

PRIMER JUZGADO NACIONAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

EXPEDIENTE : 00031-2017-7-5201-JR-PE-02

JUEZ : CORONADO SALAZAR, NAYKO TECHY

ESPECIALISTA : CONDO DÍAZ, NORMA ROSALÍA

MIN. PÚBLICO : PRIMERA FISCALÍA PROVICIAL CORPORATIVA ESPECIALIZADA EN

DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS DE LIMA

IMPUTADO : ARZUBIALDE ELORRIETA, DOMINGO

DELITO : NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

AGRAVIADO : EL ESTADO

Resolución N.º 4

Lima, veinte de febrero de dos mil diecinueve

La magistrada Nayko Techy Coronado Salazar, jueza penal del Primer Juzgado Nacional Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de Crimen Organizado y de Corrupción de Funcionarios, luego de haber conducido en diversas sesiones el juicio oral contra Domingo Arzubialde Elorrieta, como presunto autor del delito contra la Administración pública—negociación incompatible— en agravio del Estado. Ante los sujetos procesales: por parte del Ministerio Público, la señora fiscal Norah Ildaura Córdova Alcántara, provincial titular del Segundo Despacho de la Primera Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios; la defensa del actor civil, Procuraduría Pública ad hoc a cargo de la defensa del Estado en las investigaciones y procesos vinculados a delitos de corrupción de funcionarios, lavado de activos y otros conexos en los que ha incurrido la empresa ODEBRECHT y otras, representada por la abogada Ysabel Angélica Ávila Caycho, y como interconsulta la abogada Cynthia Edith Aragón La Rosa; el acusado Domingo Arzubialde Elorrieta y su defensa, el abogado Carlos Bernal Gamarra; se procede a emitir la siguiente resolución:

SENTENCIA N.º 1-2019

PARTE INTRODUCTORIA

IDENTIFICACIÓN DEL ACUSADO:

1. DOMINGO ARZUBIALDE ELORRIETA, ciudadano peruano identificado con Documento Nacional de Identidad número veintitrés millones novecientos veinticuatro mil quinientos noventa y cinco, natural de Cusco, nacido el veintisiete de julio de mil novecientos sesenta y siete, de cincuenta y un años de edad, de estado civil casado, refiere tener dos hijos, con grado de instrucción superior universitario, de profesión arquitecto, de ocupación ejercicio de su profesión, con ingreso mensual promedio de dos mil soles. Con domicilio en jirón diez, número quinientos diecinueve, departamento número trescientos uno, urbanización Monterrico Norte, distrito de San Borja, provincia y departamento de Lima; precisa no tener sanciones penales, y tener registrado en la ciudad de Lima, como bien inmueble, un departamento y estacionamiento, en la dirección consignada anteriormente; así como un vehículo en copropiedad con su cónyuge.

NAYKO TECHY CORONADO SALAZAR
JUEZA
Primer Juzgado Nacional Unipersonal
Sistema Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios

Página 1 de 62

NORMA ROSALIA CONDO DIAZ

ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS

ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS

ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS



PRIMER JUZGADO NACIONAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

IDENTIFICACIÓN DEL CASO:

 Proceso penal común, seguido contra Domingo Arzubialde Elorrieta, como presunto autor del delito contra la Administración pública –negociación incompatible– en agravio del Estado. El acusado tiene la condición de ser procesado libre.

PARTE DESCRIPTIVA

ACUSACIÓN FISCAL:

3. Imputación penal: La representante del Ministerio Público sostiene que probará en juicio la responsabilidad penal del acusado Domingo Arzubialde Elorrieta, quien en su condición de gerente de la Gerencia de Promoción de la Inversión Privada de la Municipalidad Metropolitana de Lima, era responsable dentro de sus funciones de conducir, velar y controlar el correcto cumplimiento de las cláusulas contractuales del contrato de concesión del Proyecto Línea Amarilla, suscrito el 12 de noviembre de 2009 (Proyecto conocido también como Vía Parque Rímac), al haberse ilegítimamente interesado de manera directa e inmediata a efectos de favorecer a la empresa LAMSAC, para que esta vulnere las cláusulas 9.10, y 9.11 del referido contrato de concesión, que indicaban que por el lapso de doce meses no podría existir un doble incremento del valor del peaje. Además, refirió que demostrará que dentro de dicho incremento no se cumplieron las cláusulas respecto a cómo se tenían que aplicar las tarifas de acuerdo al Índice de Precios de Consumo (IPC), permitiendo que se utilizara el máximo del IPC Perú, esto es, el 100 % en moneda nacional. Asimismo, que los hechos imputados se tipifican en el delito de negociación incompatible, señalando que en juicio probará los elementos objetivos del tipo penal como el elemento subjetivo del delito, es decir, el dolo en la conducta del acusado, toda vez que con sus actos permitió que la empresa LAMSAC reajustara de manera ilegal la tarifa del peaje, así como también permitió que no se respetara el índice de precios al consumidor Perú, lo cual se probará con los informes presentados como medios probatorios, así como con las cartas cursadas por el acusado, teniendo en cuenta que no se contaba con informes técnicos ni legales como sustento de la aplicación de la fórmula de reajuste planteada por la empresa LAMSAC. Se tienen como medios probatorios, que sustentan la imputación penal, las declaraciones testimoniales de Lucía Zegarra Flores, ex gerente de Promoción de Inversión y la promotora del referido contrato que se suscribió en el año 2009; además, la declaración testimonial de Juan Manuel Guerrero Orbegoso, profesional especializado en reajustes tarifarios de peajes; así como las declaraciones de los integrantes del equipo de la Contraloría General de la República, quienes emitieron los informes respectivos en los que señalaron que los actos realizados por el acusado fueron irregulares e ilícitos. Agrega, finalmente, que los hechos correspondientes al primer incremento se dieron en octubre de 2013; y los del segundo incremento, el 29 de diciembre de 2013. Al respecto las cláusulas 9.10 y 9.11 del contrato señalaban cómo debía hacerse el reajuste tarifario, además que el mismo tenía que ejecutarse de manera anual y no retroactivamente desde el año 2009.

Adicionalmente, se tiene como precisión de la imputación penal contra el acusado, la siguiente:

NAYKO TECHY CORONADO SALAZAR
JUEZA
Primer Juzgado Nacional Unipersonal
Sistema Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios

Página 2 de 62

NORMA ROSALIA CONDO DÍAZ

ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS

Stotema Feneralizado an Detido de Corrucción da Funcionarios



DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

Primer Juzgado Nacional Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios

"Haber ilegítimamente aprobado de manera directa e inmediata la aprobación del reajuste de las tarifas de peaje propuesto unilateralmente por la empresa Línea Amarilla S. A. C. (en adelante el contratista), conllevando indebidamente, en razón a lo siguiente: I. El acusado asintió que el contratista realice este reajuste de tarifas de peaje en dos oportunidades o momentos, uno realizado el día 5 de octubre de 2013, el otro efectuado el día 29 de diciembre de 2013, conllevando a dos incrementos económicos del peaje, cuando de acuerdo a los numerales 9.9 y 9.10 del capítulo IX: Peaje y la Tarifa del citado contrato de concesión, sólo está autorizado al contratista realizar esta operación cada doce meses contados desde el 31 de enero de 2013. II. Haber autorizado al contratista de manera ilegal efectuar una actualización de la tarifa del peaje en contravención a los parámetros establecidos dentro de los numerales 9.9 y 9.10 del capítulo IX: Peaje y la Tarifa del citado contrato de concesión, dado que se le permitió aplicar como única pauta el 100 % de inflación nacional del índice de precios de consumo del Perú (en adelante IPC), cuando de acuerdo al tenor de las citadas estipulaciones contractuales el reajuste de precios tiene como parámetro mínimo el 50 % de la variación del IPC-Perú y como parámetro máximo el 50 % de la variación de tipo de cambio del dólar americano publicado por la Superintendencia de Banca y Seguros".¹

- 4. Calificación jurídico penal: Hechos que se encuentran tipificados en el artículo 399° del Código Penal como delito de negociación incompatible.
- Pretensión penal: El Ministerio Público solicita se imponga al acusado Arzubialde Elorrieta, cuatro años y cuatro meses de pena privativa de libertad, e inhabilitación por el plazo de tres años, de conformidad con el artículo 36°, incisos 1 y 2, del Código Penal.

POSICIÓN DE LA DEFENSA DEL ACTOR CIVIL:

6. Sostiene que los hechos conciernen al Proyecto Línea Amarilla, los mismos que se produjeron en el año 2009, señalando que la Constructora OAS LTDA formuló una propuesta de iniciativa privada en marzo de 2009 ante la Municipalidad Metropolitana de Lima; con posterioridad, el 22 de junio de 2009 se da un acuerdo del Consejo de la Municipalidad, en el cual se declara el interés por dicha iniciativa privada; que para el 27 de octubre de 2009, el Consejo de la Municipalidad de Lima aprobó que se otorgue de manera directa dicha iniciativa privada a la empresa OAS, para lo cual se firmó el contrato de concesión con fecha 12 de noviembre de 2009, creándose una empresa llamada Línea Amarilla S. A. C. denominada LAMSAC, que es la que firmó el contrato con la Municipalidad Metropolitana de Lima. Por parte de la Municipalidad de Lima, firmó la Gerencia de Promoción de Inversión Privada, refiriendo que la empresa LAMSAC al momento de la firma del contrato estaba conformada por la empresa OAS Investment S. A. en un 75 % de su accionariado, y en un 25 % lo conformaba la constructora OAS LTDA. En este marco es que se ubica el acusado Arzubialde Elorrieta, en su condición de gerente de la Gerencia de Promoción de Inversión Privada de la Municipalidad Metropolitana de Lima, y por el tema fáctico contextualizado en el año 2013. El referido funcionario se habría interesado indebidamente, y de manera directa, en provecho de un tercero (LAMSAC), en una operación específica, es decir, la tarifa de reajuste del Proyecto Línea Amarilla, la misma que estaba regulada en el mismo contrato en las cláusulas 9.9 y 9.10. Sumado a ello, se tienen dos que habría realizado; el primero, el 5 de octubre de 2013; y el segundo, el 29 de diciembre de

¹ Requerimiento de Acusación Fiscal escrita, de fecha 30 de noviembre de 2017, en su página 6.



NORMA NORMA NORMA SECULIS

Página 3 de 62

NORMA ROSALÍA CONDO DÍAZ ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS tema Especializado en Delitos da Camisción de Fundaçados



PRIMER JUZGADO NACIONAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

2013; reajustes que habrían contravenido la fórmula plasmada en las cláusulas 9.9 y 9.10 del contrato. Para ello, la empresa LAMSAC, de manera unilateral en el mes de agosto de 2013, remitió una carta a la GPIP de la Municipalidad Metropolitana de Lima, la cual estaba a cargo del acusado, comunicándole su propuesta de reajuste de tarifa, ante lo cual el acusado emitió una respuesta en el mes de setiembre de 2009, en la que refirió que no había sustento para realizar dicho reajuste, ni técnico, económico o legal. Frente a esto, la empresa LAMSAC reiteró su propuesta. Que, el 6 de setiembre de 2013, el acusado firmó documentación en la cual autoriza el inicio de la explotación de la obra, y por ende, el inicio del cobro de la tarifa del peaje con una tarifa ya reajustada, la misma que contraviene no solamente el contrato, las normas de contrataciones, y de la ejecución, sino también sus deberes funcionales.

Asimismo, agrega que probará en juicio que el acusado ha vulnerado normas del contrato interesándose indebidamente en perjuicio del Estado y a favor de la empresa LAMSAC, como la clausula 9.9. del contrato, debido a que no solo establecía la periodicidad de doce meses para realizar los reajustes y no menos de dicho periodo, sino que el reajuste debía hacerse teniendo en cuenta un parámetro mínimo del 50 % de variación del IPC (Índice de Precios al Consumidor Perú), y un parámetro máximo de 50 % del tipo de cambio de dólar americano (establecido por la SBS). Debe tomarse en cuenta la estructura financiera que se obtenga del cierre financiero, lo cual es relevante por cuanto para el contrato en mención, solo se permitía un cierre financiero. Sin embargo, el acusado se habría interesado indebidamente en aprobar otro cierre financiero contraviniendo las cláusulas del contrato (solo en soles); pese a que el cierre financiero estaba en dólares y en soles para el cálculo del mismo. Esto será demostrado con testigos expertos, miembros de la Comisión de la Contraloría General de la República del Perú que también han sido ofrecidos como medios probatorios a actuarse en este juicio, asimismo por la oralización de documentales que habría firmado el acusado; por lo que este habría contravenido con su conducta los deberes de salvaguardar el interés del Estado para que se cumpla el contrato conforme a las cláusulas que fueron suscritas y firmadas, así como se podrán establecer los criterios de la responsabilidad civil (conducta antijurídica, factor de atribución, nexo causal y daño), a partir de la vulneración de las cláusulas 9.9 y 9.10 del mencionado contrato. Por lo que señala como pretensión de pago por reparación civil, la suma de diecisiete millones trescientos diecisiete mil ciento sesenta y siete, de la cual se disgregan diez millones ciento ochenta y seis mil quinientos sesenta y nueve soles, por daño patrimonial, y siete millones ciento treinta mil quinientos noventa y ocho soles, por daño extrapatrimonial. Refiere que el cálculo que se ha realizado es por el exceso en el cobro de las tarifas de peaje.

POSICIÓN DE LA DEFENSA DEL ACUSADO:

7. Señala que los hechos imputados se ubican en un contrato dentro del marco que es la iniciativa privada, en el año 2013, en el que se tenía una población de ocho millones y medio de habitantes en la ciudad de Lima, con un déficit de infraestructura y servicios, en consecuencia con limitación de recursos para la inversión. En ese contexto se ubica el contrato de concesión Línea Amarilla, que data del 12 de noviembre de 2009, celebrado entre el concedente, la Municipalidad Metropolitana de Lima, y la empresa Línea Amarilla S. A. C. Su patrocinado no había participado en dicha suscripción ni en el rol funcional edil del año 2009.

NAYKO TECHY CORONADO SALAZAR JUEZA Primer Juzgado Nacional Unipersonal Sistema Especializado en Delitos de Comunción de Funcionarios

NORMA ROSALIA CONDO DIAZ
ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS

Página 4 de 62



PRIMER JUZGADO NACIONAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

Señala que la normatividad aplicable es el Decreto Legislativo N.º 1012, el cual es el Decreto que Aprueba la Ley Marco, norma con rango de ley, sobre cuya base se suscribió el contrato del año 2009. Esta modalidad de inversión privada no involucra recursos públicos, pues todo el riesgo y toda la inversión para la realización de las obras de infraestructura, así como el mantenimiento y operación como es una iniciativa privada autosostenible, el 100 % lo soporta el concesionario; asimismo, su patrocinado recibe comunicaciones, solicitudes y pedidos, y como funcionario público no trabaja solo sino en equipo. Respecto a las dos imputaciones en su contra, la primera por haber incrementado la tarifa del peaje, y la segunda por haber aprobado el reajuste, han contado con la participación de un equipo; que cada comunicación que le llegaba de LAMSAC lo derivaba a su brazo técnico legal, que es la subgerencia de contratos con participación privada, que en ese tiempo 2013 estuvo a cargo de Juan Andrés Ramos Arapa, quien ha sido ofrecido como testigo; quien tampoco actuaba solo, pues tenía un equipo a su cargo, entre quienes se encontraban dos abogadas, Isabel Cabrera y Diana Bonilla, ofrecidas como testigos en el presente proceso. Contó, además, su patrocinado con un asesor económico financiero, por lo que toda respuesta pasaba por dicho flujo de trámite.

En relación al primer hecho imputado, señala que el oficio N.º 818-2013, suscrito por su patrocinado presenta el visto bueno de Juan Andrés Ramos Arapa, subgerente de Gestión de Contratos con participación privada, quien elaboró dicho documento referido a la autorización al concesionario para la explotación del cobro de peaje a partir del 5 de octubre de 2013. La fecha límite para hacerlo era el 10 de octubre del mismo año. Refiere que las tarifas que tenían que cobrarse eran a los vehículos ligeros particulares (cuatro soles); a los vehículos ligeros públicos (combis), cuatro soles; y a los vehículos pesados que pueden tener de dos a más ejes (tráileres, volquetes, camiones, buses interprovinciales), cuatro soles por eje. El reajuste de dicho valor de cuatro soles se dio, primero, el 5 de octubre de 2013, para el primer tipo de vehículo, y para los otros dos últimos tipos de vehículos, el 29 de diciembre de 2013; por lo que no se trata de un doble incremento de precio o valor de peaje en menos de un año, sino de un solo incremento en el plazo legal para hacerlo. No se trasgredió el contrato de concesión al respecto, y no hubo sustento de la imputación penal contra su patrocinado. Y que en relación a la fórmula de reajuste, esta fue aplicada de forma correcta, conforme a la cláusula 9.9 del contrato, teniendo en cuenta que en el refinanciamiento del cierre financiero que operó en el año 2012, el endeudamiento se hizo en soles y no en dólares y en soles, por lo que haber tomado como parámetro 100 % de valor del IPC Perú, para soles, no es una indebida aplicación de la fórmula de reajuste. Finalmente, dicha postura de defensa fue reiterada en los alegatos de clausura, enfatizando la defensa que no hay prohibición en el contrato para considerar un segundo o tercer cierre financiero, y que en el presente caso, ello fue lo que operó un cierre financiero refinanciado o segundo cierre financiero, que permitió el reajuste del peaje conforme a los parámetros establecidos en el propio contrato.

DESARROLLO PROCESAL:

8. Que, posteriormente a la instalación de la Audiencia, la presentación de los cargos por parte de la representante del Ministerio Público, así como lo señalado por la defensa del acusado, se

NAYKO TECHY CORONADO SALAZAR
JUEZA
Primer Juzgado Nacional Unipersonal
Statema Especializado en Delitos de Corupción de Funcionarios

NORMA ROSALÍA CONDO DÍAZ
ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS
Sistema Especializado en Delios de Cerusción de Funcionarios

Página 5 de 62



PRIMER JUZGADO NACIONAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

procedió a informar al mismo, los derechos que la ley procesal le reconoce durante el desarrollo del juicio sobre todo el mantenimiento de su presunción de inocencia.

9. Asimismo, ante la pregunta de la magistrada al acusado, sobre la admisión o no de los cargos penales expuestos por el Ministerio Público, por el delito de negociación incompatible, además de ser responsable de la reparación civil, aquel señaló no admitir los cargos penales ni responsabilidad civil alguna, por lo que el juicio prosiguió conforme a los lineamientos del debate contradictorio con la actuación de medios probatorios. El caso se encuentra expedito para la emisión de la sentencia.

PARTE CONSIDERATIVA

De los aspectos generales:

10. Contexto de imputación:

LUGAR	Cercado de Lima, provincia y departamento de Lima	
Тіємро	Segundo trimestre del año 2012 al primer trimestre del año 2014	
ENTIDAD PÚBLICA	Municipalidad Metropolitana de Lima (Gerencia de Promoción de la Inversión Privada)	
Procesados	1 funcionario público	

11. Contexto funcionarial del procesado:

N°	Procesado	EDAD (2013)	Profesión	Función en la Municipalidad Metropolitana de Lima
01	Domingo Arzubialde Elorrieta	46	Arquitecto	Gerente de la Gerencia de Promoción de la Inversión Privada (GPIP)

Del marco situacional de los hechos imputados:

12. Para una mejor ubicación del contexto factual y normativo, debemos recurrir previamente a una breve descripción sobre terminología técnica y no técnica a usarse en el análisis, y el organigrama de la Municipalidad Metropolitana de Lima que incluye a la Gerencia de Promoción de Participación de la Inversión Privada, lo que permitirá aclarar el panorama previo al análisis del caso.

13. Glosario de términos

GPIP: Gerencia con Participación de la Inversión Privada

MML: Municipalidad Metropolitana de Lima

> LAMSAC: Línea Amarilla Sociedad Anónima Cerrada

OFFITCH OF THE STATE OF THE STA

Página 6 de 62

NORMA ROSALIA CONDO DÍAZ ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS

JUEZA
Primer Juzgado Nacional Unipersonal
tema Especializado en Delitos de Corrupción de Funcional

CORONADO SÁLAZAR



Primer Juzgado Nacional Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios

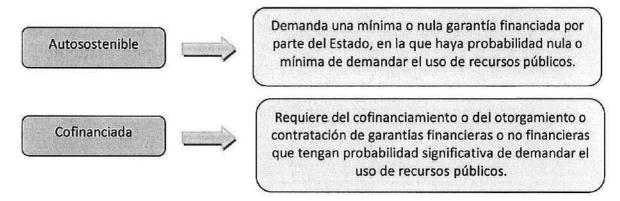
> APP: Asociaciones Público-Privadas

> IPC: Índice de Precios al Consumidor

> INVERMET: Fondo Metropolitano de Inversiones

14. De la promoción de la inversión privada

- 14.1. El Estado peruano, a través de sus tres niveles (gobierno nacional, gobiernos regionales y gobiernos locales) promueve el desarrollo de inversiones para fortalecer el proceso de descentralización productiva en el país (arts. 1 y 2 de la Ley N.º 28059²).
- 14.2. El organismo promotor de la inversión privada para el caso del gobierno nacional respecto de proyectos de relevancia nacional es PROINVERSIÓN; y para el caso de los gobiernos regionales, se ejerce a través del órgano de gobierno regional. La máxima autoridad es el Consejo Regional (art. 6 del Decreto Legislativo N.° 1012³).
- 14.3. Una de las modalidades de participación de la inversión privada es la Asociación Público-Privada (APP), la que incorpora experiencias, conocimientos, equipos y tecnología. Así también se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados, con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública o proveer servicios públicos (artículo 3 del Decreto Legislativo N°.º 1012).
- 14.4. Las APP pueden clasificarse de la siguiente forma, según el artículo 4 del Decreto Legislativo N°.º 1012:



15. De la promoción de la inversión privada en la Municipalidad Metropolitana de Lima

15.1. La Municipalidad Metropolitana de Lima (MML) tiene en su estructura orgánica a la Gerencia de Promoción de la Inversión Privada, como se aprecia en el siguiente organigrama:

NAYKÓ TĘCHY CORONADO SALAZAR
JIEZA
Primer Juzgado Nacional Unipersonal
Sistema Escecializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios

POOR APPORT

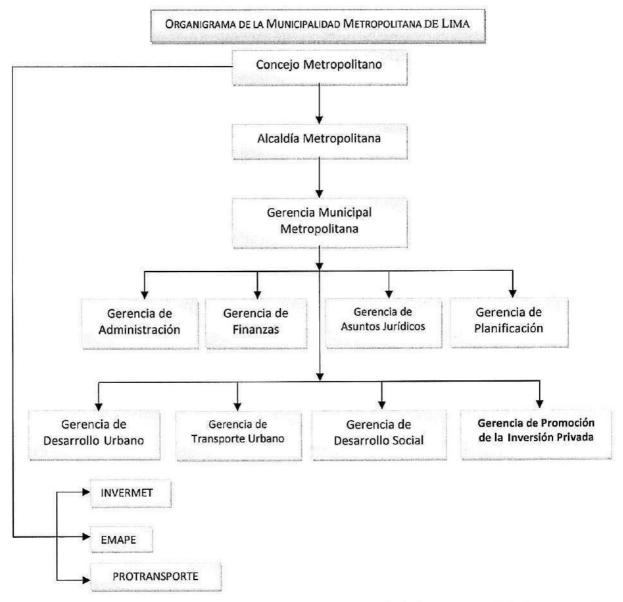
Página 7 de 62

NORMA ROSALÍA CONDO DÍAZ ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS

² Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada, emitida el 12 de agosto de 2003.

³ Decreto Legislativo que aprueba la Ley marco de Asociaciones público-privadas para la generación de empleo productivo, y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada, emitida el 12 de mayo de 2008.





- 15.2. La Gerencia de Promoción de la Inversión Privada (GPIP) de la Municipalidad Metropolitana de Lima es el órgano de línea responsable de llevar adelante el proceso de promoción de la inversión privada y de establecer alianzas estratégicas con el gobierno nacional, gobiernos regionales, gobiernos locales, la inversión privada y la sociedad civil, con el objeto de promover la inversión privada en activos, empresas, proyectos, servicios, obras públicas de infraestructura y servicio público de la Municipalidad Metropolitana de Lima⁴.
- 15.3. La GPIP presenta tres subgerencias a su cargo:

⁴ Artículo 170-A del Reglamento de Organización y Funciones, y la Estructura Orgánica de la Municipalidad Metropolitana de Lima.



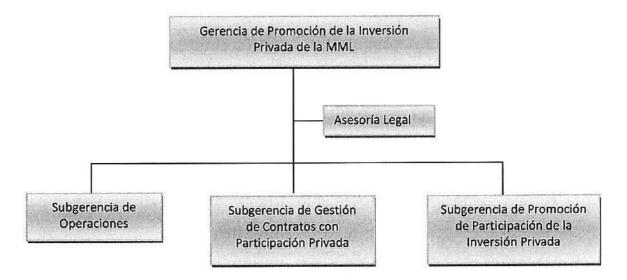


NORMA ROSALÍA CONDO DÍAZ
ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS

Página 8 de 62



PRIMER JUZGADO NACIONAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS



- 15.4. La Subgerencia de Gestión de Contratos con Participación Privada es el órgano encargado de cumplir las obligaciones y ejercer los derechos y demás facultades que corresponda a la Municipalidad Metropolitana de Lima en su calidad de parte otorgante de los contratos de participación de la inversión privada.
- 15.5. La Subgerencia de Promoción de Participación de la Inversión Privada es el órgano encargado de estructurar los proyectos de inversión y los procedimientos vinculados a la aplicación de las modalidades de participación de la inversión privada.

16. De los hechos no controvertidos

- 16.1. El 12 de noviembre de 2009, el representante de la Municipalidad Metropolitana de Lima y el representante de la empresa Línea Amarilla SAC (LAMSAC) suscribieron un contrato de concesión en el ámbito de la promoción de la inversión privada.
- 16.2. El contrato de concesión en mención tiene las siguientes características:

DENOMINACIÓN	Contrato de Concesión del Proyecto de Línea Amarilla	
ОВЈЕТО	Para el diseño, construcción, operación y mantenimiento de nuevas vías urbanas, así como el mejoramiento, operación y mantenimiento de vías urbanas existentes.	
FECHA DE SUSCRIPCIÓN	12 de noviembre de 2009	
Suscribientes	- Concedente: MML (Armando Felipe Barreda Castro) - Concesionario: LAMSAC (André Giavina Bianchi)	
PLAZO DE LA CONCESIÓN	30 años	
N.º DE CLÁUSULAS	20 cláusulas	

16.3. Entre las principales cláusulas del contrato de concesión antes referido se tienen las siguientes:

JUEZA Primer Juzgado Nacional Unipe

Página 9 de 62

NORMA ROSALIA CONDO DÍAZ ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS na Especializado en Deláos de Comucción do Funcionarios



PRIMER JUZGADO NACIONAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

Co	NTRATO DE CONCESIÓN DEL PROYECTO DE LÍNEA AMARILLA
1.39 ENDEUDAMIENTO GARANTIZADO PERMITIDO	"Consiste en el endeudamiento por concepto de operaciones de financiamiento, emisión de valores y/o préstamos de dinero de cualquier acreedor permitido bajo cualquier modalidad, cuyos fondos serán destinados al cumplimiento del objeto del contrato, incluyendo cualquier renovación o refinanciamiento de tal endeudamiento que se garantice; cuyos términos financieros principales, incluyendo los montos del principal, tasa o tasas de interés, disposiciones sobre amortización u otros términos similares, hayan sido informados por escrito al concedente".
1.43 Explotación	"Comprende la operación y la conservación de la infraestructura vial, de los bienes de la concesión, la prestación de los servicios obligatorios y opcionales y el cobro a los usuarios por la utilización de la infraestructura vial e instalaciones, así como por la prestación de los mencionados servicios, en los términos establecidos en el contrato".
3.9 CIERRE FINANCIERO	"A más tardar a los doce (12) meses contados desde la fecha de suscripción del contrato, el concesionario deberá acreditar que cuenta con los recursos financieros o los contratos suscritos que establezcan los compromisos de financiamiento suficientes para dar cobertura a los gastos que se generen por la ejecución de las obras de construcción a cargo del concesionario. Para tal efecto, el concesionario deberá presentar al concedente copia legalizada notarial de los contratos de financiamiento, garantías, fideicomisos, la tasa de costo de deuda, y en general, cualquier texto contractual relevante que el concesionario haya acordado con el (los) acreedor(es) permitido(s) que participará(n) en la financiación de esta concesión, incluyendo, de ser el caso, el convenio en virtud del cual se establezca el compromiso de financiar parte de la obra. Los contratos o acuerdos referidos deberán contener expresamente una disposición referida a que en caso el financiamiento quede sin efecto o el concesionario incurra en alguna causal se active su terminación o resolución, el acreedor permitido comunicará inmediatamente dicha situación al concedente. En caso que el financiamiento de las inversiones se realice con recursos propios del concesionario, éste deberá presentar en el plazo señalado en el primer párrafo de la presente cláusula, el testimonio de la escritura pública donde conste el aumento de capital social correspondiente debidamente pagado e inscrito en registros públicos".
3.10 CIERRE FINANCIERO	"De no acreditar el cierre financiero al vencimiento del plazo establecido en la cláusula precedente, el concesionario podrá solicitar al concedente, por única vez, una ampliación de hasta doce (12) meses, con la explicación de las circunstancias que impidieron la obtención del financiamiento respectivo. El concedente podrá denegar dicha solicitud, únicamente, de manera sustentada, para efectos de lo cual deberá desvirtuar las circunstancias que, según el concesionario, impidieron la obtención del financiamiento respectivo dentro del plazo señalado en las cláusulas 3.10, y demostrar objetivamente que la no obtención del financiamiento obedeció a una causa imputable exclusivamente al concesionario".
3.12 CIERRE FINANCIERO	"En caso que el concesionario no acredite el cierre financiero al término de los plazos anteriores, se producirá la caducidad de la concesión sin culpa de las partes, por lo que no corresponderá la aplicación de penalidades ni la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento por parte del concedente. En caso que se hubiera aprobado la ampliación del plazo para el cierre financiero, el concedente únicamente podrá declarar la caducidad de la concesión en los términos antes indicados al término de los veinticuatro (24)
as program	estinesten en los terminos untes muicados di termino de los ventubados (24)



NAYKO TECHY CORONADO SALAZAR JUEZA Primer Juzgado Nacional Unipersional Sistema Especielizado en Deliros de Comupción de Funcionarios

NORMA ROSALIA CONDO DÍAZ
ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS
Schema Francializado en Deficos de Comunida de Funcionarios

Página 10 de 62



Primer Juzgado Nacional Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios

	meses otorgados al concesionario para la obtención del financiamiento respectivo".
4.1 PLAZO	"La concesión se otorga por un plazo de treinta (30) años contados desde la fecha de suscripción del contrato salvo los casos de prórroga conforme a los términos y condiciones previstos en el presente contrato".
8.7 INICIO DE LA EXPLOTACIÓN	"Sin perjuicio de lo señalado en la cláusula 9.2, la fecha de inicio de la explotación de la concesión dará al concesionario derecho al cobro de las tarifas indicadas en el capítulo IX y deberá producirse en los siguientes términos: (i) En el caso que se obtenga la modificación del contrato marco de fideicomiso de titulización, conforme a lo establecido en el numeral (III) del segundo párrafo de la cláusula 3.15 del contrato de concesión, la fecha de inicio de la explotación se producirá el día 10 de febrero de 2013. (ii)En el caso que no se obtenga la modificación del contrato marco de fideicomiso de titulización, conforme a lo establecido en el numeral (III) del segundo párrafo de la cláusula 3.15 del contrato de concesión, la fecha de inicio de explotación se producirá al día siguiente de la liquidación y extinción del fideicomiso de titulización, lo que deberá ocurrir, como máximo, el día 10 de octubre de 2013. Sin perjuicio de lo señalado en las cláusulas 3.19 y 9.2, una vez que se configure, cualquiera de los supuestos descritos en los numerales (I) y (II) de esta cláusula, el fideicomiso de recaudación a que se refieren las cláusulas 10.17 y siguientes, así como los lineamientos del fideicomiso de recaudación contenidos en el anexo 7, será el titular del derecho de cobro de los flujos de las unidades de peaje existentes correspondiendo a este fideicomiso a partir de dicha fecha, a su vez, recibir y administrar los recursos provenientes de dichos flujos de ingresos, a partir de dicho momento, los recursos cobrados por este concepto deberán ser directamente transferidos a la cuenta recaudadora del fideicomiso de recaudación, correspondiendo la administración de dichos flujos de ingresos, únicamente, a dicho fideicomiso".
9.5 El peaje y la tarifa	"Correspondiente al concesionario el cobro de la tarifa, se exigirá el pago de la tarifa a cada usuario que utilice las secciones de la concesión, de acuerdo a la categoría de vehículo, de conformidad con lo especificado en la cláusula 9.7. Los vehículos utilizados para atender servicios de emergencia tales como ambulancias, bomberos o vehículos de la Policía Nacional, así como vehículos militares en comisión, maniobras, ejercicios o convoys, y los vehículos de la Cruz Roja Peruana que realicen actividades con fines humanitarios estarán exentos del cobro de la tarifa de acuerdo con lo señalado en el Decreto Ley N.º 22467, La Ley N.º 24423 y leyes y disposiciones aplicables".
9.9 REAJUSTE DE PEAJE	"Los peajes serán reajustados en forma ordinaria por el concesionario con periodicidad de doce (12) meses y se llevará a cabo de acuerdo al mecanismo de ajuste de peajes establecido de la siguiente manera: La tarifa será reajustada anualmente, teniendo como parámetros mínimos 50 % variación del IPC-Perú y máximo de 50 % variación de tipo de cambio del dólar americano (promedio Superintendencia de Banca y Seguros), los parámetros finales de la fórmula de reajuste corresponderán a la estructura de financiamiento que se obtenga para la fecha de cierre financiero, se debe respetar los límites anteriormente indicados. Para efectos del reajuste tarifario se aplicará una periodicidad inferior a un año cuando la inflación acumulada supere el 3 % de la variación del IPC-Perú". "Para efectos de la aplicación de la fórmula de reajuste, deberán observarse las siguientes reglas:
	"Para efectos de la aplicación de la fórmula de reajuste, deberán observarse las







PRIMER JUZGADO NACIONAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

9.10	mes anterior a dicha fecha, del peaje de tres y 00/100 nuevos soles (S/ 3.00) más el importante correspondiente al IGV y cualquier otro tributo aplicable a
REAJUSTE DE PEAJE	partir de la fecha de suscripción del contrato.
	(II) En tanto que la tarifa referida en el párrafo anterior comenzará a ser cobrada a partir de las fechas señaladas en los numerales (I) y (II) de la cláusula
	8.7, el primer reajuste deberá aplicarse al 31 de enero de 2013, posteriormente, los reajustes anuales deberán darse cada doce (12) meses contados desde el 31
	de enero de 2013".

- 16.4. El 30 de diciembre de 2010, LAMSAC acreditó, ante la GPIP de la MML, su cierre financiero (contar con los recursos financieros suficientes para dar cobertura a los gastos que se generen por la ejecución de las obras), para lo cual presentó como acreedor permitido (entidad que financia los fondos a la concesionaria para la ejecución de la obra) a la empresa OAS Investment Limited.
- 16.5. La estructura de financiamiento presentada por LAMSAC a la GPIP, respecto de su cierre financiero fue de 87 % de endeudamiento (dólares) y 13 % de capital propio (soles).
- 16.6. El 7 de junio de 2012, LAMSAC comunicó a la GPIP de la MML, el cambio de acreedor permitido, teniendo como tal a la entidad Citibank.
- 16.7. LAMSAC comunicó a la GPIP que la entidad Citibank les autorizó un endeudamiento en moneda nacional.
- 16.8. Entre el 20 de junio de 2012 al 15 de julio de 2014, Domingo Arzubialde Elorrieta ejerció el cargo de gerente de la Gerencia de Promoción de la Inversión Privada (GPIP) de la MML.
- 16.9. Domingo Arzubialde Elorrieta, como gerente de la GPIP, participó en los actos de la etapa de ejecución del contrato de concesión del proyecto Línea Amarilla SAC.
- 16.10. El 5 de octubre de 2013, Domingo Arzubialde Elorrieta, gerente de la GPIP, permitió el inicio de la explotación de la concesión, esto es, el inicio del cobro de peajes, a la empresa concesionaria LAMSAC. Al respecto, la entidad municipal EMAPE era la que tenía a su cargo dicho cobro de peaje con anterioridad a la referida fecha.
- 16.11. El 5 de octubre de 2013, LAMSAC ejecutó un incremento de la tarifa del peaje materia de concesión, y se estableció el cobro de cuatro soles para vehículos ligeros; quedando el cobro de tres soles para vehículos de transporte público y tres soles por cada eje de vehículos pesados, en todas sus unidades de cobro de peajes (garitas).
- 16.12. El 29 de diciembre de 2013, LAMSAC ejecutó un incremento de la tarifa del peaje para vehículos de transporte público, la suma de cuatro soles; y para vehículos pesados, por cada eje, la suma de cuatro soles.

NAYKO TECHY CORÓNADO SALAZAR
JUEZA
Primer Juzgado Nacional Unipersonal
Sistema Especializado en Deitos de Compción de Funcionarios

Página 12 de 62

NORMA ROSALIA CONDO DÍAZ

ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS

Stroma Especializado en Deltos de Gerrupción de Funcionaños



PRIMER JUZGADO NACIONAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

- 16.13. El fondo metropolitano de inversiones (INVERMET) de la MML es el ente supervisor del cumplimiento del contrato de concesión antes referido.
- 16.14. Una comisión de fiscalización del Congreso de la República y la Contraloría General de la República se abocan a la revisión del proyecto Línea Amarilla en virtud de un presunto incremento irregular de la tarifa de peajes.

17. De la materia controversial

18. De la descripción anterior se insertan la línea acusatoria y la de defensa, concretándose a los dos siguientes aspectos contrapuestos entre sí:

Ministerio Público	Defensa del acusado
El acusado permitió que la empresa LAMSAC realice dos incrementos de la tarifa del peaje (el 5 de octubre y el 29 de diciembre de 2013), en un lapso de tres meses, cuando el contrato habilitaba que cada doce meses podía hacerse un incremento del valor del peaje.	Su patrocinado no autorizó a la empresa LAMSAC realizar un doble incremento del valor del peaje en menos de doce meses, sino que se trató de un incremento desdoblado, el 5 de octubre de 2013, para vehículos ligeros, y el 29 de diciembre de 2013, para vehículos de transporte público y vehículos pesados.
El acusado permitió que la empresa LAMSAC utilice como parámetros de la fórmula del reajuste, el máximo de 100 % del IPC Perú (soles), pese a que la estructura de financiamiento que debía aplicarse era la correspondiente al cierre financiero (30 de diciembre de 2010), que en este caso comprendió tanto soles como dólares y, por ende, debía aplicarse como parámetro mínimo el 50 % del IPC Perú (soles) y como parámetro máximo el 50 % de la variación del tipo de cambio (dólares). (cláusula 9.9 del contrato)	Su patrocinado no permitió la aplicación de forma ilegal de la fórmula de reajuste de la tarifa del peaje (cláusula 9.9 del contrato), sino que se tomó en cuenta el 100 % del IPC Perú (soles) con base en la estructura de financiamiento de un segundo cierre financiero (junio de 2012) con un nuevo acreedor permitido, lo cual comprendió un endeudamiento solo en moneda nacional (soles), por tanto, al tenerse como parámetro mínimo 50 % del IPC Perú (soles) se consideró el 100 % del mismo, lo cual no es ilegal.
Según el contrato de concesión el cierre financiero es un acto único y un hito para otros actos administrativos.	El contrato no prohíbe la existencia de más de un cierre financiero, el que corresponde a un nuevo financiamiento para la obra.

19. De lo anterior descrito y desde la perspectiva jurídico-penal, es materia de definición en la presente sentencia, si el acusado como gerente de la Gerencia de Promoción de la Inversión Privada de la MML, se interesó indebidamente en forma directa en la ejecución del contrato de concesión en el que participaba por razón de su cargo, en beneficio de la empresa concesionaria LAMSAC. O, como señala el acusado y su defensa, no vulneró sus deberes funcionales en el ejercicio de su cargo ni transgredió el contenido de las cláusulas del contrato de concesión; por tanto no hubo ningún interés indebido a favor de la empresa LAMSAC.

NAYKO TECHY CORONADO SÁLAZAR
JUEZA
Primer Juzgado Nacional Unipersonal
Sistema Especializado en Deidos de Corrupción de Funcionarios

Página 13 de 62

NORMA ROSALÍA COMPO DÍAZ

ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS

Strena Experializado en Definas de Composo de Funcionarios



PRIMER JUZGADO NACIONAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

20. De los medios probatorios actuados en juicio

Durante la actuación probatoria en juicio, se realizó lo siguiente:

20.1. El acusado Domingo Arzubialde Elorrieta hizo uso de su derecho de ser oído en juicio, por tanto, declaró en la parte inicial de la actividad probatoria. Esgrimió el siguiente descargo:

DECLARACIÓN DE DOMINGO ARZUBIALDE ELORRIETA

- Fue designado en el cargo de gerente de la GPIP, mediante la Resolución N.º 180, del 22 de junio de 2012, que ejerció hasta el 15 de julio 2014. Antes de ello había sido gerente interino del 18 de enero al 28 de febrero de 2012, y desde el mes de abril a junio de 2012.
- En su cargo de gerente nunca ha ido a la oficina a presionar a las personas que estuvieron a su cargo, pues cada quien ha actuado conforme a sus funciones.
- Tuvo a su cargo 3 subgerencias (la Subgerencia de promoción e inversión privada, la Subgerencia de manejo de contratos, y la Subgerencia de operaciones). Con la última subgerencia se llevaba adelante el manejo, dominio y difusión de los contratos existentes, y con la subgerencia de inversión privada se evaluaban las inversiones privadas.
- No estaba entre sus funciones supervisar el cumplimiento de los contratos, debido a que dicha función era de la Subgerencia de contratos. Él como gerente verificaba los contratos, estando también INVERMET que se encargaba de evaluar técnicamente los mismos. También había un supervisor técnico y consultores.
- Su experiencia en todos los temas de transporte devenía de haber sido subgerente, del manejo de proyectos, y la experiencia adquirida en el Banco Mundial, así como en desarrollo urbano. Tenía experiencia en la gama de todos los aspectos del desarrollo.
- El contrato de concesión de 2009 no fue modificado en la adenda, lo cual fue hasta su actuación en la aplicación del contrato, refiriendo que los parámetros son como máximo 50 % de variación del dólar, y como mínimo del 50 % de variación del sol. Al no ser cofinanciada, no ingresa recursos del Estado.
- El primer cierre financiero del 2009 fue en 13 % en soles y 87 % en dólares. Se señala que de la fórmula dicho 13 % hubiese podido ascender a 50 %; y el 87 % a 50 %.
- Las cláusulas 11.8, y 11.10 del contrato posibilitan el cambio de acreedor permitido. En el 2012 cuando asume la
 gerencia en abril, el concesionario realizó la presentación de una petición de cambio de acreedor permitido, y
 que de acuerdo al contrato tiene que presentar una serie de documentos (contratos de hipoteca y contratos de
 garantías), por lo que al ya no ser OAS Limited, sino CITIBANK, todos los contratos del cierre financiero caducan,
 debiéndose llevar a cabo un nuevo cierre financiero o un nuevo financiamiento.
- El segundo cierre financiero se desarrolla a 1 395.4 millones de soles, cuya fórmula fue perfectamente aplicada al ser 100 % en soles.
- No se puede decir como sostiene la CGR que se puede desconocer un nuevo cierre financiero que se encuentra
 estipulado en el mismo contrato, toda vez que en ninguna parte del contrato señala que debe haber un solo
 cierre financiero, tal como se señala en el Informe de Auditoría N.º 303-2017, por lo que de ser cierto ello, no
 habría la cláusula 1.39.
- El concesionario presenta la Carta LAMSAC N.º 154-2013, en el que realiza un detalle analítico de todos los aspectos que corresponden al porqué aplican la fórmula de dicha manera, lo cual fue trasladado a la subgerencia de contratos, y a su equipo. Luego de la evaluación le señalaron que están conforme con ello, entregándole ellos el formato del Oficio N.º 818-2013, de autorización, en el que está el sello de conformidad del subgerente de contratos, en cuyo pie del documento se señala de dónde procede (DAE/JRA), lo cual demuestra que ha habido todo un procedimiento transparente y de circulación de los documentos.
- INVERMET era el ente responsable de la conducción del contrato de concesión en representación de la Gerencia de Promoción de la Inversión Privada de la MML, tal como se encuentra señalado en la Ordenanza N.º 779, en donde indica que ellos están a cargo de todos los procesos de inversión privada, los mismos que han tenido total conocimiento de la documentación, y han estado conforme puesto que no han emitido ningún documento en contrario, siendo que recién en el año 2014, ellos hicieron una consulta, la cual fue respondida mediante el Informe N.º 060-2014, en donde se les explicó el procedimiento planteado.
- No hubo doble incremento, debido a que estaba autorizado el 5 de octubre de 2013, para iniciar el cobro a
 todos los tipos de vehículos por ejes a 4 soles, señalando que un día antes el concesionario solicitó por una
 cuestión de liberalidad, que implementarían 4 soles a autos livianos, pero no a públicos ni a transporte pesado,
 pues en el contrato no dice que no se puede hacer ello, por lo que efectivamente en el mes de diciembre

NAYKÓ TÉCHY CORONADÓ SALAZAR
JUEZA
Primer Juzgado Nacional Unipersonal
Sistema Especializado en Delitos de Corrucción de Funcionarios

ON DE JUSTICA CO

Página 14 de 62

NORMA ROSALIA CONDO DÍAZ ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS Sistema Especializado en Defitos de Comunida de Funcionarios



PRIMER JUZGADO NACIONAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

- aquellos enviaron otra carta comunicando la estandarización de la tarifa de 4 soles para todos los vehículos.
- El periodo máximo para el inicio de la explotación era el 10 de octubre de 2013, en que se realizó el primer incremento, lo cual conllevó al segundo de fecha 29 de diciembre de 2013, señalando que la periodicidad de 12 meses no se da por el inicio de la explotación, sino por la cláusula que señala el 31 de enero de 2013, y el 31 de enero de cada año; por lo que se pudo haber implementado en el contrato en octubre de 2013, siendo que el siguiente reajuste de todas maneras tuvo que haberse dado el 31 enero de 2014, y así cada 12 meses.
- Con fecha 4 de setiembre de 2013, su gerencia emite autorización con el visado de la subgerencia de contratos, y del equipo técnico, en el que se señala que autoriza el inicio de explotación a partir del 5 de octubre de 2013, a la medianoche, debiendo cobrar en todos los ámbitos y en todos los tipos de vehículos. Se refiere que un día antes, el concesionario les hizo llegar la Carta LAMSAC N.º 187-2013-MML, en la que les señala que por cuestiones de tipo comercial decidieron que van a iniciar el incremento a los vehículos ligeros particulares.
- La cláusula 9.9 señala que esta fórmula de aplicación corresponde a un tipo de concesión autosostenible, debido
 a que si no va a tener cofinanciamiento del Estado la responsabilidad para los montos de inversión son a cargo
 del concesionario. Si ellos no lograran el cierre financiero, la concesión caduca; además dicha fórmula no es
 variable ni estática.
- La fórmula de aplicación señala que el IPC será calculado a la firma del contrato (noviembre de 2009), esto es, a partir de dicha fecha se realizó un cálculo.
- La base que cobraba Emape (entidad del Estado) era de 3 soles, señalando que al ser una concesión se aplica el IGV, para luego aplicar la fórmula de mínimos, y máximos (100 % en IPC), lo cual se dio a partir de la aplicación del contrato que fue de noviembre de 2009 hasta julio de 2013.
- El IPC es un dato público, el cual lo maneja el INEI. Queda señalado que en los años 2010 y 2011 no ha habido IPC Perú, por lo que ahí se usó el IPC Lima Su equipo fue a consultarlo a la propia oficina del INEI. Así se emitió un informe donde se señala que en este y otros casos se puede usar el IPC Lima en los años que no hubiera IPC Perú.
- Dentro de la cláusula 3.9 del contrato (referente al cierre financiero), había una cláusula específica que podía aprobar algún nuevo cierre financiero. Refiriéndose a la cláusula 1.39 (referente al refinanciamiento), se señala también que había alguna posibilidad en las cláusulas sobre una ampliación de plazo para presentar un nuevo cierre financiero.
- El cierre financiero tiene un plazo, porque se está iniciando una relación contractual entre un concedente, y un concesionario, por lo que para realizar el primer cierre financiero tiene un plazo y hay una responsabilidad concreta del concesionario que tiene los recursos. Si no cumple la cláusula 3.12 se producirá la caducidad de la concesión, y finalmente se señala que la cláusula 1.39 permite garantizar que el refinanciamiento del proyecto continúe.
- Directamente no solicitó alguna opinión a INVERMET para que se pronuncie sobre el reajuste; sin embargo, la Subgerencia de Gestión de Contratos es la que tenía reuniones con personal de dicho ente. Además que el concesionario remitió la Carta N.º 074-LAMSAC a INVERMET como supervisor poniéndoles en conocimiento de los actuados, con copia a su persona, y no realizando observaciones.
- 20.2. Asimismo, se recibió la declaración de catorce testigos, en diversas sesiones del juicio; de lo que se tiene a continuación un resumen de los aspectos más relevantes de cada declaración:

DECLARACIONES TESTIMONIALES EN JUICIO

Cargo: Gerente de la GPIP (2003-2011)

- Sus funciones como asesora legal de la GPIP fue ver la promoción de la inversión privada, como
 organismo técnico de la MML. El Consejo Metropolitano es el máximo organismo de la GPIP.
- La GPIP conducía los procedimientos de la inversión privada, a través de iniciativas municipales, privadas, y licitaciones públicas especiales, tanto el proceso hasta lograr concretar por ejemplo una APP.
- Se contaba con un equipo multidisciplinario conformado por 3 subgerencias (la subgerencia de promoción de la inversión privada; la subgerencia de contratos, que tenía que acompañar en su ejecución y se dedicaba a hacer de visagra con todas las entidades de la MML; y la subgerencia de operaciones que ve la parte administrativa), contando cada una con varios abogados (parte legal), los mismos que emitían opiniones por escrito.
- El concedente es el Estado (MML) y el concesionario es el privado, quien va a explotar el servicio, estando además INVERMET que es el supervisor del contrato, que contaba con un brazo operativo,

NAYKO TECHY CORONADO SALAZAR

JUEZA

Primer Juzgado Nacional Unipersonal

Sistema Especializado en Delima de Comunción de Funcionarios

Página 15 de 62

NORMA ROSALIA CONDO DIAZ
ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS

STATE PORTUGIA DE CAUSAS



PRIMER JUZGADO NACIONAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

LUCY GISELLE ZEGARRA FLORES	 toda vez que contrata a un supervisor de obra. La iniciativa del Proyecto Línea Amarilla la evaluó cuando ingresó el equipo de la GPIP, acompañándola hasta el 18 o 19 de octubre de 2010, derivándola luego al Consejo Metropolitano, que decidió declararia de interés, la puso por 90 días, y ovlovía a ingresar al Consejo, donde adjudicaron directamente la puso al proponente. Fue aprobado por el mismo todo lo sustancial. Hasta octubre de 2010 no hubo ninguna modificación al contrato, señalando que en los 3 primeros años de la firma no pueden ser modificados salvo error material (artículo N.º 9 del Reglamento del D. L. N.º 1012), o cuando se requiere un cierre financiero a pedido del acreedor permitido; así como que en dicho DL se solicita opinión al supervisor, no habiendo cambios unilaterales, siendo que para las adendas las partes tienen que llegar a un consenso, así como recabar las opiniones técnicas, y lo que señala la ley y su reglamento. Debió verificarse antes de permitir a LAMSAC que dé el inicio de la explotación (cobro de los peajes) el monto de inversión al mes de octubre de 2013, debido a que había un compromiso de inversión en la iniciativa privada, lo cual es parte del contrato de concesión. Esto debió darse cuando haya el nivel de inversión comprometido de la iniciativa privada, pues si no se llegaría al absurdo de empezarse con 0 de inversión privada. De acuerdo a la inversión del flujo de caja que está en la iniciativa privada tenía que haber una correlación con el nivel de inversión, señalando que el concesionario podía exigirle a LAMSAC el 70 % de avance de inversión. Pese a que no se encuentra en el contrato, está en la iniciativa privada, es decir, en el acuerdo de consejo, en el anexo N.º 6, y en el texto del contrato. El primer reajuste debió aplicarse el 31 de enero de 2013, y posteriormente, los reajustes se darían cada 12 meses, contados a partir del 31 de enero de 2013, y posteriormente, los reajustes se darían cada 12 meses, contados
	Sin cargo público, ciudadano que cuestiona los reajustes de peaje
	Ha tenido a la mano el contrato de concesión del Proyecto Línea Amarilla del 2009. Señala que Amarilla del 2009. Señala que

sobre el reajuste de la tarifa de peaje. • El monto de 4 soles fue el primer reajuste dado el 5 de octubre de 2013.

• La cláusula 9.9 del contrato señala que el reajuste se debe producir con base en el cálculo del índice de precios al consumo y de la tasa de cambio, el 50 % del diferencial para el IPC y la tasa de cambio. A la fecha de reajuste debería considerarse como el incremento autorizado por el contrato.

conoce algunas de las cláusulas del referido contrato, haciendo referencia a la cláusula 9.9 que es

• El 4 de octubre de 2013, el Sr. Augusto Rey, en representación de la MML, anunció el alza de los peajes, y para ello informó que la inversión en el contrato del concesionario era superior a los 300 millones de dólares. Al tomar nota de dicha información decidió realizar un cálculo de esta primera alza. Resultó que desde el 2009 en que se firmó el contrato hasta el 2013 en el que se produjo el alza, el IPC no subió, sino bajó. Además, la tasa de cambio del dólar desde el 2009 hasta el 2013 tampoco subió ni bajó, por lo que el cuadro de reajuste de los peajes se realiza en función de dichos indicadores. La tarifa del peaje no podía haber subido sino bajado, por lo que es ilógico que

JUAN MIGUEL **GUERRERO**

> CORONADO SALAZAR JUEZA Primer Juzgado Nacional Unipersonal

Especializado en Delitos de Corrupción de Fundonarios



ágina 16 de 62

NORMA ROSALIA CONDO DÍAZ ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS Statema Especializado en Deblos de Comunción de Funcionarios



Primer Juzgado Nacional Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios

ORBEGOZO	se le incremente el IGV porque pasaba de un cobro público al privado. La tarifa que correspondía a
OKBEGOZO	ese decremento era a 3.42 soles, pero la MML y el concesionario lo pusieron a 4 soles. La MML recibió una carta de la concesionaria pidiendo esta que por tratarse de un refinanciamiento en
	moneda nacional se hiciera el reajuste con 100 % en moneda nacional; que si la IPC y la tasa de
	cambio eran negativas, su efecto al hacer caso a la carta del concesionario se duplicaría hacia abajo
	no hacia arriba, por lo que el reajuste no corresponde a la fórmula que está establecida en la
	cláusula 9.9 del contrato, obteniendo la información del IPC y del tipo de cambio de la página web
	de la SUNAT (de 3 soles se reduce a 2.88 y al agregarse el IGV sube a 3.42 y no a 4 soles). Lo mismo
	ocurre en todas las alzas.
	Según el contrato, el segundo reajuste debe realizarse anualmente. Normalmente el concesionario
	debía presentar en enero la propuesta de reajuste, señalando que quien tendría que cumplir con la
	fórmula, y quien debía hacer y exigir su cumplimiento era la Municipalidad Metropolitana de Lima,
	refiriendo que la primera tarifa debía hacerse 3.47. Con base en ese cálculo, el máximo del IPC era
	3.47 soles, y se incrementó la tarifa a 4 soles.
	• En cuanto a la aplicación de la fórmula de reajuste, el resultado de la misma no sería distinto si la
	estructura de financiamiento es en soles o dólares, pero el concesionario aduce eso para justificar
	este incremento que no corresponde, lo cual defiende la Municipalidad Metropolitana de Lima, lo
	que debería contrarrestar, ya que para él es lo mismo.
	Cargo: Gerente de la GPIP (14 de setiembre de 2015 - 8 de febrero de 2016)
	• Ha trabajado en la MML desde el 25 de agosto de 2015 hasta el 8 de marzo de 2016, teniendo
	primero el cargo de asesor de la Gerencia Municipal hasta el 14 de setiembre de 2015. Luego fue
	gerente de la GPIP del 14 de setiembre de 2015 hasta el 8 de febrero de 2016. Desde el 9 de
	febrero de 2016 hasta el 8 de marzo de 2016 fue asesor de la Gerencia de Desarrollo de Economía
	de la MML.
	Gestionaba los contratos suscritos de la MML, de APP, y proyectos de inversión, así como se
	encargaba de promover la inversión privada y realizar a través de la subgerencia de contratos
	labores de ejecución contractual.
	• En su calidad de gerente de la GPIP, tuvo a la vista el contrato de la MML. Asimismo señala que se
ALFIERI	suscribió la adenda N.º 2, la cual fue negociada por el gerente anterior, Sr. Jaime Villafuerte. Esto
	fue realizado entre los meses de setiembre y octubre de 2015. • Tuvo a la vista la adenda N.º 1 porque era parte del contrato de concesión. Señala que no recuerda
BRUNO	si en dicha adenda se refería a algo sobre reajustes tarifarios.
LUCCHETI	• En el 2015, ostentando el cargo de gerente de la GPIP, señala que estaba en negociación el tema
Rodríguez	del reajuste tarifario, el cual hasta donde recuerda no se concretó.
	Respecto al contrato en relación al peaje, y a la tarifa, señala que hubo dos reajustes que se
	hicieron a través de actas de tarifas. Hubo una negociación a partir de una de las mismas, no
	recordando los años, pero sí recuerda que hubo una preocupación de la alta dirección de la MML
	porque iba a haber un reajuste a 5.30 soles al 2015, lo cual originó un trato directo con la
	concesionaria, refiriendo que los reajustes no estaban dentro del marco de la legalidad.
	• No podría señalar ni recuerda si se venía aplicando la fórmula específicamente del reajuste
	respecto al 50 % del IPC, y como máximo 50 % al cambio de dólar, o si la misma había sufrido
	alguna variación.
	No fue modificada la cláusula del cierre financiero.
	Cargo: Miembro de la Comisión Auditora de la CGRP (2010 - actualidad)
	• Participó como jefe de Comisión en el Informe de Auditoría N.º 303-2017-CGR, respecto a la
	ejecución contractual del Proyecto de Línea Amarilla, en el cual se arribó a varias observaciones. La
	referente al punto 3 indica que la entidad no cauteló a que se dé cumplimiento a la tarifa, de
	acuerdo a lo establecido en el contrato beneficiándolo con 20 millones de soles. La entidad no
	aplicó penalidades por 1 millón de soles por inobservancia de dicha actualización, pese a que en el
	contrato había una tabla de penalidades de 1000 soles diarios. El integrante económico determinó
	dichos montos, refiriendo que fue debido a que no se aplicó la fórmula de reajuste al cierre
	financiero, lo cual no se realizó porque aplicaron el 100 % del IPC nacional.
	Señala que al tener a la vista la adenda N.º 1 del contrato de concesión no ha verificado si la
	cláusula 3.9 del mismo fue modificada, toda vez que ello lo vio el integrante de la comisión,
	añadiendo que durante la auditoría, habiendo realizado la revisión y el análisis del mismo, los expertos dejaron claro que el financiamiento que realiza el concesionario es a su conveniencia,
	pero el cierre financiero es solo uno, lo cual se dio el 30 de diciembre de 2010.
	pero el cierre imaniciero es solo uno, lo cual se dio el 30 de diciembre de 2010.

NAYKO TECHY CORONADO SALAZAR
JUEZA
Primer Juzgado Nacional Unipersonal
Sistema Especializado en Delitos de Comunción de Funcionarios

Página 17 de 62

NORMA ROSALÍA CONDO DÍAZ

ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS

Shreme Especializado en Dolsos da Compaia de Funcionarios

• Hubo un documento que LAMSAC señala que realizó el cálculo de la tarifa habiendo refinanciado



PRIMER JUZGADO NACIONAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

su deuda en moneda nacional, y que iba a utilizar solo un parámetro. El IPC moneda nacional lo iba a usar 100 %, por lo que la comisión determinó que no procedía ello debido a que el cierre

• El órgano instructor es una unidad orgánica distinta a la unidad orgánica de megaproyectos, y de

financiero establecía otra estructura con la que debió haberse reajustado la tarifa.

KELVIN ALAIN VALENCIA FLORES	 acuerdo a su competencia al revisar el informe, y tomar una determinación, no se estarían involucrando, por lo que podría dar una opinión, señalando que desde el punto de vista de la Comisión de Auditoría se han ratificado por encontrarse evidencias. Verificaron en la auditoría que se había realizado, y acreditado un cierre financiero de fecha 30 de diciembre de 2010. Luego de ello LAMSAC presentó una carta a la MML señalando que cambiaba la estructura de financiamiento a moneda nacional, no obstante, dicho cambio conforme a la observación fue a destiempo, ya que el cierre financiero era un acto ya consolidado. La fórmula del mínimo 50 % variación del IPC Perú, y máximo de 50 % variación del tipo de cambio del dólar americano fue un acuerdo de partes, que estuvo conforme a la fecha del cierre financiero que fue el 30 de diciembre de 2010. En el 2011 ingresó la gestión de Villarán, y allí obra un documento del informe de control. La misma MML acreditó el cierre financiero, manifestando que respetan el cierre financiero.
	Cargo: Coordinadora de proyectos de la Subgerencia de Contratos
	 Trabajó en la administración pública 10 años. Señaló que aproximadamente trabajó en la Subgerencia de contratos con participación privada de la MML en junio de 2013, contratada administrativamente hasta el 31 de enero de 2014, y como locadora de servicios en el mes de marzo de 2013.
	 Como CAS podía brindar asesoría técnica, administrativa y legal a la subgerencia, señalando que eran varias abogadas y especialistas los que trabajaban dentro de la citada subgerencia cercanamente con el señor Ramos Arapa. Este último también era parte de dicha subgerencia. En la oficina de la subgerencia había coordinadores de proyectos. Cada proyecto tenía un abogado
ar in	a cargo por el tema legal, otros veían el seguimiento desde el punto de vista técnico, y otros de los temas sociales de los contratos, de Línea Amarilla depende del tema, debido que habían coordinadores responsables, del análisis depende: si era consulta social no opinaba el abogado, si era de infraestructura tampoco opinaba el abogado.
	 La ejecución de un contrato de concesión tiene aristas no solo legales, pues depende de la consulta entraban los especialistas a interpretar un tema en concreto, señalando que en la ejecución había una abogada y un especialista social.
	 En el proveído N.º 1794, que continúa al 2539, el sello y rúbrica que figura "M. Cabrera", refiere respecto a quién consignó de puño y letra "a Cabrera" que tendría que preguntar quién firmó, refiriendo que no era la persona encargada de realizar las derivaciones.
	 Respecto a que si la Carta LAMSAC N.º 269-2013, de fecha 19 de diciembre de 2013, fue visto cuando fue remitido a la Subgerencia de gestión de contratos refiere que la documentación que entra a la subgerencia y es derivada a los especialistas, si es que les dieron a los mismos no puede dar fe, así como que si lo vio no recuerda.
	 En referencia al significado que aparece en la parte derecha en donde hay unos cuadros donde Ramos Arapa ha colocado "x acciones que correspondan conocimiento y fines" del proveído N.° 2449, señala que en toda derivación hay acciones que correspondan, conocimiento y fines, siendo que ella no puede señalar qué significado tienen, y si no recuerda no puede dar el significado.
MARÍA	 Como integrante del equipo de la subgerencia del señor Ramos Arapa no recuerda ni tiene conocimiento de cuál fue el papel de INVERMET dentro del marco de ejecución del Proyecto Línea Amarilla.
	• En cuanto a la documentación en la que se ha consignado con la rúbrica del señor Ramos Arapa
FUENTES	"Para: M. Cabrera", señala que no recuerda, refiriendo que no sabe si es el sello ni la firma del citado.
	• En referencia al sentido del proveído N.º 1471 que tiene un sello de Juan Ramos Arapa, y en la
ISABEL CABRERA FUENTES	 En cuanto a la documentación en la que se ha consignado con la rúbrica del señor Ramos Arapa "Para: M. Cabrera", señala que no recuerda, refiriendo que no sabe si es el sello ni la firma del citado.

parte inferior el membrete MML, Gerencia de Promoción de Inversión Privada dice "para M. Cabrera" (R. Zevallos)", el cual se encuentra vinculado a la Carta LAMSAC N.º 154-2013, refiere que

En alusión a la cláusula 9.9: reajuste del peaje, señala que hubo bastantes reuniones de coordinación sobre este tema, no solo de su subgerencia, sino que hubo otra subgerencia que también participó, no recordando las conclusiones, pero fue analizando en su oportunidad.
En el 2013 no era especialista en concesiones, refiriendo que sus opiniones legales sobre la documentación consultada conforme sus labores eran por escrito mediante informes u opiniones

NAYKO TECHY CORONADO SALAZAR
JUEZA
Primer Juzgado Nacional Unipersonal
Sistema Especializado en Delitos de Comupción de Funcionarios

no recuerda, no tiene vistos ni ninguna indicación.

Página 18 de 62

NORMA ROSALIA CONDO DÍAZ

ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS

Statema Especializado en Delatos de Composión de Funcionarios



legales, que hacía llegar a Juan Ramos Arapa.

PRIMER JUZGADO NACIONAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

Cargo: Miembro de la comisión auditora de la CGRP • Ingresó a trabajar en la Contraloría General de la República en febrero de 2015, luego estuvo un periodo bajo el contrato de locación de servicios, y en el 2011 trabajó como CAS en marzo de 2015 hasta noviembre de 2017 que pasó a otra plaza dentro de la Contraloría, señalando que en el 2016 tenía el cargo de especialista en análisis y diseño de contratos de concesión y asociaciones públicas privadas. • Formó parte de la comisión y, posteriormente, elaboró el Informe de Auditoría N.º 303-2017/CG/MPROY-AC sobre auditoría de cumplimiento MML ejecución contractual del Proyecto Línea Amarilla. • El endeudamiento garantizado permitido es la otra parte que va con el acreedor permitido, es este préstamo que el Estado le garantiza, es como que el endeudamiento garantizado permitido es el objeto; y el sujeto que lo trae, lo aprueba y lo valida, es el acreedor permitido. • En este caso como es autosostenible, el concesionario asume todos los costos y el Estado no les da dinero; mientras que el cierre financiero es el momento establecido en el contrato en el cual el concesionario acredita de acuerdo a lo que le exige el contrato que cuenta con el financiamiento que sustenten proceder con el proyecto, es decir, es un punto de inicio. • El reajuste de peaje es la tarifa del peaje, así como la fórmula del reajuste es una fórmula como se va a reajustar la tarifa de acuerdo al contrato de concesión. Para variar la fórmula tiene que variar el contrato de concesión, debido a que no se puede variar unilateralmente. • Lo que se estableció como resultado de la acción del control es que no se cumplió lo que decía el contrato de concesión respecto al reajuste tarifario, el cual tenía que darse de acuerdo a una fórmula que ponderaba la variación del IPC y el tipo de cambio, poniendo un mínimo y un máximo, refiriendo que se había tomado un hito distinto al que se debía tomar para establecer estos ponderadores, debiéndose tomar la estructura de financiamiento que era al momento del cierre financiero que es lo que dice el contrato de concesión y no ninguna de otra. La estructura de financiamiento puede variar en el tiempo, porque como el riesgo de financiamiento es del privado, ellos pueden refinanciar como les convenga. Si ellos obtienen beneficio positivo de modificar su financiamiento está totalmente dentro de lo que pueden hacer, ni el Estado tendría que aprobarlo, salvo que sea un tema de endeudamiento garantizado permitido, el tema que pueden refinanciar "n veces" no está prohibido, pero lo que hicieron en este caso fue tomar una estructura de financiamiento de un momento posterior al del cierre financiero, ya que en el contrato decía que era la estructura de financiamiento del cierre financiero. • Se ocasiona el cierre financiero y la estructura de financiamiento se dio posteriormente a esa GERMÁN fecha, es decir, en el segundo semestre de 2012. De ahí en adelante la puede cambiar el privado, **DEZA NASI** porque es parte de su riesgo en la oportunidad que considere. • El cierre financiero no se cambia, ya que es un hito en la ejecución del contrato, el cual es el 30 de diciembre de 2010. Lo que cambia es la estructura de financiamiento al 2012. Se ha utilizado una fórmula que daba un resultado de aplicar el 100 % de la variación del IPC. Se señala que la fórmula no cambia, sino cambian los ponderadores. El 100 % que utiliza para el reajuste tarifario se da porque el concesionario utiliza la estructura tarifaria que sale de la emisión de bono, la cual era en moneda nacional; por eso, utilizó el IPC. • La fórmula se ha aplicado. Lo que se ha aplicado de forma distinta fueron los ponderadores. Para que se apliquen correctamente se debió considerar la estructura de financiamiento al cierre

financiero.

• El contrato tiene un régimen de penalidades. Dentro de ellas hay una referida a la aplicación de tarifas de una manera distinta a la establecida en el contrato de concesión. La consecuencia de la aplicación del reajuste tarifario corresponde al monto que había señalado anteriormente y está dado por el dinero que se cobraba por encima del que calculó la comisión auditora. Ello viene a ser una penalidad no cobrada, es como un dinero que no ingresa al Estado. El monto de los peajes no

toca al Estado, sino a los usuarios.

 Cuando se inicia la explotación de la concesión en términos contractuales tiene que actualizarse la tarifa de acuerdo al contrato de concesión, además de agregársele el IGV que el Estado no cobra cuando administra el peaje. En el mes de diciembre tienen que producirse las actualizaciones anuales. Se administraron los peajes cuando pasaron a ser administrados por el concesionario. También hubo una aplicación distinta por términos comerciales, no subiendo las tarifas en el momento que correspondían.

• El contrato de concesión prevenía un solo cierre financiero, el mismo que fue considerado dentro

NAYKO TECHY CÓRONADO SÁLAZAR
JUEZA
Primer Juzgado Nacional Unipersonal
Sistema Especializado en Celifos de Corrupción de Funcionarios

STATE ANGULA

Página 19 de 62

NORMA ROSALÍA CONDO DÍAZ ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS Statema Especializado en Dollaos de Compresión de Funcionanos



PRIMER JUZGADO NACIONAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

del plazo contractual, habiendo sido la estructura de financiamiento que indicó en su cierre financiero 13 % de capital propio y 87 % de endeudamiento. Se señala que el cierre financiero se da en las condiciones que establece el contrato, el cual se dio el 30 de diciembre de 2010. El refinanciamiento es una opción por la que puede apostar el concesionario.
La ponderación que se aplicó al señalarse la tarifa del año 2013 fue 100 % de la variación del IPC, debiendo corresponder conforme lo consideró la Contraloría en su informe hacerlo ponderarlo al 50 % del tipo de cambio, y 50 % de variación del IPC. El efecto es de aplicar el 100 % del IPC Perú

correspondía aplicar a la empresa concesionaria según el contrato establece una penalidad de 1000 dólares diarios.

• El Informe de Auditoría N.º 303-2017, al término del mismo, se envía a los órganos que establecen las recomendaciones, es decir, al órgano instructor de procedimiento administrativo sancionador,

fue que hubo periodos en que el peaje fue mayor, señalando que el monto por penalidad que le

- no teniendo conocimiento si se emitió la Resolución N.º 001-2018 por parte del órgano instructor.

 El rol o función del acreedor permitido en la ejecución del contrato de concesión era financiar en todo o en parte el proyecto, señalando que el contrato de concesión permitía el cambio de acreedor permitido. No lo prohibía.
- El primer acreedor propuesto en este contrato fue OAS Brasil. Señala que no recuerda si en el año 2012 esta responsabilidad recayó en la empresa CITIBANK, así como no recuerda si mediante la Carta LAMSAC N.º 071-2012, del 8 de mayo de 2012, el concesionario solicitó a la MML el cambio de acreedor permitido, por lo que si está acreditado en el informe de auditoría debe estar verificado.
- Señala que la razón por la que se estableció en el segundo párrafo de la cláusula 9.9 un parámetro mínimo y un parámetro máximo en la fórmula de la tarifa del peaje fue porque ha sido parte de la negociación, y tenían que consensuar.

Cargo: Coordinadora de Proyectos de la Subgerencia de Gestión de Contratos con Participación Privada de la GIP (abril de 2011 - 31 de diciembre de 2014)

- Para ser coordinadora no se requería ser abogada, debido a que podía ser administrador, ingeniero, o economista. Entre sus funciones estaba facilitar la ejecución del contrato, por lo que debían colaborar con entidades externas, con el concedente, así como con el concesionario.
- Cuando ingresó a trabajar en el 2011, el equipo estaba conformado por dos personas. A partir del 2012 comienza a incrementarse el personal, contratándose a ingenieros, arquitectos, y economistas. El jefe de este equipo multidisciplinario fue el subgerente de gestión de contratos, Ramos Arapa.
- Los documentos eran enviados a la Subgerencia con proveído de la Gerencia de GPIP. El subgerente se lo remitía a ella como coordinadora, procediéndose a evaluar y proyectar una respuesta, saliendo visada si es un oficio que va a salir desde la gerencia, o en el caso que necesiten más detalles, se elaboraba un informe, y posteriormente, se elevaba a la subgerencia y luego al gerente.
- Respecto al contrato LAMSAC, dentro de los primeros meses del 2012, se produjo un cambio del acreedor permitido a propuesta de este último, señalando que si no se equivoca fueron modificados dichos contratos de garantía para incluir como acreedor a CITIBANK, a efectos de retirar a OAS como acreedor permitido inicial. Se envió comunicación para que autorice a LAMSAC la modificación de los mismos.

Diana Marjorie Bonilla López

- Dicha comunicación llega. Esta fue una de las últimas que proyectó antes de salir de licencia de maternidad. Señala que la carta de LAMSAC reajustaba la tarifa utilizando únicamente el 100 % del IPC nacional, y la razón era que el refinanciamiento se había hecho exactamente en moneda nacional y el contrato decía que los valores finales eran determinados por la estructura del financiamiento.
- INVERMET era el supervisor de los contratos de concesión (de APPS), al mismo que le correspondía la detección de incumplimiento a cargo del concesionario, así como la aplicación de las penalidades por incumplimiento del contrato.
- El cierre financiero es cuando, finalmente, se consiguen los recursos para la ejecución de las obligaciones a cargo del concesionario. Se refirió que LAMSAC envió una comunicación en el 2010 cuando OAS era el acreedor permitido. Además señala cuántos cierres financieros podían ejecutarse en este contrato, que no se habla de números; sin embargo, se refinancia.
- La estructura de refinanciamiento se puede entender como la moneda en la que se adquiere el dinero para la ejecución, es decir, es cómo se va a devolver a posteriori con los intereses que corresponde. Señala también que el dinero cree que fue prestado en dólares. Se había realizado el

NAYKO TECHY CORONADO SALAZAR
JUEZA
Primer Juzgado Nacional Unipersonal
Istema Especializado en Delitos de Comución de Funcionarios

NO.

Página 20 de 62

NORMA ROSALÍA CONDO DÍAZ ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS



diciembre de 2014)

opinión favorable o de rechazo.

JUEZA

Primer Juzgado Nacional Unipersonal

me Especializado en Delitos de Corrunción de Funcionarios

refinanciamiento en moneda nacional.

PRIMER JUZGADO NACIONAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

NORMA ROSALÍA CONDO DÍAZ

ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS

cambio cuando se da la variación de acreedor permitido a CITIBANK, el mismo que hizo el

INVERMET tenía que supervisar, no solo al concesionario sino verificar que la MML cumpla con los

Opinó en el sentido del Oficio N.º 774-2013, del 27 de agosto 2013, sustentando que la propuesta de reajuste de la tarifa del peaje del Proyecto Línea Amarilla no cuenta con sustento alguno respecto de la fórmula utilizada y difiere del contrato de concesión. Añade que lo que sucede es que la cláusula no estaba muy clara, con respecto a que se debía aplicar como mínimo el 50 % nacional y como máximo el 50 % de dólar. Cuando reciben la carta con el reajuste solamente utilizaba y hacía referencia al 100 % del IPC Nacional, por lo que se formularon las consultas.
 LAMSAC envía una comunicación de respuesta al Oficio N.º 774-2013, la cual no la recibió debido a

Cargo: Coordinador de proyectos de la subgerencia de contratos de la GPIP (marzo de 2009 a

Refiere ser economista y que sus funciones no se encontraban dentro del ROF ni del MOF. Su título
de contratación fue como coordinador de proyectos. Él era quien evaluaba los proyectos que las
empresas proponían a la MML que incorporaban la inversión privada, y si era favorable daba una

El contrato se firmó en noviembre de 2009, por lo que contando 12 meses, y luego 12 meses más, el cierre financiero al 87 % soles, y 13 % dólares se dio dentro de dicho contrato, es decir, en

plazos para no incurrir en penalidades. Ellos las detectan y la aplican.

que llegó en septiembre, y dejó de laborar en el mes de agosto.

GROVER ROLANDO ROMERO LEYTON	diciembre de 2010. Señala lo que no estipula el contrato es que no se pueda hacer otro cierre financiero. Señala también que las cartas no las consideraría extemporáneas, debido a que son dentro del contexto de otro cierre financiero. El acreedor permitido es quien va a financiar el proyecto de infraestructura, el cual puede ser un banco o un sindicato de bancos que esté avalado por el Estado peruano. Este es responsable de conseguir el acreedor permitido el concesionario, es decir, la empresa. Los diversos contratos de garantía y financiamiento que habían celebrado LAMSAC con el primer acreedor permitido quedaron en stand by. Todos los demás contratos que habían quedado con el acreedor primigenio deberán ser renegociados con el nuevo acreedor, es decir, es como un refinanciamiento con un nuevo banco. Primero vino un cierre financiero y luego un refinanciamiento, que significa que ya se cambió de banco. Se refinancia, dándose dicho refinanciamiento entre privados, debiendo estar el concedente avisado, es decir, si se cambia de un mix de monedas en dólares, a otro tipo de monedas que ahora será en soles. Se refiere respecto a esto último sobre el contrato de Línea Amarilla. El cierre financiero es tener el dinero para llevar adelante las obras, el cual podía ser cambiado por diferentes factores por el concesionario varias veces. Su límite es la fecha de inicio de explotación, señalando además que puede haber más de un cierre financiero. Respecto a si la cláusula N.º 1.39 si es igual al cierre financiero. Respecto a si la cláusula N.º 7.42013, del 27 de agosto de 2013, en el que se sustenta que la propuesta de LAMSAC no contaba con sustento técnico de la fórmula utilizada y difiere del contrato de concesión, toda vez que en el mismo aparecen otras siglas. No recuerda, pero podría ser que sí le hayan consultado sobre la Carta LAMSAC N.º 154-2013, del 2 de setiembre de 2013. Señala que en todo caso aplicar el 100 % es correcto de acuerdo a la fórmula, así como toda la documentación iba dirigida a la subgeren
BOAR OF MOTICAL CO.	estructuración y el modo de refinanciamiento no era necesario que exista una adenda. Página 21 de 62



PRIMER JUZGADO NACIONAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

- No había ninguna repercusión en algún problema que podía haber perjudicado a la MML con estos cambios porque es un proyecto de iniciativa privada autosostenible, por lo que todos los riesgos los asume el privado, señalando que la MML no va a correr con un centavo.

 Si había consultas verbales de índole económico financiero, se reunía con especialistas de la subgerencia de contratos.

 Cargo: Subgerente de Gestión de Contratos con Participación Privada de la MML (setiembre de 2012-20 de enero de 2014)

 Su inmediato superior era el arquitecto Domingo Arzubialde Elorrieta.

 Eran un equipo multidisciplinario conformado por varios coordinadores de contrato, en su gran mayoría abogados, pero también había arquitectos, ingenieros, algún economista, especialista social, sociólogos, quienes daban soporte, y asistencia para que el contrato se ejecutara de la mejor manera.

 Sus funciones eran básicamente las del ROF o MOF, tales como gestionar o coordinar con las distintas unidades, áreas y gerencias de la MML, la implementación de las obligaciones en contratos de la MML, o en la APP.
 - No tuvo participación en la firma del contrato de Línea Amarilla, pero sí en el periodo entre setiembre de 2012 y enero de 2014.
 - El Proyecto Vía Parque Rímac era una concesión autosostenible, es decir, se financia con los recursos del concesionario. No requiere participación económica del Estado, de ninguna forma, y además, porque con los propios flujos se va financiando la propia estructura financiera del proyecto.
 - Debido a que se había producido en el 2012 un cambio de acreedor permitido a CITIBANK, en atención a la situación de los contratos de financiamiento que había celebrado el concesionario con el anterior acreedor permitido (OAS Investment), tenían que haber nuevos contratos de financiamiento necesariamente, debido a que ya había otra persona jurídica.
 - INVERMET desempeñaba el rol o papel de ser el supervisor técnico del contrato de concesión, y le corresponde aplicar penalidades por incumplimiento del mismo, mas no a la GPIP.
 - Tuvo a la vista, y participó en la adenda N.º 1 del contrato de concesión de fecha 13 de febrero de 2013. Con ella se mejoró la posición de la MML en relación al contrato original. No se tuvo a la vista la adenda N.º 2, de fecha 2 de octubre de 2013.
 - La cláusula N.º 1.39 del contrato establece que un acreedor permitido puede pedir un refinanciamiento, o un nuevo cierre financiero, por lo que desde su punto de vista pueden hacerse varios cierres financieros. Lo importante es garantizar el financiamiento del proyecto. Señala que la ley no lo prohíbe, así como el contrato tampoco.
 - Recibieron 4 anillados que contenían los contratos de garantías y financiamiento del nuevo cierre financiero. Se revisó si estaban acordes a dicho contrato, y si los nuevos acreedores permitidos (CITIBANK) reunían los requisitos del contrato de concesión, siendo que sí, no objetando a la documentación correspondiente al nuevo cierre financiero, por lo que es recién en dicho momento que el concesionario en aplicación al contrato solicita el reajuste de la tarifa debido a que correspondía, por lo que se procedió a un cruce de documentación.
 - Desde su punto de vista se estaba aplicando bien la fórmula de reajuste.
 - El concesionario no podía hacer el doble reajuste del peaje. Se señala que jamás se hizo ello.
 - Mediante la Carta LAMSAC N.º 145-2013 reciben la comunicación de la empresa, la cual en el asunto dice "Requerimiento técnico, económico y legal sobre reajuste de peaje", la misma que no estaba clara, por lo que hicieron un primer análisis del documento, señalando dos temas; en el punto 1 en el Oficio N.º 774-2013 de la GPIP del 27 de agosto de 2013, en el que se indica que la cláusula del contrato N.º 9.9 refiere que la tarifa será reajustada anualmente, por lo que pidieron al concesionario que sustente por qué hacía dicha interpretación en la cláusula de reajuste; y en el segundo punto le dijeron que no había IPC Perú en algunos años, pidiendo que aclaren por qué aplicaban de esa forma el IPC Perú. Se señaló si no había IPC Perú algunos años, se podía usar el IPC Lima.
 - La concesionaria, a través del Oficio N.º 154-2013, de fecha 2 de setiembre de 2013, adjuntó informes legales, técnicos, y financieros para levantar las observaciones (4 carillas).
 - No todos los documentos que llegaban ingresaban para opinión legal. A través de la Carta N.º 187-2013, del 4 de octubre de 2013, se ponía en conocimiento una decisión del concesionario con base en lo resuelto con la Carta N.º 818, del 6 de setiembre.
 - El concesionario solicitó el reajuste de la tarifa a 4 soles (teniendo autorización para realizar dicho

JUAN ANDRÉS RAMOS ARAPA

NAYKO TECHY CORONADO SALAZAR

JUEZA

Primer Juzgado Nacional Unipersonal
stema Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios

S DE JUSTICAL

Página 22 de 62

ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS como Especializado en Dichos de Corrugções de Especias as



reajuste.

PRIMER JUZGADO NACIONAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

NORMA ROSALIA CONDO DIAZ

ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS

cobro), lo cual fue por un tema de estrategia para evitar cualquier manifestación, por lo que si el

No se solicitó ninguna opinión técnica, ni legal para contestar la Carta N.º 269-2013, del 4 de octubre de 2013, a través del cual LAMSAC comunicó que su representada procederá a estandarizar a 4 soles para vehículos livianos, 4 soles para transporte público y 4 soles por cada eje para vehículos pesados, debido a que les comunicaba algo preestablecido conforme al contrato.
 Tiene conocimiento de que la Resolución N.º 001-2018 concluye que no es posible desconocer el refinanciamiento del cierre financiero y que ha habido una adecuada aplicación de la fórmula de

• Participó en el Informe de Auditoría N.º 303-2017/CG/MPROY-AC, como miembro de la comisión

• El insumo principal es el contrato en sí, se verificó si la MML y el concesionario cumplieron cabalmente lo que decía el contrato de concesión. Después de la revisión se observó que no fue así realmente, porque no se ciñeron estrictamente a los términos contractuales, debido a que

concesionario decide reducir sus ingresos es un tema unilateral.

aplicaron de manera incorrecta la fórmula de actualización de la tarifa.

Cargo: Miembro de la Comisión Auditora de la CGRP

que controlaba al Proyecto Línea Amarilla.

JUEZA
Primer Juzgado Nacional Unipersonal

pecializado en Delitos de Comunción de Funcionarios

Iván Ovidio Inocente Arévalo	 Este cierre financiero de diciembre de 2010 podía ser variado antes de la explotación que se inició en el 2013, pero con una comunicación formal y una justificación que tendría que ser aceptada. El contrato prevé un máximo de un año adicional, y no se encontró ninguna comunicación formal de concesionario ni ninguna respuesta del concedente. En su observación 3, determinaron que hubo un monto de dinero, el cual benefició a la empresa concesionaria por 20 739 520 soles. Dicho cálculo se realizó de acuerdo a una diferencia entre lo que el concesionario aceptó como fórmula final para la actualización de las tarifas versus con lo que debió ser con relación al cierre financiero. El cierre financiero es único, y en este caso, fue en diciembre de 2010. Se señaló que en el contrato no existe la definición de cierre financiero del refinanciamiento. Por lo tanto no es aplicable. Además que el contrato no prevé que existan varios cierres financieros. Luego del cierre financiero (diciembre de 2010) el concesionario a su propio riesgo podía buscar con otros acreedores permitidos un mejor financiamiento, lo cual fue lo que hizo, y normalmente se hace, es decir encontrar mejores condiciones de acuerdo al contexto internacional, cambiando de acreedor permitido a CITIBANK, debido a que cumplía las condiciones de una entidad grande, por lo que este nuevo acreedor permitido es el que asume las otras garantías. Se señala que ello es un acuerdo privado de partes entre la nueva entidad financiera y el concesionario, respecto a las condiciones para realizar el refinanciamiento. Respecto al segundo cierre financiero o refinanciamiento de cierre financiero, ellos pueder llamarlo como mejor le acomoden, pero sería a su propio riesgo, pues ello no existe. Según el Informe de Contraloría N.º 303-2017, el reajuste fue incorrecto porque no se aplicó lo que dice el contrato, pues determinaba los porcentajes de la fórmula conforme a su interpretación, lo cual viene afectando hasta el día de
	presentándose una diferencia de 0.20 centavos, por lo que en ese momento sumando los vehículos que pagaron los peajes que usaron el Proyecto Línea Amarilla, se calculó como mayores ingresos la suma de 13 409 030 soles. • En el informe de auditoría se señaló un perjuicio a la entidad por el monto 1 214,000 dólares del 5
	 de octubre 2013 al 18 de enero 2017 (1214 días), que es la penalidad por incumplimiento de contrato en dicho periodo. Al cierre financiero hay un acreedor permitido, el cual va a financiar la implementación de proyecto. Dicha información se comunica y el concedente verifica si es un acreedor permitido y se acepta, lo cual se dio el 30 de diciembre de 2010.



PRIMER JUZGADO NACIONAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

NORMA ROSALÍA CONDO DÍAZ

ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS

Sistema Especializado en Delitos de Comunida de Funcionarios

 En el contrato se establecen las fechas. Más allá de dichas cláusulas, cualquier modificación que afecte a las condiciones del contrato mismo se hace a través de adendas, aumento de plazos,

 Para la aplicación de la fórmula establecida en la cláusula 9.9 del contrato, refiere que si la estructura del refinanciamiento está compuesta integramente en moneda nacional, era posible utilizar como parámetro máximo el 100 % de variación de IPC nacional, teniendo en cuenta que el

Cargo: Subgerente de Gestión de Contratos con Participación Privada de la MML (finales de enero de

 Entre las funciones específicas que tenían, estaban las establecidas en el ROF, tal como la gestión de los contratos suscritos por la MML (...) señalando que tenía a su cargo 8 o 9 contratos de concesión suscritos que son los que recibió en su gestión. Sus funciones estaban supeditadas a verificar los cumplimientos tanto del concedente como del concesionario. Tuvo a la vista entre

reformulación de esquema tarifario, que requieren acuerdo de partes.

mínimo respecto a dicha moneda era el 50 %.

2014 - 31 de julio de 2014)

dichos contratos el contrato del proyecto Línea Amarilla. · Como MML tenían un organismo que es INVERMET, el cual era el área competente para poder supervisar los contratos. Se señala que cualquier solicitud y modificación de contrato tenía que pasar por INVERMET. Si les solicitaban podían emitir una opinión pero al amparo de las normas vigentes y del contrato, añadiendo que en su gestión no hubo ninguna modificación del contrato. Tuvo a la vista la adenda N.º 1, de fecha febrero de 2013, así como todos los documentos que formaban parte de dicho contrato de concesión. • El objeto de la adenda N.º 1, en la que señala que por medio de la presente, las partes convienen en la modificación de las cláusulas 6.20, 6.21, 6.23, 6.25, 10.11, 16.11, 17.1, 17.3, 17.5, 176, 17.7 y caso fortuito y fuerza mayor. · Cualquier otra modificación de aspectos sustanciales del contrato original habría tenido que realizarse a través de una adenda. Refirió además que la cláusula N.º 9.9 del contrato señala que las tarifas pueden ser reajustadas por el concesionario. • Dentro de las normas de las APP existen modalidades. Una de ellas, la cofinanciada, la cual se da cuando el Estado aporta una parte ya sea mínima; y la otra es la autofinanciada, en la que el Estado no pone un sol. En este caso es el concesionario quien asume el riesgo totalmente, toda vez que ahí no hay participación del Estado. Señala que el 29 de diciembre de 2010 se realizó el primer cierre financiero, señalando que pueden haber todos los necesarios, siendo probable que hayan dos, tres o cuatro, toda vez que no se requería de una adenda al no tratarse de cuestiones sustanciales del contrato. No existe además alguna cláusula que prohíba ello, así como que el concesionario realice un refinanciamiento de su primer cierre financiero. No evaluó el primer cierre financiero; sin embargo, señala que con el segundo cierre financiero se mejoraron las condiciones del contrato, asumiendo el riesgo el concesionario. Sin el cierre financiero no se podía iniciar el contrato, debido a que es la forma cómo se va a financiar las obras, es decir, cómo voy a tener los fondos para ejecutar las mismas. Hay una cláusula que señala, que dicho año el INEI no había dado información del IPC Nacional, por lo que era válido el IPC Lima. Esto fue señalado en el contrato, y tomado en el acta al que se suscribía dicho contrato del año 2013. La estructura de la GPIP tenía cuatro áreas a su cargo. Una de ellas es la subgerencia de gestión de contratos; otra, la subgerencia de promoción de inversión privada, que era la que veía la parte CARLOS previa de la suscripción de contratos, además de un área de asesoría legal, y un área **FERNANDO** administrativa. STEIERT La cláusula N.º 3.9 del contrato se cumplió, señalando además que la cláusula N.º 3.12 del contrato estipula que no es un plazo cerrado el de 12 meses, debido a que podía haber ampliación de plazo. GOICOCHEA · No correspondía a su área verificar un incumplimiento, debido a que dicha situación le correspondía a INVERMET. En relación al Informe N.º 060-2014, del 7 de marzo de 2014, refiere que tiene conocimiento de que al haber llegado a INVERMET, este no formuló algún reparo, cuestionamiento, objeción, comentario ni aclaración. La fecha de inicio de la explotación, la cual fue el 5 de octubre de 2013, es aquella en que los peajes son entregados físicamente al concesionario para empezar a cobrar los servicios, señalando que la entidad que efectuaba el cobro de las tarifas antes del inicio de la explotación era la empresa EMAPE S. A. Los contratos de garantía que se celebraron entre el acreedor permitido inicial (OAS Investment S. A.), cuando entró el nuevo acreedor permitido (CITIBANK) quedaron sin efecto. Página 24 de 62

YKO TECHY CORONADO SALAZAR

specializado en Delitos de Comunción de Funcionarios

Primer Juzgado Nacional Unipersonal



Primer Juzgado Nacional Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios

	• Tiene conocimiento del contenido de la Resolución N.º 001-2018-CG/INS, del 18 de mayo de 2018, la misma que fue emitida por el Órgano Instructor Sede Central de la Contraloría General de la República, la cual analiza una supuesta falta administrativa funcional tanto del acusado Arzubialde como de otros funcionarios que han tenido cargos muchos años anteriores dentro de la GPIP. En dicho informe claramente se determina que no ha habido un incumplimiento funcional de lo establecido en el contrato como subgerencia. Ambas imputaciones han sido archivadas, lo cual tiene relevancia porque la revisión del órgano instructor está yendo sobre un informe de la propia
	Contraloría donde dice que las imputaciones carecen de relevancia y determina el archivamiento de este proceso en ambas imputaciones.
	Cargo: Jefa del Órgano Instructor de la CGRP (2016 a la actualidad)
	 Entre sus deberes está llevar la fase instructiva. Su deber es solicitar a los funcionarios o terceros, la información, documentación u opiniones para la revisión de los asuntos de su competencia cuando se inicia el procedimiento administrativo sancionador.
	 El art. 5.2 de la Resolución N.º 100-2018-CG "Ley sobre responsabilidad administrativa funcionales" señala que los procesamientos por resolución administrativa funcional son independientes de los procesos penal o civil que con diferentes intereses pudieran establecerse en cada caso. Según la Contraloría General de la República el procedimiento no habría tomado en cuenta la estructura de financiamiento del cierre financiero y la fórmula establecida en el contrato. La Resolución N.º 001-2018 se emitió con motivo de la evaluación efectuada al Informe de Auditoría N.º 303-2017/CG/MPROY-AC, referente este último a la ejecución contractual del
	Proyecto Línea Amarilla. Para emitir la misma tuvo a la vista el Oficio N.º 235-2011-MML-GPIP del 18 de julio de 2011, a través del cual el gerente de promoción de inversión privada de la MML dio por acreditado el cierre financiero, así como también ha tenido que tener a la vista el contrato, y la Carta N.º 148-2012, del 5 de octubre de 2012, referente al cierre financiero y refinanciamiento. • Suscribió la Resolución N.º 001-2018 con dos abogados, el analista y evaluador a cargo del
	expediente. En la misma se concluye que a efectos de analizar la aplicación de la fórmula del reajuste de la tarifa del contrato Línea Amarilla, se menciona que no puede desconocerse el refinanciamiento que presentó el concesionario LAMSAC al concedente MML. • Arribó a la conclusión que no se advertía que se haya aplicado incorrectamente la fórmula de
	reajuste. Se señala que no correspondería la aplicación de penalidades, dado que en el resumen ejecutivo (informe final) emitido por Fernando Jorge Tantaleán Gigliñio se había considerado que el trato directo y pago de pérdida sufrida por LAMSAC, debido al retraso del inicio del cobro de la tarifa reajustada a través de las unidades de peaje existente, se habría concluido que se realizó por un monto válido, por lo que consideraron que no había responsabilidad respecto al acusado Arzubialde Elorrieta y otros. Refiere que dicho informe ha servido de sustento para determinar la aplicación de la fórmula del reajuste, el cual fue alcanzado por la misma comisión de auditoría en el informe de auditoría.
	De la lectura de la cláusula N.º 1.39 del contrato no estipula el refinanciamiento del cierre
ROCÍO DEL CARMEN	 financiero. Refiere respecto al punto 3.9 del contrato "Cierre financiero" había un plazo para el cierre financiero, el cual de acuerdo al contrato no debería modificarse.
SILUPÚ CARRIÓN	 Puede haber otro cierre financiero, debido a que en varios casos ha visto ello, lo cual es un tema que regulan las entidades concedentes, es decir, el sector con el privado, señalando además que la suscripción de adendas debe darse dentro de los plazos. Si uno realiza otra variación al cierre financiero debe realizarse por medio de adendas.
	 Refiere que de acuerdo a la cláusula N.º 19.2 del contrato sí se debía hacer una adenda para estos temas del cierre financiero. La frase contenida en el pie de página de la pág. 19 de la Resolución N.º 001-2018 "El cierre
	financiero del refinanciamiento, el cual resulta ser el vigente por cuanto es la base de la garantía de la realización del proyecto, es decir, que el mismo es imprescindible para que el proyecto tenga viabilidad financiera" (no dice fuente), señala que debe de estar en el Informe de Auditoría N. 303-2017.
	Cargo: Especialista experto en la evaluación del Informe de Contraloría N.º 303-2017 • Ha analizado una parte del Proyecto Línea Amarilla. En su momento, la Procuraduría le pidió calcular el beneficio extra que había tenido la empresa debido a la aplicación de una fórmula estipulada en la cláusula N.º 9 del contrato, habiendo revisado para llegar a dicho cálculo e contrato de concesión y el Informe de Contraloría N.º 303-2017. • El plazo para que la empresa concesionaria acredite su cierre financiero (capacidad financiera)

puede ser ampliado si no se llega a acreditar la capacidad financiera en una fecha determinada.

NAYKO TECHY CORONADO SALAZAR
JUEZA
Primer Juzgado Nacional Unipersonal
Sistema Especializado en Delims de Controcto da Eunicapada

Página 25 de 62

NORMA ROSALIA CONDO DÍAZ
ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS
Statoma Especializado na Dictora da Compacida da Eurocionados



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y

PRIMER JUZGADO NACIONAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN

DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS DE FUNCIONARIOS La empresa concesionaria LAMSAC acreditó el cierre financiero dentro del plazo, es decir, el 30 de diciembre de 2010. La estructura de financiamiento que presentó en el cierre financiero fue 13 % en soles que era parte del capital social del accionista dentro de una empresa, y 87 % en dólares obtenida a través de una línea de financiamiento. En relación a la aplicación de reajuste del peaje solicitada por la concesionaria no se cumplió con lo LUIS estipulado en la cláusula 9.9 del contrato de concesión, debido a que a la fecha del cierre financiero, es decir, al 30 de diciembre de 2010 era 13 % en soles, y 87 % en dólares. Lo que **FERNANDO** establecía la cláusula era que en caso se tenga así, los parámetros debían ser 50 % en soles y 50 % Ruiz en dólares. **LECAROS** No existe el término de cierre financiero del refinanciamiento, nunca lo ha escuchado, pero podría existir, no teniendo conocimiento de ello. En principio desde lo conceptual, de la naturaleza de la observación del informe, en la observación N.º 3 del Informe de Contraloría, no argumentaron ni discutieron sobre el concepto, con respecto al beneficio extramarginal que ha obtenido la empresa debido a un cálculo o aplicación incorrecta de la fórmula del reajuste. Lo que han señalado en su informe es que no difieren en el concepto sino en el monto, debido a que la Contraloría indica 20 millones, mientras que ellos indican que es 10 186 569 soles. Al analizar el documento de Contraloría en el contrato está establecido debido a un cálculo o la aplicación de una tarifa incorrecta lleva a la aplicación de penalidades. En el contrato dice 1000 dólares diarios, habiendo sido 1214 días, por tanto la penalidad que señaló la Contraloría en su informe fue 1 214 000 dólares, lo cual también validaron en su informe. • El horizonte temporal de su informe va desde el 5 de octubre de 2013 hasta el 31 de enero de 2015, habiendo interpretado a la fórmula de reajuste con base en dos parámetros: el primero el reajuste por IPC en soles (por inflación), y el segundo es por devaluación (por el tipo de cambio). El valor mínimo que podía tomar el parámetro en soles era 50 %, y el valor máximo de dólares 50 %. En función de ello les han salido los valores que para unos casos la tarifa calculada correctamente está por debajo de la tarifa que se calculó con el parámetro de 100 % en soles, que consideran incorrecto, pues en el informe se señala la diferencia entre el cálculo correcto y el incorrecto. Sobre la base de los 10 186 569 de soles (base imponible) de mayores ingresos que obtuvo la empresa, se le descuenta el 30 %, dando los 7 130 000 soles de mayores utilidades. • Desde la teoría económica, esta mala aplicación no ha creado valor. La empresa, por esa mala aplicación de la fórmula, ha tenido un beneficio extra que ha significado un perjuicio extra para

beneficiado con esa cantidad es porque alguien se ha perjudicado por la misma cantidad. • El contrato de préstamo con garantías que celebró el concesionario LAMSAC con el anterior acreedor permitido el 2010, en términos generales, debe haber concluido.

alguien distinto de la empresa. Refiere que es un juego de suma 0, ya que si la empresa se ha

- El endeudamiento hace referencia cuando una empresa adquiere fondos para destinarlos al objeto del contrato, a refinanciar, o a sustituir una deuda por otra, mientras que el cierre financiero es un proceso de acreditación mediante el cual el concesionario acredita que tiene la capacidad financiera suficiente como para poder cumplir con el objeto (las obligaciones) del contrato. Además este último se da una vez en la vida.
- Las cláusulas del contrato de concesión siguen vigentes. La cláusula 1.39 justamente permite al concesionario refinanciar si le parece bien, esto es si logra una mejor tasa para obtener una estructura óptima de financiamiento, pero ello no tiene vinculación con el cierre financiero.
- En el análisis efectuado determinaron mayores ingresos a favor de la empresa LAMSAC, también verificaron menores ingresos a la misma, todo lo cual, compensándose, la empresa LASMAC obtuvo 10 186 569 de mayores ingresos.

FRANCIS AYLEEM PITTMAN VILLARREAL Cargo: Especialista experto en la evaluación del Informe de Contraloría N.º 303-2017

- Emítió un informe con Fernando Ruiz, con respecto a lo observado en el punto 3, del informe de la Contraloría General de la República. Tuvo a la vista el informe y sus apéndices, el contrato de concesión, así como la información recabada de la data del INEI.
- El cierre financiero se dio el 30 de diciembre de 2010. Señala respecto a su regulación que no se encuentra en el informe, y recuerda que hay una carta de aceptación de parte de la MML.
- Concuerdan que la estructura de financiamiento era 13 % en soles, y 87 % en dólares. Señala también que la fórmula del peaje lo establece el mismo contrato en su cláusula 9.9. Dicha fórmula no se aplicó al aprobarse el reajuste en el año 2013, debido a que se aplicó una fórmula de 100 a 0 cuando la estructura de financiamiento no era esa.
- En el contrato de concesión señalaba que si la empresa cobra incorrectamente una tarifa se

JUEZA Primer Juzgado Nacional Unicersona Especializado en Delitos de Comunción de Funcionarios

Página 26 de 62 NORMA ROSALÍA CONDO DÍAZ ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS Feneralizado en Deltes de Comusción de Funcionarios



PRIMER JUZGADO NACIONAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

establecen penalidades.

- Toda modificación se debe regir sobre el contrato de concesión. En la cláusula 9.9 no señala si el nuevo participante puede modificar la tarifa, debido a que indica que ello se debe supeditar a la estructura de refinanciamiento al cierre financiero.
- Básicamente, la Contraloría General de la República y el personal auditor no indicaban los montos negativos que se hacían en los cálculos sino los positivos. Si se realiza un análisis técnico se deben sumar los más y los menos. Es por ello que se tienen cifras negativas.
- En la página 3, en el cuadro 3, se menciona que los mayores ingresos que ha obtenido el concesionario por tarifa incorrecta se desdoblarían en dos rubros: uno de ellos, los beneficios adicionales por tarifa incorrecta 6 976 584 soles; y el otro rubro de mayores ingresos, el cual será el exceso de compensación por tarifa incorrecta a 3 209 985 soles.
- El ingreso, mayor ingreso o ingreso indebido real, que tuvo el concesionario LAMSAC por la tarifa incorrecta ascendería a 7 130 598 soles. Dicho monto es el ingreso marginal, el mismo que es deducido del impuesto a la renta.
- El cierre financiero es una fecha, mientras que la estructura de financiamiento es el porcentaje (%).
 Los mayores ingresos que obtuvo LAMSAC (7 millones) perjudicaron a los usuarios del servicio.
- 20.3. Finalmente, respecto de la prueba documental, se oralizaron treinta y tres documentales, entre las cuales resaltan cartas de la empresa LAMSAC, oficios de la GPIP, proveídos de los funcionarios que recibieron cartas de la concesionaria, el contrato de concesión y la adenda número uno, el Manual de organización y funciones (MOF) de la GPIP, entre otros documentos administrativos vinculados al contrato de concesión Línea Amarilla, cuya descripción específica y valoración probatoria respectiva se expondrá en los fundamentos de la decisión.

En relación a la imputación por el delito de negociación incompatible

AYKO TECHY CORONADO SAL

Primer Juzgado Nacional Unipersonal

- 21. El delito de negociación incompatible, tipificado en el artículo 399 del Código Penal, señala: "El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal⁵".
- 22. Para la acreditación del delito de negociación incompatible imputado al acusado, se hace necesario verificar los presupuestos típicos de dicho delito, durante la actuación probatoria, teniéndose en cuenta que la imputación es por haberse interesado indebidamente de forma directa a favor de la empresa LAMSAC, en la ejecución del contrato de concesión Línea Amarilla, en la que intervino por razón de su cargo como de gerente de la GPIP.
- 23. En relación a la imputación, el acusado Arzubialde Elorrieta ha negado los cargos penales en su contra, señalando que no se ha interesado a favor de la empresa LAMSAC en el trámite de ejecución contractual. Más bien, conjuntamente con su equipo de trabajo en la GPIP, integrado por profesionales de diversas áreas, ha dado tramitación a las distintas comunicaciones de la empresa concesionaria, sobre todo en relación al incremento de tarifa de peaje y al reajuste tarifario, conforme a lo establecido en el referido contrato de concesión.

See No Tick Co.

Página 27 de 62

NORMA ROSALIA CONDO DIAZ ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS

⁵ Conforme al artículo modificado por la Ley N.° 28355, publicada el 6 de octubre de 2004, vigente hasta el 25 de noviembre de 2013.



DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

PRIMER JUZGADO NACIONAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

En ese sentido, no ha vulnerado sus funciones como gerente de la GPIP, sino por el contrario ha tenido una actuación funcional transparente.

- 24. En cuanto al análisis de los presupuestos típicos de este delito, en relación a la calidad especial del agente, esto es, de *ser un funcionario o servidor público*, exigido en la norma penal, debe tenerse en cuenta el fundamento 16.8 de la presente sentencia, en el que se señala que nos encontramos ante un agente público que ostenta el cargo de gerente de la Gerencia de Promoción de la Inversión Privada (GPIP) de la Municipalidad Metropolitana de Lima, circunstancia que no ha sido negada por ninguna de las partes. Por lo que este primer presupuesto típico exigido por el artículo 399° del Código Penal, se ve superado.
- 25. En cuanto a la participación del agente público en un contrato u operación en la que intervengan por razón de su cargo, no ha habido cuestionamiento durante el contradictorio sobre la presencia de dicho elemento, en tanto que efectivamente el acusado Arzubialde Elorrieta como gerente de la GPIP ha estado relacionado por su despliegue funcional con la ejecución del contrato de concesión denominado Línea Amarilla. Así se tiene que el Manual de organización y funciones (MOF) de la GPIP señala como funciones del gerente de la GPIP: "dirigir, ejecutar, controlar y monitorear el proceso de la participación de la inversión privada, el cual comprende tanto las acciones orientadas a lograr la inversión privada en activos, empresas, proyectos, servicios, obras públicas de infraestructura y servicios públicos de la MML (...) representar a la MML en los contratos de participación de la inversión privada en los cuales sea parte"; por lo que el acusado, en su calidad de funcionario público, ha intervenido en una ejecución contractual vinculada al ejercicio de su cargo, como representante de la MML en la promoción de la inversión privada, específicamente en este caso, en los actos de ejecución del contrato de concesión otorgada a la empresa LAMSAC para el diseño, construcción, operación y mantenimiento de nuevas vías urbanas, así como el mejoramiento, operación y mantenimiento de vías urbanas existentes en la ciudad de Lima.
- 26. Adicionalmente, la jurisprudencia de la Corte Suprema ilustra esta relación funcionarial señalando lo siguiente: "El tipo penal sanciona al funcionario público que interviene por razón de su cargo; esto significa que no puede ser autor, cualquier funcionario, sino solo aquel que posee facultades de decisión o manejo de las negociaciones u operaciones en las que interviene (...)"⁶. Así el acusado Arzubialde Elorrieta, por su cargo de gerente de la GPIP, tuvo facultades de dirección, decisión y representación de la MML en la ejecución contractual antes referida; de todo lo cual, se tiene que, efectivamente, en el presente caso, también se cumple con este presupuesto típico.
- 27. Por último y siguiendo la concatenación de los presupuestos del delito de negociación incompatible, se tiene la conjunción de dos elementos relevantes sobre los cuales radica la esencia del análisis probatorio vinculado a la acreditación o no del delito imputado al acusado, nos referimos a que si el acusado Arzubialde Elorrieta se interesó indebidamente de forma

⁶ Casación N.° 67-2017. Lima, de fecha 11 de julio de 2017, emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, en su fundamento 46.

NAYKO TECHY CORONADO SALAZAR
JUEZA

Primer Juzgado Nacional Unipersonal

Sistema Especializado en Defitos de Compoción de Funcionarios

Página 28 de 62

NORMA ROSALÍA CONDO DÍAZ

ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS

Statema Especializado en Devicos do Comisción do Funcananos



PRIMER JUZGADO NACIONAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

directa en beneficiar a la empresa LAMSAC, en relación al incremento de la tarifa de peaje y sobre la aplicación de la fórmula del reajuste tarifario del peaje, que generaron mayores ingresos a dicha empresa contratista. Sobre este elemento y su respectiva sustentación probatoria o no, trataremos en los fundamentos que se exponen a continuación.

De la presencia del elemento interés indebido directo como presupuesto típico determinante

- 28. Debemos partir por definir el bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible, el cual específicamente conduce a "cautelar la imparcialidad y objetividad (profesionalismo) que exige el desempeño funcional", esto del funcionario público que interviene en una operación o contrato por razón de su cargo.
- 29. Específicamente en relación a este elemento del interés indebido, la doctrina comparada, en este caso, la argentina, con base en su texto normativo similar al peruano⁸, señala lo siguiente:
 - "2125. El interés privado. La mayor parte de nuestra doctrina sostiene que el interés que tiene que informar la intervención de parte en el negocio por el funcionario debe tener un contenido económico; su pretensión tiene que ser de carácter patrimonial; pero no se trata de una opinión uniforme, porque otros, siguiendo la doctrina italiana, sostienen que para el tipo basta la injerencia de un interés particular, cualquiera que sea su naturaleza; es suficiente con que sea una finalidad ajena a la Administración, aunque no sea estrictamente económica"⁹.
- 30. Un primer aspecto de análisis descarta la evaluación probatoria desde la perspectiva de prueba directa, esto es, la presencia de alguna persona que sindique o asevere que el acusado Arzubialde Elorrieta se interesó indebidamente y de forma directa, a favor de la empresa concesionaria LAMSAC; o acaso la existencia de alguna fuente de información directa como una grabación de audio de alguna conversación o registro fílmico u otros medios, que sostengan la presencia de este elemento típico exigido por la norma penal, para acreditarse el delito imputado.
- 31. Entonces, el análisis se traslada a la verificación de la presencia de prueba indirecta, a través de la prueba indiciaria, regulada en el artículo 158.3 del Código Procesal Penal, que señala los requisitos para su construcción y así mediante aquella desvirtuar o no, la presunción de inocencia del acusado; para lo cual se requiere la presencia de indicios probados, concatenados por reglas de experiencia, lógica o ciencia, y que cuando aquellos sean contingentes (que puedan tener varias interpretaciones en su contenido), se presenten múltiples, concordantes (que se ubican en un mismo sentido de interpretación) y

⁷ ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Editorial Nomos & Thesis, 1° edición, Lima, 2016, p. 349.

⁹ CREUS, Carlos y BUOMPADRE, Jorge Eduardo. *Derecho Penal, parte especial 2*, editorial Astrea, 7° edición, Buenos Aires, 2016, p. 327.

NAYKO TECHY CORONADO SALAZAR
JUEZA
Primer Juzgado Nacional Unipersonal

Página 29 de 62

NORMA ROSALIA CONDO DÍAZ

ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAMSAS

ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAMSAS

⁸ Artículo 265 del Código Penal argentino que señala: "el funcionario público, que directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en cualquier contrato u operación en que intervenga por razón de su cargo (...)".



PRIMER JUZGADO NACIONAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

convergentes (que se engarzan entre sí), además de no existir contraindicio consistente. Para ello, abordaremos los dos fácticos objeto de imputación penal contra el acusado.

En relación a un doble incremento de la tarifa del peaje en menos de doce meses

- 32. La acusación fiscal presenta un primer fáctico de imputación por el delito de negociación incompatible, referido a que el acusado Arzubialde Elorrieta, como gerente de la GPIP en el año 2013, permitió que la empresa concesionaria LAMSAC ejecutara un doble incremento o reajuste sucesivo de la tarifa del peaje, cuando estaba permitido solo un reajuste durante el lapso de doce meses, con lo que habría vulnerado sus funciones a favor de la empresa LAMSAC, en relación a su vinculación con la ejecución del contrato de concesión Línea Amarilla.
- 33. Para determinar la fuente normativa o contractual de la premisa sobre una presunta vulneración de deberes funcionales. En este primer fáctico, debemos remitirnos a las siguientes cláusulas del contrato de concesión Línea Amarilla:
 - ➤ Clausula 9.5: "Corresponde al concesionario el cobro de la tarifa. Se exigirá el pago de la tarifa a cada usuario que utilice las secciones de la concesión, de acuerdo a la categoría de vehículo, de conformidad con lo especificado en la cláusula 9.7."
 - ➤ Cláusula 9.7: "El régimen tarifario es el conjunto de reglas contenidas en el contrato que regula la tarifa que estará autorizado a cobrar el concesionario durante la explotación de la concesión, conforme a lo siguiente: a) El concesionario aplicará las siguientes reglas: i) los vehículos ligeros pagarán una tarifa equivalente a un eje; ii) los vehículos pesados pagarán una tarifa por cada eje. b) (...) deberá cobrarse en las unidades de peaje comprendidas dentro del área de la concesión, un peaje de tres nuevos soles, base sobre la cual se deberá aplicar la fórmula del reajuste prevista en las cláusulas 9.9 siguientes (...)".
 - Cláusula 9.9: "Los peajes serán reajustados en forma ordinaria por el concesionario, con periodicidad de doce (12) meses (...). El primer reajuste deberá aplicarse al 31 de enero de 2013, posteriormente, los reajustes anuales deberán darse cada doce (12) meses contados desde el 31 de enero de 2013".
- 34. De lo anterior se verifica que efectivamente el reajuste del peaje, en este caso su incremento, debía darse una sola vez y en una periodicidad de cada doce meses, contados a partir del 31 de enero de 2013, por tanto al 31 de enero de 2014, podía producirse solo un reajuste de tarifa.
- 35. Siendo así, un hecho no discutido por las partes es que, efectivamente, LAMSAC comunicó a la GPIP, bajo la conducción del acusado Arzubialde Elorrieta, dos fechas en que se producirían incremento de la tarifa de peaje, la primera el 5 de octubre de 2013, que coincidía con la fecha de inicio de la explotación (inicio de cobro de peaje por la concesionaria), y la segunda, el 29

NAYKO TECHY CORONADO SALAZAR
JUEZA
Primer Juzgado Nacional Unipersonal
Sictema Especializado en Delitos de Comupción de Funcionarios

Página 30 de 62

NORMA ROSALÍA CONDO DÍAZ

ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS



PRIMER JUZGADO NACIONAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

de diciembre de 2013, tal como así se verifica de las Cartas LAMSAC-MML N.º 187-2013 y 269-2013, respectivamente; documentos oralizados en juicio que a continuación se describen:

DOCUMENTO	FECHA	CONTENIDO
Carta LAMSAC N.° 187-2013- MML	Emitido el 4.10.2013 Recepcionado el 5.10.2013	"() con la finalidad de comunicar a su representada que a partir del inicio de explotación de la Sección 1 de la Concesión (5 de octubre de 2013 a las 00:00 horas) nuestra representada desarrollará e implementará políticas comerciales para la aplicación de la Tarifa señalada en la carta de la referencia c), con la finalidad de promover la adecuada y eficiente utilización de las vías, reducir los niveles de polución y/o riesgos de accidentes de tránsito, mejorar el confort de los Usuarios y/o de la población en general. La aplicación de dichas políticas comerciales podrá implicar el cobro de una Tarifa menor a la señalada en la carta de la referencia c). En tal sentido, a partir del inicio de la explotación se ha previsto cobrar las siguientes Tarifas (incluyen el IGV aplicable): S/ 4.00 para vehículos livianos; S/ 3.00 para vehículos de transporte público; y S/ 3.00 por cada eje cobrable para vehículos pesados".
Carta LAMSAC N.° 269-2013- MML	Emitido el 4.10.2013 Recepcionado el 17.12.2013	"() con la finalidad de comunicar a su representada que a partir del día 29 de diciembre de 2013 a las 00:00 horas, en ejercicio de sus derechos reconocidos en el Contrato de Concesión, nuestra representada procederá a estandarizar las Tarifas que viene cobrando a través de Unidades de Peaje ubicadas en la Sección 1 de la Concesión, de la siguiente manera: S/ 4.00 para vehículos livianos (incluyen el IGV aplicable); S/ 4.00 para vehículos livianos de transporte público (incluyen el IGV aplicable); y S/ 4.00 por cada eje cobrable para vehículos pesados (incluyen el IGV aplicable)".

- 36. Efectivamente, y no ha sido materia de controversia entre las partes, dichos incrementos de tarifa de peaje fueron ejecutados por la concesionaria LAMSAC, en las citadas fechas 5 de octubre y 29 de diciembre de 2013, esto es, en aproximadamente un lapso de tres meses, lo que *apriori* no se condice con la estipulación 9.9 del contrato, que señala que debe darse el reajuste de tarifa con periodicidad de doce meses.
- 37. El punto de debate y discusión entre las partes lo aporta la tesis de defensa cuando señala que si bien se presentan dos oportunidades en que se incrementa la tarifa del peaje; sin embargo, ello ocurre respecto a tipos de vehículos diferentes, y que finalmente solo se da un incremento de la tarifa de peaje, por cada tipo de vehículo. Sobre estos aspectos, en efecto, se ha sustentado en juicio que la empresa LAMSAC ejecutó la siguiente forma de incremento o reajuste de tarifa de peaje, como así se oralizaron las Cartas LAMSAC N.º 187 y 269-2013, antes referidas:

NAYKO TECHY CORONADO SALAZAR
JUEZA
Primer Juzgado Nacional Unipersonal
Sistema Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios

Página 31 de 62

NORMA ROSALÍA CONDO DÍAZ
ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS



Primer Juzgado Nacional Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios

REAJUSTE TARIFARIO			
Tipo de vehículo (señalado por LAMSAC)	Antes del 05.10.2013	A partir del 05.10.2013	A partir del 29.12.2013
Vehículo liviano	3.00 soles	4.00 soles	4.00 soles
Vehículo de transporte público	3.00 soles	3.00 soles	4.00 soles
Vehículo pesado (por eje)	3.00 soles	3.00 soles	4.00 soles
		Primer incremento	Segundo incremento

- 38. De lo anteriormente descrito se tiene que, en efecto, se han producido dos incrementos de la tarifa de peaje que correspondería a dos tramos: el primero, para un tipo de vehículo, y el segundo, en otra oportunidad, para otros dos tipos de vehículos; conforme se aprecia del cuadro anterior; pues bien, el tema es determinar si aquello debe ser considerado como "dos incrementos" en un periodo menor a doce meses, o es que en sí se trata de un solo incremento desdoblado en dos oportunidades para diferentes tipos de vehículos.
- 39. Sobre este primer fáctico fueron interrogados además del acusado, varios de los testigos que se presentaron a juicio así como se oralizaron algunos documentos relacionados a dicha temática. A continuación se describe esto de forma comparativa:

		· · · · · · · · · · · · · · · · · · ·
Acusado	Domingo Arzubialde Elorrieta	"Sobre el doble incremento, el 5 de octubre estaba autorizado para iniciar el cobro a todos los tipos de vehículos por ejes a 4 soles, pero un día antes el concesionario solicita por una cuestión de liberalidad de ellos, consideran que por una cuestión comercial ellos simplemente van a implementar 4 soles a autos livianos, no a públicos ni transporte pesado, es una decisión de ellos, en el contrato no dice que no se puede hacer, liegado diciembre ellos mandan otra carta que ya van a estandarizar a los 4 soles a todos los vehículos, no ha habido doble incremento".
Testigo	Lucy Giselle Zegarra Flores	"El primer reajuste deberá aplicarse el 31 de enero de 2013, y posteriormente los reajustes se darán cada doce meses () ¿podía haberse modificado o reajustado los peajes dos veces en un año? Según lo que dice el contrato no, dice cada doce meses".
Testigo	Juan Andrés Ramos Arapa	"No podía hacerse, jamás se hizo un doble reajuste, si más no recuerdo una vez que se concretó el tema de reajuste de conformidad con el 9.9, el concesionario estaba listo para entrar a hacer la explotación, ellos decidieron solo implementar a vehículos ligeros, medianos, y [no] los pesados que se cobraba por eje, () por un tema de estrategia, no se levantaran los camioneros, que al enterarse iban a tomar las carreteras, y se iba a generar una conmoción social".
Documento	Informe N.° 001-2014- MML-GPIP, del 14 de enero de 2014	"() en ejercicio de sus derechos reconocidos en el contrato, la empresa LAMSAC procedió a estandarizar las tarifas a través de unidades de peajes en vía de evitamiento, al aplicar la tarifa que correspondía a partir de la fecha del inicio de la explotación, por tanto, no se ha producido un doble incremento en la tarifa de peaje en 2013, pues el pseudo incremento ocurrido a partir del 29 de diciembre pasado, obedece a la aplicación estricta del reajuste contemplado en







PRIMER JUZGADO NACIONAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

	el contrato de Concesión, a la fecha del inicio de la explotación".
The second secon	

- 40. De todo lo anteriormente descrito se concluye, que en relación a este primer fáctico de imputación, si bien nos encontramos ante dos incrementos de peaje sucesivos en menos de tres meses, aquellos no recaen sobre una misma tarifa por tipo de vehículo, sino que corresponden a tarifas diferenciadas, de tal manera que en ambos tramos u oportunidades resulta siendo un solo incremento en la tarifa del peaje por tipo de vehículo (es decir, no se tienen dos incrementos o reajustes sobre un mismo tipo de vehículo); por otro lado, estos dos tramos o incrementos sucesivos que se ubican temporalmente en menos de tres meses (octubre y diciembre), tienen como punto de partida el 5 de octubre de 2013 (fecha de explotación de la concesión), y como fecha máxima de posibilidad de reajuste de tarifa, el 31 de enero de 2014, por lo que aún en la circunstancia antes descrita, el referido reajuste se presenta dentro del marco temporal autorizado por el contrato. Asimismo, debe tenerse en cuenta que el primer reajuste por parte de la empresa concesionaria recién se ejecutó el 5 de octubre de 2013, es decir, la misma fecha en que se dio inicio a la explotación de la concesión con el cobro de peaje por parte de la empresa LAMSAC, fecha en que EMAPE de la MML dejó, a su vez, de operar el cobro de peaje, por lo que el argumento de no realizar el reajuste de forma total por todos los tipos de vehículos en una misma oportunidad para evitar el impacto social o acaso el reclamo de transportistas, es un ámbito de consideración razonable para el inicio de operaciones de un privado en torno a un servicio público, más aún cuando pudiéndose haber cobrado los cuatro soles desde el 5 de octubre de 2013, para todos los tipos de vehículos (incluidos los pesados por eje), y por tanto, haber obtenido mayores ingresos, se optó por diferir el reajuste de tarifas a los demás tipos de vehículos para el 29 de diciembre de 2013; lo que se menciona sin perjuicio de también señalar que como lo alegaron la representante del Ministerio Público y del Actor civil, la empresa concesionaria añadió un tipo de vehículo no descrito en el contrato (cláusula 9.7) como el de "transporte público", lo que aún con dicha circunstancia, no es suficiente para sostener aquel referido doble incremento de una misma tarifa de peaje; situación en general que no fue objetada por el acusado Arzubialde Elorrieta, como gerente de la GPIP y a quien se dirigían las comunicaciones de la empresa LAMSAC sobre las circunstancias antes descritas.
- 41. En consecuencia, no se ha probado en juicio que se haya realizado un doble incremento de una misma tarifa de peaje, en menos de doces meses, que es la periodicidad autorizada por el contrato de concesión para realizarse el reajuste de tarifa, conforme lo señala la cláusula 9.9; por lo que no se tiene sustento fáctico para sostener que el acusado Arzubialde Elorrieta se haya interesado indebidamente por razón de su cargo en una operación en la cual intervenía por razón de su cargo en este extremo.

En relación a una incorrecta aplicación de la fórmula de reajuste de tarifa de peaje

42. Como segundo fáctico de imputación, y probablemente el más técnico y complejo de haber sido tratado durante las sesiones de juicio, es el correspondiente a la aplicación de la fórmula de reajuste de la tarifa de peaje, es decir, para la tesis del Ministerio Público, fue una incorrecta aplicación, y en la que se funda el interés indebido del acusado Arzubialde Elorrieta



Página 33 de 62

NORMA ROSALIA CONDO DÍAZ

ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS



PRIMER JUZGADO NACIONAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

(elemento típico faltante para la acreditación del delito de negociación incompatible); mientras que para la defensa, fue una aplicación correcta de la fórmula, y por tanto, no se presenta sustento del delito imputado.

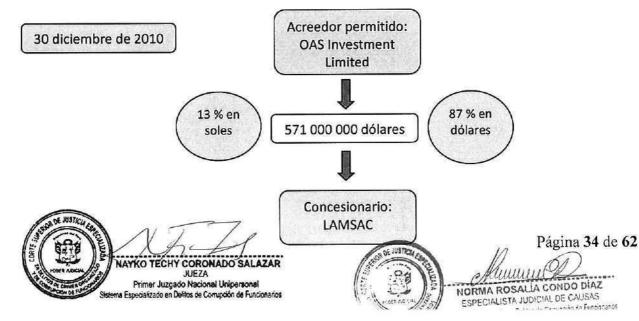
43. En ese sentido, debemos partir por la descripción de la fórmula en mención. Así nos remitimos a la cláusula 9.9 del contrato, que, en su segundo párrafo, la describe:

9.9 Reajuste de Peaje	"Los peajes serán reajustados en forma ordinaria por el concesionario con periodicidad de doce (12) meses y se llevará a cabo de acuerdo al mecanismo de ajuste de peajes establecido de la siguiente manera: La tarifa será reajustada anualmente, teniendo como parámetros mínimos 50 % variación del IPC-Perú y máximo de 50% variación de tipo de cambio del dólar americano (promedio Superintendencia de Banca y Seguros), los parámetros finales de la fórmula de reajuste corresponderán a la estructura de financiamiento que se obtenga para la fecha del cierre financiero, se debe respetar los límites anteriormente indicados.
	Para efectos del reajuste tarifario se aplicará una periodicidad inferior a un año cuando la inflación acumulada supere el 3 % de la variación del IPC-Perú". [Lo resaltado en negrita es nuestro]

44. Para un mejor entendimiento del contexto de la fórmula, debemos definir previamente algunos términos técnicos, conforme así fueron abordados en juicio por la totalidad de testigos, es decir, hubo consenso en relación a su significado:

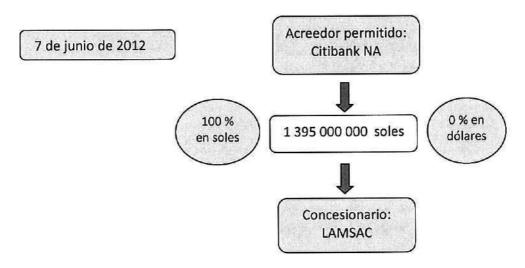
Términos	Descripción	
Acreedor permitido	Entidad que financia el endeudamiento (por ejemplo: un banco, financiera, etc.) a favor de la empresa concesionaria	
Estructura de financiamiento Tipo de moneda en que se establece el endeudamiento.		
Cierre financiero	Capacidad de contar con recursos financieros para la ejecución de la obra, que para el presente caso opera a los doce meses luego de suscrito el contrato (que data del 12 de noviembre de 2009).	
IPC Perú Índice de Precios al consumidor (Perú)		

45. Para proseguir el análisis, se tiene la siguiente secuencia fáctica producida en el presente caso en torno a la forma de financiamiento del proyecto. Esta no ha sido cuestionada por las partes:



PRIMER JUZGADO NACIONAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

Al 30 de diciembre de 2010, LAMSAC acreditó su cierre financiero ante la GPIP, es decir, su capacidad de contar con recursos financieros para la ejecución del proyecto, teniendo como acreedor permitido a OAS Investment y con una estructura de financiamiento del 13 % en soles y 87 % en dólares. Asimismo, para el año 2012, se presenta un segundo escenario:



Es en el mes de junio de 2012, LAMSAC cambió de acreedor permitido a la entidad Citibank, con un endeudamiento íntegro en moneda nacional (soles), es decir, al 100 % en soles, lo cual comunicó a la GPIP.

46. Ahora bien, el punto de debate en torno a la correcta o incorrecta aplicación de la fórmula de reajuste se basa en los factores que debieron tomarse en cuenta con base en la estructura de financiamiento al cierre financiero. Así se tienen las dos posiciones:

CLÁUSULA 9.9	MINISTERIO PÚBLICO Y ACTOR CIVIL	DEFENSA
"Los parámetros finales de la fórmula de reajuste corresponderán a la estructura de financiamiento que se obtenga para la fecha de cierre financiero".	El cierre financiero es uno, y se dio al 30 de diciembre de 2010, cuando LAMSAC así lo acreditó mediante comunicación a la GPIP, por tanto, la estructura de financiamiento (tipo de moneda) debe ser la correspondiente a esa fecha.	No desconoce que el cierre financiero se dio el 30 de diciembre de 2010; lo que postula es la presencia de un nuevo cierre financiero que ocurrió al mes de junio de 2012, con un nuevo refinanciamiento de la obra; por tanto, la estructura de financiamiento (tipo de moneda) debe ser la correspondiente a esa fecha.



Página 35 de 62

NORMA ROSALÍA CONDO DÍAZ

ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS



Primer Juzgado Nacional Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios

	La estructura de financiamiento comprende tanto soles (13 %) como dólares americanos (87 %), al cierre financiero acreditado.	La estructura de financiamiento corresponde a soles (100 %), conforme al nuevo cierre financiero de junio de 2012.
"La tarifa será reajustada anualmente teniendo como parámetros mínimos 50 % variación IPC Perú, y máximo de 50 % del tipo de cambio del dólar americano".	Al ser 13 % en soles y el parámetro mínimo de variación IPC Perú (soles) a ser tomado en cuenta es 50 %, corresponde entonces subir de 13 % al 50 %. Al ser 87% en dólares americanos y el parámetro máximo de tipo de cambio de dólar americano a ser tomado para el reajuste es 50 %, corresponde entonces bajar de 87 % a 50 %.	Al ser 100 % en soles (y por ende 0 % en dólares), y el parámetro mínimo para IPC Perú (soles) es de 50 %, por tanto corresponde establecer en 100 % el parámetro máximo por soles.
	Se trata de una correcta aplicación de la fórmula de reajuste.	Se trata de una correcta aplicación de la fórmula de reajuste de peaje.

47. Las dos posiciones planteadas en juicio tienen un mismo origen, cual es la concepción diferenciada del significado del "cierre financiero", tanto el acusado como los testigos técnicos que declararon en juicio, abonan a favor de una u otra. Así se tiene:

	CIERRE F	INANCIERO	
Postura de un solo cierre financiero		Postura de más de un cierre financiero	
Testigo Lucy Zegarra Flores (ex gerente de GPIP, 2003 - 2011)	"El cierre financiero es uno, se acredita o no, se tiene toda la plata y se va a desembolsar según el cronograma de inversiones () cuando hacen el cierre financiero tengo el financiamiento con esta tasa de interés, pero si después voy a cambiar al acreedor permitido, simplemente es un cambio de acreedor, no es cierre financiero."	Testigo Grover Romero Leyton (coordinador de proyectos de la Subgerencia de Promoción de Inversión Privada de la (GPIP))	[pregunta del MP] "¿Puede haber más de un cierre financiero? Sí. () [Pregunta de defensa] ¿El cierre financiero es tener el dinero para llevar adelante las obras, el cierre financiero podía ser cambiado por el concesionario varias veces, siendo su límite la fecha de inicio de explotación? Sí, puede ser por diferentes factores."
Testigo Germán Deza Nasi (auditor abogado de la CGR)	"[Pregunta del MP]: ¿El contrato preveía si podía haber un solo cierre financiero o podía haber varios? Uno solo. () En el cierre financiero se tiene que presentar con qué cuento yo para hacer el financiamiento, el concedente lo aprueba, de ahí en adelante lo puede cambiar el privado porque es parte de su riesgo en la	Testigo Juan Ramos Arapa (subgerente de gestión de contratos (GPIP)	"un acreedor puede pedir un refinanciamiento, un nuevo cierre financiero, en virtud, desde nuestro punto de vista el 1.39 del contrato [permite hacer] varios cierres financieros, lo importante es garantizar el financiamiento del proyecto, la ley no lo prohíbe, porque el contrato tampoco lo prohíbe. () [Pregunta del MP]:



Página 36 de 62

NORMA ROSALIA CONDO DÍAZ
ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS



Primer Juzgado Nacional Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios

Testigo	oportunidad que considere, señalando que el cierre financiero sucede una vez y en este caso fue el 30 de diciembre de 2010 () el cierre financiero no se cambia, ya que es un hito en la ejecución del contrato () lo que cambia es la estructura de financiamiento, es al 2012."	Testigo	¿Cómo se realizaban estos cierres financieros donde usted participó? Si mal no recuerdo el cierre financiero se da en el 2010 y el nuevo cierre financiero o refinanciamiento, iba a ver un nuevo acreedor permitido, eso fue en junio de 2012, en ese proceso yo no participé, asumo el cargo en setiembre de 2012." [Ante pregunta de defensa]: "() no existía el impedimento legal que impidiera se hiciera un refinanciamiento del cierre financiero, el contrato de concesión tampoco lo prohibía ni lo impedía, la cláusula 1.39 permite ese refinanciamiento."
lestigo lván Inocente Arévalo (auditor economista de la CGR)	cierre financiero el refinanciamiento? En el contrato no existe esa definición, por tanto no es aplicable. () ¿Por qué se llamó un segundo cierre financiero? Pueden llamarlo como mejor le acomoden, pero sería a su propio riesgo, pero en el marco contractual segundo cierre financiero o refinanciamiento de cierre financiero no existe. () el cierre financiero es único, posteriormente a esa fecha podía buscar con otros acreedores permitidos un mejor financiamiento."	Carlos Steiert Goicochea (subgerente de gestión de contratos de la GPIP)	diciembre de 2010, se hizo el cierre financiero? Es el primer cierre financiero. ¿Cuántos pueden haber? Todos los necesarios. () en la medida que no hay un límite a los financiamientos del concesionario, es probable que puedan haber dos o tres o cuatro, no hay una cláusula que prohíba. () Con el segundo cierre financiero se mejoraba las condiciones del contrato. () ¿De quién es el riesgo? Para el concesionario."
Testigo Luis Ruiz Lecaros (experto en finanzas)	[Pregunta del actor civil]: "¿Al analizar el contrato advirtió alguna cláusula [sobre] el cierre financiero refinanciado? No. ¿Existe ese término? Nunca lo he escuchado, podría existir pero no tengo conocimiento. ¿Cambiar de acreedor permitido ocasiona la variación de un nuevo plazo de cierre financiero? No, el cierre financiero es una acreditación que se logra en una fecha determinada y el concedente	Acusado Domingo Arzubialde Elorrieta (ex gerente de la GPIP, 2012- 2014)	"() al ya no ser OAS Limited sino Citibank, todos los contratos del cierre financiero caducan, al tener un nuevo acreedor permitido, esto se lleva adelante al siguiente proceso [esto es] un nuevo cierre financiero o un nuevo refinanciamiento () en ninguna parte del contrato dice que debe haber un solo cierre financiero, si tuviese que haber un solo cierre, no habría la cláusula 1.39 que señala que puede haber

NAYKÓ TECHY CÓRONÁDO SALAZAR
JUEZA
Primer Juzgado Nacional Unipersonal
Sistema Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios



PRIMER JUZGADO NACIONAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

	aprueba, se cumple una sola vez, en este caso el 30 diciembre de 2010, una vez cumplido el requisito no tiene sentido que se cumpla otra vez."		refinanciamiento; al admitirse el cambio del acreedor permitido () se ha desarrollado un nuevo cierre financiero, esto nos ha llevado a una nueva estructura de financiamiento."
Testigo Kelvin Valencia Flores (auditor CPC de la CGR)	"El cierre financiero es solo uno, tenía un plazo máximo establecido y fue ampliado por un retraso en el fideicomiso, la empresa concesionaria acreditó el cierre financiero con ese documento [Carta LAMSAC N.° 121-2010 del 30.12.2010]."	Testigo Rocío Silupú Carrión (del órgano instructor de la CGR)	[Pregunta del MP]: "¿Puede haber otro cierre financiero? Entiendo que sí, porque en otros casos lo hemos visto, mal o bien, sé que es un tema que lo regula solamente las entidades concedentes, el sector con el privado ()."

De la prueba indiciaria

- 48. La prueba indiciaria o indirecta requerida como método de valoración probatoria en el presente caso, al no existir prueba directa, nos conduce a sustentar la presencia o no de indicios que interrelacionados a través de reglas de ciencia, lógica o experiencia, conlleven a fundar la acreditación del elemento de "interés indebido" y, con ello, del delito y responsabilidad penal del acusado, o acaso a no ser acreditados, por la ausencia de alguno de sus elementos o la presencia de contraindicios consistentes.
- 49. La jurisprudencia de la Corte Suprema sobre prueba indiciaria ha señalado que aquella implica que se "estima acreditados hechos circundantes al hecho principal o típico —los denominados 'hechos indicadores, hechos-base o indicios'- que a partir de una inferencia —sustentada en máximas de experiencia y/o leyes de la lógica- se arribe al 'hecho indicado o hecho consecuencia'"¹⁰.
- 50. En el presente caso, nos encontramos ante una actividad probatoria en la que resalta un indicio con un contenido de impacto probatorio relevante –sino fundamental- sobre los demás indicios presentados. Nos referimos a la concepción del significado de "cierre financiero", que a su vez tiene incidencia en otros elementos probatorios, como la interpretación de la fórmula de reajuste de la tarifa del peaje, la denominada "estructura de financiamiento" o los procedimientos colaterales en torno al denominado cierre financiero. Así, si bien se presentaron a juicio diversos testigos que sostuvieron tanto la tesis del Ministerio Público como la de la defensa (casi equiparadas en número), lo cierto es que de la oralización del contrato de concesión se tiene de forma meridiana lo siguiente:
- 50.1. El denominado "cierre financiero" tiene un tratamiento específico en las cláusulas del contrato, es decir no es solo una mención o descripción, sino que se trata de una figura

CORONADO SALAZAR

Primer Juzgado Nacional Unipersonal

na Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios

SALVA OF JUSTICAL PROPERTY OF THE PROPERTY OF

Página 38 de 62

NORMA ROSALÍA CONDO DÍAZ ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS Sistema Especializado en Deleos de Comporción de Funcionanos

¹⁰ Fundamento tercero de la Casación N.° 628-2015/Lima, de fecha 5 de mayo de 2016.



Primer Juzgado Nacional Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios

procedimental que es conceptualizada. Se le otorga un plazo para ser acreditada, otro plazo perentorio para ser ampliada; e incluso de no ser acreditada, se ocasiona la caducidad de la concesión. Así se tiene de las siguientes cláusulas del contrato en mención:

3.9 CIERRE FINANCIERO	"A más tardar a los doce (12) meses contados desde la fecha de suscripción del contrato, el concesionario deberá acreditar que cuenta con los recursos financieros o los contratos suscritos que establezcan los compromisos de financiamiento suficientes para dar cobertura a los gastos que se generen por la ejecución de las obras de construcción a cargo del concesionario. Para tal efecto, el concesionario deberá presentar al concedente copia legalizada notarial de los contratos de financiamiento, garantías, fideicomisos, la tasa de costo de deuda, y en general cualquier texto contractual relevante que el concesionario haya acordado con el (los) acreedor(es) permitido(s) que participará(n) en la financiación de esta concesión, incluyendo, de ser el caso, el convenio en virtud del cual se establezca el compromiso de financiar parte de la obra. ()".
3.10 CIERRE FINANCIERO	"De no acreditar el cierre financiero al vencimiento del plazo establecido en la cláusula precedente, el concesionario podrá solicitar al concedente, por única vez, una ampliación de hasta doce (12) meses, con la explicación de las circunstancias que impidieron la obtención del financiamiento respectivo. El concedente podrá denegar dicha solicitud, únicamente, de manera sustentada, para efectos de lo cual deberá desvirtuar las circunstancias que, según el concesionario, impidieron la obtención del financiamiento respectivo dentro del plazo señalado en las cláusulas 3.10, y demostrar objetivamente que la no obtención del financiamiento obedeció a una causa imputable exclusivamente al concesionario".
3.12 CIERRE FINANCIERO	"En caso que el concesionario no acredite el cierre financiero al término de los plazos anteriores, se producirá la caducidad de la concesión sin culpa de las partes, por lo que no corresponderá la aplicación de penalidades ni la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento por parte del concedente. En caso que se hubiera aprobado la ampliación del plazo para el cierre financiero, el concedente únicamente podrá declarar la caducidad de la concesión en los términos antes indicados al término de los veinticuatro (24) meses otorgados al concesionario para la obtención del financiamiento respectivo".

[El resaltado en negrita es nuestro]

6.18

50.2. El denominado cierre financiero no solo tiene incidencia respecto a su tratamiento propio, es decir, de su propia existencia o no (acreditación o no acreditación, ampliación de plazo, caducidad), sino que, como lo señalara el testigo Deza Nazi, auditor abogado de la Contraloría General de la República, constituye un "hito" de la ejecución del contrato de concesión. Así podemos verificar que no solo se trata del tratamiento descrito anteriormente, sino que también se invoca como factor preponderante en otros aspectos del contrato como ser el referente para la aplicación de la fórmula de reajuste de la tarifa del peaje o serlo para el inicio de la ejecución de las obras de la concesión. Así se tiene:

"Las obras de construcción a cargo del concesionario se deberán iniciar a más tardar a los treinta (30) días calendario de haber acreditado el cierre financiero, para ello será necesaria, a su vez, la verificación de las siguientes



Página 39 de 62

NORMA ROSALIA CONDO DÍAZ

ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS

STORMA FROM A PORTO DE CAUSAS

STORMA FROM A PORTO DE CAUSAS



Primer Juzgado Nacional Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios

ÍNICIO DE EJECUCIÓN DE OBRAS	condiciones: a) El concesionario haya acreditado el cierre financiero. b) el concedente haya efectuado la entrega de las áreas de terreno comprendidas dentro del área de la concesión ()".
9.9	"() La tarifa será reajustada anualmente, teniendo como parámetros mínimos 50 % variación del IPC-Perú y máximo de 50 % variación de tipo de cambio del dólar americano (promedio Superintendencia de Banca y Seguros), los
REAJUSTE DE PEAJE	parámetros finales de la fórmula de reajuste corresponderán a la estructura de financiamiento que se obtenga para la fecha de cierre financiero, se deben respetar los límites anteriormente indicados. ()".

[El resaltado en negrita es nuestro]

- 50.3. No existe en el tenor de lo establecido por las partes en el contrato de concesión, alusión a un "nuevo cierre financiero", "segundo cierre financiero", "tercer cierre financiero", "los cierres financieros", "cierre financiero refinanciado" o "refinanciamiento del cierre financiero", conforme se tiene del referido contrato oralizado en juicio y también de los interrogatorios exhaustivos sobre esta temática a casi la totalidad de testigos que realizó la defensa del actor civil. Además este no es un aspecto controvertido en juicio.
- 50.4. No se tiene del referido contrato de concesión oralizado en juicio, un procedimiento o tratamiento procedimental a seguir en caso de validarse un "nuevo cierre financiero" al concesionario, como así lo dio a entrever la representante del Ministerio Público durante los interrogatorios a testigos. De ello se desprende, para nuestro análisis, que por ejemplo tendría que habilitarse nuevamente el plazo de treinta días para el inicio de ejecución de obras (6.18), o acaso señalarse el plazo máximo para acreditar un "segundo cierre financiero", con su consecuente ampliación única de plazo, o el efecto procedimental producido en caso de no acreditarse el mismo, o supeditar la aplicación de la fórmula de reajuste de tarifa de peaje, sujeto a cada cierre financiero sucesivo que acredite el concesionario hasta antes del inicio de la explotación (plazo que como se tiene en el presente caso se dio entre diciembre de 2010 –acreditación de cierre financiero— hasta octubre de 2013 –inicio de la explotación—); entre otros temas procedimentales que se pueden erigir en torno a estas figuras no contenidas en el contrato.
- 50.5. La cláusula 9.9 del contrato, descrita en el cuadro anterior, es expresa: "los parámetros finales de la fórmula de reajuste corresponderán a la estructura de financiamiento que se obtenga para la fecha de cierre financiero", es decir, remite claramente a tomarse en cuenta la estructura de financiamiento obtenido para el cierre financiero, el que como se ha descrito en fundamentos anteriores, se establecía a partir de un plazo también expreso: "A más tardar a los doce (12) meses contados desde la fecha de suscripción del contrato, el concesionario deberá acreditar que cuenta con los recursos financieros", del que ninguna parte procesal ha discutido en juicio que dicho cierre financiero operó el 30 de diciembre de 2010. En consecuencia, las referidas estipulaciones no se encuentran sujetas a interpretaciones, puesto que su contenido es expreso y específico.

NAYKO TECHY CORONADO SALAZAR

JUEZA

Primer Juzgado Nacional Unipersonal

Sistema Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios

Página 40 de 62

NORMA ROSALIA CONDO DIAZ
ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS
Statema Especializado en Delás de Comupción de Funcionarios



PRIMER JUZGADO NACIONAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

Debe mencionarse en estos extremos que la defensa del acusado, también muy exhaustiva al interrogar a los testigos, sostuvo al igual que su patrocinado, que al existir la cláusula 1.39, descrita a continuación, se habilitó la existencia de un "cierre financiero refinanciado" o un "nuevo cierre financiero":

1.39

ENDEUDAMIENTO
GARANTIZADO PERMITIDO

"Consiste en el endeudamiento por concepto de operaciones de financiamiento, emisión de valores y/o préstamos de dinero de cualquier acreedor permitido bajo cualquier modalidad, cuyos fondos serán destinados al cumplimiento del objeto del contrato, incluyendo cualquier renovación o refinanciamiento de tal endeudamiento que se garantice; cuyos términos financieros principales, incluyendo los montos del principal, tasa o tasas de interés, disposiciones sobre amortización u otros términos similares, hayan sido informados por escrito al concedente".

[El resaltado en negrita es nuestro]

En ese orden, conforme lo señaló en juicio el testigo Ruiz Lecaros, dicha cláusula sobre refinanciamiento no tiene conexión vinculante con el cierre financiero: "una cosa es procesos de endeudamiento y otra cosa es cierre financiero, en ninguna parte del 1.39 se menciona nada del cierre financiero, sólo se habla de las finalidades o aplicaciones o usos que se le puede dar a ese financiamiento, que es para cumplir con el objeto del contrato o para refinanciar eventuales deudas antiguas, uno toma un financiamiento nuevo para cualquiera de esos dos destinos (...) por endeudamiento una empresa adquiere fondos para destinarlos al objeto del contrato o a refinanciar, sustituir una deuda por otra, mientras que el cierre financiero es un proceso de acreditación". De lo que se desprende que aun cuando se alude a dicha estipulación para fundar la existencia de un "nuevo cierre financiero", lo cierto es que no se tiene un tratamiento relacionado al cierre financiero, que como concluimos en fundamento anterior, resulta ser un hito del procedimiento en la ejecución contractual (incluso vinculado a la caducidad del contrato sino se llegara a acreditar en el plazo respectivo).

- 50.6. Establecido lo anterior, se tiene sustentada la alegada existencia de un único cierre financiero, como hito del procedimiento de ejecución del contrato de concesión, el cual tiene como data el 30 de diciembre de 2010. No tiene, por ende, sustento la existencia de un nuevo cierre financiero o cierre financiero refinanciado, ubicado temporalmente el 7 de junio de 2012.
- 50.7. Asimismo y conforme a lo anteriormente concluido, se tiene que la estructura de financiamiento que correspondía a la fecha del cierre financiero, el 30 de diciembre de 2010, en que la empresa concesionaria LAMSAC acreditó dicho cierre designando como acreedor permitido a OAS Investment Limited, corresponde al de 13 % en soles y 87 % en dólares americanos; en consecuencia, no existe soporte para fundar que la estructura de financiamiento de un "segundo" o "nuevo cierre financiero" o de un "cierre financiero refinanciado" (presuntamente de junio de 2012), tenga como "estructura de financiamiento" un "100 % en soles".

NAYKO TEDHY CORONADO SALAZAR

JUEZA

Primer Juzgado Nacional Unipersonal

Sistema Especializado en Delitos de Compción de Funcionarios

Página 41 de 62

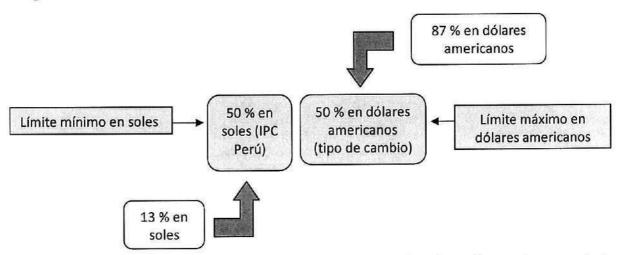
NORMA ROSALIA CONDO DIAZ ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS



DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

PRIMER JUZGADO NACIONAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

50.8. En consecuencia, se tiene bajo la gestión del acusado Arzubialde Elorrieta, como gerente de la GPIP, se aplicó de forma incorrecta la fórmula de reajuste de tarifa de peaje, pues se consideró como parámetros finales de la fórmula de reajuste de la tarifa de peaje, la estructura de financiamiento correspondiente a 100 % en soles (avalándose un supuesto "nuevo cierre financiero"), y no la que debió corresponder a la estructura de financiamiento del cierre financiero, que vincula a un 13 % en soles y 87 % en dólares americanos, por lo que cumpliéndose los parámetros establecidos en la cláusula 9.9 del contrato, debió ocurrir lo siguiente:



Que, al tenerse 13 % en soles, por el límite mínimo establecido en los parámetros de la fórmula, de 50 % en soles, deba aquel 13 % subir a 50 % en soles; y de igual forma, al tenerse como parámetro máximo para el tipo de cambio (dólar americano), 50 %, el 87 % en dólares americanos, que se tuvo como estructura de financiamiento, debió bajar al 50 %; y sobre dichos parámetros cuantificarse el reajuste de la tarifa de peaje que de forma anual debía efectuar la empresa LAMSAC (en el plazo del contrato); tarifas que deben ser pagadas por el público usuario de la vías objeto de concesión (como por ejemplo la vía de evitamiento); conforme así también lo refirió en juicio el testigo experto en finanzas Luis Ruiz Lecaros, de quien se acreditó en el interrogatorio ser doctor en Ciencias Económicas y Empresariales, además de conocedor de los temas técnicos relacionados a la promoción de la inversión privada, así como aspectos financieros abordados en torno a la aplicación de la fórmula de reajuste de tarifa de peaje, cuya declaración no fue desacreditada.

Así sobre esta temática de aplicación de la fórmula de reajuste de tarifa debemos citar lo señalado por diversos testigos que declararon en juicio, cuyos testimonios no fueron desacreditados:

Testigo	Kelvin Alain Valencia Flores (CPC, jefe de	"La concesionaria señala que realizó el cálculo de lo que es la tarifa, señalando que había refinanciado su deuda en moneda nacional, y que iba a utilizar solo un parámetro, el IPC moneda nacional, lo iba a usar al 100 %, la comisión determinó que no procedía debido a
	comisión auditora de la CGR)	que el cierre financiero establecía otra estructura y con esa debió haberse reajustado la tarifa. () El concesionario puede hacer cambio de acreedores, con refinanciamiento, de acuerdo a su

NAYKO TECHY CORONADO SALAZAR
JUEZA
Primer Juzgado Nacional Unipersonal

Página 42 de 62

NORMA ROSALÍA CONDO DÍAZ

ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS

CONTROL DE CA



Primer Juzgado Nacional Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios

		conveniencia, pero nosotros tenemos como un hito el cierre financiero que se dio el 30 de diciembre de 2010, y es una sola. ¿Por qué pusieron el porcentaje 50 a 50? [se pregunta el testigo] es un acuerdo de las partes, y la fórmula estuvo conforme con la fecha del cierre financiero que es el 30 de diciembre de 2010, en el 2011 ingresó la gestión Villarán y allí obra un documento del informe de control, la misma MML le acreditó el cierre financiero, le dijo 'respetamos el cierre financiero'".
Testigo	Germán Deza Nasi (abogado, auditor de la CGR)	"() siendo que la estructura de financiamiento puede variar en el tiempo porque como el riesgo de financiamiento es el privado ellos pueden refinanciar como les convenga, siendo que si ellos obtienen el beneficio positivo de modificar su financiamiento está totalmente dentro de lo que pueden hacer, ni el Estado tendría que aprobarlo, salvo que sea un tema de endeudamiento garantizado permitido, el tema que pueden refinanciar 'n veces' no está prohibido, pero lo que hicieron en este caso fue tomar una estructura de financiamiento de un momento posterior al del cierre financiero, siendo que en el contrato decía que era la estructura de financiamiento del cierre financiero, el cual era según está documentado en el expediente y en el informe, el 30 de diciembre de 2010 ()". [Preguntas del MP]: "¿Se aplicó esta fórmula para el reajuste del peaje? La fórmula se ha aplicado, lo que se ha aplicado de forma distinta fueron los ponderadores. ¿Qué se debió hacer para que esos ponderadores sean bien aplicados? Considerar la estructura de financiamiento al cierre financiero ()". [Pregunta del actor civil]: "¿Qué efecto tuvo el aplicar el 100 % IPC Perú? Hubo períodos en el que el peaje fue mayor."
Testigo	Diana Bonilla López (coordinadora de contratos de la Subgerencia de Gestión de Contratos de la GPIP)	[Ante preguntas de la defensa]: "() la carta de LAMSAC reajustaba la tarifa utilizando únicamente el 100 % del IPC nacional y la razón era que el refinanciamiento se había hecho exactamente en moneda nacional y el contrato decía que los valores finales eran determinados por la estructura de financiamiento. ¿Recuerda si este tema de la propuesta de aplicación de la fórmula de reajuste de peajes propuesto por LAMSAC fue discutida en el seno de la Subgerencia de contratos? Sí, es por eso que proyectamos la carta 774 () no nos quedaba claro por qué utilizaban el 100 % del IPC Perú y por eso se hace una carta con interrogantes. () ¿() llegó el concesionario LAMSAC a absolver estas interrogantes? Ellos envían una comunicación de respuesta, yo ya no lo recibo, llega en setiembre y yo salí en agosto [2013]". [Preguntas del actor civil]: "¿Opinó en el sentido del oficio 774-2013 del 27 de agosto de 2013, sustentando que la propuesta de reajuste de la tarifa del peaje no cuenta con sustento alguno respecto de la fórmula utilizada y difieren del contrato de concesión? Es lo que dice la carta, sí. ¿Podría precisarnos su opinión? Lo que sucede es que la cláusula decía o no estaba muy clara, que se debía aplicar como mínimo el 50 % de moneda nacional y como máximo el 50 % de dólares, y cuando reciben la carta con el reajuste solamente utilizaba y hacían







DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

Primer Juzgado Nacional Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios

		referencia al 100 % del IPC nacional, un poco nos quedamos que está sucediendo? y no teníamos claro el asunto, por eso se formulan las consultas ()".
Testigo	Iván Inocente Arévalo (auditor economista de Ia CGR)	[Pregunta del MP]: "¿En ese segundo supuesto cierre financiero a quien se beneficia con ese cambio de porcentaje, estamos hablando del 100 % en moneda nacional y 0 % de moneda extranjera? Lo que quiere la fórmula determinada en el contrato de concesión es un equilibrio entre el mercado local y el contexto internacional, de tal manera no dejar en una sola variable todo el efecto inflacionario que podía ocasionar el contexto internacional o el nacional; () si por iniciativa propia una de las partes decide cambiar este concepto es porque está buscando beneficiarse de eso, dejando de lado lo que se había establecido a priori, si una de las partes quisiera cambiar esa estructura, tendría que hacerlo a través de una adenda ()". [Pregunta de defensa]: "¿En qué parte del contrato se prohíbe sustituir o cambiar o variar el primer financiamiento por un nuevo financiamiento? En el contrato se habla de un cierre financiero, que es un hito importante y de acuerdo al tema que vemos es en ese hito que se establece el formato de la fórmula. () ¿Según el 1.39 permite un refinanciamiento del cierre financiero presentado por el concesionario? Esta es una definición no es una autorización o descripción para hacer algo."
Testigo	Luis Fernando Ruiz Lecaros (testigo experto en finanzas)	[Preguntas del actor civil]: "¿La aplicación de reajuste del peaje solicitada por la concesionaria cumplió con la cláusula 9.9 del contrato de concesión? No, porque a la fecha del cierre financiero, el 30 de diciembre de 2010, era 13 % en soles y 87 % en dólares, y lo que establecía la cláusula decía que en caso se tenga así, los parámetros debían ser 50 % en soles y 50 % en dólares ()". [Ante preguntas de la defensa]: "() una cosa es endeudamiento y otra cosa es cierre financiero, primero una empresa adquiere fondos para destinarlos al objeto del contrato o a refinanciar, sustituir una deuda por otra; mientras que el cierre financiero es un proceso de acreditación mediante el cual el concesionario acredita que tiene la capacidad financiera suficiente como para poder cumplir el objeto del contrato () el cierre financiero se da una vez en la vida () si el concedente lo aprueba se cerró, se cumplió con el requisito, de allí en adelante pueden suceder varias cosas, pero la cláusula de cierre financiero ya se cumplió, pues el espíritu es velar que el concesionario tenga la capacidad financiera suficiente para cumplir con sus obligaciones."
Testigo	Francis Pittman Villarreal (testigo técnico)	[Preguntas del actor civil]: "¿La aplicación de la fórmula del peaje desde su conocimiento cómo es que se aplica? La fórmula la establece el mismo contrato, numeral 9.9. ¿Esta fórmula se aplicó al aprobarse el reajuste en el año 2013? No se aplicó, se aplicó una fórmula de 100 a 0, cuando la estructura de financiamiento no era eso ()".

NAYKO TECHY CORONADO SALAZAR
JUEZA
Primer Juzgado Nacional Unipersonal
Setema Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios







50.9. En la misma línea de razonamiento, debemos señalar que precisamente dicho testigo experto Luis Ruiz Lecaros, así como el testigo técnico de la Contraloría General de la República, Iván Inocente Arévalo, señalaron que producto de una incorrecta aplicación de la fórmula de reajuste de la tarifa del peaje, la empresa LAMSAC obtuvo mayores ingresos por aproximadamente veinte céntimos (0.20) de sol de más por cada peaje cobrado a vehículo de transporte que pasaba por las unidades de peajes. Así se ilustra:

Testigo	Iván Inocente Arévalo	[Preguntas del actor civil]: "Desde el 5 de octubre de 2013 hasta el 31 de enero de 2015, se obtuvo el beneficio o las tarifas fueron superiores a lo que debió ser. ¿Cuánto debió ser la tarifa y cuánto se cobró o autorizó el cobro? Hemos calculado que la variación era de veinte centavos, pero si esos centavos los sumamos por cada usuario cada vehículo o por eje y por años, el volumen de los recursos es grande. () En el periodo del 29 de diciembre de 2013 hasta el 13 de diciembre de 2014, la tarifa aplicada tanto para vehículos ligeros como pesados por eje era 4.00 soles y lo que estimamos en la comisión es que esa tarifa debió ser 3.80 soles, la diferencia es de 0.20 céntimos ()".
Testigo	Luis Fernando Ruiz Lecaros	"() en este caso se ha obtenido una utilidad adicional debido a una aplicación distinta de la fórmula de reajuste de peaje. () Estos mayores ingresos percibidos de 10'186,569 soles () provocó algún perjuicio patrimonial a alguien? Desde la teoría económica esta mala aplicación no ha creado valor, la empresa por esa mala aplicación de la fórmula ha obtenido un beneficio extra que ha significado un perjuicio extra para alguien distinto a la empresa". [Preguntas del actor civil]: ¿usted verificó que la tarifa que se autorizó cobrar en el 2013 fue superior al monto que correspondía aplicar? Sí. El cobro de una tarifa superior al monto que correspondía generó que el usuario pague un monto mayor? Sí. () Por ejemplo, del 29 de diciembre de 2012 al 13 de diciembre de 2014, 67 millones es el número de vehículos que han pasado por el peaje en el período, la tarifa estimada con la CGR de acuerdo a los valores de parámetros 50 % [IPC Perú] y 50 % [dólares americanos], es 3.80 soles, pero la empresa utilizó el parámetro 0-100 %, con ese parámetro el reajuste salía 4.00 soles, la diferencia es 0.20 soles, pero lo que resulta bastante es el número de carros que son 67 045 150 millones, da 13 409 000 soles, y así con cada rubro, vehículos livianos del 14 de diciembre de 2014 al 31 de enero de 2015 pasaron 8 918 430 vehículos, a 4.30 soles según nosotros y 4.50 soles para ellos, la diferencia da 1 783 686 soles y así se calcula cada rubro. () en algunos períodos de tiempo benefició a la empresa y en otros se perjudicó pero de manera agregada la empresa obtuvo mayores ingresos por ese monto [10 186 569 soles], que visto desde el punto de vista del usuario fue un perjuicio."

[El resaltado en negrita es nuestro]







De lo que se tiene que entre el 5 de octubre de 2013 y el 31 de enero de 2015, los mayores ingresos generados a la empresa concesionaria LAMSAC corresponden a S/ 10 186 569 (diez millones ciento ochenta y seis mil quinientos sesenta y nueve soles), suma que comprende tanto mayores como menores ingresos generados durante dicho período conforme a la aplicación correcta de la fórmula de reajuste de tarifa de peaje; ello según lo arribado de la valoración probatoria.

50.10. Finalmente, dentro de los elementos probatorios vinculados al cierre financiero y al reajuste de la tarifa de peaje, se tiene de la actuación probatoria que fueron oralizados los actos procedimentales y administrativos realizados en el marco de la gestión del acusado Arzubialde Elorrieta, como gerente de la GPIP, que describimos a continuación:

TIPO	FECHA	SUSCRIBIENTE	DESTINATARIO	DESCRIPCIÓN
Oficio N.° 305-2012- MML- GPIP	07/06/12	Domingo Arzubialde Elorrieta (gerente de la GPIP)	LAMSAC / Atención: Sr. André Bianchi (gerente general)	Comunica que resulta procedente que OAS INVESTMENT LIMITED sea sustituida por la empresa CITIBANK S. A., la que asume la condición de único acreedor permitido del proyecto Línea Amarilla.
Carta LAMSAC- MML N.° 169-2012	04/12/12	André Giavina Bianchi (gerente general de LAMSAC)	MML / Atención: Arq. Domingo Arzubialde Elorrieta (gerente de la GPIP)	Comunica que el monto total del financiamiento obtenido el pasado 28 de junio de 2012 para el proyecto Línea Amarilla es 100 % en moneda local (nuevos soles), se tiene que el parámetro final de la fórmula de reajuste a ser aplicada a la tarifa será el 100 % de la variación del IPC-Perú.
Proveído N.º 1720- 12-MML- GPIP	10/12/12	Domingo Arzubialde Elorrieta (gerente de la GPIP)	SGCPP	Acciones que correspondan, informando Observaciones: Carta LAMSAC MML N.° 169-2012.
Carta LAMSAC- MML N.° 029-2013	07/02/13	André Giavina Bianchi (gerente general de LAMSAC)	MML / Atención: Arq. Domingo Arzubialde Elorrieta (gerente de la GPIP)	Se informa que el peaje resultante de la aplicación de la fórmula prevista en la cláusula 9.9 equivale a la suma de S/3.30, aplicándose el 100 % de la variación del IPC Perú, teniendo como fecha base para el cálculo del reajuste la fecha de suscripción del contrato (12 de noviembre de 2009), y como fecha de corte el 31 de enero de 2013; y que a partir de la fecha de inicio de explotación la tarifa a ser cobrada por el concesionario a través de las unidades de peaje existentes será equivalente a la suma de S/3.90 por cada eje cobrable.
Proveído N.º 280-	08/02/13	Domingo Arzubialde	SGCPP	Acciones que correspondan, informando Observaciones: DS 27109-2013.

NAYKO TEPHY CORONADO SALAZAR

JUEZA

Primer Juzgado Nacional Unipersonal

Sistema Especializado en Dektos de Compción de Funcionarios

Página 46 de 62

NORMA ROSALÍA CONDO DÍAZ

ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS

Satema Especializado ao D. dins de Camución de Fracancios



Primer Juzgado Nacional Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios

MML- GPIP		Elorrieta (gerente de la GPIP)		
Proveído N.º 184- 13-MML- GPIP- SGCPP	08/02/13	Juan Andrés Ramos Arapa (subgerente de la SGCPP)	Marjorie Bonilla	Observaciones: DS. 27109-2013 / Carta LAMSAC-MML-N.° 29-13.
Carta LAMSAC- MML-N.° 145-2013	09/08/13	André Giavina Bianchi (gerente general de LAMSAC)	MML / Atención: Arq. Domingo Arzubialde Elorrieta (gerente de la GPIP)	Informa que el peaje resultante de la aplicación de la fórmula 100 % variación IPC Perú equivale a la suma de S/ 3.37, teniendo como fecha base para el cálculo de reajuste de tarifa la fecha de suscripción del contrato (12 de noviembre de 2009).
Proveído N.º 1804- MML- GPIP	12/08/13	Domingo Arzubialde Elorrieta (gerente de Ia GPIP)	SGCPP	Acciones que correspondan, informando Observaciones: D. S. 164991-2013.
Proveído N.º 1277- MML- GPIP- SGCPP	12/08/13	Juan Andrés Ramos Arapa (subgerente de la SGCPP)	M. Bonilla / (c) M. Cabrera	Acciones que correspondan, informando / Conocimiento y fines Observaciones: D. S. 164991-2013.
Oficio N.° 774-2013- MML- GPIP	27/08/13	Domingo Arzubialde Elorrieta (gerente de la GPIP)	André Giavina Bianchi (gerente general de LAMSAC)	Requerimiento de absolución de observaciones respecto a sustento técnico, económico y legal para la propuesta de reajuste de tarifa de peaje.
Carta LAMSAC- MML N.° 154-2013	02/09/13	André Giavina Bianchi (gerente general de LAMSAC)	MML / Atención: Arq. Domingo Arzubialde Elorrieta (gerente de la GPIP)	Absolución de observaciones planteadas por la GPIP, respecto de la aplicación del 100 % IPC Perú como parámetro de reajuste de tarifa de peaje.
Proveído N.º 2126- MML- GPIP	04/09/13	Domingo Arzubialde Elorrieta (gerente de la GPIP)	SGCPP	Acciones que correspondan, informando Observaciones: D. S. 183439-2013.
Proveído N.º 1471- MML- GPIP- SGCPP	04/09/13	Juan Andrés Ramos Arapa (subgerente de la SGCPP)	M. Cabrera / (c) R. Zevallos	Observaciones: D. S. 183439-2013 / Carta LAMSAC-MML-N.° 154-2013.
Oficio N.°	06/09/13	Domingo	André Giavina	Comunica que el inicio de la explotación

HAYKO TECHY CORONADO SALAZAR
JUEZA
Primer Juzgado Nacional Unipersonal
Stema Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios

Página 47 de 62

Página 47 de 62

NORMA ROSALIA CONDO DÍAZ

ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS

STATIA ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS

STATIA ESPECIALISTA DE CAUSAS



Primer Juzgado Nacional Unipersonal. Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios

0818- 2013- MML- GPIP		Arzubialde Elorrieta (gerente de la GPIP)	Bianchi (gerente general de LAMSAC)	de obra será el 5 de octubre de 2013, a las 00:00 horas.
Carta LAMSAC- MML N.° 187-2013	04/10/13	André Giavina Bianchi (gerente general de LAMSAC)	MML / Atención: Arq. Domingo Arzubialde Elorrieta (gerente de la GPIP)	Comunica que a partir del inicio de la explotación se ha previsto cobrar las siguientes tarifas (incluyen IGV aplicable): S/ 4.00 para vehículos livianos, S/ 3.00 para vehículos de transporte público; y S/ 3.00 por cada eje cobrable para vehículos pesados.
Proveído N.º 2539- MML- GPIP	09/10/13	Domingo Arzubialde Elorrieta (gerente de la GPIP)	SGCPP	Acciones que correspondan, informando Observaciones: D. S. 213590-2013.
Proveído N.° 1794- MML- GPIP- SGCPP	09/10/13	Juan Andrés Ramos Arapa (subgerente de la SGCPP)	M. Cabrera	Acciones que correspondan, informando / Conocimiento y fines Observaciones: D. S. 213590-2013
Carta LAMSAC- MML/INV ERMET 074-2013	04/10/13	André Giavina Bianchi (gerente general de LAMSAC)	Invermet / Atención: Ing. Jack Gutiérrez Estrella (gerente de Supervisión de Contratos (e))	Se pone a disposición de INVERMET la totalidad de las comunicaciones intercambiadas con el concedente en calidad de sustento de la aplicación de la fórmula de reajuste de peaje.
Proveído N.º 2568- MML- GPIP	10/10/13	Domingo Arzubialde Elorrieta (gerente de la GPIP)	SGCPP	Acciones que correspondan, informando Observaciones: D. S. 214213-2013
Proveído N.º 1813- MML- GPIP- SGCPP	10/10/13	Juan Andrés Ramos Arapa (subgerente de la SGCPP)	M. Cabrera	Acciones que correspondan, informando / Conocimiento y fines Observaciones: D. S. 214213-2013
Carta LAMSAC- MML-N.° 269-2013	04/10/13	André Giavina Bianchi (gerente general de LAMSAC)	Municipalidad Metropolitana de Lima / Atención: Arq. Domingo Arzubialde Elorrieta (gerente de la GPIP)	Comunican que a partir del 29 de diciembre de 2013 a las 00:00 horas, se procederá a estandarizar las tarifas que vienen cobrando a través de las unidades de peaje ubicadas en la sección 1 de la concesión, de la siguiente manera: S/4.00 para vehículos livianos (incluyen el IGV aplicable), S/4.00 para vehículos livianos de transporte público (incluyen el IGV aplicable); y S/4.00 por cada eje

NAYKO TECHY CORONADO SALAZAR
JUEZA
Primer Juzgado Nacional Unipersonal
BETURN SIStema Especializado en Delitos de Compoión de Funcionarios

Página 48 de 62

NORMA ROSALIA CONDO DÍAZ

ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS

Statema Especializado en Ordres de Corrus den da Funçonarios



PRIMER JUZGADO NACIONAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

		8.4		cobrable para vehículos pesados (incluyen el IGV aplicable).
Proveído N.º 2959- MML- GPIP	19/12/13	Domingo Arzubialde Elorrieta (gerente de la GPIP)	SGCPP	Acciones que correspondan, informando Observaciones: D. S. 286032-2013
Proveído N.º 2449- MML- GPIP- SGCPP	19/12/13	Juan Andrés Ramos Arapa (subgerente de la SGCPP)	M. Cabrera	Acciones que correspondan, informando / Conocimiento y fines Observaciones: D. S. 286082-2013

De lo anteriormente descrito, que corresponde a una sistematización de la información incorporada a juicio sobre las cartas LAMSAC presentadas con atención al acusado Arzubialde Elorrieta, y oficios suscritos por aquel, entre otros documentos generados, se resalta el significado probatorio en negativo expuesto en la oralización de prueba documental por parte de la defensa del actor civil y del Ministerio Público, en tanto que aquellos han señalado en forma reiterada (no cuestionada por la contraparte) que dicha documentación no contiene especificación o tratamiento técnico sobre un "nuevo cierre financiero" o un "cierre financiero refinanciado" o una sustentación del cambio del 13 % en soles (IPC Perú) y el 87 % en dólares americanos, estructura de financiamiento a la fecha del cierre financiero reconocido por las partes en juicio que operó el 30 de diciembre de 2010, al del parámetro 100 % soles (IPC Perú), pues solo se asevera que al haberse obtenido un financiamiento al 100 % en moneda local, debe aplicarse el límite máximo del IPC Perú, 100 % en soles.

- 51. Asimismo se tienen indicios de que si bien no están en el ámbito nuclear propiamente dicho como sub elementos indiciarios, anteriormente tratados, se presentan también acompañando a los anteriores, pero de la siguiente forma complementaria:
- 51.1. Se ha sustentado en juicio que el acusado Arzubialde Elorrieta, como gerente de la GPIP, no comunicó a INVERMET, ente municipal supervisor del contrato de concesión Línea Amarilla, sobre los aspectos técnicos tratados con el representante de la empresa concesionaria LAMSAC, referidos precisamente a un denominado "nuevo cierre financiero" o "cierre financiero refinanciado", o acaso respecto del planteamiento de aplicación de la fórmula de reajuste de peaje presentado a dicha gerencia; teniéndose, en todo caso, de la oralización de prueba documental, la Carta LAMSAC-MML/INVERMET N.º 074-2013, de fecha 4 de octubre de 2013, por el cual la empresa LAMSAC —y no el acusado o su gerencia- comunicó a INVERMET un día antes del inicio de la explotación de la concesión (5 de octubre de 2013) las diversas comunicaciones (oficios y cartas) intercambiadas con la GPIP, en torno a los temas en cuestión. Se debe resaltar que las comunicaciones entre ambas partes (concesionaria y representante del concedente, GPIP) se remontan a diciembre de 2012, febrero, agosto y setiembre de 2013).

NAYKO TECHY CORONADO SALAZAR
JUEZA
Primer Juzgado Nacional Unipersonal
Sistema Especializado en Delitos de Corupción de Funcionarios

Página 49 de 62

NORMA ROSALIA CONDO DÍAZ

ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS

STEPTA FERRALADA AD TOLOR de CAUSAS

STEPTA FERRALADA AD TOLOR de CAUSAS

STEPTA FERRALADA AD TOLOR de CAUSAS



Primer Juzgado Nacional Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios

- 51.2. Se ha verificado en juicio que el acusado, arquitecto de profesión, es un funcionario público con amplia experiencia y conocimientos técnicos en el ámbito de la promoción de la inversión privada. Ha trabajado en la GPIP desde el año 2010, tanto como técnico, subgerente y gerente de la GPIP, conforme se tuvo información referida por el citado acusado en juicio. Se debe señalar en este extremo de análisis que aunque el acusado y su defensa hayan sostenido en juicio que todos los aspectos técnicos fueron remitidos a su equipo multidisciplinario para la generación de informes o pronunciamientos de su gerencia, para lo cual incluso dicha defensa resaltó las iniciales de nombres consignadas en la parte inferior de diversos documentos (que refiere al personal que evacuó el documento para la firma del gerente); sin embargo, debe señalarse que aquel no solo tuvo a su cargo las disposiciones o decisiones del ámbito de la promoción de la inversión privada a nivel de la MML y su representación en la ejecución del contrato de concesión Línea Amarilla, sino que aquel por sus conocimientos técnicos apreciados también durante su declaración en juicio, denotan manejo de aspectos especializados y, por tanto, de definición final en su ámbito, al margen de los pronunciamientos de sus subordinados; a lo que debe agregarse que como se ha concluido en el análisis precedente sobre la incorrecta aplicación de la fórmula de reajuste de tarifa de peaje, las estipulaciones del contrato referidas a ella (cláusula 9.9), resultan ser específicas y de accesibilidad al conocimiento técnico del acusado y aun al conocimiento no técnico jurídico, radicado precisamente en la claridad del texto.
- 51.3. Se ha sustentado en juicio con el Oficio N.º 774-2013-MML-GPIP, del 27 de agosto de 2013, suscrito por el acusado, y por el cual la gerencia de la GPIP requiere a la empresa concesionaria la absolución de observaciones a su planteamiento de aplicación de la fórmula de reajuste de tarifa del peaje; que la referida GPIP solicitó a dicha empresa dar el sustento económico, financiero y legal sobre dicha propuesta; con lo que se tiene como información indiciaria, que se cuestionó en su oportunidad, la propuesta de la empresa LAMSAC, hoy materia de análisis probatorio como parte de los fácticos de imputación penal.
- 51.4. Asimismo, se tiene que si bien se oralizó el Acta de acuerdo N.º 12, de fecha 30 de setiembre de 2013, suscrito por el acusado y el representante de LAMSAC, sobre la utilización del IPC Lima para los años en que no se tuviera IPC Perú en la fórmula de reajuste de tarifa de peaje; sin embargo, las cartas LAMSAC 29 y 145-2013, remitidas con atención al acusado como gerente de la GPIP, contenían este factor IPC Lima determinado para el reajuste de la tarifa de peaje desde el 7 de febrero y 9 de agosto de 2013, respectivamente. Esta situación incide en el mismo tema sobre los factores para el cálculo del reajuste de la tarifa de peaje.
- 51.5. Finalmente, se verifica en el presente caso que nos encontramos ante un contrato de concesión referido a un proyecto a largo plazo -de varias décadas para su ejecución-, en el que las implicancias de la fórmula de reajuste para su aplicación se verifican anualmente a partir del 31 de enero de 2013 en adelante; por lo que se trata de un contrato de envergadura no solo económica sino también relacionada a un servicio público de relevancia como la construcción y mantenimiento de vías de comunicación para transporte privado y público (conforme a las ubicadas en la concesión) dentro de la ciudad capital.

NAYKO TECHY CORONADO SALAZAR
JUEZA
Primer Juzgado Nacional Unipersonal
Sistema Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios

Página 50 de 62

NORMA ROSALIA CONDO DÍAZ

ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS

Satisma Especializado en Deblos do Comuzión de Finecoranos.



PRIMER JUZGADO NACIONAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

- 52. De otro lado, en la evaluación integral de las pruebas actuadas en juicio, se ha podido identificar contraindicios, que por su naturaleza se alinean en forma distinta a los indicios antes tratados. Así se presentan:
- 52.1. Se tiene un pronunciamiento de requerimiento de absolución de observaciones por parte del acusado Arzubialde Elorrieta, como gerente de la GPIP, a la empresa concesionaria LAMSAC, a través del Oficio N.º 774-2013 del 27 de agosto de 2013, por el cual se solicita el sustento técnico, económico y financiero de su postura de reajuste de la tarifa del peaje, esto es, precisamente sobre aspectos como el tomar en cuenta el 100 % del IPC Perú (soles) teniendo en cuenta los parámetros mínimos y máximos de la cláusula 9.9, así como respecto del uso del IPC Lima cuando no se registren datos del IPC Perú, también vinculados a la fórmula de reajuste de tarifa de peaje.
- 52.2. Se ha sustentado en juicio la existencia de una resolución de Contraloría N.º 001-2018, del 18 de mayo de 2018, emitida por la testigo Rocío del Carmen Silupú Carrión, jefa del Órgano Instructor de la Contraloría General de la República. Esta resolución concluye no proceder a iniciar procedimiento administrativo sancionador contra el acusado Arzubialde Elorrieta y otros; pronunciamiento vinculado al tema de la aplicación de la fórmula del reajuste de la tarifa del peaje, objeto del contrato de concesión de Línea Amarilla.
- 52.3. Se ha verificado a través de la oralización de prueba documental, conforme se tiene del cuadro del fundamento 50.10, y tal como lo ha alegado la defensa del acusado, que ante cada comunicación documental remitida por la empresa LAMSAC, a la GPIP a cargo del acusado, este dio la tramitación correspondiente a través de disposiciones escritas dirigidas a su equipo técnico subordinado. De ello, se tiene la oralización de las cartas de LAMSAC referidas en dicho cuadro, como los respectivos proveídos emitidos por el acusado, el subgerente de Gestión de Contratos, y el testigo Juan Ramos Arapa.
- 52.4. Se tiene que el proyecto Línea Amarilla se trata de uno autosostenible (autofinanciado) cuya tipología no implica el tratamiento o manejo de caudales públicos o del Estado, sino que se trata de un financiamiento de recursos por un privado, en este caso la empresa LAMSAC, la que a su vez asume los riesgos propios del financiamiento en mención.
- 52.5. De la actuación probatoria se desprenden conclusiones técnicas diferentes dadas por el testigo Ruiz Lecaros, experto en finanzas, y los auditores de la Contraloría General de la República, Kelvin Valencia Flores, Germán Deza Nazi e Iván Inocente Arévalo. Por estas, el primero sostiene que la empresa LAMSAC ha obtenido mayores ingresos ascendentes a la suma de 10 186 569 soles, mientras que los auditores sostienen que aquellos mayores ingresos generados ascenderían aproximadamente a la suma de 20 739 520 soles. Todo ello aparece vinculado al pago adicional de 0.20 céntimos de sol, por tarifa de peaje que habría sido asumido por el usuario de las unidades de peaje, entre el 5 de octubre de 2013 y el 31 de enero de 2015, objeto de pronunciamiento de los citados testigos.

CORONADO SALAZAR JUEZA Primer Juzgado Nacional Unipersonal na Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionanos

Página 51 de 62 NORMA ROSALIA CONDO DIAZ

ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS



PRIMER JUZGADO NACIONAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

- 53. Que los cinco contraindicios señalados precedentemente deben ser analizado en su contenido para efectos de determinar si todos, alguno o al menos uno resulta ser consistente. Así se tiene lo siguiente:
- 53.1. En relación al requerimiento de levantamiento de observaciones por parte del acusado Arzubialde Elorrieta (Oficio N.º 774-2013), si bien aquel acto denota una postura de cuestionamiento emitido desde la función del propio hoy acusado, ante el planteamiento de la concesionaria LAMSAC sobre el cálculo de la tarifa de reajuste de peaje, objeto de imputación penal (lo cual trataremos más adelante en relación al elemento subjetivo del injusto penal imputado); sin embargo, debe tenerse en cuenta que la línea de prosecución irregular en la aplicación de la fórmula de reajuste de tarifa de peaje, que pudo agotarse en este punto con un rechazo de la propuesta de la empresa concesionaria por no cumplirse las estipulaciones del contrato, siempre en el sentido de favorabilidad al servicio público al cual también se debe; o al menos realizarse las consultas o comunicaciones con INVERMET, supervisor del contrato de concesión. No obstante, aquella que es analizada por la judicatura como una proyección objetiva del acusado de que efectivamente se necesitaba un sustento legal, económico y financiero al planteamiento de LAMSAC (lo que finalmente es el sustento de la imputación penal ante una incorrecta aplicación de la fórmula de reajuste de tarifa de peaje), fue desplazada para asentar aquella interpretación unilateral de aplicación de la fórmula del reajuste sin tomar en cuenta el texto expreso del contrato; razón por la cual el acusado prosiguió la tramitación del procedimiento ante la presentación de la carta LAMSAC N.º 154-2013, del 2 de setiembre de 2013, cuyo contenido, consideró (al igual que sus subordinados) que soportaba la sustentación requerida por dicho despacho. Posteriormente se generaron los efectivos reajustes anuales de la tarifa del peaje en esa misma línea de incorrecta aplicación de la fórmula de reajuste de peajes (cláusula 9.9 del contrato); por lo que no resulta ser un contraindicio consistente.
- 53.2. En relación al pronunciamiento de no abrir procedimiento administrativo sancionador contra el acusado, emitido por un órgano instructor de la Contraloría General de la República, debe señalarse, en primer lugar, que un pronunciamiento administrativo sobre un mismo hecho objeto de un proceso penal no necesariamente vincula a un mismo resultado; y en segundo lugar, conforme fue examinada la testigo Rocío del Carmen Silupú Carrión en juicio, quien suscribió dicho pronunciamiento, no brindó los argumentos o sustentos técnicos por los que sostuvo no advertir que se haya aplicado incorrectamente la fórmula del reajuste de peaje, tanto más cuando alude a un trato directo entre la concesionaria y la GPIP, que trata el factor de reajuste del IPC Perú y el IPC Lima, y no propiamente la estructura de financiamiento del cierre financiero del 30 de diciembre de 2010. Por ende, tampoco resulta ser un contraindicio consistente.
- 53.3. En cuanto a los proveídos emitidos por el acusado Arzubialde Elorrieta a su equipo técnico subordinado, esto es, la Subgerencia de Gestión de Contratos de la MML, liderada por el testigo Juan Andrés Ramos Arapa, si bien denota que efectivamente se siguieron los parámetros regulares de un procedimiento administrativo, esto es, que los documentos ingresados a la GPIP sean a su vez derivados a órganos técnicos de inferior jerarquía para su

NAYKO TECHY CORONADO SALAZAR

JUEZA

Primer Juzgado Nacional Unipersonal

Sistema Especializado en Delitos de Comunción de Funcionarios

Página 52 de 62

NORMA ROSALÍA CONDO DÍAZ ESPECIALISTA JUDICIAL DE CALISAS



Primer Juzgado Nacional Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios

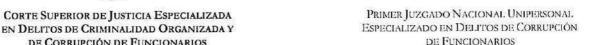
conocimiento o pronunciamiento correspondiente; sin embargo, dicha situación, y aún con pronunciamientos técnicos hoy diferenciados en las conclusiones de la presente sentencia, no son suficientes para vincular al acusado con la asunción en su integridad de dichos pronunciamientos técnicos o de los informes que aquellos hayan emitido, puesto que estamos ante un agente público con amplia experiencia y conocimientos en los temas de promoción de la inversión privada, conforme así se desprende de lo actuado en juicio, tanto más si aquel tenía el rol de mando o la decisión final de las posturas asumidas por la GPIP en representación de la MML ante el contrato de concesión Línea Amarilla. Por tanto, tampoco resulta ser un contraindicio.

- 53.4. En relación a la presencia en sí de un proyecto autosostenible, esto es, un proyecto con tratamiento de inversión privada, y que por tanto, el particular deba asumir sus propios riesgos, si bien ello nos ubicaría en un plano de una actividad privada con ingresos mayores o menores, con base en su propia inversión; sin embargo, el proyecto Línea Amarilla se encuentra íntimamente relacionado con un servicio público a cargo de la MML, como es la construcción, operación y mantenimiento de vías urbanas para el transporte vehicular en el área de concesión, ubicados en la ciudad capital; por lo que, definitivamente, hay un impacto en el público usuario sobre el pago de la tarifa de peajes, en que la aplicación incorrecta de la fórmula de reajuste ha sido determinada en el presente caso. Esta situación no es suficiente para ser considerada un contraindicio consistente.
- 53.5. Finalmente, en relación a la diferencia de conclusiones emitidas por el testigo Ruiz Lecaros y los testigos auditores de la Contraloría General de la República, sobre el monto de mayores ingresos generados a favor de la empresa LAMSAC, si bien hay una evidente diferencia entre diez y veinte millones de soles aproximadamente; sin embargo, debe señalarse que conforme al análisis, la conclusión arribada por el testigo Ruiz Lecaros conjuntamente con el testigo Pittman Villarreal, se presenta como una precisión o aclaración del pronunciamiento de los auditores, puesto que en la actividad probatoria se hizo alusión a que la comisión auditora tomó en cuenta solamente los mayores ingresos obtenidos por la empresa LAMSAC conforme a la aplicación incorrecta de la fórmula de reajuste, y no los menores ingresos que generados a dicha empresa, en ciertos tramos temporales, por la misma aplicación incorrecta de la fórmula. Por lo que la suma de 10 186 569 soles, arribada por los primeros, comprende ambos factores positivos y negativos. De ahí que aun la existencia de dicha información diferencia en juicio, no es suficiente para ser considerada un contraindicio consistente, tanto más si se ubica en una misma línea en desfavor del público usuario.
- 54. En consecuencia, en el presente caso no se tienen contraindicios "consistentes", capaces de mermar o derruir los indicios probados en juicio, pues no obstante su existencia probatoria y acoplamiento dentro de las estructura de aquellos primeros, no son suficientes como para contrarrestar el sentido probatorio posicionado a favor de la tesis fiscal.
- 55. Debemos anotar que el análisis anterior, desde el ámbito metodológico nos ubica en presencia de un indicio de impacto mayúsculo (fundamento 50 de la presente sentencia) que, a su vez, comprende indicios menores o subordinados a aquel (en el presente caso en número de diez,

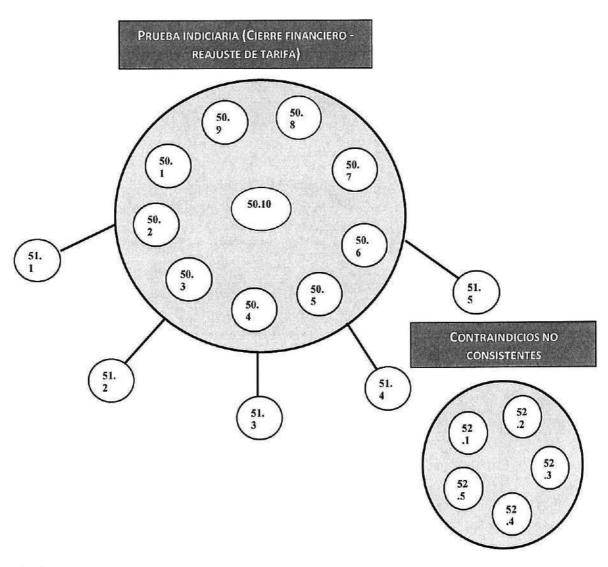
NAYKO TECHY CORONADO SALAZAR
JUEZA
Primer Juzgado Nacional Unipersonal
Sisteme Especializado en Delitos de Corunción de Funcionarios

Página 53 de 62

NORMA ROSALÍA CONDO DÍAZ
ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS



fundamento 50), al que se agregan indicios complementarios (en número de cinco, fundamento 52) que conforme al análisis precedente no califican como consistentes. Lo anterior queda graficado a través del siguiente esquema de valoración probatoria por prueba indiciaria:



Conclusiones

- 56. De todo lo anteriormente analizado en relación a la correcta o no aplicación de la fórmula de reajuste de la tarifa del peaje y otros aspectos técnicos tratados en juicio conforme a la actividad probatoria, debemos concluir lo siguiente:
- 56.1. Se ha probado en juicio que el "cierre financiero" que corresponde a la capacidad de contar con los recursos financieros necesarios para la ejecución de la obra (cláusula 3.9 del contrato), es único y se trata de un hito en el procedimiento de ejecución del contrato de concesión Línea Amarilla, que se remonta al 30 de diciembre de 2010.







PRIMER JUZGADO NACIONAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

- 56.2. No se ha probado en juicio la existencia de un "nuevo cierre financiero" o un "cierre financiero refinanciado", conforme así lo alegó el acusado y su defensa.
- 56.3. Se ha probado en juicio que bajo la gestión del acusado Arzubialde Elorrieta, se aplicó de forma incorrecta la fórmula de reajuste de la tarifa del peaje correspondiente al contrato de concesión Línea Amarilla, al permitirse la utilización del 100 % del IPC Perú, como parámetro máximo en la fórmula, cuando correspondió aplicar el 50 % del IPC Perú (soles) y el 50 % del tipo de cambio (dólares americanos).
- 56.4. Se ha sustentado en juicio que la estructura de financiamiento de la fecha del cierre financiero correspondiente al contrato de concesión Línea Amarilla, cuya data se remonta al 30 de diciembre de 2010, fue de 13 % en soles y 87 % en dólares americanos; y no de 100 % en soles.
- 56.5. Se ha sustentado en juicio que producto de la incorrecta aplicación de la fórmula de reajuste de la tarifa de peaje contenida en la cláusula 9.9 del contrato de concesión, conforme a la sustentación técnica de los testigos Ruiz Lecaros y Pittman Villarreal, así como los testigos Valencia Flores, Deza Nasi e Inocente Arévalo, se generaron mayores ingresos en el cobro de peaje, entre el 5 de octubre de 2013 y del 31 de enero de 2015, en perjuicio del público usuario del servicio.
- 57. Finalmente, y conforme a todo lo anteriormente esgrimido, se tiene que el acusado Arzubialde Elorrieta, como gerente de la GPIP, ante la información remitida por la concesionaria LAMSAC, sobre la fórmula de aplicación de la tarifa del peaje, debiendo cumplir sus funciones de dirigir, ejecutar, controlar y monitorear el proceso de participación de la inversión privada (función específica establecida en el MOF de la GPIP, del mes de febrero de 2012) a nombre de la MML, pese a su conocimiento técnico y especializado en la materia, a su experiencia en la función pública del área de la promoción de la inversión privada, a tenerse claridad en el texto de la cláusulas del contrato Línea Amarilla que trata el denominado cierre financiero y la forma de aplicación de la tarifa de reajuste, además de tratarse de un contrato de envergadura económica, sí de inversión privada, pero de incidencia meridiana en el público usuario de las vías urbanas de comunicación objeto de concesión en la ciudad capital, y aun en temas tan delicados desde la perspectiva técnica íntimamente vinculados a análisis y conclusiones económicos y financieros, que mínimamente requirieron los soportes en opiniones técnicas solventes y aun de la entidad supervisora del contrato de concesión, como lo es INVERMET, al que por parte de la GPIP no se remitió comunicación o solicitudes de opinión sobre estos temas que ciertamente tienen a su vez incidencia en ingresos económicos a favor de terceros particulares y perjuicio en desmedro del público usuario de los peajes de la concesión Línea Amarilla. Por ende, las alegaciones del acusado y su defensa técnica frente al análisis probatorio expuesto se ubican como argumentos de defensa sin mayor sustentación en el análisis probatorio. En ese sentido, las circunstancias bases o hechos indicadores se encuentran probados, así como el hecho consecuencia o indicado, que recae en la presencia de un interés indebido en el agente infractor por razón de su cargo. Se cuenta a su vez con máximas de experiencia en el ámbito de mayores exigencias al acusado de garantizar el



Página 55 de 62

NORMA ROSALIA CONDO DÍAZ
ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS



PRIMER JUZGADO NACIONAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

cumplimiento de los acuerdos contenidos en un contrato, en el que representa a una de las partes, de envergadura social, económica y financiera, aún más por su trascendencia proyectada en el tiempo, sobre todo en aspectos de su propia especialización de actividades laborales.

58. Debe hacerse mención en este punto, respecto a lo señalado en el fundamento 53.1 de la presente sentencia (análisis de contraindicios), que, en el plano subjetivo del agente activo del delito, conforme se ha verificado de la prueba actuada en juicio, se tiene la presencia de dolo eventual en la conducta desplegada por el acusado Arzubialde Elorrieta, puesto que aquel proyectándose a la presencia de disfuncionalidades en la ejecución del contrato (planteamientos de aplicación de fórmula sin mayor sustento técnico, como así fue el objeto de su requerimiento para absolución de observaciones a la concesionaria), y por tanto, recayendo esa proyección en su propia disfuncionalidad, la aceptó y prosiguió en vulneración de sus deberes con la función pública asignada.

Sobre esta temática, el profesor alemán Claus Roxin sostiene en relación al dolo eventual: "(...) quien incluye en sus cálculos la realización de un tipo reconocido por él como posible, sin que la misma le disuada de su plan, se ha decidido conscientemente, -aunque solo sea para el caso eventual y a menudo en contra de sus propias esperanzas de evitarlo-, en contra del bien jurídicamente protegido por el correspondiente tipo "11". Así también el Recurso de Nulidad N.º 5083-2008-Cusco 12, señala lo siguiente: "en la doctrina, el dolo eventual es aquella clase de dolo en la que el autor representa como posible la concreción del resultado y pese a ello no se abstiene de actuar, por el contrario, se conforma con ello -teoría de la representación o de la probabilidad-. El agente sabe que el riesgo de su comportamiento es elevado, pero acepta la probable realización del resultado. A diferencia del dolo directo o de primer grado, en el que el agente persigue, al decidirse actuar, alcanzar el fin propuesto, en el dolo eventual no busca la realización del resultado, sino que lo acepta como probable ante el riesgo que importa su conducta".

- 59. En consecuencia, en el presente caso se ha acreditado la presencia del elemento "interés indebido en el agente", que completa el análisis jurídico penal y probatorio del caso. Se verifica la presencia de indicios probados, concatenados por reglas de experiencia y lógica, que no solo se muestran múltiples, sino también concordantes (en un mismo sentido de movimiento) y convergentes (que se engarzan entre sí). No se ubican, por el contrario, contraindicios "consistentes" que permitan derruir la construcción de la prueba indiciaria, conforme a los presupuestos requeridos en el artículo 158.3 del Código Procesal Penal.
- 60. Por tanto, en el presente caso se ha probado que el acusado Arzubialde Elorrieta, como gerente de la GPIP, a través de actos disfuncionales en los que participó, se interesó indebidamente y de forma directa en la ejecución del contrato de concesión en el que participaba por razón de su cargo, en beneficio de la empresa concesionaria LAMSAC, de

¹² Emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, el 20 de enero de 2010.



Página 56 de 62

NORMA ROSALÍA CONDO DÍAZ
ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS

¹¹ ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Tomo I, quinta edición. Madrid, España: Editorial Civitas, 2010, p. 425.



PRIMER JUZGADO NACIONAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

modo que concurren los presupuestos típicos del delito de negociación incompatible tipificado en el artículo 399 del Código Penal. Así constituye dicha conducta típica penalmente, antijuridica, por haberse vulnerado el correcto y normal desarrollo de la Administración pública, además de haber vulnerado los deberes propios de la función pública. No se han presentado, además, causas de justificación en la conducta desplegada. Finalmente, resulta ser conducta culpable, por tener dicho acusado capacidad de entender lo ilícito de su actuar y la capacidad de haber evitado el resultado del mismo. Se acredita, de igual manera, la responsabilidad penal del acusado en calidad de autor; y no es suficiente su negación de cargos, expresada en juicio, al haberse desvirtuado su presunción de inocencia, por lo que les corresponde una sanción penal.

En cuanto a la determinación judicial de la pena:

- 61. El delito de negociación incompatible, tipificado en el artículo 399 del Código Penal, tiene una pena legal no menor de cuatro ni mayor de seis años de privación de la libertad¹³, según la norma vigente al 25 de noviembre de 2013; y si bien el 26 de noviembre de 2013 se publicó una modificatoria a dicho artículo del código sustantivo, en el que se incorporaba la pena de multa, y que también es de aplicación a los hechos materia del presente análisis; sin embargo, debe optarse por la descripción legal del tipo penal primigenio (del 6 de octubre de 2004 al 25 de noviembre de 2013), en cuanto a su contenido de mayor favorabilidad a la parte acusada.
- 62. El Ministerio Público solicitó en sus alegatos de apertura, lo que fue reiterado en los alegatos de clausura, que se imponga al acusado la pena de cuatro años y cuatro meses de privación de la libertad; así como tres años de inhabilitación, conforme al artículo 36, incisos 1 y 2, del Código Penal.
- 63. Para la determinación de la pena privativa de libertad, deben tenerse en cuenta los siguientes factores:
- 63.1. Se trata de una persona con instrucción superior, con formación universitaria.
- 63.2. Carece de antecedentes penales, conforme así lo señaló al inicio del juicio y no ha sido cuestionado por las partes, por lo que nos encontramos ante un agente primario en la comisión de delitos.
- 63.3. No se trata de un agente con carencias sociales o económicas.
- 63.4. Es un funcionario que cuenta con experiencia en el ámbito específico de la promoción de la inversión privada, esto es cuenta, con un perfil técnico especializado.

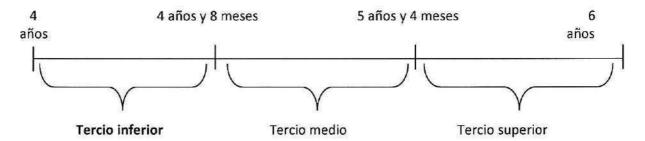
¹³ Conforme a la Ley N.° 28355, publicada el 6 de octubre de 2004, vigente hasta el 25 de noviembre de 2013.

Página 57 de 62 NORMA ROSALÍA CONDO DÍAZ ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS



PRIMER JUZGADO NACIONAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

- 63.5. Por su cargo de gerente general de la GPIP, tiene incidencia funcionarial ante sus subordinados que forman parte de la Subgerencia de Gestión de Contratos de la Municipalidad Metropolitana de Lima.
- 63.6. Se debe tomar en cuenta que en el proceso penal no se encuentra comprendida persona jurídica alguna ni terceros que hayan emitido opiniones o pronunciamientos vinculados al presente análisis probatorio.
- 63.7. La presencia de dolo eventual como elemento subjetivo de la conducta desplegada por el acusado Arzubialde Elorrieta.
- 63.8. La acreditación de uno de los dos fácticos objeto de imputación penal al acusado.
- 64. Que, en relación a la pena privativa de libertad, la definición de su imposición debe sujetarse al sistema de determinación de penas bajo la figura de los tercios por lo que la definición del tercio aplicable al acusado según el artículo 45-A, numeral 2, del Código Penal modificado por la Ley N.º 30076, publicada el 19 de agosto de 2013, está en función de la existencia de las circunstancias agravantes y atenuantes descritas en el artículo 46 del mismo código.
- 65. En el presente caso, respecto del delito de negociación incompatible, teniendo la pena legal de cuatro a seis años de privación de libertad, el Ministerio Público ha solicitado una pena de cuatro años y cuatro meses, comprendida en la mitad del tercio inferior del quantum de pena legal, por considerar que no se presentan circunstancias agravantes, sino más bien atenuantes como la carencia de antecedentes penales en el acusado. Así se tiene:



- 66. De lo señalado anteriormente se tiene que, siendo el Ministerio Público el agente persecutor del delito y el principio acusatorio vinculante al juez, el marco de determinación de pena para la judicatura está delimitado por un espacio de tiempo de entre cuatro años (pena legal mínima del delito) y cuatro años y cuatro meses de privación de libertad (pena solicitada por el Ministerio Público).
- 67. En consecuencia, y teniendo en cuenta los factores expuestos en el fundamento 63 anterior, sobre todo por la conjunción de elementos como la acreditación de uno de los dos fácticos de imputación penal contra el acusado, la presencia de dolo eventual en su conducta desplegada y su carencia de antecedentes penales, permiten sostener que la pena a ser determinada sea de cuatro años de privación de libertad, suspendida en su ejecución conforme al artículo 57°

NAYKO TECHY CORONADO SALAZAR JUEZA Primer Juzgado Nacional Unipersonal Sistema Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios

Página 58 de 62

ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS



PRIMER JUZGADO NACIONAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

del Código Penal, por el plazo legal de tres años, sujeto a la siguientes reglas de conducta: a) la prohibición de ausentarse del lugar de su residencia sin previa autorización judicial; b) comparecer cada sesenta días ante el local del juzgado encargado de la ejecución de la sentencia, a fin de informar y justificar sus actividades, verificándose mediante el control biométrico; y, c) reparar el daño ocasionado al Estado agraviado, a través del pago de la reparación civil en la forma establecida en la presente sentencia, bajo apercibimiento de que en caso de incumplimiento de las mismas, se proceda conforme a lo señalado por el artículo 59 del Código Penal.

68. Finalmente, en relación a la pena de inhabilitación, debe ser impuesta al acusado Arzubialde Elorrieta, conforme a lo señalado en el artículo 36, incisos 1 y 2, del Código Penal, esto es, la privación del cargo público que ejerce en la Administración pública, así como la declaración de incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público por el plazo solicitado por el Ministerio Público, de tres años. Debe oficiarse a la Municipalidad Metropolitana de Lima y a los demás entes correspondientes para su cumplimiento, una vez firme que sea la presente sentencia.

En cuanto a la determinación de consecuencias jurídicas civiles:

- 69. El artículo 92 del Código Penal señala que la reparación civil se determina conjuntamente con la pena, mientras el artículo 93 del mismo cuerpo legal establece que la reparación civil comprende la restitución del bien y la indemnización de los daños y perjuicios. De ahí que la institución del resarcimiento es de naturaleza privada, la misma que reposa en la producción del daño causado a la parte agraviada.
- 70. En el presente caso, se tiene como actor civil a la Procuraduría Pública ad hoc a cargo de la defensa del Estado en las investigaciones y procesos vinculados a delitos de corrupción de funcionarios, lavado de activos y otros conexos en los que ha incurrido la empresa ODEBRECHT y otras; por tanto, aquella tiene la legitimidad de la acción civil. En ese sentido, se ha solicitado como pretensión el pago por reparación civil, ascendente a la suma de diez millones ciento ochenta y seis mil quinientos sesenta y nueve soles, por daño patrimonial, y siete millones ciento treinta mil quinientos noventa y ocho soles, por daño extrapatrimonial a favor del Estado.
- 71. Por ende, debemos analizar la pretensión del actor civil desde los elementos que componen la responsabilidad extracontractual:
- 71.1. De la antijuricidad: respecto a la existencia de un hecho ilícito, ha quedado evidenciado en juicio que el acusado Arzubialde Elorrieta en operaciones dentro del marco de la ejecución del contrato de concesión Línea Amarilla, se interesó indebidamente a fin de favorecer a la empresa LAMSAC. De este modo, la conducta desplegada por aquel ha vulnerado el bien jurídico de la correcta Administración pública, específicamente, la imparcialidad y objetividad que exige el desempeño funcional, conforme se ha probado en juicio. Por tanto, se supera este elemento.

NAYKO TECHY CORONADO SALAZAR
JUEZA
Primer Juzgado Nacional Unipersonal
Sistema Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios

Página 59 de 62

NORMA ROSALÍA CONDO DÍAZ ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS



PRIMER JUZGADO NACIONAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

- 71.2. De la existencia de los **factores de atribución**: para el caso en análisis y conforme a lo precedentemente descrito, se verifica la presencia de dolo (como factor de atribución en la responsabilidad extracontractual¹⁴) en la actuación del acusado. No se verifica alguna afectación en el estado de conciencia de los mismos, en el momento de la ocurrencia de los hechos.
- 71.3. De la relación de causalidad entre la acción generadora del daño y el evento dañoso: conforme se ha descrito en los párrafos anteriores, se tiene que el acusado Arzubialde Elorrieta ha propiciado un perjuicio contra el Estado, con un accionar directo desde su propio rol como agente público. Por tanto, también se supera este elemento de responsabilidad extracontractual.
- 71.4. El daño producido: en el presente caso se ha ocasionado una afectación contra el Estado agraviado, el mismo que es de naturaleza extrapatrimonial, por la vulneración de los deberes funcionales que exige la Administración pública, específicamente, en el rol de gerente de la Gerencia de Promoción de la Inversión Privada de la Municipalidad Metropolitana de Lima, que ejercía el acusado Arzubialde Elorrieta. Este tuvo la posibilidad de no producir los efectos dañinos de su conducta, esto es, no proceder con transparencia y probidad en los actos para con la Administración Pública. Se cumple también este presupuesto de producción de un daño a la parte agraviada, el Estado. Asimismo, debe hacerse mención de que el delito en cuestión no soporta un daño patrimonial por su misma estructura típica, como sí ocurre por ejemplo en el delito de peculado. Por ello los mayores ingresos económicos obtenidos por la empresa concesionaria que comprendió la pretensión civil en cuanto a daño patrimonial, incluyen aspectos vinculados a terceros no comprendidos en el presente caso, por lo que no resulta amparar dicho extremo de pretensión civil. Debe ceñirse entonces a la determinación del quantum de daño en relación a la propia vulneración de funciones del acusado por su cargo de gerente de la GPIP, esto es, por daño extrapatrimonial.
- 72. En consecuencia, en el presente caso, al concurrir los elementos de responsabilidad extracontractual debe determinarse para el acusado Arzubialde Elorrieta, el pago de una reparación civil a favor del Estado agraviado. Sobre esta temática, el actor civil, respecto del daño extrapatrimonial ha solicitado la suma de siete millones ciento treinta mil quinientos noventa y ocho soles; sin embargo, se considera que dicha cantidad, conforme a lo señalado en el fundamento anterior, debe ser reducida a la suma de cien mil soles, en atención a la propia disfuncionalidad evidenciada al acusado, el impacto económico generado en el marco de ejecución de un contrato de concesión de envergadura por dicha disfuncionalidad, así como la presencia de dolo eventual en su conducta. En consecuencia, debe declararse fundada

NAYKO TECHY CORONADO SALAZAR
JUEZA
Primer Juzgado Nacional Unipersonal
Statema Especializado en Delitos de Corupción de Funcionaros

Página 60 de 62

NORMA ROSALÍA CONDO DÍAZ ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS Statema Especializado en Delitos de Consección de Funcionerios

¹⁴ Al respecto es menester señalar que el profesor Cesare Salvi, en su libro La Responsabilitá Civile (1998:1225), refiere: "es opinión generalmente compartida que el dolo, relevante a los efectos de la responsabilidad extra contractual, se identifica con la noción penal del dolo genérico, que prescinde de elementos específicos de intencionalidad o fraude, resolviéndose en la voluntad de ocasionar el daño". (ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de la Responsabilidad Civil, Editorial Rodhas, Lima, 2011, p. 166).



PRIMER JUZGADO NACIONAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

en parte la pretensión del actor civil, para lo cual el citado acusado deberá presentar el certificado correspondiente al juzgado encargado de la ejecución de la sentencia para el endose respectivo a la parte agraviada.

Consideración final

73. El juzgado considera que la presente sentencia, al contener aspectos vinculados al desarrollo de la promoción de la inversión privada ante la Municipalidad Metropolitana de Lima, debe remitirse en copia al representante de dicho ente, para su conocimiento y fines respectivos.

En relación a las costas del proceso

74. El artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Penal señala que la justicia penal es gratuita, salvo el pago de las costas procesales. Se precisa en el artículo 497 del Código acotado que toda decisión que ponga fin al proceso penal establecerá quién debe soportar las costas del proceso; además, dispone que el órgano jurisdiccional deberá pronunciarse de oficio y motivadamente sobre el pago de las costas. En el presente caso, se advierte que el acusado Arzubialde Elorrieta se declaró inocente de los cargos, y si bien esta presunción ha sido desvirtuada en el séquito del juicio oral, se considera que ha ejercido un derecho constitucional, cual es el de la defensa, sin recurrir a acciones maliciosas o dilatorias. Por ello, no se considera atendible imponer el pago de las costas generadas en el proceso.

PRONUNCIAMIENTO

Por las consideraciones antes expuestas, la jueza del Primer Juzgado Nacional Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de Crimen Organizado y de Corrupción de Funcionarios, impartiendo justicia a nombre de la Nación, FALLA:

- 1. DECLARANDO a DOMINGO ARZUBIALDE ELORRIETA, cuyos datos de identificación han sido señalados en la parte introductoria de la presente resolución, AUTOR del delito de contra la Administración pública –negociación incompatible (tipificado en el artículo 399 del Código Penal)— en agravio del Estado Peruano, representado por la Procuraduría Pública ad hoc a cargo de la defensa del Estado en las investigaciones y procesos vinculados a delitos de corrupción de funcionarios, lavado de activos y otros conexos en los que ha incurrido la empresa ODEBRECHT y otras.
- 2. Como tal SE IMPONE a DOMINGO ARZUBIALDE ELORRIETA, CUATRO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD, suspendida en su ejecución por el plazo de tres años; sujeta a las siguientes reglas de conducta: a) la prohibición de ausentarse del lugar de su residencia sin previa autorización judicial; b) comparecer cada sesenta días ante el local del juzgado encargado de la ejecución de la sentencia a fin de informar y justificar sus actividades, verificándose mediante el control biométrico; y, c) reparar el daño ocasionado a la parte agraviada, a través del pago de la reparación civil establecida en la presente sentencia, bajo

NAYKO TECHY CORONADO SALAZAR

JUEZA

Primer Juzgado Nacional Unipersonal

Sistems Especializado en Delitos de Corupción de Funcionarios

Página 61 de 62

NORMA ROSALIA CONDO DÍAZ

ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS

Statoria Especialidad en Dicina de Curriación de Funcior ació



PRIMER JUZGADO NACIONAL UNIPERSONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

apercibimiento de que en caso de incumplimiento de las reglas de conducta, se proceda conforme a lo señalado por el artículo 59 del Código Penal.

- 3. Asimismo, SE IMPONE a DOMINGO ARZUBIALDE ELORRIETA, la pena de INHABILITACIÓN por el plazo de TRES AÑOS, conforme al artículo 36°, incisos 1 y 2 del Código Penal, que corresponde a declarar la privación de cargo o función pública, además de declararse su incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público. Ofíciese a la Municipalidad Metropolitana de Lima y a los demás entes correspondientes para su cumplimiento, firme que sea la presente.
- 4. Declarar fundada en parte la pretensión del actor civil, Procuraduría Pública ad hoc a cargo de la defensa del Estado en las investigaciones y procesos vinculados a delitos de corrupción de funcionarios, lavado de activos y otros conexos en los que ha incurrido la empresa ODEBRECHT y otras. En consecuencia, se FIJA en la suma de CIEN MIL SOLES, el monto que, por reparación civil, deberá abonar el sentenciado Domingo Arzubialde Elorrieta, a favor del Estado, representado por la referida procuraduría pública ad hoc, mediante depósito judicial en el Banco de la Nación. Considérese que dicha obligación es una regla de conducta de la suspensión de ejecución de pena impuesta.
- 5. Disponer la remisión de copia de la presente sentencia al Despacho de Alcaldía de la Municipalidad Metropolitana de Lima, para su conocimiento y fines respectivos.
- **6. DISPONER** que en el presente caso no corresponde imponer pago de costas, a los sujetos procesales.
- 7. MANDA que consentida o ejecutoriada que sea la presente sentencia, se proceda a la ejecución de la misma, con inscripción de la condena y los demás registros que correspondan. Tómese razón y hágase saber.

