



Peculado por apropiación. Perjuicio Patrimonial como elemento del tipo penal. Principio de confianza

1. El deber de vigilancia está presente aun cuando se trata de otro funcionario público (que también ostenta el deber de garante), entonces, resulta claro que mayor debe ser la posición de garante cuando se trata de un contrato de locación de servicios en el cual se encomienda la realización de actividades específicas o prestaciones por un tiempo determinado. En lo que respecta al contrato de locación de servicios, si bien se celebra un contrato confiando en que la otra parte cumplirá cabalmente los términos del contrato, ello no libera al sentenciado Walter Félix Valera Ayquipa de su deber de vigilancia y control que ostentaba como máxima autoridad de la entidad edil, más aún cuando se trata de otorgar conformidad a un servicio en el cual se compromete el patrimonio del Estado.

2. En cuanto al sentenciado David Dios Espinoza, corresponde ratificar los criterios ya establecidos por este Tribunal Supremo, el cual establece que para la configuración del delito de peculado no se requiere la constatación de un desmedro o perjuicio patrimonial efectivo de los caudales o efectos públicos. Por tanto, no es de recibo lo alegado por el sentenciado sobre la errónea interpretación del artículo 387 del Código Penal, por lo que debe ser desestimado su recurso de casación propuesto.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veintisiete de abril de dos mil veintitrés

VISTOS Y OÍDOS: los recursos de casación interpuestos por los sentenciados **Félix Walter Valer Ayquipa** y



David Dios Espinoza contra la sentencia de vista del treinta y uno de marzo de dos mil veintiuno (foja 588), emitida por la Sala Penal de Apelaciones de Apurímac, que confirmó la sentencia del treinta y uno de enero de dos mil veinte (foja 255), que condenó al primero de ellos como autor del delito de peculado doloso agravado por apropiación para otro y le impuso seis años de pena privativa de libertad efectiva, y al segundo sentenciado lo condenó como cómplice del delito de peculado doloso agravado por apropiación para otro y como autor del delito de falsedad ideológica, por lo que le impuso doce años de pena privativa de libertad, ambos delitos en agravio de la Municipalidad Distrital de San Pedro de Cachora; les impuso inhabilitación por diez años, trescientos días-multa y el pago de reparación civil por la suma de S/ 226 472.79 (doscientos veintiséis mil cuatrocientos setenta y dos soles con setenta y nueve céntimos) de forma solidaria; con lo demás que contiene.

Intervino como ponente la señora jueza suprema CARBAJAL CHÁVEZ.

CONSIDERANDO

I. Itinerario del Proceso

Primero. A efectos de mejor resolver, es pertinente realizar una breve síntesis de los hechos procesales:

1.1. Se tiene los siguientes hechos objeto de imputación:

Se denomina al caso "pago al consultor por un perfil técnico falso, ocurrido en el año 2013 a 2014, periodo gestión 2011 a 2014, donde Feliz Walter Valer Ayquipa era alcalde de la Municipalidad Distrital de San Pedro de Cachora (la municipalidad); Mario Bazán Núñez Gerente de la Municipalidad; y, el encargo de la elaboración de perfil técnico "Mejoramiento y Ampliación de la Gestión Integral de los Residuos Sólidos en la localidad de Cachora y del Servicio de Almacenamiento, Barrido y Disposición Final en las Comunidades de Ttasta, Poyoncco, Paccaypata y



Viracochan en el Distrito de San Pedro de Cachora, Provincia de Abancay – Apurímac" (perfil técnico), David Dios Espinoza.

a) El 21 de noviembre de 2013, la Municipalidad suscribe convenio Nro. 097-2013, con el Fondo de Promoción a la Inversión Regional y Local – FONIPREL (Foniprel), para cofinanciamiento del estudio de perfil técnico citado; fijándose el costo total del estudio S/ 123,816.00, el cofinanciamiento sería por FONIPREL hasta por el monto de S/ 122, 578.00 y la Municipalidad la suma de S/ 1,238.00.

b) El 23 de mayo de 2014, la Municipalidad a través de un Comité Especial, integrado por Javier Batallanos Enciso, Mario Bazán Núñez y Elizabeth Morales Aragón, se adjudicó la buena pro de la Adjudicación Directa Selectiva Nro. 001-2012-MDSPC/CE, primera convocatoria, para la contratación del servicio de consultoría a favor del "Consortio Apurímac", representado por David Dios Espinoza (constituida por las Empresas Ingenieros consultores Proyectistas y Contratistas SAC, representado por David Dios Espinoza; y la Empresa Consultores & Ejecutores EIRL, representado por Erik Huamanñahui Piñin); suscribiéndose el contrato Nro. 006-2014-MDSPC, el 27 de junio de 2014 por la suma de S/ 112,816.00, a todo costo; estipulándose el primer pago, de 30%, a la presentación y aprobación por la Supervisión del Informe Preliminar o Planta de Trabajo (incluye objetivos, metodología, fecha estimada de trabajo de campo, cronograma de elaboración del estudio); segundo pago, de 20% a la presentación y aprobación preliminar por la supervisión del informe de avance (incluye aspectos generales, parte de formulación y evaluación y anexos); tercer pago, de 20% a la presentación y aprobación preliminar de supervisión del Informe Final, Estudio Completo; cuarto pago, de 30%, a la presentación y aprobación final por la supervisión del informe final, estudio completo con la respectiva aprobación y viabilización.

c) El "Consortio Apurímac" representado por David Dios Espinoza, nunca elaboró el perfil técnico; sin embargo, a fin de efectuar el cobro a la municipalidad presentó a la Unidad Evaluadora Oficina de Programación e Inversiones (OPI) de la Municipalidad Distrital de Tamburco, a cargo del Ing. Luis Abraham Cahuana Serrano, para que declare viable y registre en



el portal MEF, un perfil idéntico (copia fiel) al perfil del proyecto "Mejoramiento y ampliación de la gestión integral de residuos sólidos municipales en la localidad de Totorá-Oropesa, Distrito de Oropesa, Distrito de Oropesa, Provincia de Antabamba – Departamento de Apurímac" (perfil técnico de Totorá- Oropesa), con Código SNIP N.º 307905, declarado viable en fecha anterior por el mismo Ing. Luis Abraham Cahuana Serrano, mediante informe técnico N.º 65-2014/MDT-OPI-LACS; el acusado presenta ese perfil falso para que se incorpore al portal del Ministerio de Economía y Finanzas; por lo que, el perfil del proyecto de la Municipalidad del Distrito de Cachora, con informe técnico nro. 66-2014/MDT-OPI-LACS, del ingeniero Luis Abraham Cahuana Serrano, Jefe de la Oficina de Programación e inversiones de la Municipalidad Distrital de Tamburco, ese perfil falso fue declarado viable, aparte de insertar se asigna el código SNIP nro. 310083, pese a que el contenido en su totalidad era copia fiel al perfil técnico de Totorá – Oropesa, pues los datos señalados no corresponden al Distrito de San Pedro de Cachora sino al Distrito de Totorá – Oropesa.

d) Igualmente, el perfil técnico presentado ante la Fiscalía por David Dios Espinoza, no está suscrito por Marcos Guillen Ramos como responsable de formulación del perfil y Jesús Valentín Camacho Flores como supervisor de la elaboración del perfil; asimismo, la gestión municipal 2011-2014, presidida por Felix Walter Valer Ayquipa no cumplió con entregar el perfil técnico referido, tampoco consta en el acta de transferencia a la nueva gestión, ni a la unidad evaluadora, representado por la OPI de la Municipalidad Distrital de Tamburco, señalando que el referido perfil técnico no se encuentra en esa instancia, tampoco figura en el acta de entrega de cargo de la gestión actual; así como, en atención a que el convenio establecía que la entidad encargada de la ejecución del proyecto de perfil debía remitir una copia a Foniprel una vez concluida al 100% la elaboración del perfil del proyecto, respondiendo que la municipalidad no ha cumplido con remitir el perfil del proyecto; siendo estos los hechos respecto a la falsedad ideológica, la inserción de una información falsa en el portal del Ministerio de Economía y Finanzas, respecto del perfil técnico.



e) Asimismo, el consorcio Apurímac, representado por David Dios Espinoza, pese a que no ha elaborado el perfil y con la finalidad de efectuar el cobro, entregó personalmente al acusado Mario Bazán Núñez, Gerente de la Municipalidad, cartas solicitando el pago del primer, segundo, tercer, y cuarto adelantos de pago, según lo contratado, adjuntando en cada una de ellas las facturas correspondientes; y, solicitando la devolución de la retención de fiel cumplimiento de las facturas 193, 194, y factura 203, constancia de pago al Banco de la Nación por la suma de S/ 2,601.06 por concepto de detracción, adjuntando constancia de pago al Banco de la Nación, además de informes de conformidad de servicio de elaboración de perfil de proyecto que no cuentan con contenido de evaluación técnica orientado a verificar el control de calidad de perfil, tampoco existe control de plazos y penalidades, porque el contrato tiene vigencia desde el 28 de junio de 2014 por el plazo de 75 días calendario, hasta el 23 de setiembre de 2014, sin embargo, el periodo total de duración del servicio de consultoría fue de 176 días calendario, al 23 de diciembre de 2014, dando conformidad para los efectos del pago al Consorcio Apurímac, representado por David Dios Espinoza, pese a que Bazán Núñez tenía conocimiento de los términos de referencia establecidos en las bases y el plazo de ejecución contractual, por ser integrante del Comité especial de adjudicación de la buena pro.

f) Los acusados Félix Walter Valer Ayquipa y Mario Bazán Núñez, en su condición de alcalde y Gerente de la Municipalidad Distrital de San Pedro de Cachora, autorizaron el pago a favor del Consorcio Apurímac, representado por David Dios Espinoza, mediante diversos cheques efectuándose los pagos correspondientes a través de comprobantes de pago por un monto total de S/ 107,971.30, ello sin haber realizado el trámite correspondiente, que los documentos deben pasar por mesa de partes y ser derivado a la instancia correspondiente que sería la Gerencia de Infraestructura u obra que en esa fecha contaba la municipalidad, se ha omitido todo ese trámite para viabilizar el pago directo al consultor por un perfil técnico que nunca se ha elaborado.



g) Asimismo, el perfil técnico fue declarado viable por el ingeniero Luis Abraham Cahuana Serrano, como consecuencia de la contraprestación económica por parte del representante legal del Consorcio Apurímac, quien el 31 de diciembre de 2014 pagó por concepto de evaluación del perfil la suma de S/ 35,000.00; asimismo, el citado acusado realizó pagos al acusado Mario Bazán Núñez, por la suma de S/ 1,000.00 pago por perfil y la suma de S/ 1,750.00 por concepto de residuos sólidos.

Imputación concreta

a) A Félix Walter Valer Ayquipa, como alcalde de la Municipalidad Distrital de San Pedro de Cachora, se le atribuye haber autorizado y dispuesto el pago de S/ 107, 971.30 a favor del "Consorcio Apurímac" representado por David Dios Espinoza, pese a que el perfil técnico del proyecto "Mejoramiento y Ampliación de la Gestión Integral de los Residuos Sólidos en la localidad de Cachora y del Servicio de Almacenamiento, Barrido y Disposición Final en las Comunidades de Ttasta, Poyoncco, Paccaypata y Viracochan en el Distrito de San Pedro de Cachora, Provincia de Abancay – Apurímac", no fue elaborado por el consorcio, sino es un perfil técnico idéntico (copia fiel) al perfil del proyecto "Mejoramiento y ampliación de la gestión integral de residuos sólidos municipales en la localidad de Totora-Oropesa, Distrito de Oropesa, Distrito de Oropesa, Provincia de Antabamba – Departamento de Apurímac", perfil que fue declarado viable y registrado en el portal MEF el 23 de diciembre de 2014; el acusado Valer Ayquipa tenía pleno conocimiento y se encontraba obligado a garantizar la correcta elaboración del estudio, conforme la normativa sobre la materia y los términos de referencia establecidos en las bases integradas, conforme señala el literal a) y b) numeral 6.2 de la Cláusula sexta del "Convenio N° 097-2013-FONIPREL", suscrito por el acusado, pese a ello permitió la apropiación de caudales de la Municipalidad Distrital de San Pedro de Cachora por parte del "Consorcio Apurímac" representado por David Dios Espinoza en la suma de S/ 107,971.30

[...]

c) A David Dios Espinoza, respecto del delito de falsedad ideológica se le inculpa que, en su condición de representante del Consorcio Apurímac,



hacer insertar el perfil técnico del proyecto “Mejoramiento y Ampliación de la Gestión Integral de los Residuos Sólidos en la localidad de Cachora y del Servicio de Almacenamiento, Barrido y Disposición Final en las Comunidades de Ttasta, Poyoncco, Paccaypata y Viracochan en el Distrito de San Pedro de Cachora, Provincia de Abancay – Apurímac”, en el portal MEF mediante la unidad evaluadora de OPI de la Municipalidad Distrital de Tamburco un perfil técnico idéntico o copia fiel al perfil de Totorá Oropesa.

Así como en su condición de representante del “Consortio Apurímac”, haber presentado los informes de conformidad de servicio de elaboración del perfil de proyecto y cobrado de la suma de S/ 107,971.30 soles, de la Municipalidad Distrital de San Pedro de Cachora, sin haber elaborado el perfil técnico del proyecto “Mejoramiento y Ampliación de la Gestión Integral de los Residuos Sólidos en la localidad de Cachora y del Servicio de Almacenamiento, Barrido y Disposición Final en las Comunidades de Ttasta, Poyoncco, Paccaypata y Viracochan en el Distrito de San Pedro de Cachora, Provincia de Abancay – Apurímac” y para tal fin, el acusado David Dios Espinoza, presentó a la unidad evaluadora Oficina de Programación e Inversiones de la Municipalidad Distrital de Tamburco, a cargo del Ing. Luis Abraham Cahuana Serrano, para que declare viable y registre en el portal MEF, un perfil técnico idéntico (copia fiel) al perfil del proyecto “Mejoramiento y ampliación de la gestión integral de residuos sólidos municipales en la localidad de Totorá-Oropesa, Distrito de Oropesa, Distrito de Oropesa, Provincia de Antabamba – Departamento de Apurímac” con Código SNIP N° 307905. En su condición de tercero se le imputa como cómplice primario.¹

- 1.2.** Mediante sentencia contenida en la Resolución n.º 16 del treinta y uno de enero de dos mil veinte (foja 255), emitida por el Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Apurímac, se resolvió: **(1)** condenar a Félix Walter Valer Ayquipa, Mario Bazán Núñez y David Dios Espinoza como autores del delito contra la

¹ Hechos descritos en la sentencia del treinta y uno de enero de dos mil veinte



administración pública en la modalidad de peculado doloso agravado por apropiación para otro, así como a David Dios Espinoza como autor del delito contra la fe pública en la modalidad de falsedad ideológica, todo ello en agravio de la Municipalidad Distrital de San Pedro de Cachora; **(2)** imponer a Félix Walter Valer Ayquipa y Mario Bazán Núñez seis años de pena privativa de libertad efectiva y a David Dios Espinoza doce años de pena privativa de libertad efectiva, en concurso real por los delitos de peculado doloso y falsedad ideológica, cuya ejecución de la pena se suspende hasta que la resolución sea declarada consentida, asimismo, inhabilitación de diez años, **(3)** fijar la reparación civil de forma solidaria por la suma de S/ 226 472.79 (doscientos veintiséis mil cuatrocientos setenta y dos soles con setenta y nueve céntimos).

- 1.3.** Ante ello, no estando conformes con la sentencia, los procesados interpusieron recursos de apelación (foja 335).
- 1.4.** Por sentencia de vista recaída en la Resolución n.º 34 del treinta y uno de marzo del año dos mil veintiuno (foja 588), la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Apurímac confirmó la sentencia de primera instancia; asimismo, corrigió el extremo que condena a David Dios Espinoza como autor del delito de peculado doloso agravado por apropiación, pues lo correcto era en calidad de cómplice.
- 1.5.** Ante lo resuelto en segunda instancia, los sentenciados interpusieron recurso de casación contra la sentencia de vista (foja 725); luego, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Apurímac, mediante resolución del treinta de abril de



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 1325-2021
APURÍMAC**

dos mil veintiuno (foja 903), entre otros, concedió los recursos presentados por Félix Walter Valer Ayquipa y David Dios Espinoza.

II. Motivos de la concesión del recurso de casación

Segundo. Mediante ejecutoria suprema del diecinueve de agosto de dos mil veintidós (foja 409 del cuadernillo supremo), se declaró bien concedidos los recursos de casación interpuestos por los sentenciados Félix Walter Valer Ayquipa y David Dios Espinoza por la causal 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal, e inadmisibile el recurso de casación interpuesto por el sentenciado Mario Bazán Núñez.

Tercero. Instruido el expediente, se señaló como fecha para la realización de la audiencia de casación el doce de abril del presente año (foja 430 del cuadernillo supremo). Así, cerrado el debate y deliberada la causa, se produjo la votación correspondiente, en la que se acordó pronunciar por unanimidad la presente sentencia y darle lectura en la audiencia programada para la fecha.

III. Fundamentos de Derecho

Cuarto. Preliminarmente, conforme se ha señalado en el Recurso de Casación n.º 292-2019/Lambayeque, este recurso extraordinario contribuye sustancialmente:

1. A la resolución de cuestiones jurídicas de carácter fundamental: cuestiones jurídicas necesitadas de clarificación en temas generales o especial conflictivos, ámbitos jurídicos objeto de regulaciones nuevas o que presenten un carácter especialmente dinámico.
2. Al desarrollo del ordenamiento: cuando el caso concreto permite desarrollar preceptos del Derecho material o procesal o colmar lagunas legales –desde el



principio de legalidad—. 3. A la garantía de uniformidad de la jurisprudencia, que se pone en peligro cuando el órgano de apelación aplicó un precepto incorrectamente no solo en el caso concreto, sino de modo que puede esperarse que ese error se repita en otras decisiones del mismo tribunal o de otros, o cuando existe una comprensión errónea de la jurisprudencia de este Supremo Tribunal que da lugar a un “riesgo estructural de reiteración”, o cuando se produce en la resolución de vista una abierta arbitrariedad y lesión de los derechos fundamentales procesales de una parte de modo relevante para la propia resolución.

Quinto. Este Supremo Tribunal, en cumplimiento de las garantías, los deberes constitucionales y la facultad discrecional, y actuando como última instancia de la jurisdicción ordinaria, admitió el recurso propuesto por los sentenciados: **(a)** respecto de Félix Walter Valer Ayquipa, a fin de verificar si en la relación con el supervisor de la elaboración del perfil por contrato de locación de servicios resultaba aplicable el principio de Confianza y, **(b)** en cuanto a David Dios Espinoza, para determinar si la acreditación del perjuicio patrimonial es un elemento típico del delito de peculado agravado.

Sobre el delito de peculado

Sexto. El primer, segundo y tercer párrafo del artículo 387 del Código Procesal Penal —texto vigente al tiempo de la comisión de los hechos delictivos— establecía que:

El 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, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.



Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Séptimo. En cuanto al delito en comento, en el Recurso de Nulidad n.º 681-2020- Apurímac, expedido por este Supremo Tribunal, fundamento sexto, se señaló que:

El delito de peculado es uno de infracción del deber de tutela del patrimonio público, en la medida en que, el funcionario o servidor público está al servicio de unos intereses generales y en el marco del correcto funcionamiento de la administración pública para el manejo de los fondos públicos. En su modalidad dolosa, requiere que el funcionario o servidor público se apropie o utilice, para sí o para otro, los caudales o los efectos patrimoniales pertenecientes a la administración pública, cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo [...].

Octavo. En cuanto a las modalidades del peculado, en el Recurso de Casación n.º 666-2018/Callao, fundamento décimo, se expuso lo siguiente:

Reiterando lo que ya se indicó en la Ejecutoria Suprema 2124-2018/Lima, de veintinueve de abril de dos mil diecinueve, el delito de peculado doloso requiere que el agente no solo sea funcionario público, sino que tenga disponibilidad del bien dentro de la órbita funcional a título de percepción, administración o custodia –incluso varios funcionarios pueden tener la disponibilidad jurídica de los bienes, lo que involucra una compleja actividad en donde se combinan no sólo la disponibilidad



material sino la jurídica-. Se tutela el correcto funcionamiento de los servicios públicos en base al mantenimiento de los recursos públicos patrimoniales y a una correcta gestión del patrimonio público –el perjuicio patrimonial es inherente al tipo penal–.

Respecto de la configuración del delito de peculado, el profesor Salinas Siccha señala que:

Las modalidades por las cuales el agente puede cometer el delito de peculado con dolo dependen del o los verbos rectores que se indican en el tipo penal. De ese modo, siendo los verbos rectores el “apropiarse” y “utilizar”, se concluye que existen dos formas de materializar el hecho punible de peculado doloso, por apropiación y por uso o utilización².

En cuanto al peculado por apropiación, el citado autor continúa señalando que la conducta del funcionario peculador se constituye en una apropiación *sui generis*. Él no sustrae los bienes, ellos ya están en su poder de disposición en función del cargo que desempeña.

Noveno. Debe tenerse en cuenta también que el Acuerdo Plenario n.º 4-2005/CJ-116, del treinta de septiembre de dos mil cinco, fundamento 7, precisa que:

[...] c) la “apropriación” consiste en hacer suyos 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 y d) El destinatario [...] Para otro, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero.

Sobre el principio de confianza

Décimo. Previamente, debe precisarse que esta Corte Suprema, en anteriores pronunciamientos, ha señalado que la teoría de imputación objetiva permite determinar si la acción imputada es

² SALINAS SICCHA, Ramiro (2018). *Delitos contra la Administración Pública*. Editorial Iustitia, p. 407.



normativamente atribuible a una persona y, por tanto, si la hace responsable de dicha acción³. Así, se tiene que solo puede resultar objetivamente imputable un resultado si el sujeto activo generó un riesgo penalmente prohibido que ocasione de manera objetiva el resultado producido.

Undécimo. Ahora bien, dentro de la teoría de la imputación objetiva, existen cuatro instituciones que excluyen la tipicidad de la conducta o el comportamiento, como son los siguientes: **(a)** el riesgo permitido, **(b)** el principio de confianza, **(c)** la prohibición de regreso y **(d)** la imputación a la víctima.

Duodécimo. En lo atinente al principio de confianza, este prescribe que no cabe imputación a la conducta cuando el sujeto obra confiando en que los demás actuarán dentro de los límites del riesgo permitido. A mayor abundamiento, en la Casación n.º 102-2016/Lima, este Tribunal Supremo, citando a Peña Cabrera, expresó que en virtud del principio precitado se puede responder únicamente por las conductas que se encuentran dentro del ámbito propio de la competencia, porque no forma parte de la función de un ciudadano controlar todos los posibles peligros que pueda originar la conducta de un tercero.

Decimotercero. Por su parte, en la Casación n.º 23-2016/Ica, se señaló que dentro de las organizaciones, como por ejemplo las municipalidades, se manifiesta un alto nivel de organización para que las mismas puedan cumplir la función que les ha sido encomendada. De esta forma, cada integrante de la organización tiene una esfera de competencias propia, por la cual es garante, dado que el ámbito

³ Casación n.º 23-2016/Ica. Fundamento 4.44.



de su actuación se encuentra plasmada en el Manual de Organizaciones de Funciones (MOF) y en el Reglamento de Organizaciones y Funciones (ROF), que vienen a ser la normativa que delimita los ámbitos de competencia funcional con la finalidad de optimizar el servicio de los funcionarios y servidores públicos. Asimismo, señaló:

4.47. [...] Así, en virtud del principio de confianza, la persona que se desempeña dentro de los contornos de su rol puede confiar en que las demás personas con las que interactúa y emprende acciones conjuntas, van a desempeñarse actuando lícitamente. El principio de confianza se incardina en la esencia de la sociedad, pues sin él nadie podría interactuar si, además del deber de cumplir los parámetros de su rol, estuviera en la obligación de observar que la persona con la que se interactúa está cumpliendo cabalmente sus obligaciones.

Decimocuarto. Empero, si bien el principio de confianza se consolida como un filtro a la imputación objetiva, también, conforme ya lo ha precisado esta Corte Suprema, para su aplicación se han establecido ciertos límites, así tenemos: **(a)** un primer límite deriva de que uno puede confiar en que los otros ciudadanos se van a comportar conforme a derecho, a menos de que se tenga evidencias de lo contrario. Además, en los casos donde concurra un reparto de funciones entre los sujetos que trabajan en distintos niveles o en una organización jerarquizada, cuanto menores sean la preparación y la experiencia del subordinado, mayor será el deber de supervisión del superior y, consecuentemente, menor será el alcance del principio de confianza, y **(b)** en cuanto al segundo límite, hace alusión a que si bien el principio de confianza es un límite del deber de cuidado, ello no supone que las personas se puedan comportar imprudentemente en virtud de la confianza en el cuidado del otro, por lo cual si alguien



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 1325-2021
APURÍMAC

se comporta de forma descuidada ya no se puede decir que su injusto dependa exclusivamente del comportamiento defectuoso de un tercero; así, se deja claro que el que infringe una norma de cuidado no puede esperar que terceros arreglen la situación que él ha creado⁴.

Lo antes señalado guarda relación con lo establecido en el Recurso de Nulidad n.º 2124-2018/Lima, que señala que toda actividad compleja organizada o estructura jerárquicamente organizada se nutre de las reglas de jerarquía y de la división del trabajo, trayendo a colación así en plano vertical (delegación de competencias) y horizontal (la especialización). Respecto del primero, señala que si bien el delegado pasaría a recibir la posición de garantía, el delegante pasaría a tener, respecto de este, el deber de vigilancia y control (principio de desconfianza). En cuanto al plano horizontal, rige, por el contrario, el principio de confianza, en cuya virtud el garante primario podría confiar en el correcto desempeño de la actividad del garante especializado, por lo que carecería del deber de vigilar su desempeño, a menos que se advirtiera el comportamiento delictivo del delegante especializado y se mantenga pasivo, entonces, responderá por la no evitación⁵.

Decimoquinto. Ahora bien, ingresando al análisis del caso *sub examine*, conforme se ha expuesto en el primer considerando, se imputó a Félix Walter Valer Ayquipa, en su condición de alcalde de la Municipalidad Distrital de San Pedro de Cachora, la comisión del delito de peculado doloso agravado por apropiación para otro, por haber autorizado y dispuesto el pago de S/ 107 971.30 (ciento siete mil

⁴ R.N.N. 1865-2010/Junín

⁵ Fundamento decimoquinto. Citando a Robles Planas, Roberto.



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 1325-2021
APURÍMAC

novecientos setenta y un soles con treinta céntimos) a favor del “Consortio Apurímac”, representado por David Dios Espinoza, pese a que el perfil técnico del proyecto “Mejoramiento y Ampliación de la Gestión Integral de los Residuos Sólidos en la localidad de Cachora y del Servicio de Almacenamiento, Barrido y Disposición Final en las Comunidades de Ttasta, Poyoncco, Paccaypata y Viracochan en el Distrito de San Pedro de Cachora, Provincia de Abancay–Apurímac”, presentado por dicha entidad, no fue elaborado por el consorcio, sino fue un perfil técnico idéntico (copia fiel) al perfil del proyecto “Mejoramiento y ampliación de la gestión integral de residuos sólidos municipales en la localidad de Totorá-Oropesa, Distrito de Oropesa, Distrito de Oropesa, Provincia de Antabamba–Departamento de Apurímac”, perfil que fue declarado viable y registrado en el portal del Ministerio de Economía y Finanzas el veintitrés de diciembre de dos mil catorce.

Decimosexto. Al respecto, la defensa del sentenciado alegó que suscribió el contrato de locación de servicios 2014-MDSC del treinta de Junio de dos mil catorce, entre la Municipalidad que representa y el consultor ingeniero Jesús Valentín Camacho Flores, a fin de que este supervise la elaboración del perfil técnico del proyecto denominado “Mejoramiento y ampliación de la gestión integral de los residuos sólidos en la localidad de Cachora y el servicio de Almacenamiento, Barrido y Disposición final de las comunidades de Ttasta Poyoncco, Paccaypata y Viracochan en el distrito de San Pedro de Cachora, provincia de Abancay- Región Apurímac”. En tal sentido, sostuvo que se inaplicó el principio de confianza por error judicial, pues no se analizó que en el caso no existe delegación de competencias. Sobre el particular, se tiene que el locador de servicios no se rige por la nota típica de subordinación que caracteriza la relación laboral, dado que a partir de lo dispuesto en el artículo 1764 del Código Civil se puede definir el contrato de locación de servicios



como la obligación de prestar servicios durante un tiempo establecido y para un trabajo determinado a cambio de una retribución económica, de ahí que tiene un carácter oneroso. Son dos partes las que intervienen: el comitente, que es la persona que solicita el servicio y paga una remuneración por este, y el locador, que es la persona que ofrece sus servicios en favor del comitente. En este contrato no existe subordinación respecto del comitente: es decir, no hay un poder jurídico que implique necesariamente sujeción o poder de dirección. El locador debe prestar personalmente el servicio, pero puede valerse bajo su propia dirección y responsabilidad, de auxiliares y sustitutos, si así lo contempla el contrato.

Decimoséptimo: La libertad contractual para decidir la contratación de tareas de la administración pública es muy significativa, tanto más en la dinámica contemporánea de buscar la colaboración del sector privado en la realización de tareas públicas. Las políticas públicas en este campo tienden al refuerzo creciente de la participación del sector privado. Hoy vemos naturalmente el que las entidades públicas contraten sus servicios de aseo y vigilancia, así como de varios mantenimientos que van desde las instalaciones locativas hasta el de los instrumentos de trabajo y oficina, empero existen limitaciones cuando se trata de realizar labores que son de competencia de personal de planta, que ya ostenta tales funciones administrativas. Sin perjuicio de lo señalado, la ley, como se expondrá posteriormente, impone restricciones como la responsabilidad permanente de las entidades contratantes sobre la orientación, la vigilancia y el control



de las funciones confiadas a los particulares, y la determinación concreta y precisa de las funciones atribuidas.⁶

Decimoctavo. Ahora bien, estando a lo señalado en el fundamento decimotercero, en el caso en concreto, el Manual de Organización y Funciones (MOF) de la Municipalidad Distrital de Cachora precisa que el alcalde tiene la función de supervisar el buen funcionamiento y los resultados económicos y financieros de las empresas municipales, de las obras y los servicios públicos municipales ofrecidos directamente o bajo concesión al sector privado⁷. En ese contexto, la Sala de Apelaciones refirió que, según el artículo 20.20 de la Ley Orgánica de Municipalidades —concerniente a la delegación de funciones—, se establece que el alcalde tiene la atribución de delegar sus atribuciones en el gerente municipal, no obstante, dichas funciones, en mérito al artículo 77 del Texto único Ordenado de la Ley n.º 27444—Ley del Procedimiento Administrativo General—sobre el deber de vigilancia del delegante-, este tiene inherente el deber de vigilancia del delegado. Nótese que este deber de vigilancia está presente aun cuando se trata de otro funcionario público (que también ostenta el deber de garante), entonces, resulta claro que mayor debe ser la posición de garante cuando se trata de un contrato de locación de servicios con un particular, en el cual se encomienda la realización de actividades específicas o prestaciones por un tiempo determinado. Ello es así porque si bien se celebra un contrato confiando en que la otra parte

⁶ BENAVIDES, José Luis. (diciembre 2010). Contrato de prestación de servicios. Difícil limitación frente al contrato realidad. Revista Derecho del Estado, núm.25, pp.85-115. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. Disponible en www.scholar.google.es/sch.

⁷ No debe olvidarse también que la Ley n.º 27972—Ley Orgánica de Municipalidades, en su artículo 20, numeral 1, estableció que uno de los deberes de los alcaldes es defender y cautelar los derechos e intereses de la municipalidad y los vecinos. Norma descrita en el fundamento 11.12 de la sentencia de vista.



cumplirá cabalmente los términos del mismo, ello no libera al sentenciado Walter Félix Valera Ayquipa de su deber de vigilancia y control que ostentaba como máxima autoridad de la entidad edil, más aún cuando se trataba de otorgar conformidad a un servicio en el cual se compromete al patrimonio del Estado; dicha obligación de cautelar la debida utilización de los recursos asignados se encontraba, además, contemplada en el Convenio n.º 097-2013-FONIPREL.

Decimonoveno. Asimismo, en relación al citado principio invocado — de confianza—, se observa que en la sentencia de primera instancia se advirtieron y destacaron irregularidades en el procedimiento realizado para el pago en favor del Consorcio Apurímac por la elaboración del proyecto de perfil técnico que le fue encomendado, es decir, no se realizó conforme al trámite regular, ello teniendo en consideración que los informes del supervisor fueron entregados directamente al gerente municipal Mario Bazán Núñez. Aunado a ello, de la exposición de los peritos Washington Palomino y Vladimir Alarcón, se verificó que en la carátula del perfil del proyecto se consignó el nombre del proyecto destinado a diversos sectores del Distrito de San Pedro de Cachora; sin embargo, las fotos glosadas en dicha carátula correspondían al Distrito de Totorá Oropesa de la Provincia de Atabamba, así como el desarrollo de sus acápites respectivos; así pues, resulta claro que la información antes aludida sí permitió al sentenciado Félix Walter Valer Ayquipa evidenciar conductas que objetivamente posibilitaron poner en tela de juicio la confianza otorgada, tanto al Gerente Municipal Mario Bazán Núñez como la trasgresión de las obligaciones del locador - supervisor Jesús Valentín Camacho Flores-. A ello se añade que, conforme el Acta de



Transferencia Municipal n.º 2011-2014, a la gestión 2015–2018 de la Municipalidad Distrital de San Pedro de Cachora el sentenciado Félix Walter Valer Ayquipa no presentó el perfil cuestionado. Por otro lado, conforme a la documentación que se describe en el numeral 2.4.5. de la sentencia, también se evidenció que la Municipalidad de San Pedro de Cachora no cumplió con presentar los informes trimestrales, según se estableció en el convenio celebrado con FONIPREL.

Vigésimo. En consecuencia, en el presente caso no es de aplicación el principio de confianza, en mérito a que el sentenciado Félix Walter Valer Ayquipa no cumplió con sus propios deberes de supervisión y control, menos aún al disponerse el pago por el servicio encomendado al ingeniero Jesús Valentín Camacho Flores; esto es, no cumplió con observar adecuadamente todas las actividades propias de su rol, cuando era evidente que no se había cumplido el objeto del contrato, por lo que no se configura la causal establecida en el numeral 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal.

Sobre la acreditación de tal perjuicio patrimonial es un elemento típico del delito de peculado agravado

Vigésimo primero. Por su parte, el sentenciado David Dios Espinoza, en su recurso de casación, argumentó que se aplicó incorrectamente la norma penal que tipifica el delito de peculado agravado al no haberse acreditado el perjuicio patrimonial, toda vez que el perito contable Vladimir Alarcón Camacho en audiencia del catorce de noviembre de dos mil diecinueve concluyó que no se ha generado perjuicio patrimonial; así, mediante ejecutoria del diecinueve de agosto de dos mil veintidós, este Tribunal Supremo declaró bien concedido el recurso de casación a fin de determinar si la



acreditación de tal perjuicio patrimonial es un elemento típico del delito de peculado agravado.

Vigesimosegundo. Al respecto, esta Corte Suprema en el Recurso de Nulidad n.º 1211-2016/Apurímac, fundamento 3.3, señaló que de la estructura típica del delito de peculado no se advierte la exigencia de un determinado perjuicio para su configuración. Ello es así porque para la configuración del delito en análisis no se requiere la constatación de un desmedro o perjuicio patrimonial efectivo de los caudales o efectos públicos. Lo anterior se corresponde además con lo señalado en la Convención Interamericana⁸ y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción,⁹ que rechazan tal exigencia. Vinculado a ello, en el Recurso de Nulidad n.º 1522-2015/Ica, en el fundamento décimo primero, se precisó que si bien la doctrina y algunas ejecutorias supremas señalaron que para establecer el perjuicio económico se requiere una pericia técnica (valorativa contable), también es cierto que en mérito al principio de libertad probatoria el perjuicio se puede acreditar de otro modo.

Vigesimotercero. En el caso, previamente debe señalarse que se encuentra acreditado el pago de la suma de S/ 107 971.30 (ciento siete mil novecientos setenta y un soles con treinta céntimos) a favor del “Consorcio

⁸ Artículo 12 de la Convención Interamericana contra la Corrupción: “Para la aplicación de esta Convención no será necesario que los actos de corrupción descritos en la misma produzcan perjuicio patrimonial al Estado”. Ratificada por el Perú el 6 de abril de 1997.

⁹ Artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción: “Para la aplicación de la presente Convención, a menos que contenga disposición en contrario, no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial para el Estado”. Ratificada por el Perú el 16 de noviembre de 2004.



Apurímac", representado por David Dios Espinoza; y si bien el perito Contable Vladimir Alarcón ha concluido que no existe perjuicio económico al haberse realizado el pago conforme a los porcentajes establecidos en el contrato, lo cierto es que dicho informe solo se centró en evaluar la regularidad del pago. Entonces, conforme ya se ha desarrollado en los considerandos precedentes, se encuentra acreditado que el perfil del proyecto corresponde a una copia fiel del proyecto "Mejoramiento y ampliación de la gestión integral de residuos sólidos municipales en la localidad de Totorá-Oropesa, Distrito de Oropesa, Distrito de Oropesa, Provincia de Antabamba-Departamento de Apurímac"; así, resulta evidente un perjuicio económico a la entidad municipal, pues se efectuó el pago por un servicio que no fue realizado conforme a ley. Aunado a ello, no debe olvidarse que además se corroboró que con posterioridad a los hechos se contrató a un nuevo profesional para reformular el perfil de proyecto (2017), toda vez que al ser copia fiel del proyecto de Totorá carecía de todo valor técnico y no guardaba relación con el distrito de San Pedro de Cachora, lo que implicó un costo adicional que menoscabó el patrimonio de la municipalidad agraviada¹⁰.

Vigesimocuarto. Así, no es de recibo lo alegado por el sentenciado sobre la errónea interpretación del artículo 387 del Código Penal, por lo que debe ser desestimado el recurso de casación propuesto.

IV. Imposición del pago de costas

Vigesimoquinto. Al no existir razones objetivas para exonerar a los recurrentes Félix Walter Valer Ayquipa y David Dios Espinoza de la condena de las costas procesales, por interponer un recurso sin

¹⁰ Fundamento 2.4.7. de la sentencia del treinta y uno de enero de dos mil veinte.



resultado favorable, corresponde imponerles el pago de este concepto, según lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 504 del Código Procesal Penal.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los señores jueces supremos integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

- I. DECLARARON INFUNDADOS** los recursos de casación interpuestos por los sentenciados **Félix Walter Valer Ayquipa** y **David Dios Espinoza** contra la sentencia de vista del treinta y uno de marzo de dos mil veintiuno (foja 588), emitida por la Sala Penal de Apelaciones de Apurímac, que confirmó la sentencia del treinta y uno de enero de dos mil veinte (foja 255), que condenó al primero de ellos como autor del delito de peculado doloso agravado por apropiación para otro y le impuso seis años de pena privativa de libertad efectiva, y al segundo sentenciado lo condenó como cómplice del delito de peculado doloso agravado por apropiación para otro y como autor del delito de falsedad ideológica, por lo que le impuso doce años de pena privativa de libertad, ambos delitos en agravio de la Municipalidad Distrital de San Pedro de Cachora; les impuso inhabilitación por diez años, trescientos días-multa y el pago de reparación civil por la suma de S/ 226 472.79 (doscientos veintiséis mil cuatrocientos setenta y dos soles con setenta y nueve céntimos) de forma solidaria; con lo demás que contiene. En consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista.
- II. CONDENARON** a los recurrentes Félix Walter Valer Ayquipa y David Dios Espinoza al pago de las costas del recurso presentado; en



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 1325-2021
APURÍMAC**

consecuencia, **CUMPLA** la Secretaría de esta Sala Suprema con realizar la liquidación y el Juzgado de investigación preparatoria competente con efectuar el requerimiento de pago.

III. DISPUSIERON que la presente decisión sea leída en audiencia pública por intermedio de la Secretaría de esta Sala Suprema; acto seguido, se notifique a las partes apersonadas en esta instancia, se publique la decisión en el portal web del Poder Judicial y, cumplidos los trámites necesarios, se devuelvan los actuados al órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuadernillo formado en esta instancia.

Intervino el señor juez supremo Cotrina Miñano por licencia de la señora jueza suprema Altabás Kajatt.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

LUJÁN TÚPEZ

SEQUEIROS VARGAS

COTRINA MIÑANO

CARBAJAL CHÁVEZ

CCH/BEGT