



**PRIMERA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL PERMANENTE
ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS**

Expediente : 00022-2017-14-5201-JR-PE-02
Jueces superiores : Guillermo Piscoya/ Angulo Morales/ Enriquez Sumerinde
Ministerio Público : Primera Fiscalía Superior Especializada en Delitos de
Corrupción de Funcionarios
Tercero civil : CESEL SA
Delito : Colusión agravada y otros
Agraviado : El Estado
Especialista judicial : Ximena Gálvez Pérez
Materia : Apelación de ampliación sobre pretensión resarcitoria y otro

Resolución N.º 4

Lima, dieciséis de abril
de dos mil diecinueve

AUTOS Y OÍDOS: En audiencia, el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica de la empresa CESEL SA (tercero civilmente responsable), en contra de la Resolución N.º 16, de fecha cuatro de febrero de dos mil diecinueve, emitida por el juez del Segundo Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, mediante la cual se resolvió declarar fundada la solicitud de la Procuraduría Pública *ad hoc*, y en consecuencia, se tenga por ampliada la constitución en actor civil en los extremos precisados en las disposiciones fiscales N.º 19, 21, 24 y 25, así como, se tenga presente el monto adicional de pretensión resarcitoria ascendente a la suma de S/ 214 840 684.66, en el proceso seguido contra Nadine Heredia Alarcón y otros por la presunta comisión del delito de colusión agravada y otros en agravio del Estado. Interviene como ponente el juez superior GUILLERMO PISCOYA, y **ATENDIENDO:**

I. ANTECEDENTES

1.1 Con fecha veintinueve de octubre de dos mil dieciocho, la Procuraduría Pública *ad hoc*, puso a conocimiento del juzgado el incremento del monto de la pretensión resarcitoria en el presente proceso, atendiendo a la ampliación de los hechos objeto investigación, postulando como nuevo monto de la pretensión resarcitoria la suma ascendente a S/ 214 840 694.66, que comprende S/ 189 827 838.66 por concepto de daño patrimonial, y S/ 25 012 856.00 por daño extrapatrimonial.

1.2 Ante dicha solicitud, la defensa técnica de la empresa CESEL SA mediante escrito, de fecha veintiuno de noviembre de dos mil dieciocho, formuló oposición a la



solicitud planteada por la Procuraduría Pública *ad hoc* y solicitó que la misma sea declarada infundada.

1.3 El juez del Segundo Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, mediante Resolución N.º 16, de fecha cuatro de febrero de dos mil diecinueve, resolvió declarar infundada la oposición formulada por la defensa técnica de la empresa CESEL SA y en consecuencia, fundada la solicitud formulada por la Procuraduría Pública *ad hoc* de incrementar el monto adicional de la pretensión resarcitoria a la suma ascendente a S/ 214 840 684.66.

1.4 Posteriormente, con fecha seis de marzo del presente año, la defensa técnica de la empresa CESEL SA impugnó la decisión de primera instancia en el extremo que resuelve declarar infundada la oposición formulada por la recurrente y fundada la solicitud de la Procuraduría Pública *ad hoc* de incremento del monto de la pretensión resarcitoria. El juez concedió el recurso de apelación y elevó el cuaderno respectivo a esta Sala Superior, la misma que por Resolución N.º 3, del veintiocho de marzo del año en curso, señaló como fecha de audiencia el tres de abril de este año.

1.5 En audiencia pública, se escucharon los argumentos del abogado defensor del tercero civilmente responsable, CESEL SA. Luego de la correspondiente deliberación del Colegiado, se procede a emitir la presente resolución.

II. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

2.1 El *a quo* sostiene que la Procuraduría Pública *ad hoc* es un sujeto procesal que ha sido incorporado al presente proceso en calidad de actor civil, a través de la Resolución N.º 4, de fecha treinta y uno de julio de dos mil quince, emitida por el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria del Cusco; por tanto, cuenta con legitimidad activa para formular la solicitud que estime pertinente en salvaguarda de los derechos que le asisten, conforme así se desprende del artículo 104 del Código Procesal Penal (CPP).

2.2 Indica que el monto estimado que se espera obtener en el extremo del objeto civil puede variar conforme al avance del estadio del proceso en el que se encuentre el objeto penal. Siendo así, estima atendible la solicitud de ampliación de constitución en actor civil formulada, por cuanto la misma se postula dentro del marco de la etapa de Formalización de la Investigación Preparatoria en el presente proceso, y en mérito a las Disposiciones Fiscales 19 , 21 , 24 , 25 , que comunican la precisión, ampliación, inclusión de nuevos hechos e imputados; tanto más si se tiene como sujeto pasivo al Estado.

2.3 Por otro lado, consideró que los argumentos planteados en el escrito de oposición no son de recibo, por cuanto se limitan a sostener la ausencia de participación en las



circunstancias que son objeto de investigación, o en su defecto, alegar ausencia de imputación subjetiva -dolo- al haber actuado bajo el principio de confianza; argumentos que probablemente puedan ser de recibo en una etapa intermedia o de juzgamiento. Asimismo, refirió que la pretensión formulada por la Procuraduría Pública *ad hoc* es postulatoria y dependerá de la etapa procesal correspondiente acreditar dicha pretensión.

2.4 Finalmente, al haber sido constituida la Procuraduría Pública *ad hoc* en actor civil, y conforme a las Disposiciones Fiscales 19, 21, 24 y 25, expedidas con posterioridad a las demás resoluciones que resuelven las solicitudes del actor civil, siendo estos nuevos hechos e imputados que se incorporan al proceso penal, el juez precisó que la naturaleza del actor civil está en función al objeto civil -acumulación heterogénea- dentro del proceso penal, de conformidad con el art. 104 del CPP, que legitima su intervención -derecho de acción-, por lo que resulta amparable la solicitud.

III. ARGUMENTOS DEL IMPUGNANTE

3.1 En la fundamentación de su recurso, la defensa del tercero civilmente responsable, solicitó la *revocatoria* de la resolución venida en grado y, en consecuencia, se declare fundada la oposición planteada e infundada la solicitud de incremento del monto de la pretensión resarcitoria formulada por la Procuraduría Pública *ad hoc*.

3.2 Señaló los siguientes errores de hecho y de derecho en el auto impugnado:

- i) la empresa CESEL SA fue contratada específicamente para realizar trabajos de supervisión de obra (labor estrictamente técnica), más no realizar actividades sobre el fondo de esta, por lo que no tenía intención de beneficiarse ni generar perjuicio al Estado.
- ii) la resolución carece de motivación porque la Procuraduría no ha cumplido con fundamentar debidamente su pedido al señalar expresamente que el sustento de su solicitud obra en la carpeta fiscal.
- iii) la insuficiencia de argumentación sobre la ejecución del gasto público para pagar servicio de UNOPS, dado que a la fecha no se ha demostrado un favorecimiento indebido de parte de UNOPS a los postores ganadores.
- iv) en cuanto a la ejecución del gasto público para pagar al Consorcio Salud Lorena, refiere que los montos pagados tanto en la gestión de Acurio Tito como en la de René Concha, corresponden a pagos acordados contractualmente y a valorizaciones aprobadas por el propio Gobierno Regional del Cusco.
- v) sobre los montos pagados a CESEL SA, indica que han sido producto de los pagos acordados contractualmente en retribución del servicio al Estado.



vi) la inadecuada sustentación del daño emergente ocasionado, pues se ha realizado un incremento excesivo y desproporcionado, toda vez que no se encuentran las razones que lo justifiquen.

vii) respecto a la responsabilidad solidaria, señala que no ha existido motivación de favorecimiento por interés económico, amistad, subordinación u otro, al no existir vínculos con el Gobierno Regional del Cusco o con OAS que haya generado una influencia necesaria para promover alguna concertación empresarial.

IV. POSICIÓN DE LA PROCURADURÍA PÚBLICA AD HOC

4.1 La Procuraduría *ad hoc*, en la absolución del recurso de apelación, así como en la audiencia, solicitó que se declare infundado el recurso de apelación interpuesto por la defensa del tercero civilmente responsable CESEL SA.

4.2 Respecto a la naturaleza de los trabajos que hacía la empresa supervisora y a que no hubo concertación por parte del tercero civilmente responsable, CESEL SA con los representantes del Gobierno Regional del Cusco o de la empresa OAS, señala que en esta incidencia no se está tratando el tema penal, sino la pretensión civil, la cual solamente está sustentada en aquellos elementos civiles del proceso penal como la vinculación del tercero civilmente con las personas naturales que están siendo investigadas en el proceso. Sostiene que se ha generado al Estado una pérdida patrimonial por S/ 189 527 000.00 como daño patrimonial. Asimismo, señala que el monto solicitado por daño patrimonial asciende a S/ 189 827 838.66, y respecto al daño extrapatrimonial, refiere que se ha recurrido a la fórmula establecida en el Reglamento de la Ley N.º 30737.

4.3 Por otro lado, refiere que las investigaciones se iniciaron por los hechos relacionados a la actuación de funcionarios públicos del Gobierno Regional del Cusco, los mismos que generaron que la Procuraduría se constituya en actor civil y en función a ello, postule una reparación civil hasta por el monto de S/ 39 000 000.00. Sin embargo, en mérito a que el Ministerio Público ha integrado a las investigaciones nuevos hechos e investigados, se tiene que también participaron en los hechos irregulares, los funcionarios de la empresa OAS y de la supervisora CESEL SA. Además, debe tenerse en cuenta que la inclusión de Nadine Heredia Alarcón y el representante de la empresa OAS en el delito de tráfico de influencias evidenciaron las irregularidades cometidas desde el inicio del proceso de contratación.

4.4 Refiere que lo que se cuestiona es que los trabajos realizados no se concluyeron y que hubo una indebida demolición de los pabellones de nefrología y de materno infantil, por lo tanto, son trabajos irregulares. Además, los trabajos inconclusos presentan fallas estructurales y ese gasto nació de una concesión irregular de la buena pro, por cuanto se generó la intervención de alguno de los investigados por el



delito de negociación incompatible o colusión para efecto de beneficiar irregularmente a la empresa OAS.

V. TEMA MATERIA DE CONTROVERSIDAD Y OBJETO DE DECISIÓN

Corresponde a esta Sala Superior, determinar si la decisión del *a quo* de declarar fundada la solicitud de ampliación del monto de la pretensión resarcitoria presentada por la Procuraduría Pública *ad hoc* se encuentra o no arreglada a derecho.

VI. RAZONES QUE SUSTENTAN LA DECISIÓN

§ ALCANCES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

PRIMERO: Según el Acuerdo Plenario N.º 6-2006/CJ-116¹, "el fundamento de la responsabilidad civil, que origina la obligación de reparar, es la existencia de un daño civil causado por un ilícito penal, el que obviamente no puede identificarse con 'ofensa penal' -lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido, cuya base se encuentra en la culpabilidad del agente- [la causa inmediata de la responsabilidad penal y la civil *ex delicto*, infracción/daño, es distinta]; el resultado dañoso y el objeto sobre el que recae la lesión son distintos".

SEGUNDO: La responsabilidad civil determinará la obligación del agente del delito o tercero civil de reparar el daño, y simultáneamente hará surgir el derecho del afectado a obtener una debida reparación². Esta reparación puede lograrse mediante la correspondiente acción civil, en este caso, a través de un proceso penal.

§ ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO

TERCERO: Cabe señalar que el incremento del monto de la reparación civil postulado por el actor civil, en este caso, la Procuraduría Pública *ad hoc*, no tiene un procedimiento propio establecido en el CPP; sin embargo, tampoco existe una norma que lo prohíba. En atención a ello, al no haber impedimento alguno para incrementar el monto de la reparación civil, corresponde a este Colegiado emitir el pronunciamiento respectivo teniendo en cuenta los alcances generales de las normas sustantivas y procesales que regulan lo concerniente a la reparación civil.

CUARTO: La defensa del tercero civilmente responsable, CESEL SA, alega que la empresa fue contratada específicamente para realizar trabajos de supervisión de obra,

¹ Fundamento jurídico N.º 7.

² DE GASPERI, Luis. *Tratado de derecho civil. Responsabilidad extracontractual*. Tomo IV, Tea, Buenos Aires, 1964, p. 3.



y al haber sido la buena pro adjudicada a empresas distintas a CESEL SA, es insostenible la tesis de que sus representantes se coludieron con otra empresa con la intención de beneficiarse o generar perjuicio al Estado. Asimismo, señala que no se ha demostrado un favorecimiento indebido de parte de la UNOPS a los postores ganadores, y que los montos pagados a CESEL SA, han sido producto de los pagos acordados contractualmente en retribución del servicio al Estado; además, sostiene que los montos pagados tanto en la gestión de Acurio Tito como en la de René Concha, corresponden a pagos acordados contractualmente y a valorizaciones aprobadas por el propio Gobierno Regional del Cusco. Por tanto, considera que no existen nuevos hechos que permitan incrementar el monto de la reparación civil

Por su parte, la Procuraduría señaló que no se está tratando el tema penal, sino la pretensión civil, la cual solamente está sustentada en aquellos elementos civiles del proceso penal como la vinculación del tercero civilmente con los representantes de las personas naturales que están siendo investigadas en el proceso. Sin embargo, señala que los montos desembolsados por parte del Gobierno Regional del Cusco, corresponden al direccionamiento de las licitaciones públicas a fin de favorecer a la Empresa OAS, que implica una pérdida económica para el Estado, lo mismo que estaría sustentado en las Disposiciones Fiscales 19 y 25.

QUINTO: Al respecto, cabe señalar que en la presente incidencia no es objeto de análisis las presuntas actividades ilícitas de la empresa CESEL SA respecto a las irregularidades en las que habría intervenido, en el marco de la ejecución y supervisión de la obra "Mejoramiento de la capacidad resolutive de los servicios de salud del Hospital Antonio Lorena de Nivel III-1 Cusco". En ese sentido, no corresponde emitir pronunciamiento al respecto debido a que a criterio de este Colegiado, ello deberá ser discutido y valorado, de ser el caso, en la etapa correspondiente del proceso penal; pues la esencia de lo que se discute es aquello relacionado con la pretensión civil acumulada a este proceso penal, la cual tiene sus propias características y elementos.

SEXTO: En cuanto a los gastos presuntamente irregulares desembolsados por parte del Estado que justificarían el incremento de la pretensión civil en relación al *daño patrimonial* (pago del servicio de la UNOPS, pago del servicio del Consorcio Salud Lorena en la gestión de Acurio Tito, pago del servicio del Consorcio Salud Lorena en la gestión de Concha Lezama y el pago a CESEL SA), tenemos que la inclusión de estos como parte de la pretensión civil, es debido a que los actos generadores de dichos pagos, habrían sido irregulares desde su inicio, esto es, desde la convocatoria de la licitación pública, y también porque todos los trabajos ejecutados serían deficientes. Ello resulta importante, debido a que si bien esta investigación es por actos de corrupción en el marco de la ejecución y supervisión de la obra



“Mejoramiento de la capacidad resolutive de los servicios de salud del Hospital Antonio Lorena de Nivel III-1 Cusco”, debe tenerse en consideración que primigeniamente el cálculo de la reparación civil solo se hizo teniendo en cuenta la modificación del programa médico arquitectónico que incluyó la demolición y construcción de los pabellones materno infantil y hemodiálisis del Hospital Lorena del Cusco que habían sido a esa fecha, de reciente construcción, lo que habría generado el incremento del monto del contrato en S/ 13 242 148.24 y la pérdida del monto invertido en la construcción de estos, ascendente a S/ 5 895 430.06, lo cual hacía un total de S/ 19 137 57.30, el cual habría sido establecido como el daño patrimonial reclamado por el actor civil.

SÉPTIMO: Teniendo en cuenta lo anterior, corresponderá realizar un análisis del contenido de las Disposiciones Fiscales 19, 21, 24 y 25, a fin de verificar si en efecto, existen nuevos hechos investigados que justifiquen el incremento del monto de la reparación civil. En ese sentido, tenemos lo siguiente:

i) Según la Disposición Fiscal N.º 19, de fecha doce de diciembre de dos mil diecisiete, se puede verificar que se ampliaron los hechos investigados relacionados a la intervención que tuvo Nadine Heredia en el presente caso, de manera que se la incluyó como instigadora del delito de colusión, por haber determinado la realización del acuerdo colusorio indebido e ilegal a fin de favorecer a la empresa OAS Sucursal del Perú en la obra: “Mejoramiento de la capacidad resolutive de los servicios de salud del Hospital Antonio Lorena de Nivel III-1 Cusco”; y a Valfredo De Asis Filho como presunto cómplice primario de la comisión del delito de colusión, quien intervino en el acuerdo colusorio como representante de OAS.

ii) De acuerdo con la Disposición Fiscal N.º 21, de fecha dieciséis de enero de dos mil dieciocho, se aprecia que se hace mención a diversas visitas por parte de Jorge Acurio Tito a Palacio de Gobierno, con lo cual, según la tesis fiscal, se evidencia la comunicación directa que tenía Acurio Tito con la Presidencia de la República. Además, esta disposición señala que por medio del acta de constatación fiscal/policial de fecha cuatro de enero de dos mil dieciocho, en relación a lo sucedido luego de iniciarse la ejecución de la obra, se habría advertido deficiencias técnicas en los bloques construidos y sus respectivos niveles, con lo cual, se tiene que las especificaciones técnicas no habrían sido debidamente cumplidas, sin embargo, estas habrían sido valorizadas y aprobadas para el pago respectivo. Asimismo, se advierte que habrían sido otorgados adelantos directos y de materiales de manera indebida, pues la obra no fue realizada de manera eficiente, ni se habría cumplido la finalidad pública del proyecto. Por otro lado, se imputó alternativamente a los investigados, el delito de negociación incompatible.



iii) De la Disposición Fiscal N.º 24 de fecha ocho de febrero de dos mil dieciocho, se tiene que se amplió los hechos materia de investigación respecto de Luis Enrique Solari Lazarte, como cómplice primario del delito de colusión agravada en agravio del Estado, debido a que habría cooperado en el acto colusorio entre Acurio Tito y los representantes del Consorcio Salud Lorena, al emitir el Informe N.º 001-2012-HAL-LS de fecha nueve de enero de dos mil trece, opinando favorablemente por la demolición de los pabellones materno infantil y de nefrología cuando estos pabellones solo debían ser reforzados; y al emitir la Carta S.L. 1283000.017.13 del dieciocho de enero de dos mil trece.

iv) En relación a la Disposición Fiscal N.º 25 de fecha cinco de marzo de dos mil dieciocho, se puede apreciar la adecuación de la investigación dentro del marco de crimen organizado, así como la precisión de hechos y calificación jurídica de los investigados. Respecto de Nadine Heredia Alarcón se ha podido verificar que se le imputa también la presunta comisión del delito de tráfico de influencias. En cuanto a los hechos, se puede apreciar que se hace mención a pagos irregulares que efectuó el Estado para favorecer a la empresa OAS, estos son, el pago del servicio de la UNOPS con la finalidad de direccionar la contratación de la licitación pública internacional, el pago al Consorcio Salud Lorena por la ejecución de la obra durante la gestión de Acurio Tito y de Concha Lezama, así como el pago a la empresa CESEL SA. Estos pagos, ascienden a la suma de S/ 189 527 838.66, lo cual tiene exclusiva relación con la ejecución de los gastos públicos a la UNOPS, Consorcio Salud Lorena y a CESEL SA, por la ejecución y supervisión de la obra, siendo que estos no fueron considerados anteriormente al momento de postularse la pretensión civil.

OCTAVO: Conforme lo analizado en el acápite anterior, tenemos que las referidas disposiciones fiscales 21 y 25, en efecto, exponen nuevos hechos que permitirían justificar el incremento del monto de la pretensión resarcitoria, pues el Ministerio Público ha señalado y ampliado el marco fáctico, imputando nuevos hechos a los investigados, y en algunos casos, ha precisado su calificación jurídica. Por ello, se considera que al verificarse la existencia de estos nuevos hechos que no fueron considerados al momento de postular la pretensión civil primigenia, sí es posible que la Procuraduría solicite el incremento del monto de la reparación civil, en virtud del ejercicio de la defensa de los intereses del Estado, pues dicha reparación, debe atender y responder a los daños y perjuicios que sufrió el Estado. Razón por la cual, este agravio, debe ser desestimado.

NOVENO: Como otro agravio, la defensa señala que la resolución impugnada carece de motivación puesto que el *a quo* no ha fundamentado los hechos en los que sustenta su decisión. Sobre ello, de la revisión de la impugnada, podemos verificar que el *a quo*



ha cumplido con señalar los argumentos que a su criterio le han generado la convicción de estimar la pretensión de la Procuraduría *ad hoc*, específicamente en los fundamentos sexto, séptimo y octavo. Por lo cual, este agravio tampoco es de recibo.

DÉCIMO: Por otra parte, la defensa sostiene que existe una inadecuada sustentación del daño emergente ocasionado, pues se ha realizado un incremento excesivo y desproporcionado, toda vez que no se encuentran las razones que lo justifiquen. Por su parte, la Procuraduría sostiene que se ha recurrido a la fórmula establecida en el Reglamento de la Ley N.º 30737 para el cálculo del monto de la reparación civil.

Al respecto, consideramos que el incremento del monto de la reparación civil ha sido debidamente sustentado por la Procuraduría, toda vez que ha detallado en su solicitud las razones por las cuales considera dicho incremento, además, señaló que el monto final de la reparación civil será precisado en la etapa intermedia, por cuanto estando el presente proceso aún en investigación, dicho monto podría variar debido a que existirían actos de investigación pendientes de realizar. En esa línea, debe entenderse y así lo ha hecho el *a quo*, que este incremento que es parte de la pretensión resarcitoria, solo resulta ser postulatoria en este estadio procesal, puesto que recién en la etapa intermedia, será el momento oportuno para ofrecer los medios de prueba que permitan acreditar dicha pretensión para un ulterior juicio oral.

DÉCIMO PRIMERO: Por último, la defensa alega respecto a la responsabilidad solidaria, no ha existido motivación de favorecimiento por interés económico, amistad, subordinación u otro, al no existir vínculos con el Gobierno Regional del Cusco o con OAS que haya generado una influencia necesaria para promover alguna concertación empresarial. Sobre ello, conviene mencionar que en este incidente tampoco se discute ni puede ser materia de análisis la determinación de la responsabilidad solidaria, debido a que ello, será debidamente determinado en la etapa correspondiente.

§ CONCLUSIÓN

DÉCIMO SEGUNDO: Por las razones expuestas, los agravios formulados por la defensa del tercero civilmente responsable, CESEL SA, deben ser desestimados.

DECISIÓN

Por los fundamentos fácticos y jurídicos precedentemente expuestos, los magistrados integrantes de la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior de



Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de
Crimen Organizado y de Corrupción de Funcionarios

Justicia Especializada en Delitos de Crimen Organizado y de Corrupción de Funcionarios, **RESUELVEN:**

CONFIRMAR la Resolución N.º 16, de fecha cuatro de febrero de dos mil diecinueve, que declaró fundada la solicitud de la Procuraduría Pública *ad hoc*, y en consecuencia, se tuvo por ampliado el monto de la reparación civil a la suma ascendente a S/214 840 684.66; en el proceso seguido contra Nadine Heredia Alarcón y otros por la presunta comisión del delito de colusión agravada y otros en agravio del Estado. *Notifíquese y devuélvase.*-

Sres.:


GUILLERMO PISCOYA


ANGULO MORALES


ENRIQUEZ SUMERINDE




XIMENA GÁLVEZ PÉREZ
ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS
Sistema Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios