SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N° 321 – 2011
PUNO

Lima, siete de marzo de dos mil doce.-

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Príncipe Trujillo; el recurso de nulidad interpuesto por la apoderada de la Empresa Prestadora de Servicios –en adelante E.P.S.- SEDA Juliaca Sociedad Anónima –parte agraviada- contra la sentencia de fojas dos mil ciento cuatro, del catorce de julio de dos mil diez; de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO:** ***Primero:*** Que la parte agraviada en su recurso formalizado de fojas dos mil ciento cuarenta y uno sostiene que la impugnada adolece de graves y evidentes irregularidades en la valoración de los actos procesales, y una equivocada aplicación de la norma procesal, pues el Colegiado Superior no puede declarar Fundada de Oficio la Excepción de Cosa Juzgada a favor del encausado Darío Hugo Apaza Véliz bajo el argumento de que con anterioridad se había declarado fundada la excepción de naturaleza de acción por el delito de cohecho activo genérico –artículo trescientos noventa y siete del Código Penal-, ello sin tomar en cuenta que el delito materia de autos y por el que se acusa al mencionado encausado es el previsto en el artículo trescientos noventa y nueve del citado Código; que, asimismo, sostiene que el Colegiado Superior tampoco puede declarar Fundada de Oficio la Excepción de Naturaleza de Acción a favor de los encausados Antonio Carlos Chambilla Farfán y Oscar Viamonte Calla, basándose en el principio de igualdad, máxime si nunca se declaró fundada excepción de naturaleza de acción alguna; finalmente, respecto al delito de peculado, arguye -en cuanto a la absolución de los acusados Antonio Carlos Chambilla Farfán, Oscar Vicente Viamonte Calla, Sergio Percy Ponce Ergueta, Felipe Santiago Vidalón Vega, Flavio

Quispe Canaza y Yory Avelino Ugarte Larico- que el Colegiado Superior incurrió en error al argumentar que la exigencia de requerir a la contratista SERVITRAN E.I.R.L. para que cumpla con pagar la penalidad prevista por incumplimiento del plazo deviene en un hecho extrapenal, toda vez que los imputados al no haber exigido dicho pago, demostraron que su clara intención era lograr que la indicada empresa se apropie del dinero que desde el incumplimiento del contrato le correspondía a su representada E.P.S. SEDA Juliaca S.A. ***Segundo:*** Que, según la acusación fiscal de fojas mil trescientos sesenta y cuatro, se desprende lo siguiente: **A).-** Que se atribuye a los encausados Darío Apaza Véliz –en su calidad de Presidente del Comité encargado de la Adjudicación Directa-, Antonio Chambilla Farfán –en su calidad de Gerente General de la E.P.S. SEDA Juliaca y miembro del citado Comité- y Oscar Viamonte Calla –en su calidad de Asesor Técnico de la Gerencia General y miembro del aludido Comité-: ***i)*** haber omitido considerar en las bases administrativas factores de calificación a las respectivas propuestas como de la etapa de consultas y/o aclaración de las bases; y ***ii)*** otorgar calificación indebida al postor SERVITRAN E.I.R.L Ltda., sin tomar en cuenta los errores no subsanables que se advierten en su propuesta económica, permitiendo su participación irregular y resultando ganadora de la buena pro; hechos que configurarían el delito de cohecho activo genérico; y ***iii)*** que, asimismo, se atribuye a los citados imputados haber suscrito un acta de entendimiento de fecha cinco de abril de dos mil, donde reconoció calendarizar el pago adicional de la obra número uno, cuando aún no se encontraba reconocida ni probada su ejecución, generando con ello una ampliación indebida del plazo para culminar la

obra hasta el nueve de diciembre de dos mil, suscribiendo para tal efecto el acta de entendimiento número dos, con lo que tampoco la empresa contratista cumplió con culminar la obra, no habiendo impulsado la aplicación de la multa por mora, ocasionando un perjuicio de noventa y tres mil seiscientos noventa y tres nuevos soles con ochenta y cuatro céntimos; hechos que configurarían el delito de peculado; **B).-** Se atribuye al encausado Sergio Percy Ponce Ergueta –en su calidad de Supervisor de Obra- haber suscrito el acta de entendimiento de fecha cinco de abril de dos mil, donde se reconoció calendarizar el pago del adicional de la obra número uno, cuando aún no se encontraba reconocida ni probada su ejecución, generando con ello una ampliación indebida del plazo para culminar la obra hasta el nueve de diciembre de dos mil, suscribiendo para tal efecto el acta de entendimiento número dos, permitiendo de este modo la no aplicación de la multa al contratista SERVITRAN E.I.R.L. Ltda., toda vez que el plazo contractual de la obra habría concluido el veintitrés de octubre de dos mil, ocasionado un perjuicio de noventa y tres mil seiscientos noventa y tres nuevos soles con ochenta y cuatro céntimos; hecho que configuraría el delito de peculado; y **C).-** Finalmente, se atribuye a los imputados Felipe Vidalón Vega –en su calidad de Gerente de Operaciones-, Flavio Quispe Cañaza –en su condición de servidor de la División de Ingeniería y Catastro- y Avelino Ugarte Larico –en su calidad de miembro del Comité de recepción de obra- haber suscrito el acta de entendimiento de fecha veinte de mayo de dos mil, donde se señala falsamente que la obra concluyó el treinta y uno de marzo de dos mil uno, a efectos de no aplicar la multa al

contratista SERVITRAN E.I.R.L. Ltda., conclusión que tomaron sin contar con los antecedentes reales del estado situacional de la obra, por cuanto la empresa contratista debió culminar la obra el veintitrés de octubre de dos mil, ocasionando un perjuicio de noventa y tres mil seiscientos noventa y tres nuevos soles con ochenta y cuatro céntimos; hechos que configurarían el delito de peculado. ***Tercero:*** Que el delito de peculado –previsto en el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal- como figura especial propia sanciona al "*funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo…*". ***Cuarto:*** Que, al respecto, resulta de aplicación al caso, tener en cuenta lo expresado en el Acuerdo Plenario número cuatro guión dos mil cinco/CJ guión ciento dieciséis, del treinta de setiembre de dos mil cinco, en lo que respecta al comportamiento típico que la norma en mención nos señala a efectos de limitar o restringir la relevancia penal de los actos del delito de peculado: "*La norma al describir la acción dolosa utiliza dos supuestos para definir los comportamientos típicos del sujeto activo: apropiar o utilizar, los mismos que deben contener ciertos elementos para su configuración; estos son, en tal virtud, los elementos materiales del tipo penal*[1]: ***a)*** Existencia de una relación funcional: *entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos;* ***b)*** La percepción: *No es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia*

[1] Acuerdo Plenario N° 04 – 2005 /CJ - 116, del 30 de setiembre de 2005.

diversa pero siempre lícita; La administración, *que implica las funciones activas de manejo y conducción; y* La Custodia: *que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos;* ***c)*** Apropiación o utilización: *En el primer caso, estriba en hacer suyo caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso, utilizar se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero;* ***d)*** El destinatario: *Para sí. El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. Para otro, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero; y* ***e)*** Caudales o efectos: *Los primeros, son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos, son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables.* ***Quinto:*** Que el supuesto fáctico de la acusación fiscal de fojas mil trescientos sesenta y cuatro atribuye a los encausados Chambilla Farfán, Viamonte Calla, Ponce Ergueta, Vidalón Vega, Flavio Quispe Canaza y Ugarte Larico el hecho de que no hicieron cumplir la penalidad generada por el incumplimiento en el plazo de conclusión de la obra denominada "Reservorio Elevado R-6 SEDA Juliaca"; para lograr tal cometido, firmaron hasta dos actas de entendimiento para otorgar indebidamente una ampliación del plazo para culminar la obra ocasionando un perjuicio de noventa y tres mil seiscientos noventa y tres nuevos soles con ochenta y cuatro céntimos, accionar que realizaron con la intención clara de lograr que la Empresa contratista SERVITRAN E.I.R.L. se apropie del dinero generado por tal incumplimiento. ***Sexto:*** Que la tipicidad de los hechos imputados es una exigencia material vinculada al principio de legalidad

penal que consiste en la adecuación de la conducta que se atribuye al encausado a la descripción legal de un delito formulado en abstracto por la ley penal. ***Séptimo:*** Que si bien a fojas ochocientos setenta y siete obra el dictamen pericial contable -dispuesto por el Primer Juzgado Penal de San Román – Juliaca-, se debe tener en cuenta que éste emite un pronunciamiento sólo respecto de las penalidades no aplicadas, la misma que concluyó lo siguiente: *"los encausados por la inercia demostrada frente al incumplimiento de los extremos del contrato por parte de la Empresa, indujeron a error y permitieron la no aplicación de la penalidad establecida en el contrato, siendo el total del importe la suma de noventa y tres mil seiscientos treinta y nueve nuevos soles con ochenta y cuatro céntimos, monto que va en perjuicio de la entidad denunciante SEDA Juliaca S.A."*; en consecuencia, se advierte que no fue concluyente en determinar si las conductas realizadas por los encausados recayeron en el delito de peculado. ***Octavo:*** Que para la configuración del delito de peculado doloso -conforme lo estipula el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal- se requiere que el funcionario público se apropie o utilice, para sí o para un tercero, caudales o efectos cuya administración le estén confiados por razón de su cargo; por tanto, sobre la base de estos presupuestos normativos y en atención al marco de imputación formulado, cabe resaltar que en el caso *sub examine*, el supuesto fáctico que sustenta el delito de peculado se centra en que los imputados no cobraron la penalidad generada por incumplimiento en el plazo de conclusión de la obra; situación que permite concluir que el hecho atribuido a los encausados no constituye la figura delictiva

descrita en tanto que el supuesto de hecho no configura la hipótesis típica del ilícito bajo análisis, en cuanto a la materialización de un acto que implique la definitiva apropiación de caudales y/o efectos que hayan percibido los imputados en calidad de perceptores, administradores y/o custodios. ***Noveno:*** Que, por otro lado, se tiene que la parte agraviada también impugnó la sentencia recurrida en el extremo que declaró fundada de oficio tanto la excepción de cosa juzgada a favor del encausado Darío Hugo Apaza Veliz, como la excepción de naturaleza de acción a favor de los imputados Chambilla Farfán y Viamonte Calla, ambas por el delito de cohecho activo genérico en agravio del Estado y de la E.P.S. SEDA Juliaca; que, al respecto, cabe mencionar que el ilícito penal se encontraba prescrito. ***Décimo:*** Que, los plazos prescriptorios se encuentran contemplados en el artículo ochenta del Código Penal, que establece que la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad, al que debe agregarse una mitad más a efectos de determinar el plazo extraordinario de prescripción -acorde a lo preceptuado en el artículo ochenta y tres del Código sustantivo-, siendo que el comienzo del cómputo del plazo según el artículo ochenta y dos del citado Código se cuenta desde la fecha en que se consumó el delito –para el delito instantáneo- o desde el momento en que cesó la actividad delictuosa –para los demás casos-. ***Undécimo:*** Que el delito de cohecho activo genérico es un delito que para su consumación no requiere de la aceptación expresa o tácita del funcionario a quien el agente pretende corromper, pero sí de su conocimiento directo del ofrecimiento ilegal. En

tal sentido, sostiene DONNA: "*El comportamiento delictivo... se consuma con la sola propuesta venal, que es conocida por el funcionario público. En esto se demuestra la autonomía del tipo penal del cohecho activo, de modo que es independiente de la aceptación de la propuesta por parte del funcionario público*"[2]. ***Duodécimo:*** Que, por tanto, en el caso de autos, debe tenerse en cuenta que la obra en cuestión culminó cuando ésta fue recibida por la Entidad Prestadora de Servicios SEDA Juliaca S.A., lo que según Acta de Entrega y Recepción de Obra de fojas trescientos diez se produjo el catorce de agosto de dos mil dos, extremo temporal máximo hasta el cual podría extenderse el marco de imputación formulado; que dicho delito tenía como marco punitivo –vigente al momento de los hechos- una pena no menor de tres ni mayor de cinco años de privación de la libertad, así, la prescripción ordinaria operó a los cinco años, y la extraordinaria a los siete años y seis meses de ocurridos los hechos; en consecuencia, la acción seguida contra los encausados Apaza Veliz, Chambilla Farfán y Viamonte Calla ha prescrito el catorce de febrero de dos mil diez –considerando el extremo temporal máximo hasta el cual podría extenderse el marco de imputación formulado, esto es, el catorce de agosto de dos mil dos-, tanto más si la causa –en el extremo del delito de cohecho activo genérico- se encontraba prescrita cuando se dictó la sentencia recurrida de fecha catorce de julio de dos mil diez. Por estos fundamentos: **I.** Declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas dos mil ciento cuatro, del catorce de julio de dos mil diez, en el extremo que absolvió a Antonio Carlos Chambilla Farfán, Oscar Vicente Viamonte

[2] DONNA EDGARDO, ALBERTO: *Delitos contra la Administración Pública*. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, 2000, p.106.

Calla, Sergio Percy Ponce Ergueta, Felipe Santiago Vidalón Vega, Flavio Quispe Canaza y York Avelino Ugarte Larico de la acusación fiscal formulada en contra de ellos por delito contra la Administración Pública – peculado en agravio del Estado y la EPS SEDA Juliaca S.A.; y **II.** Declararon **FUNDADA** la prescripción de la acción penal a favor de los encausados Darío Hugo Apaza Veliz, Antonio Carlos Chambilla Farfán y Oscar Viamonte Calla por delito contra la Administración Pública – cohecho activo genérico en agravio del Estado y la EPS SEDA Juliaca S.A., en consecuencia, fenecido el proceso; **MANDARON** archivar definitivamente lo actuado y se anulen los antecedentes policiales y judiciales de los referidos imputados; con lo demás que al respecto contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.-

S.S.

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

PRINCIPE TRUJILLO

VILLA BONILLA

PT/mst.

SE PUBLICO CONFORME A LEY

DINY YURIANEVA CHAVEZ VERAMENDI
SECRETARIA (e)
Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA

14 MAYO 2012