en el delito de peculado doloso, respecto al presupuesto de la obra "Remodelación de la Plaza de Armas de Pomabamaba", pues en el informe contable se establece que la inversión total para la obra fluctúa en la suma de S/ 859,683.31, existiendo con ello una diferencia de S/ 206,906.94, con relación a la suma fijada

inicialmente para la ejecución y culminación de esta obra que era de S/ 652,776.37, apropiándose de este dinero.

MALVERSACIÓN DE FONDOS

Se atribuye a los acusados JUSTINIANO VÍCTOR CALDAS SOTOMAYOR –ex alcalde-, DIONICIO DAMIÁN LÓPEZ –ex gerente municipal-, GERARDO MATEO MATOS CUEVA –ex regidor-, MARCELINO ROCA CHAVARRÍA –ex regidor-, MANUEL AUGUSTO VÍA OLIVAS –ex regidor-, MIGUEL GENARO FLORES TINOCO –ex regidor-, MARINA EUGENIA DIESTRA MELGAREJO –ex regidora-, EDILBERTO FLORENCIO DIESTRA ÁLVAREZ –ex regidor-, luego que la empresa contratista “Tecno Arte” abandonara la obra “Remodelación de la Plaza de Armas de Pomabamba”, decidieron continuar y culminar por administración directa, asumiendo casi el 15% faltante de la ejecución, aprobando la Resolución de Alcaldía N.º 21-2005-GPP/A, de 15 de mayo de 2005, que disponían la culminación de la referida obra, con una inversión adicional y por administración directa, tomando como fuentes de financiamiento los presupuestos de FONCOMUN por S/ 100,314.93 y CANON MINERO por S/ 15,195.50, dando así, una aplicación diferente a estos fondos que les habían asignado por razón de su cargo.

§. FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPERIOR.

SEGUNDO. La Sala Penal Superior, en la sentencia de fojas 5074, a fin de emitir pronunciamiento absolutorio precisó lo siguiente:

I] Respecto al delito de **COLUSIÓN** imputado a los acusados Teodoro Vega Chávez, Félix Romeo Aranda Rodríguez, Justiniano Víctor Caldas Sotomayor, Dionicio Damián López –autores- y Miguel Ángel Vásquez Marroquín –cómplice primario-; indican que no se ha podido acreditar el acuerdo colusorio por parte de Miguel Ángel Vásquez Marroquín con los funcionarios de la entidad agraviada; en tanto que el referido ha precisado que no ha sido representante ni accionista de la empresa “Tecno Arte”.

II] En cuanto al delito de **PECULADO DOLOSO**, imputado a los acusados Gerardo Mateo Matos Cueva, Marcelino Roca Chavarría, Manuel Augusto Vía Olivas, Miguel Genaro Flores Tinoco, Marina Eugenia Diestra Melgarejo y Edilberto Florencio Diestra Álvarez, no se ha llegado a acreditar la apropiación del bien público para un provecho privado; pues, si bien existen desajustes entre los

precios reales, ello no prueba la apropiación del bien o dinero público; aunado a ello, la acusación no contiene la existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales, en consecuencia no se ha cumplido con la imputación necesaria.

III] Por último, respecto al delito de **MALVERSACIÓN DE FONDOS** imputado a los acusados Teodoro Vega Chávez, Félix Romeo Aranda Rodríguez, Justiniano Víctor Caldas Sotomayor, Dionicio Damián López, Gerardo Mateo Matos Cueva, Marcelino Roca Chavarría, Manuel Augusto Vía Olivas, Miguel Genaro Flores Tinoco, Marina Eugenia Diestra Melgarejo y Edilberto Florencio Diestra Álvarez, declararon prescrita la acción penal, pues al no haber afectación del patrimonio estatal no opera la duplicidad de plazo de prescripción, ello en aplicación del Recurso de Nulidad N.º 1791-2012/Áncash.

§. EXPRESIÓN DE AGRAVIOS.

TERCERO: El señor FISCAL ADJUNTO SUPERIOR, en su recurso de nulidad de fojas 5124, señala, en cuanto al delito de:

I] COLUSIÓN, que se encuentra acreditado que los procesados Teodoro Vega Chávez, Félix Moreno Aranda Rodríguez, Justiniano Víctor Caldas Sotomayor, Dionicio Damián López y Reynaldo Melquiades Reyes Roque, en su condición de funcionarios públicos, que tenían la función de velar por la buena administración y conducción de los recursos financieros de la entidad edil que representaban, en la ejecución de la obra "Remodelación de la Plaza de Armas de Pomabamba", se coludieron con el procesado Miguel ángel Vásquez Marroquín –gerente de la empresa "Tecno Artes"- para defraudar a la entidad agraviada, pues del informe pericial contable, la inversión total para la obra fluctúa en S/ 859,683.31, existiendo una diferencia de S/ 206,906.94, con respecto a la suma fijada inicialmente para la ejecución de dicha obra por un monto de S/ 625,776.97, determinándose que se desembolsó dinero a pesar de que la empresa no cumplía con presentar la documentación con dicho fin, incluso cancelaron en su totalidad pese a que no se concluyó con la obra, ya que se encontraba en un 85.14% que significaba S/ 90,583.86; además de ello no renovaron la carta fianza, por lo que el banco rechazó la ejecución de dicho título valor, perjudicando a la entidad agraviada.

II] PECULADO AGRAVADO, que los procesados Teodoro Vega Chávez, Félix Romeo Aranda Rodríguez, Justiniano Víctor Caldas Sotomayor y Dionicio Damián López, en su condición de funcionarios que debían velar por la buena administración y conducción de los recursos financieros de la entidad que representaban, se apropiaron del dinero de aquella en favor del procesado Plinio Goyito Gutiérrez Vilcashuamán –representante de la empresa “Thrive E.I.R.L.”-, al otorgarle la buena pro para el establecimiento de insumos para el Programa del Vaso de Leche por el valor de S/ 2.59 el kilo de avena y S/ 1.83 el tarro de leche; siendo, que en el mes de marzo del mismo año -2004- la empresa ganadora incrementó a S/ 2.72 el kilo de avena y S/ 1.92 el tarro de leche, argumentando que se debía al incremento del Impuesto a las Transacciones Financieras, procediendo los procesados a pagarle el nuevo monto sin previa reunión con los miembros de contrataciones y adquisiciones y sin la autorización del pleno del Consejo Municipal, causando un perjuicio patrimonial de S/ 16,291.66. Precisa además el recurrente que este extremo no ha sido debidamente fundamentado por la Sala Superior para emitir una sentencia absolutoria.

III] PECULADO, que está demostrado que Teodoro Vega Chávez, Félix Romeo Aranda Rodríguez, Justiniano Víctor Caldas Sotomayor, Dionicio Damián López, Gerardo Mateo Matos Cueva, Marcelino Roca Chavarría, Manuel Augusto Vía Olivas, Miguel Genaro Flores Tinoco, Marina Eugenia Diestra Melgarejo y Edilberto Florencia Diestra Álvarez, se apropiaron del dinero del presupuesto de la obra “Remodelación de la Plaza de Armas de Pomabamba”, pues en el informe contable se establece que la inversión total para la obra fluctúa en la suma de S/ 859,683.61 existiendo con ello una diferencia de S/ 206906.94, con relación a la suma fijada inicialmente para la ejecución y culminación de esta obra que era de S/ 652,776.37; por tanto, sobrevaloraron la obra sin sustento alguno, incrementando el presupuesto inicial por S/ 49,660.27, por un supuesto “Sistema de drenaje” y otro adicional por la suma de S/ 46,555.11, por concepto de “Muros para plataforma y enchape con piedras de muro”, para de esta forma apropiarse del dinero en detrimento del patrimonio estatal.

IV] MALVERSACIÓN DE FONDOS, que los hechos no han prescrito, dado que ocurrieron el 19 de mayo 2005 y de acuerdo a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la Convención Interamericana Contra la

Corrupción, la Política Criminal del Estado Peruano contra la Corrupción y el Tribunal Constitucional establecen que el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado.

§. FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO.

PRINCIPIO ACUSATORIO Y DE JERARQUÍA

CUARTO. La Carta Magna encomienda exclusivamente al Ministerio Público la persecución del delito. Desde esa perspectiva, se ha sustraído a los jueces de la función de acusar, para de esta manera recuperar en esencia su exclusiva función juzgadora, con lo que constitucionalmente se clausura la posibilidad de construir o permitir el funcionamiento de un sistema inquisitivo. El sistema acusatorio exige, a decir de SAN MARTÍN CASTRO, que alguien inste la constitución de un proceso penal, que la actividad jurisdiccional se promueva externamente al propio Poder Judicial y que, por tanto, queden separadas las funciones de acusar y de juzgar¹.

QUINTO. Bajo esa línea de ideas, en caso de autos la señora **FISCAL SUPREMA EN LO PENAL** -en el dictamen de fojas 51, obrante en el cuadernillo Supremo- al absolver en grado el recurso de nulidad interpuesto por el señor Fiscal Adjunto Superior, en un extremo opinó lo siguiente:

I] Respecto a los delitos de **PECULADO DOLOSO SIMPLE Y AGRAVADO** atribuidos a los acusados Gerardo Matos Cueva, Marcelino Roca Chavarría, Manuel Augusto Vía Olivas, Miguel Genaro Flores Tinoco, Marina Eugenia Diestra Melgarejo y Edilberto Florencio Diestra Álvarez, refirió que teniendo en cuenta que si bien en su condición de regidores desempeñaban funciones de fiscalización de la gestión municipal, lo cierto es que no ostentaban un vínculo funcional sobre los caudales de la entidad, que constituye un elemento constitutivo del delito en comento, por tanto, no les asiste responsabilidad penal respecto a los delitos de peculado simple y agravado atribuidos.

II] Respecto al delito de **COLUSIÓN** argumentó que en el caso de autos no existe elemento de prueba directa ni indirecta que acredite que en el proceso de selección para la obra "Remodelación de la Plaza de Armas de Pomabamba", otorgada a la empresa "Tecno Arte", hubo un acuerdo clandestino para

¹ San Martín Castro, César. Derecho procesal penal. Editora Jurídica Grijley. Lima 2003, pág.235.

favorecer a esta persona jurídica, pues el hecho que el imputado Justiniano Víctor Caldas Sotomayor no exigiera la renovación de la carta fianza corresponde una infracción administrativa, no resulta suficiente para inferir un acuerdo colusorio, por lo que precisa que la absolución dispuesta, es acorde a los actuados.

III] En cuanto al delito de **MALVERSACIÓN DE FONDOS** señaló que de acuerdo a la doctrina nacional, en el delito de malversación de fondos no existe lesión real al patrimonio público, pues este cumple de todas maneras las finalidades sociales pero en forma no debida, razón por la cual, no resulta aplicable la disposición contenida en el artículo 80 del Código Penal referente a la dúplica del plazo ordinario de prescripción en los casos cometidos por funcionarios públicos contra el patrimonio del Estado, consecuentemente en el caso de los procesados Justiniano Víctor Caldas Sotomayor, Dionicio Damián López, Gerardo Mateo Matos Cueva, Marcelino Roca Chavarría, Manuel Augusto Vía Olivas, Miguel Genaro Flores Tinoco, Marina Eugenia Diestra Melgarejo y Edilberto Florencio Diestra Álvarez respecto al delito de malversación de fondos ha operado la acción liberadora del tiempo y el cese de la potestad punitiva del Estado.

SEXTO. Así las cosas, la señora Fiscal de máxima jerarquía bajo los fundamentos esbozados ha solicitado el sobreseimiento en los puntos mencionados, y tomando en consideración que el Ministerio Público está sujeto al **PRINCIPIO DE JERARQUÍA INSTITUCIONAL**, cuya relevancia normativa dimana del artículo 5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, que dispone: *"Los fiscales actúan independientemente en el ejercicio de sus atribuciones, las que desempeñarán según su propio criterio y en la forma que estimen más arreglada a los fines de su institución. Siendo un cuerpo jerárquicamente organizado deben sujetarse a las instrucciones que pudieren impartirles sus superiores"*. Acorde con ello, es preciso destacar que el Tribunal Constitucional ha reconocido la relevancia jurídica de este principio. Así, en la STC N.º 2920-2012-PHC/TC-Lima, de veintitrés de agosto de dos mil trece², estableció: *"(...) los fiscales de menor grado o rango, deben sujetarse a las instrucciones de sus superiores, dado que (...) el Ministerio Público es un órgano orgánica y jerárquicamente estructurado, de modo que las competencias (...) atribuidas puedan ser ejercidas por los funcionarios determinados para tal*

² Fundamento jurídico noveno, literal c.

efecto, quienes puedan actuar conforme a su criterio o conforme a lo ordenado o dispuesto por sus superiores (...)” –fundamento jurídico octavo-; y al mismo tiempo, determinó: “(...) en aplicación del (...) artículo 5º de la LOMP –Ley Orgánica del Ministerio Público– cuando un actuado llega a conocimiento del Fiscal Superior o Supremo, es el criterio de este el que debe primar sobre el criterio de los Fiscales de menor jerarquía (...)”. En consecuencia la opinión del Fiscal Supremo en lo Penal debe primar sobre la del Fiscal Superior conforme lo ha sostenido esta Suprema Corte³.

PRONUNCIAMIENTO DE LA SALA SUPREMA

SÉTIMO. En consecuencia corresponde a esta Suprema Sala emitir pronunciamiento respecto los extremo que subsisten, siendo estos: el delito de **PECULADO AGRAVADO** imputado a Teodoro Vega Chávez, Félix Romeo Aranda, Justiniano Víctor Caldas Sotomayor, Dionicio Damián López –en su calidad de coautores- y Plinio Goyito Gutiérrez Vilcashuamán –cómplice primario-, respecto al Programa de Vaso de Leche; y, el delito de **PECULADO SIMPLE** imputado a Teodoro Vega Chávez, Félix Romeo Aranda Rodríguez, Justiniano Víctor Caldas Sotomayor, Dionicio Damián López –en su calidad de coautores- y Miguel Ángel Vásquez Marroquín –en su condición de cómplice primario-, en cuanto a la obra “Remodelación de la Plaza de Armas de Pomabamba”, “Sistema de Drenaje” y “Muros para plataforma y enchape con piedras de muro”.

PECULADO AGRAVADO

OCTAVO. El análisis de los actuados refleja que la Sala Penal Superior, no realizó una valoración exhaustiva de la prueba actuada en el proceso penal, advirtiéndose también que la sentencia refleja una motivación aparente. Así se evidencia que no se han valorado las siguientes pruebas:

- a) Acta de la Presentación y Apertura de la Propuesta Técnica y Económica, del Programa de Vaso de Leche de la Municipalidad Provincial de Pomabamba para el año fiscal 2004, de 20 de enero de 2004, obrante a fojas 02 y 45 – Tomo I, donde se evidencia que el procesado Plinio Goyito Gutiérrez Vilcashuamán, ofreció como precio de los productos S/ 2.59 el kilo de avena y S/ 1.83 la unidad de leche, hecho que lo hizo ganador y merecedor de la buena pro.

³ Recurso de Nulidad N° 3675 – 2013, de 16 de marzo de 2015.

- b) Acta de Otorgamiento de la Buena Pro, de 12 de febrero de 2004, fojas 48 - Tomo I, donde se otorga la buena pro a la Empresa Importaciones Thrive E.R.I.L., por haber presentado la mejor propuesta, esto es S/ 2.59 el kilo de avena y S/ 1.83 la unidad de leche.
- c) Contrato de Suministro de Insumos para el Programa de Insumos para el Programa de Vaso de Leche, de fojas 34 – Tomo I, suscrito el 25 de febrero de 2004, entre los procesados Teodoro Vega Chávez –en su condición de alcalde de Municipalidad agraviada- y Plinio Goyito Gutiérrez Vilcashuamán –representante de la Empresa Importaciones Thrive E.R.I.L.-, donde se estableció precios distintos al ofertado, esto es S/ 2.72 soles el kilo de avena y S/ 1.92 el tarro de leche.
- d) Carta, de 05 de marzo de 2004, fojas 38 – Tomo I, mediante el cual el acusado Plinio Goyito Gutiérrez Vilcahuamán comunica al acusado Teodoro Vega Chávez que previa comunicación telefónica con el acusado Félix Romeo Aranda Rodríguez –Gerente Municipal- convino en hacer un incremento en el valor del precio obtenido en la buena pro, conforme al contrato de suministros de insumos para el programa de vaso de leche en un 5% que involucra “el costo de vida” que comprende *“el Impuesto a las Transferencias Financieras – ITF y el aumento de Costo de Fletes, dispuesto por el Gobierno referente al aumento de costo de combustible conforme a la Resolución Suprema de su propósito de fecha 26 de febrero de 2004, esto es, un día después de la firma de nuestro contrato en cita”* precisando que *“el incremento en el precio de la avena Avelac en bolsa por kilo 2.59 soles ahora el valor es S/ 2.72; igualmente el tarro de leche Gloria de S/ 1.83 a S/ 1.92”*; empero, estos argumentos no han sido plasmados en el contrato de 25 de febrero de 2004, más aun cuando la Resolución Suprema a la que se hace referencia presuntamente se publicó el 26 de febrero de 2004; empero, la autenticación de firmas también se llevó esa misma fecha, donde no se hizo cuestionamiento alguno.
- e) Carta N.º 001-2005-GPP-G, de 04 de febrero de 2006, fojas 49, remitida por el acusado Donicio Damián López al acusado Plinio Goyito Gutiérrez Vilcahuamán, donde le recalca que se encontraron contradicciones entre el precio con el que ganó la Buena Pro y el precio facturado por la entrega de los productos del Programa Vaso de Leche. Recalca además

que no se contó con la intervención de la Comisión de Contrataciones y Adquisiciones para contemplar y resolver cualquier pedido posterior al otorgamiento de la buena pro.

- f)** La declaración del acusado Félix Romeo Aranda Rodríguez, fojas 93 – Tomo I, donde afirma que el representante de la Empresa Importaciones Thrive E.R.I.L., Plinio Goyito Gutiérrez Vilcahuamán, luego de ganar la buena pro, le manifestó que los insumos habían subido; así con fecha 05 de marzo de 2004, recibió un fax de la referida empresa comunicándole que el precio de los productos iban a ser incrementados a fin de solventar el Impuesto a las Transacciones Financieras, motivo por el cual se reunió con la Comisión de Contrataciones y acordó el incremento en el precio; sin embargo, dicha versión se contradice con las declaraciones de Edilberto Florencio Diestra Álvarez y Domingo Felipe Garvini Vega – véase fojas 63, 125, 241 y 78, 128, 233 respectivamente del Tomo I-, quienes afirmaron que después del levantamiento del acta de la buena pro, nunca se convocó al comité especial para hacer conocer la variación del precio de los productos del Programa Vaso de Leche. Precisaron que una vez entregada la buena pro no tienen facultad alguna.
- g)** Dictamen Pericial Contable, fojas 171 – Tomo I, cuya conclusión detalla que existe diferencia de precio entre el Acta de Comité de Adjudicación, el Contrato y en los pagos efectuados según los comprobantes de pago generados por la Municipalidad Provincial de Pomabamba, se pagó a la Empresa Importaciones Thrive E.R.I.L., durante el periodo comprendido de enero a diciembre de 2004, la suma de S/ 195,499.92 existiendo un perjuicio de S/ 9,231.34, pericia que además se encuentra ratificada, conforme se evidencia a fojas 227.
- h)** Facturas N.º 002009 y 002009, fojas 43 y 44 respectivamente – Tomo I, canceladas en la gestión de los procesados Justiniano Víctor Caldas Sotomayor y Dionicio Damián López, con lo que se evidencia que estos autorizaron la cancelación del último lote de productos, pese a haber sido advertidos de la situación irregular.
- i)** Memorandum N.º 088-2005-GPP-G, mediante el cual el acusado Dionicio Damián López, el 17 de enero de 2005, solicitó dar el trámite para la

cancelación de la Factura N.º 002009 de la Empresa Importaciones Thrive E.R.I.L., por la suma que se indica.

PECULADO SIMPLE

NOVENO. Del mismo modo se aprecia que la Sala Penal Superior, no realizó una valoración exhaustiva de la prueba actuada en el proceso penal respecto al delito de peculado simple, incoado contra Teodoro Vega Chávez, Félix Romeo Aranda Rodríguez, Justiniano Víctor Caldas Sotomayor y Dionicio Damián López. Pues como bien lo afirma la Fiscal Suprema, la Sala Superior, al absolver a los acusados mencionados, ha relevado el Informe Contable N.º 32-2005-DIRPOFIS PNP/OFIAC, que determina que la Obra Principal de Remodelación y adicionales de la Plaza de Armas de Pomabamaba ha demandado un presupuesto de S/ 859,683.31; existiendo una diferencia de S/ 206,906.94, con relación a la suma inicialmente fijada para la ejecución de dicha obra, que conforme se muestra del Contrato de Obra N.º 001-2004-MPP MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE POMABAMBA, de 08 de julio de 2004, obrante a fojas 773 – Tomo II, fue de S/ 652,776.37; habiéndose incrementado el presupuesto inicial en S/ 49,666.27 para el supuesto Sistema de Drenaje y en S/ 46,555.11 para Muros para Plataforma y Enchape con Piedras de Muro, ello pese a que el Supervisor de la Obra, el acusado, Reynaldo Melquiades Reyes Roque, informaba que los trabajos de avance no se encontraban conforme al desarrollo normal proyectado; pese a ello se continuaron haciendo efectivo los pagos a la empresa Contratista Generales Tecno Arte S.R.L., conforme se desprende de los informes de valorización de obra –véase fojas 958, 1013, 1061, 1092 y 1117 – Tomo II-. Aunado a ello la referida empresa abandonó la obra en abril de 2005 –conforme se tiene del Acta de Verificación e Inventario de la Plaza de Armas Pomabamaba, de 6 de mayo de 2005, fojas 908-, valorizándose en ese momento un avance de 85.14% faltando ejecutar S/ 90,58.3.86; sin embargo, este monto le fue pagado a la empresa en forma adelantada, en perjuicio de la entidad edil.

Asimismo, se ha inobservado el Informe Pericial de la Plaza de Armas de Pomabamba –que obra en los anexos del expediente principal- donde detalla que la aludida obra se culminó por administración directa, según la Resolución de Alcaldía N.º 021-2005-GPP/A, para lo cual utilizó dinero ascendente a S/ 100,314.93 del FONCOMUN y S/ 15,195.50 del Canon Minero, gastando un total

de S/ 110.717.49. Estos detalles evidencian que los acusados Teodoro Vega Chávez, Justiniano Víctor Caldas Sotomayor, Félix Romeo Aranda Rodríguez y Dionicio Damián López en su respectiva gestión autorizaron pagos indebidos y el incremento presupuestal, generando una sobrevaloración de la obra ascendente a S/ 206,906.94, contraviniendo de esta manera su deber de garantes respecto a los caudales que se encontraban bajo su custodia, ocasionando que la empresa Contratista Generales Tecno Arte S.R.L., se apropie de estos en detrimento de la entidad que representaban. En consecuencia, habiéndose incurrido en causal de nulidad prevista en el artículo 298, numeral 1); y con la facultad conferida por el artículo 299, del Código de Procedimientos Penales, debe anularse la sentencia en el extremo absolutorio respecto a los delitos de peculado simple y agravado y disponer un nuevo juicio oral, donde se tendrá en cuenta los fundamentos de la presente Ejecutoria Suprema.

MALVERSACIÓN DE FONDOS

DÉCIMO. Finalmente cabe hacer la precisión respecto a la dúplica de plazo en los delitos de malversación de fondos; al respecto debemos precisar que el Acuerdo Plenario N.º 1-2010/CJ-116, de 16 de noviembre de 2010, establece que para operar la duplicidad del plazo se requiere una afectación al patrimonio del Estado realizada por los funcionarios o servidores públicos, no abarcando los delitos en los que solo se lesione el correcto funcionamiento de la administración pública, o la regularidad y buena marcha de la misma; por ende la norma lo que protege no es el peculio del Estado, ni la posibilidad de disposición de los bienes o caudales; lo que se tutela aquí es la eficacia, la buena marcha y en una palabra, la disciplina y organización no solo en la ejecución del pago, sino en la utilización de los bienes, por parte de los servidores públicos; por ende, conforme ya sea ha señalado en reiterados pronunciamientos de esta Corte Suprema –Recursos de Nulidad Nros. 1791-2012/Áncash, 2779-2013/PUNO– el delito de malversación de fondos no se encuentra comprendido dentro de los alcances de la duplicidad del plazo de prescripción; siendo ello así es correcto el pronunciamiento de la Sala Superior en este extremo, debiendo ser confirmada.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon:

I] NULA la sentencia, de fecha dieciséis de enero de dos mil diecisiete, emitida por la Sala Penal Liquidadora Transitoria de Huaraz de la Corte Superior de Justicia de Áncash, de fojas 5074, en el extremo que absuelve de la acusación fiscal a los acusados: **i]** TEODORO VEGA CHÁVEZ, FÉLIX ROMEO ARANDA RODRÍGUEZ, JUSTINIANO VÍCTOR CALDAS SOTOMAYOR y DIONICIO DAMIÁN LÓPEZ en calidad de coautores del delito contra la administración pública, en la modalidad de peculado doloso simple, en agravio de la Municipalidad Provincial de Pomabamba; **ii]** TEODORO VEGA CHÁVEZ, FÉLIX ROMEO ARANDA RODRÍGUEZ, JUSTINIANO VÍCTOR CALDAS SOTOMAYOR y DIONICIO DAMIÁN LÓPEZ en calidad de coautores; y, a PLINIO GOYITO GUTIÉRREZ VILCASHUÁMAN en su calidad de cómplice primario del delito contra la administración pública, en la modalidad de peculado doloso agravado, en agravio de la Municipalidad Provincial de Pomabamba. **MANDARON** que se realice un nuevo juicio oral, a cargo de otra Sala Penal Superior, conforme a las consideraciones jurídicas de la presente Ejecutoria Suprema.

I] NO HABER NULIDAD en lo demás que contiene; y, *los devolvieron.-*

S. S.

HINOSTROZA PARIACHI

FIGUEROA NAVARRO

NÚÑEZ JULCA

PACHECO HUANCAS

CEVALLOS VEGAS