



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

Expediente	: 00031-2017-7-5201-JR-PE-02
Jueces superiores	: Salinas Siccha/Guillermo Piscoya/ Angulo Morales
Ministerio Público	: Primera Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios
Sentenciado	: Domingo Arzubialde Elorrieta
Delito	: Negociación incompatible
Agraviado	: El Estado
Especialista judicial	: Miriam Ruth Llamacuri Lermo
Materia	: Apelación de sentencia

SENTENCIA DE VISTA

Resolución N.º 8
Lima, veintinueve de mayo
de dos mil diecinueve

VISTOS Y OÍDOS: En audiencia pública, los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Público, 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 (en adelante, Procuraduría Pública *ad hoc*) y la defensa del sentenciado Domingo Arzubialde Elorrieta contra la Sentencia N.º 1-2019, de fecha veinte de febrero de dos mil diecinueve, emitida por la jueza del Primer Juzgado Nacional Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios. Interviene como ponente el juez superior ANGULO MORALES, y **ATENDIENDO:**

I. ANTECEDENTES

1.1 Con fecha veinte de febrero de dos mil diecinueve, la jueza del Primer Juzgado Nacional Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios pronunció la Sentencia N.º 1-2019 contenida en la Resolución N.º 4, mediante la cual declaró al acusado Domingo Arzubialde Elorrieta como autor del delito de negociación incompatible en contra del Estado, imponiéndole la pena privativa de libertad de cuatro años, suspendida en su ejecución por el plazo de tres años sujeta a determinadas reglas de conducta; así como la pena de inhabilitación por el plazo de tres años y fijó el monto de S/ 100 000.00 soles por concepto de reparación civil a favor del Estado.

1.2 Posteriormente, el veintisiete de febrero de dos mil diecinueve, la defensa técnica del sentenciado impugnó la decisión adoptada en el extremo de la condena, así como



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

en el segmento de la reparación civil. Por su parte, el fiscal del segundo despacho de la Primera Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios impugnó el extremo de la condena, mientras que el Procurador de la Procuraduría Pública *ad hoc* apeló el extremo de la reparación civil impuesta.

1.3 Concedidos los recursos impugnatorios de su propósito, mediante Resolución N.º 7, de fecha veintiocho de febrero de dos mil diecinueve, se elevaron los actuados a esta Sala Superior, la misma que mediante Resolución N.º 5, del primero de abril de dos mil diecinueve admitió a trámite los recursos de apelación deducidos. Realizada la audiencia en sesiones continuadas, y luego de la deliberación de ley, se procede a expedir la siguiente resolución.

II. DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1 La jueza *a quo* consideró que para la acreditación del delito de negociación incompatible, resulta necesario verificar los *presupuestos típicos* del referido delito, teniendo en cuenta que la imputación formulada contra Domingo Arzubialde Elorrieta, se contrae al hecho de haberse interesado indebidamente de forma directa en favorecer a la empresa LAMSAC en la ejecución del contrato de concesión Línea Amarilla, en la que intervino por razón de su cargo como titular de la Gerencia de Promoción de la Inversión Privada (GPIP).

2.2 En virtud de ello, argumenta en relación a la *calidad especial de agente* (ser funcionario o servidor público), que se cumple con el primer presupuesto exigido por el artículo 399 del Código Penal (CP), pues es un agente público que ostentaba el cargo de gerente de la GPIP de la Municipalidad Metropolitana de Lima (MML). De igual forma, refiere que Arzubialde Elorrieta (en su calidad de funcionario público) *ha intervenido en la ejecución contractual vinculada al ejercicio de su cargo* como gerente de la GPIP y representante de la MML en la promoción de la inversión privada, específicamente, en los actos de ejecución del contrato de concesión otorgada a la empresa Lamsac del proyecto denominado "Línea Amarilla".

2.3 Sostiene en relación al *interés indebido directo como presupuesto típico determinante*, que descarta la evaluación probatoria desde la perspectiva de la prueba directa, correspondiendo verificar la presencia de la prueba indirecta (indicios). De acuerdo con esto, aborda dos fácticos objetos de imputación penal contra el acusado:

- a. El primero, en relación al *doble incremento de la tarifa del peaje en menos de doce meses*, precisa que, según la tesis fiscal, el reajuste del peaje (incremento) debía darse una sola vez y en una periodicidad de doce meses contados desde enero de 2013, por tanto, solo al 31 de enero de 2014, podría producirse un único reajuste de tarifa. Sin embargo, sostiene que, según la tesis de la defensa, el incremento de la tarifa del peaje se presentó respecto de dos tipos de vehículos diferentes y que,



finalmente, solo se dio un incremento por cada tipo de vehículo. Por esta razón, concluye que si bien aparecen dos incrementos de peaje sucesivos (el primero con fecha 5 de octubre de 2013 y el segundo con fecha 29 de diciembre de 2013) 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, resulta un solo incremento en la tarifa del peaje por tipo de vehículo.

- b. Respecto de la *incorrecta aplicación de la fórmula de reajuste en la tarifa de peaje*, argumenta que está probado que el cierre financiero correspondiente a la capacidad de contar con los recursos financieros necesarios para la ejecución de la obra, es único y se trata de un hito en el procedimiento de ejecución del contrato de la concesión Línea Amarilla, el cual tuvo ocasión con fecha 30 de diciembre de 2010 y cuya estructura de financiamiento era del 13% en soles y 87% en dólares. Por lo tanto, sostiene que el acusado aplicó de forma incorrecta la fórmula de reajuste de la tarifa del peaje al permitir la utilización del 100 % del índice de precios al consumidor (IPC Perú) como parámetro máximo cuando correspondía aplicar el 50 % del IPC Perú y el 50 % del tipo de cambio, lo que generó mayores ingresos en el cobro del peaje en perjuicio del público usuario del servicio entre el 5 de octubre de 2013 y el 31 de enero de 2015. Sostiene que los hechos indicadores se encuentran probados, así como el hecho consecuencia que recae en la presencia de interés indebido en el agente infractor por razón de su cargo, contando, a su vez, con las máximas de la experiencia en el ámbito de mayores exigencias al acusado de garantizar el cumplimiento de los acuerdos contenidos en un contrato en el que representa a una de las partes.

2.4. En relación al análisis de los contraindicios, concluye que, en el plano subjetivo del sujeto activo, se tiene la presencia de dolo eventual, considerando que, al proyectarse a la presencia de disfuncionalidades en la ejecución del contrato y recayendo esa proyección en su propia disfuncionalidad, la aceptó y prosiguió en vulneración de sus deberes con la función pública asignada. En consecuencia, añade que se ha acreditado el elemento del interés indebido en el agente, pues el acusado como gerente de la GPIIP, 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 LAMSAC. Así pues, la conducta deviene en típica, antijurídica y culpable, y, por lo tanto, le corresponde una sanción penal en calidad de autor.

III. AGRAVIOS FORMULADOS POR EL SENTENCIADO DOMINGO ARZUBIALDE ELORRIETA

3.1 La defensa técnica del recurrente Arzubialde Elorrieta interpone recurso de apelación en el *extremo penal y civil*, precisando como agravio la vulneración del



derecho al debido proceso, por cuanto la sentencia impugnada contiene errores en la motivación o fundamentación resolutoria. En virtud de ello, argumenta respecto de la *competencia funcional como presupuesto del delito de negociación incompatible*, que al verificar las competencias tanto de la GPIIP como de la Subgerencia de Gestión de Contratos con Participación Privada, las mismas que se encuentran en el Manual de Organización y Funciones (MOF), se desprende que a Juan Andrés Ramos Arapa (subgerente de la Subgerencia de Gestión de Contratos con Participación Privada) le correspondía todo lo concerniente a la gestión de los contratos en su etapa de ejecución o implementación, lo cual comprende también, según la tesis de la defensa, lo concerniente a la fijación de la tarifa del peaje conforme a lo previsto en el numeral 9.9 del contrato. Por lo tanto, sostiene que en la sentencia no se han consignado las otras obligaciones específicas de la Subgerencia de Gestión de Contratos en relación a la etapa de ejecución de contratos (fundamento 15.4 de la sentencia) y que se ha soslayado tanto la participación de estos como del equipo multidisciplinario (fundamento 15.4 de la sentencia).

3.2 Al respecto, también argumentó que no se han valorado las declaraciones realizadas por Juan Andrés Ramos Arapa (subgerente de la Subgerencia de Gestión de Contratos con Participación Privada), Diana Marjorie Bonilla López (Coordinadora de Contratos que formaba parte del Equipo Multidisciplinario) y María Isabel Cabrera Fuentes (trabajadora de la Subgerencia de Gestión de Contratos con Participación Privada) al momento de determinar la competencia funcional, el cual es un presupuesto básico para la configuración o no del delito de negociación incompatible.

3.3 En relación a la *ilicitud del acto administrativo indebido como presupuesto constitutivo del delito de negociación incompatible*, sostiene que, mediante Oficio N.º 818-2013-MML-GPIIP, se le permitió al concesionario iniciar con la explotación de la concesión el 5 de octubre de 2013, cobrando una tarifa incorrecta debido a la aplicación de la fórmula de reajuste con base en el refinanciamiento que presentó en el 2012; sin embargo, sostiene la defensa que el referido oficio no ha sido declarado nulo, y por tanto, es válido y eficaz. De igual manera, aduce que, al existir controversia entre el concedente y el concesionario sobre ese tema, y agotado el trato directo, el concesionario ha llevado esta controversia no técnica a un arbitraje internacional de derecho ante la Cámara Arbitral de París con la finalidad de determinar la interpretación del contrato.

3.4 Del mismo modo, argumentó, en relación a lo expuesto, que no se ha valorado debidamente lo declarado por Rocío del Carmen Silupu Carrión (jefa del Órgano Instructor de la Contraloría General de la República), quien emitió la Resolución N.º 001-2018, de fecha 18 de mayo de 2018, mediante la cual declara la improcedencia del inicio de procedimiento administrativo sancionador en referencia a las imputaciones formuladas en el Informe N.º 303-2017-CG/MPROY-AC, pues conforme a las



conclusiones de la referida resolución, la defensa advierte lo siguiente: i) que no se ha aplicado incorrectamente la fórmula de reajuste; ii) que no correspondería la aplicación de penalidades al ser factible la aplicación de un parámetro mínimo del 50 % al 100 % variación del IPC Perú; y iii) que el refinanciamiento realizado estaba preestablecido en la cláusula 1.39 del contrato de concesión.

3.5 En cuanto a la *falta de acreditación del interés particular por parte de Arzubialde Elorrieta para beneficiar al concesionario*, sostiene que no se ha valorado el hecho de que todas las declaraciones de los testigos ofrecidos por la defensa técnica (incluso la de Luis Fernando Ruiz Lecaros) son consistentes y congruentes en cuanto a la validez del financiamiento obtenido en el 2012, y respecto de la aplicación correcta de la fórmula establecida en la cláusula 9.9 del contrato de concesión. Por consiguiente, precisa que no es posible sostener la existencia de alguna irregularidad y responsabilidad penal de Arzubialde Elorrieta en la aplicación de la fórmula de reajuste de la tarifa del peaje, ya sea por no haber utilizado como parámetros y componentes del cierre financiero de 2010 o por aceptar el cambio de acreedor permitido, entre otros. Además, refiere que la sentencia no ha fundamentado por qué el financiamiento no puede variar en cuanto a su estructura, así como tampoco precisa por qué lo regulado en el numeral 3.9 del contrato excluye el refinanciamiento previsto en el numeral 1.39 del mismo documento. También, aduce que se ha interpretado aisladamente el numeral 3.9 con el 9.9 sin tomar en cuenta el 1.39 y sus efectos, pues estos no excluyen el refinanciamiento que evidentemente genera una nueva estructura de refinanciamiento.

3.6 Sumado a lo anterior, refiere que la sentencia contiene un razonamiento erróneo, porque no considera que la actualización de la tarifa de peaje debe responder a una realidad económica financiera, la misma que no puede ser del 2010 sino del 2012, en la cual se acreditó que se había obtenido un financiamiento íntegramente en soles producto del cambio o sustitución del acreedor permitido.

3.7 Finalmente, evidencia tres errores en el punto 50.9 de la sentencia, de tal forma que precisa lo siguiente: i) los informes 303-2017-CG/MPROY y 001-2017-FPV/LFRL no demuestran cómo se arriba al supuesto exceso de 20 céntimos en la tarifa del peaje; ii) se toma en cuenta para el cálculo del supuesto exceso periodos en los que Arzubialde Elorrieta ya no era gerente; y iii) se comprende al impugnante en supuestos cobros excesivos por concepto de peaje hasta el 31 de enero de 2015, cuando el suscrito laboró hasta el 16 de julio de 2014.

3.8 Sobre el *dolo eventual*, alega que no se ha acreditado la realización del hecho doloso imputado, pues conforme a los fundamentos antes expuestos, sostiene que las decisiones fueron tomadas en conjunto respetando la competencia funcional de la Subgerencia de Gestión de Contratos y de su equipo multidisciplinario, a quien conforme al MOF, le correspondía gestionar el contrato en su etapa de ejecución y en



todos sus extremos. Asimismo, argumenta que la sentencia no establece de qué forma se ha acreditado que el imputado pudo evaluar la contingencia o el riesgo de la indebida o errónea aplicación de la fórmula de reajuste de la tarifa de peaje, de manera que dicho extremo adolecería de motivación resolutoria.

3.9 Finalmente, sobre la *reparación civil* sostuvo que no se ha motivado debidamente cómo se ha acreditado que el daño extrapatrimonial asciende a la suma de S/ 100 000.00. Por ello, precisa que no ha habido un cobro en exceso o daño emergente en contra de los usuarios donde se ubican las garitas de peaje, pues la tarifa de peaje cobrada desde el 5 de octubre de 2013 fue resultado de una correcta aplicación de la fórmula de reajuste establecida en el contrato. También cuestiona el daño moral que se habría causado a la MML y los criterios utilizados para determinar el monto, sosteniendo que en los referidos extremos la sentencia adolece de motivación resolutoria.

IV. AGRAVIOS FORMULADOS POR EL REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

4.1 El representante del Ministerio Público interpone recurso de apelación en el extremo de la determinación judicial de la pena y solicita se *revoque* la sentencia para que, reformándola, se le imponga al sentenciado Arzubalde Elorrieta cuatro años y cuatro meses de pena privativa de libertad con carácter efectiva, conforme a lo postulado en el requerimiento de acusación. En ese sentido, expone que el extremo impugnado le causa agravio, al haberse determinado la existencia de dolo eventual como elemento subjetivo en la conducta desplegada por el sentenciado. Esto ha conllevado a que se le imponga al acusado cuatro años de pena privativa de libertad con carácter de suspendida. Por lo tanto, argumenta que **no se ha fundamentado correctamente el criterio del dolo eventual**, puesto que se trata de un caso de dolo directo en mérito de la prueba documental que la jueza no ha valorado bajo los principios de la comunidad de la prueba y la valoración conjunta de los medios probatorios actuados en juicio.

4.2 Advierte que existen pruebas documentales que no han sido evaluadas por la jueza para la motivación referida a la aplicación de la pena solicitada. Entre ellas se pueden citar: i) El Oficio N.º 774-2013-MML-GPIP, de fecha 27 de agosto de 2013, que da cuenta de que el acusado tenía pleno conocimiento de que lo requerido por la empresa Lamsac era irregular al no contar con ningún documento técnico ni legal sobre el reajuste del peaje y que este documento no se refiere a la existencia de un nuevo acreedor permitido o de otro cierre financiero; ii) La Carta Lamsac N.º 154-2013, de fecha 2 de setiembre de 2013, que acredita que la empresa Línea Amarilla S.A.C. reiteró su solicitud de aplicación del 100 % de IPC Perú sin sustento legal, técnico y económico; y iii) Providencias N.ºs 2126 y 1471, de fecha 4 de setiembre de 2013, que dan cuenta de que sin haberse recabado una opinión legal, económica y



financiera, se emitió el Oficio N.º 818-2018-MML-GPIP, con el que se autorizó el inicio de la explotación de las garitas de peaje a la empresa Línea Amarilla y, por ende, el cobro de la tarifa reajustada de forma ilegal.

4.3 En ese orden de ideas, considera igualmente que no se valoraron los siguientes medios probatorios: i) El oficio N.º 818-2013-MML-GPIP, de fecha 6 de setiembre de 2013, remitido por Arzubialde Elorrieta al gerente general de Línea Amarilla S.A.C., mediante el cual autoriza de manera ilegal el inicio de la explotación de las garitas de peaje con las tarifas reajustadas sin haberse levantado las observaciones realizadas por la MML en el Oficio N.º 774-2013-MML; ii) Acta de Acuerdo N.º 12, de fecha 30 de setiembre de 2013, suscrita entre Arzubialde Elorrieta y el gerente general de Línea Amarilla S. A. C., la cual deviene en ilegal, puesto que, a pesar que las partes tenían pleno conocimiento de que no iban a aplicar la fórmula del 50 % IPC Perú y 50 % variación del tipo de cambio, lo indican como obligaciones asumidas y tampoco menciona una variación en cuanto al nuevo cierre financiero; y iii) Oficio N.º 305-2012-MML, de fecha 7 de junio de 2012, suscrito por el sentenciado, del cual se advierte que ninguna de las cláusulas referidas al reajuste de la tarifa del peaje, cierre financiero y otras podían ser modificadas por el cambio de acreedor permitido; además, evidencia que los referidos cambios no fueron comunicados a INVERMET (órgano supervisor) para que emita su opinión, pues no existe documentación alguna al respecto.

V. AGRAVIOS FORMULADOS POR LA PROCURADURÍA PÚBLICA AD HOC

5.1 La representante de la Procuraduría Pública *ad hoc* interpone recurso de apelación en el extremo que declaró fundada en parte la pretensión del actor civil y solicita como pretensión principal, la nulidad de la referida sentencia y que se realice un nuevo juzgamiento en el extremo impugnado; y como pretensión alternativa ii) que se *revoque* la referida sentencia para que reformándola se incremente el monto de la reparación civil a la suma de S/ 17 317 167.00.

5.2 En ese sentido, respecto de la pretensión de nulidad, indica que la sentencia le causa agravio por las siguientes consideraciones: i) al haberse inobservado la garantía constitucional de la motivación de las resoluciones judiciales, específicamente, por la falta de motivación interna del razonamiento respecto del daño patrimonial y motivación externa en alusión al daño extrapatrimonial; y ii) por contravenir la doctrina jurisprudencial establecida en la Casación N.º 657-2014-Cusco (fundamentos séptimo al décimo), en tanto que motivó la sentencia desde la perspectiva del derecho penal y no desde el análisis de los elementos de la responsabilidad civil para el daño patrimonial y extrapatrimonial.

5.2.1 Sobre la falta de motivación en relación al daño patrimonial, aduce que si bien la jueza señaló que el delito de negociación incompatible (por su estructura penal) no



soporta un daño patrimonial, dicho razonamiento es inválido, pues realizar un análisis de la responsabilidad civil desde el tipo penal es contrario a la doctrina jurisprudencial y al Acuerdo Plenario N.º 06-2006/CJ-116. De igual forma, indicó que conforme al considerando 56.5 de la sentencia, queda comprobado que fueron las acciones de Arzubialde Elorrieta (vulneración de la cláusula 9.9), las que causaron un daño patrimonial por mayores ingresos en el cobro irregular del peaje en perjuicio del público usuario del servicio, de tal modo que el comportamiento ilegal encuadra con la relación de causalidad requerida por el artículo 1321 del Código Civil (CC), que obliga a quien incumple una obligación a reparar los daños patrimoniales derivados del incumplimiento de tal obligación. También, refirió que la responsabilidad civil es solidaria y que la incorporación de Lamsac como tercero civilmente responsable se encuentra en trámite ante la Corte Suprema (Casación N.º 951-2018).

5.2.2 En referencia a las *deficiencias en la motivación externa del daño extrapatrimonial*, sostiene que la jueza no ha tomado en cuenta una serie de criterios de cuantificación referidos al resarcimiento por el daño a la identidad institucional del Estado. En tal sentido desarrolla lo siguiente: i) *sobre el daño a la persona en su vertiente de daño a la identidad institucional del Estado*, indica que Arzubialde Elorrieta como gerente de la GPI, no solo ha lesionado el ámbito patrimonial del Estado sino, además, su derecho a la identidad al producirse la comisión de actos delictivos vinculados con la generación de prácticas corruptas como la negociación incompatible, pues con su accionar ilícito de autorizar y permitir el cobro de la tarifa reajustada ilegalmente lesionó la institucionalidad del Gobierno Local, por eso se deslegitima el accionar de los funcionarios y se afecta el interés de la colectividad a una administración eficiente, eficaz, económica e imparcial; ii) *acerca de los criterios de cuantificación del derecho a la identidad del Estado*, sostiene que el juzgado ha impuesto una sanción que no corresponde con la verificación de los criterios objetivos (gravedad del ilícito, modalidad de la realización y la ventaja conseguida en el dependiente infiel), subjetivos (ubicación del sujeto agente en la organización administrativa y la capacidad de representar la administración) y sociales (relevancia social de funciones desenvueltas y difusión e impacto ocasionado al público del ilícito).

5.3 Por otro lado, en relación a la *pretensión de revocatoria*, precisa como agravios la falta de valoración de los medios de prueba actuados en juicio para la motivación de la reparación civil y el *quantum* a fijarse para el daño patrimonial y extrapatrimonial. A tenor de lo referido, argumenta sobre el *daño patrimonial* que si bien la jueza ha tenido en cuenta para la configuración del delito y la responsabilidad penal lo desarrollado en el considerando 56.5 de su sentencia, no obstante, para el momento de la determinación de la responsabilidad civil, en el extremo del daño patrimonial no ha valorado los testimonios con que se afirmó la existencia de mayores ingresos a favor de Lamsac como consecuencia directa de la conducta ilícita del sentenciado.



5.4 De igual forma, sobre el *daño extrapatrimonial*, sostuvo que la jueza solo consideró algunos criterios objetivos para la cuantificación del daño extrapatrimonial sin tomar en cuenta los criterios subjetivos y sociales que hubieran permitido establecer la razonabilidad del monto de reparación civil. Adicionalmente, indicó que la comisión del ilícito penal de negociación incompatible es a título de dolo directo, esto en mérito de la prueba documental que no ha sido valorada por la jueza para la motivación y cuantificación de la reparación, tales como las siguientes: i) Oficio N.º 774-2013-MML-GPIP, ii) Carta Lamsac N.º 154-2013, iii) Providencias 2126 y 1471, iv) Oficio N.º 818-2013-MML-GPIP, v) Acta de Acuerdo N.º 12 y vi) Oficio N.º 305-2012-MML. En consecuencia, alega que ha generado un daño patrimonial y extrapatrimonial al Estado conforme a los argumentos expresados y por la conducta dolosa.

VI. HECHOS MATERIA DE IMPUTACIÓN

6.1 Conforme obra en el requerimiento acusatorio¹ de fecha 30 de noviembre de 2017, se establecen los siguientes hechos relacionados con la participación del sentenciado Arzubialde Elorrieta en el delito de negociación incompatible:

"Circunstancias precedentes:

En fecha 12 de noviembre del año 2009, la Municipalidad Metropolitana de Lima y la empresa Línea Amarilla S. A. C. (LAMSAC) suscribieron el contrato de Concesión del Proyecto Vía Parque Rímac, para el diseño, construcción, operación y mantenimiento de nuevas vías urbanas existentes en la referida obra; suscribiéndose en fecha 13 de febrero de 2013, la Adenda N.º 1, cuando Domingo Arzubialde Elorrieta era gerente de la Gerencia de Promoción de Inversión Privada de la Municipalidad Metropolitana de Lima, dándose inicio a la construcción de la referida obra recién en agosto del año 2013.

Circunstancias concomitantes:

Es así que la concesionaria LAMSAC, realiza dos incrementos sucesivos de los peajes, primero en el mes de octubre de 2013 y luego en diciembre del mismo año, en apenas tres meses cuando el contrato de concesión establece como regla general un reajuste cada doce meses, la explicación que da la Municipalidad es que en realidad fue un solo incremento que se desdobló en dos partes². Asimismo, para determinar el reajuste de las tarifas se tomó en cuenta la inflación acumulada desde el mes de noviembre de 2009, es decir, desde la fecha de suscripción del contrato. Incremento del peaje y reajuste de tarifas que

¹ Folios 16-19, tomo I del Exp. N.º 31-2017-6.

² Este primer hecho fue desestimado por la jueza de primer instancia, quien en el fundamento 41 de la sentencia señala: "no se ha probado en juicio que se haya realizado un doble incremento de una misma tarifa de peaje, en menos de doce 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". Así como también, dicho extremo no es materia de apelación.



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

se dio, cuando Domingo Arzubialde Elorrieta se desempeñaba como gerente de la Gerencia de Promoción de la Inversión Privada de la Municipalidad Metropolitana de Lima, quien mediante Oficio N.º 818-2013-MML-GPIP, comunica que el inicio de la explotación se daría desde las 00:00 del día 5 de octubre de 2013, es decir, tuvo intervención directa en la aprobación del reajuste de las tarifas de peaje, y en tal condición es que aprueba el reajuste propuesto por la empresa LAMSAC que realiza tomando en cuenta la variación del IPC-Perú desde la suscripción del contrato de concesión (12 de noviembre de 2009) hasta el 31 de julio de 2013, fórmula que fue aplicada sin tomar en cuenta los términos del contrato de Concesión del Proyecto Línea Amarilla que fija como regla general la realización de un reajuste cada doce meses. Al respecto, la empresa LAMSAC mediante carta LAMSAC-MML-145-2013, en fecha 12 de agosto de 2013, da a conocer a la Municipalidad, el resultado del reajuste de la tarifa del peaje efectuado, equivalente a S/ 3.37, que sumado al IGV y realizando el redondeo correspondiente el monto resultante es S/ 4.00, reajuste que se realizó tomando en cuenta el 100 % de la variación del IPC Perú y desde la fecha de suscripción del contrato, es decir, del 12 de noviembre del año 2009 hasta el 31 de julio de 2013, cuando aún no había iniciado la explotación, sin embargo, se utilizó como factor de reajuste del IPC Perú de los años 2009, 2012 y 2013, a ello, la Municipalidad Metropolitana de Lima responde a través del Oficio N.º 774-2013-MML-GPIP, solicitando la absolución sobre algunos puntos que no tienen sustento alguno sobre la fórmula utilizada y los resultados arribados que difieren de lo establecido en el contrato, a lo que la empresa LAMSAC, en fecha 2 de setiembre de 2013, responde en los siguientes términos:

- Los parámetros finales de la fórmula de reajuste corresponderán a la estructura de financiamiento que consiste en el tipo de moneda en el cual el concesionario obtuvo el financiamiento para la ejecución del proyecto Línea Amarilla.
- Los parámetros mínimos y máximos son: desde el 50 % al 100 % de la variación del IPC Perú y desde el 0 % al 50 % de la variación del tipo de cambio del dólar americano, pero teniendo en cuenta que el financiamiento fue en moneda nacional el reajuste fue realizado con el 100 % de la variación del IPC Perú.
- Presenta los cálculos de reajuste practicado teniendo en cuenta: 1) el IPC promedio simple entre las 25 ciudades del Perú: S/ 4.0464 con redondeo S/ 4.10; 2) el IPC promedio simple entre la ciudad con mayor IPC y con menor IPC: S/ 3.9251 con redondeo S/ 4.00; y 3) el IPC promedio simple entre la ciudad con mayor IPC y la ciudad con menor IPC: S/ 4.0278 con redondeo S/ 4.10, concluyendo que el monto resultante del reajuste planteado ascendente a S/ 3.37 más IGV (18 %) y aplicando el redondeo es de S/ 4.00 soles, en todos ellos se considera el IPC desde 12 de noviembre de 2009.

Por lo tanto, la empresa LAMSAC efectúa el primer reajuste de la tarifa de peaje, tomando en consideración un periodo de tiempo que no corresponde (del 12 de noviembre de 2009 al 31 de julio de 2013), ello no ha sido sometido a un análisis técnico y legal de parte de la Gerencia de Promoción de la Inversión Privada de la Municipalidad Metropolitana, pese a ello, Domingo Arzubialde Elorrieta autorizó el inicio de la explotación desde el 5 de octubre de 2013.

Circunstancias posteriores:

Finalmente, en fecha 6 de octubre de 2011, Enrique Wong Pujada, presidente de la Comisión de Fiscalización y Contraloría del Congreso de la República, remite el informe



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

final del grupo de trabajo encargado de investigar las irregularidades del proyecto Vía Parque Rímac al Ministerio Público para la investigación correspondiente”.

VII. DE LA IMPUTACIÓN CONCRETA

7.1 Se le imputa al procesado Domingo Arzubialde Elorrieta, gerente de la Gerencia de Promoción de la Inversión Privada de la Municipalidad Metropolitana de Lima (funcionario público), lo siguiente:

“Como responsable de conducir, velar y controlar el correcto cumplimiento de las cláusulas contractuales del contrato de concesión del proyecto línea amarilla de fecha 12 de noviembre de 2009 (proyecto conocido como Vía Parque Rímac), 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. 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 de 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, la misma que empieza el último día del mes anterior a la fecha de inicio de explotación, siendo esta solicitada por el propio contratista en el mes de agosto de 2013, por lo que el último día del mes anterior sería 31 de julio de 2013, siendo el único impuesto aplicable desde el inicio del contrato el IGV que es equivalente al 18 %, por lo que el primer reajuste sería S/ 3.00 más IGV, deviniendo en excesivo e ilegal los dos aumentos realizados a la tarifa del peaje dentro de un periodo diminuto de tres meses.

ii) Dichos incrementos económicos ilegales se materializaron no solo en razón de que el acusado permitió que se realice en un periodo menor al establecido dentro del contrato de concesión, sino también por 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 publicado por la Superintendencia de Banca y Seguros”.

VIII. FUNDAMENTOS DE LA SALA PENAL SUPERIOR

SOBRE LA IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA Y DE LA COMPETENCIA DE LA SALA SUPERIOR

PRIMERO: El Tribunal Constitucional orienta, en uniforme y reiterada jurisprudencia, que el derecho de acceso a un recurso o a recurrir las resoluciones judiciales, es una manifestación implícita del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, reconocido a través del artículo 139.6 de la Constitución, el cual, a su vez, forma parte del derecho al debido proceso. En esa línea de análisis, el Tribunal también refiere en relación al contenido del derecho a la pluralidad de instancias,



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

que tiene por objeto garantizar que las personas (naturales o jurídicas) –que participan en un proceso judicial– tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un **órgano superior** de la misma naturaleza. En virtud de ello, conforme lo señala el artículo 417 de CPP, la **Sala Penal Superior** es el competente para conocer de las decisiones emitidas por el juez de la Investigación Preparatoria y por el **Juzgado Penal Unipersonal** o colegiado.

SEGUNDO: Sobre las potestades del *ad quem*, la norma procesal penal vigente prescribe que posee facultades para lo siguiente: i) *anular*, en todo o en parte, la sentencia apelada y disposición para que los autos se remitan al *iudex a quo* que corresponda para la subsanación a que hubiere lugar; y ii) *confirmar* o *revocar* la sentencia apelada, la cual tendrá lugar cuando se estime una apelación por motivos de fondo, referido a algún punto vinculado directamente al objeto del proceso. Esta sentencia puede ser absolutoria o condenatoria. En este último caso, además, puede aumentar o disminuir la pena o la reparación civil, según la pretensión impugnatoria y el principio de correlación.

TERCERO: El debido proceso constituye una garantía fundamental que debe de cumplirse rigurosamente por el órgano jurisdiccional como expresión de un Estado de Derecho Democrático y Constitucional. Así lo ha establecido el supremo intérprete de lo constitucional cuando expone: “Todo órgano que posee Naturaleza Jurisdiccional (sea ordinaria, constitucional, electoral, militar y por extensión a los árbitros) debe respetar, mínimamente, las garantías que comprenden los Derechos a la Tutela Jurisdiccional efectiva y el Debido Proceso, entre las que destacan los Derechos al libre acceso a la Jurisdicción, de defensa, a la prueba³, a la motivación de las Resoluciones Judiciales, a la obtención de una resolución fundada en derecho a la pluralidad de instancias, al plazo razonable del proceso, a un Juez competente, independiente e imparcial, a la Ejecución de Resoluciones Judiciales, entre otros”.

³ El Tribunal Constitucional respecto al derecho a la prueba ha señalado que este aparece la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la ley reconoce, los medios probatorios necesarios para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor. En efecto, el derecho a probar es uno de los componentes elementales del derecho a la tutela procesal efectiva (Expediente N.º 010-2002-AI/TC). El contenido de este derecho está compuesto por “(...) el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado” (Expediente N.º 6712-2005-PHC/TC).

CONSIDERACIONES SOBRE EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE O
APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE CARGO

CUARTO: Consideramos relevante subrayar de inicio que el delito de negociación incompatible se configura como un ilícito penal de peligro concreto conforme lo prescribe el artículo 399 del Código Penal, que sanciona al funcionario 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, presupuesto que debe estar plenamente probado; no exige la irrogación de un perjuicio patrimonial a la Administración Pública, resultando suficiente la inobservancia de la imparcialidad requerida por la norma penal.

QUINTO: En ese mismo orden de ideas, es posible afirmar también que el bien jurídico específico del delito de negociación incompatible es el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cumplimiento de su función particular encomendados en razón del cargo que desempeñan, como es el de celebrar contratos u operaciones –desde su preparación, inicio, celebración y ejecución– a favor de la Administración pública. Se entiende que participa en estos actos jurídicos siempre cuidando o preocupándose por los intereses del Estado al que representa, de modo que el bien jurídico específico solo se verá afectado cuando el agente público lesione o ponga en peligro el patrimonio del Estado infringiendo sus deberes de lealtad y probidad en la celebración de contratos u otras operaciones que le han sido encomendados o confiados en razón del cargo que desempeña dentro de la Administración pública. Y estos deberes, sin duda, se sustentan en los principios de transparencia e imparcialidad de los sujetos públicos en la toma de decisiones propias de su cargo⁴.

SEXTO: El interés al que hace alusión el injusto penal, debe producirse en los actos preparatorios del contrato u operación, o durante su ejecución o en la fase de liquidación. No es necesario que dicho interés sea contrario al del Estado, sino que, el sujeto activo despliega una actividad que integra los niveles decisorios o completa legalmente el acto contractual, empero, con el objeto de obtener provecho económico indebido en su favor o a favor de terceros, es decir, el autor se desenvuelve como funcionario público en la celebración de contratos u operaciones aparentando defender los intereses de la Administración pública cuando en realidad los intereses resultan ser personales o a favor de terceros, conducta desplegada con dolo que necesariamente requiere estar debidamente probada: en el delito de negociación incompatible es *conditio sine qua non* que los contratos u operaciones objeto de la conducta indebida estén confiados al agente en virtud de los deberes o atribuciones del cargo que desempeña en la administración estatal. Estas atribuciones o

⁴ En Ejecutoria Suprema del 10 de marzo de 2010, se precisa que el bien jurídico en este delito no es el patrimonio del Estado. Véase R. N. N.° 661-2009-Lima, Sala Penal Permanente.



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

competencias aparecen determinadas o establecidas en forma previa por la ley o normas jurídicas de menor jerarquía, como reglamentos o directivas de la institución pública.

SÉPTIMO: Respecto al verbo rector del tipo penal, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema destaca que "el delito materia de análisis, tiene como verbo rector el término 'interesar', que significa atañer, concernir, incumbir, comprometer o importar y por ello se destina la voluntad del sujeto activo a conseguirlo u obtenerlo; es decir, este importar o interesar en un contrato u operaciones que realiza el Estado con terceros con la finalidad de obtener un provecho económico indebido en su favor o a favor de otros"⁵. El penalista argentino Carlos Creus⁶ enseña que interesarse es volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa: querer que el negocio asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto o hacer mediar en él, propugnando intereses particulares o de terceros. El interesarse indebidamente, en consecuencia, debe entenderse como un "desdoblamiento en el actuar del agente del delito de negociación incompatible, pues, dentro del contexto del contrato u operación en la que interviene, el agente actúa como funcionario representante de la administración pública; pero a la vez, representa intereses particulares, con el cual pretende sacar un provecho personal o un provecho a favor de tercero, y es precisamente este último, lo que denota el carácter económico de su accionar y que implica una probable afectación al patrimonio del Estado; por lo tanto, es dentro de estos márgenes que debe ser entendido el interés indebido"⁷.

OCTAVO: El tipo penal en forma expresa indica el objeto de la conducta punible: cualquier contrato u operaciones. Los contratos "comprende aquellas situaciones en las que la administración pública, representada por sus funcionarios, participa y/o interviene como parte contractual, en similar condición, frente a un tercero, sea este una persona natural o jurídica, mientras que la operación debe entenderse como aquellos actos unilaterales que se producen entre la administración pública y sus administrados, condicionados a que tales actos tengan un contenido económico; que, dentro de ese contexto, se advierte que no estamos ante cualquier acto administrativo, sino ante aquellos de naturaleza bilateral o unilateral, en los que existe la posibilidad de poner en peligro el patrimonio de la administración"⁸.

⁵ Véase R. N. N.º 253-2012-Piura, del 13 de febrero de 2013.

⁶ CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, Astrea, Buenos Aires, 1990, T. 2, p. 309.

⁷ Ejecutoria suprema del 4 de julio de 2007 en el R. N. N.º 373-2007-Lima.

⁸ Ejecutoria suprema del 4 de julio de 2007 en el R. N. N.º 373-2007-Lima.

PRONUNCIAMIENTO CON RELACIÓN A LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL PROCESADO
DOMINGO ARZUBIALDE ELORRIETA

NOVENO: Con lo debatido en audiencia de apelación de sentencia, corresponde determinar en el presente caso, si el sentenciado Domingo Arzubialde Elorrieta se interesó indebidamente de forma directa y dolosa en la ejecución del contrato de concesión en el que participaba por razón del cargo con la finalidad de beneficiar a la empresa LAMSAC, permitiendo que la aludida empresa utilice como parámetros en la fórmula de reajuste el 100% del IPC Perú, pese a que se debió aplicar la estructura de financiamiento correspondiente al cierre financiero de fecha 30 de diciembre de 2010, esto es, un parámetro mínimo de 50 % del IPC Perú y un parámetro máximo de 50 % de la variación del tipo de cambio, pues este cierre financiero representaría ser un acto único y un hito para otros actos administrativos, de acuerdo a lo que se precisa en la sentencia impugnada y alegan tanto el Ministerio Público como la Procuraduría. O si por el contrario, el imputado Arzubialde Elorrieta cumplió con sus deberes funcionales en el ejercicio de su cargo sin transgredir el contenido de la cláusula 9.9 del contrato de concesión, pues el referido documento no prohibía la existencia de más de un cierre financiero, por ello, aplicó la estructura de financiamiento del segundo cierre financiero (junio de 2012) con un nuevo acreedor permitido, el cual comprendió un endeudamiento en soles y, por tanto, al ser el parámetro mínimo de 50 % del IPC Perú se consideró el 100 % del mismo. En ese sentido, no se habría generado interés indebido alguno, de acuerdo a la tesis de la defensa.

DECIMO: Con relación a la *competencia funcional del imputado como presupuesto del delito de negociación incompatible*, conforme se desprende del Manual de Organización y Funciones de fojas 199/238, se advierte que al procesado Arzubialde Elorrieta, en su condición de gerente de Promoción de la Inversión Privada de la Municipalidad Metropolitana de Lima (denominación del cargo), le correspondía entre otras funciones específicas en lo más relevante:

"1. Programar, dirigir, ejecutar, controlar y monitorear el proceso de promoción de la participación de la inversión privada, el cual comprende tanto las acciones orientadas a lograr la incorporación de inversión privada en activos, empresas, proyectos, servicios, obras públicas de infraestructura y servicio público de la Municipalidad Metropolitana de Lima, incluyendo sus Organismos Públicos Municipales, Proyectos o Programas Especiales y Empresas, de carácter local y/o regional, así como la posterior gestión de los respectivos contratos de participación de la inversión privada y aquellos procesos de promoción de la inversión privada o la gestión de contratos que expresamente le solicite el instituto metropolitano pro transporte de Lima-PROTRANSPORT.

(...)

3. Realizar estudios técnicos, legales y económicos, necesarios para la estructuración del proceso de promoción de la inversión privada, de los procedimientos vinculados a la aplicación de las modalidades de participación de la inversión privada y la gestión de los respectivos contratos.

(...)

7. Evaluar las propuestas de iniciativas privadas y a su criterio proponer a los titulares de tales iniciativas privadas y a su criterio proponer a los titulares de tales iniciativas la introducción de



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

ampliaciones y/o modificaciones, conforme a las normas vigentes en materia de promoción de la participación de la inversión privada.

(...)

14. Representar a la Municipalidad Metropolitana de Lima en los convenios aprobados, contratos, actos jurídicos y ante personas y organismos de los sectores privado y público; cuya participación coadyuve al ejercicio de las funciones y competencias que le hayan sido asignadas.

(...)

18. Representar a la Municipalidad Metropolitana de Lima en los contratos de participación de la Inversión Privada en los cuales esta sea parte. A tal efecto, el Gerente deberá suscribir en representación de la Municipalidad los aludidos contratos.

(...)

Línea de autoridad y de responsabilidad: Depende directamente del Gerente Municipal. Es responsable por el personal asignado a la Gerencia de Promoción de la Inversión Privada".

DÉCIMO PRIMERO: En ese escenario, a la luz de lo establecido en el aludido Manual de Organización y Funciones de la Municipalidad Metropolitana de Lima, queda demostrado indubitadamente que las atribuciones y responsabilidades del procesado Arzubalde Elorrieta no solo se circunscribían a atraer la inversión y evaluar las iniciativas privadas como lo plantea su defensa técnica, sino también formaba parte de sus funciones cumplir con la vigilancia y monitoreo del contrato de concesión materia de cuestionamiento. Lo argumentado por su defensa en el sentido que ello le correspondería a subordinado Juan Andrés Ramos Arapa no es de recibo, pues, indistintamente de alcanzarle o no responsabilidad penal a este por los hechos que son materia de imputación, lo real y concreto es que la línea de mando y de deber de la cual dependían sus subordinados recaía en la autoridad y gestión del procesado Arzubalde Elorrieta, quien era el encargado de gestionar y monitorear la adecuada implementación de proyectos y/o contratos, como responsable de la ejecución de las cláusulas del contrato de concesión y sus ulteriores adendas 1 y 2, habiendo suscrito inclusive la primera de ellas en calidad de contratante con pleno conocimiento de su contenido y alcances. En ese entendido, el presupuesto normativo antes acotado se tiene por probado.

DÉCIMO SEGUNDO: En relación a la *ilicitud del acto administrativo indebido como elemento constitutivo del delito de negociación incompatible*, la defensa técnica del acusado sostiene que, mediante Oficio N.º 818-2013-MML-GPIP, del 6 de setiembre de 2013, se le permitió al concesionario iniciar con la explotación de la concesión con fecha 5 de octubre de 2013 atendiendo a la aplicación de la fórmula de reajuste con base en el refinanciamiento que presentó en el 2012 y que el referido oficio no ha sido declarado nulo, y, por tanto, es válido y eficaz, por lo que al generarse una controversia técnica ha recurrido a un arbitraje internacional de derecho ante la Cámara Arbitral de París con la finalidad de determinar la interpretación del contrato.

DÉCIMO TERCERO: Sobre el particular, la siguiente línea de tiempo, nos grafica la existencia de dos momentos, dos acreedores, así como dos estructuras de



financiamiento: la primera de ellas, del 30 de diciembre de 2010, y la segunda del 7 de junio de 2012, circunstancias de relevancia que corresponden ser analizadas en atención con lo estipulado en el Contrato de Concesión del Proyecto Línea Amarilla, suscrito entre la Municipalidad Metropolitana de Lima, actuando a través de su gerente de Promoción de la Inversión Privada y de la otra parte Línea Amarilla S. A. C., documento que obra de fojas 523/563 del expediente a efectos de pronunciarnos con relación al agravio invocado.



DÉCIMO CUARTO: Con relación al Oficio N.º 818-2013-MML-GPIP, considerado por la defensa técnica del imputado como un documento trascendental en la averiguación de la verdad legal de los hechos materia de imputación, deviene en indispensable analizar previamente el Oficio N.º 305-2012-MML-GPIP, de fecha 7 de junio de 2012, dirigido al señor André Bianchi en su condición de gerente general de Línea Amarilla, y suscrito por el sentenciado Domingo Arzubialde Elorrieta, con el cual se declaró *"procedente la sustitución del acreedor permitido empresa OAS INVESTMENTS LIMITED por la empresa CITIBANK N. A., se AUTORIZA la suscripción de contratos de adhesión y aclaración de las garantías"*. En dicho documento específicamente en el último párrafo se informa lo siguiente: *"Cabe resaltar que la aprobación a toda suscripción y/o modificación de los contratos arriba mencionados se realiza sobre la base de la premisa que éstas no modifican clausula alguna del contrato de concesión del Proyecto 'Vía Expresa Línea Amarilla' suscrito el 12 de noviembre de 2009, o su equilibrio económico financiero, ya que caso contrario, no tendría validez"*.

DÉCIMO QUINTO: Con esta prueba documental, queda evidenciado que desde el 2012 el imputado Arzubialde Elorrieta, aceptando el cambio de acreedor permitido, sostenía que no podía alterarse o modificarse las condiciones de equilibrio económico financiero establecidos en el contrato único de concesión, dato objetivo del cual se destaca la invariabilidad de la cláusulas contractuales primigenias y en las que tiene especial connotación la signada con el número 9.9º del contrato de

⁹ 9.9 Los peajes serán reajustados en forma ordinaria por el concesionario con periodicidad de doce meses y se llevará a cabo de acuerdo al mecanismo de ajuste de peajes establecidos de la



concesión que consignó de forma expresa que los parámetros finales de la **fórmula de reajuste** corresponden a la **estructura de financiamiento** que se obtenga para la fecha de cierre financiero, el cual conforme detalla la misma cláusula, en un máximo de doce meses después, contados desde la suscripción del contrato, el concesionario debió acreditar que contaba con los suficientes recursos financieros, y por tanto, al haberse suscrito el contrato con fecha 12 de noviembre de 2009 el cierre financiero operó el 30 de diciembre de 2010, conforme a la comunicación efectuada mediante Carta LAMSAC 121-2010, de fecha 30 de diciembre de 2010. De ahí que no era legítima la aplicación de los reajustes en la tarifa del peaje que unilateralmente fueron propuestos por la beneficiada y aplicados en contravención de la cláusula 9.9 con conocimiento y voluntad del procesado Arzubialde Elorrieta.

DÉCIMO SEXTO: Con relación a los aludidos reajustes, el mérito de la Carta LAMSAC-MML N.º 169-2012¹⁰ del 4 de diciembre de 2012, enviada por el gerente general de la Línea Amarilla, Andre Giavina Bianchi, al procesado Domingo Arzubialde, evidencia que sí conocía en dicha data que LAMSAC iba a efectuar un reajuste de los peajes utilizando el 100 % de la fórmula IPC Perú en soles, contraviniendo lo establecido en la cláusula 9.9 del contrato de concesión. Es así que mediante Carta LAMSAC-MML-N.º145-2013¹¹ del 9 de agosto de 2013, el gerente de LAMSAC informa al imputado Arzubialde Elorrieta que el peaje resultante de la aplicación de la formula equivaldría a la suma de S/ 3.37, el cual fue reajustado teniendo en cuenta que se aplicó la fórmula de reajuste prevista en la cláusula 9.9, en función de los parámetros indicados en las Cartas 169-2012 y 029-2013, esto es, el 100 % de la variación del IPC Perú, propuesta unilateral de la empresa LAMSAC que no fue debidamente controlada por el procesado quien a sabiendas de su ilegalidad autorizó el inicio de la explotación de la obra. Esto evidencia su interés en favorecer a la empresa LAMSAC en perjuicio de los usuarios de los peajes.

DÉCIMO SÉPTIMO: No es de recibo lo alegado por la defensa técnica del imputado al señalar que dichas cartas probarían que de acuerdo al contrato quien hace el cálculo de acuerdo a la fórmula de la tarifa es el concesionario ya que la tarifa del peaje no es materia de negociación al no ser un acto bilateral, por cuanto mediante

siguiente manera: La tarifa será reajustada anualmente, teniendo como parámetros mínimos 50 % variación del IPC Perú y máximo de 50 % variación del tipo cambio de dólar americano (promedio SBS), los 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. La empresa concesionaria Línea Amarilla S. A. C. acreditó una estructura de financiamiento de 13 % de capital social en soles y 87 % de endeudamiento en dólares, al cierre financiero comunicado a la MML, mediante Carta LAMSAC 121-2010, de fecha 30 de diciembre de 2010.

¹⁰ Obrante a folios 648 del tomo II.

¹¹ Obrante a folios 503, 504, 652 y reverso del tomo II.



Oficio N.º 774-2013-MML-GPIP¹² del 27 de agosto de 2013 el procesado Arzubialde Elorrieta formuló observaciones al reajuste propuesto por LAMSAC, al advertir que no contaba con sustento alguno sobre la fórmula utilizada y los resultados arribados, los mismos que eran diferentes a lo establecido en el contrato de concesión, observaciones que no fueron absueltas por la beneficiaria dentro del marco contractual establecido. Este acontecimiento demuestra, en primer término, que el imputado Arzubialde Elorrieta sí tenía el deber y la obligación funcional de vigilar y controlar la correcta explotación de la concesión materia de controversia; y, en segundo lugar, que, no obstante, a que las observaciones por él formuladas no fueron absueltas con solvencia por la beneficiaria, se continuó con la explotación de la concesión con un reajuste ilegal aplicado por LAMSAC. En ese sentido no resulta atendible lo alegado por la defensa técnica del imputado apelante quien para justificar su conducta expone que no emitió la carta de manera unilateral, sino que fue en conjunto con Juan Andrés Ramos Arapa y Diana Marjorie Bonilla López cuyas iniciales se consignan al final del citado documento, por cuanto la participación de estos últimos no enerva la actuación del recurrente frente a la imputación efectuada, evidenciándose su actuar doloso en la consumación del injusto penal que se le atribuye.

DÉCIMO OCTAVO: En la misma línea, se debe tener en cuenta que, el procesado Domingo Arzubialde Elorrieta con fecha **martes 27 de agosto de 2013** cuestionó la propuesta de reajuste de la empresa LAMSAC y le solicitó que absolviera las dos interrogantes planteadas relacionadas a la viabilidad de tomar como único parámetro el 100 % del IPC Perú en la aplicación de la fórmula de reajuste del peaje y utilizar el promedio IPC Lima, con el debido sustento técnico, económico y legal, reconociendo inclusive que lo propuesto por LAMSAC, **difiera con lo establecido en el Contrato de Concesión del Proyecto Vía Parque Rímac**. Sin embargo, pese a que el gerente de LAMSAC por Carta LAMSAC-MML N.º 154-2013¹³, del 2 de setiembre de 2013, no absolvió con sustento técnico ni legal las observaciones formuladas, el procesado Arzubialde Elorrieta, autorizó el reajuste propuesto arbitrariamente por la beneficiaria, quien sin tomar en cuenta el cierre financiero inicial, es decir, el de 30 de diciembre de 2010, aplicó el reajuste del peaje con parámetros del año 2012. En ese contexto, lo argumentado por la defensa técnica del imputado Arzubialde Elorrieta no posee justificación legal cuando expone que el concesionario con el aludido documento, estaba absolviendo, aclarando o precisando las observaciones formuladas, máxime si se advierte que la contestación efectuada por LAMSAC se realizó el **lunes 2 de setiembre de 2013**, generándose con ello la emisión de la Providencia N.º 2126, remitido por Domingo Arzubialde Elorrieta, al Subgerente de Gestión de Contratos, a través del cual se aprecia que la carta LAMSAC N.º 154-2013,

¹² Obrante a folios 505 y 506 del tomo II.

¹³ Obrante a folios 507 a 510 del tomo II.



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

de la citada fecha, con N.º interno 183439-2013, fue remitida a la Subgerencia de Operación de Contratos, con fecha 4 de setiembre de 2013 *"para las acciones que correspondan, informando"*. Con este documento se prueba que dicha área habría evaluado el documento en solo 02 días antes de emitirse el oficio N.º 818-2013-MML-GPIP, de fecha 06-09-2013. Por otro lado, se tiene la Providencia N.º 1471, de fecha 4 de setiembre de 2013 emitida por la Subgerencia de Gestión de Contratos, adjuntando la carta LAMSAC-MML- N.º 154-2013, sin indicar el motivo a M. Cabrera y R. Zevallos, procedimiento inusualmente célere que devela la existencia del interés directo en provecho de tercero en el contrato de concesión tantas veces aludido en la presente resolución y al que hace alusión el tipo penal materia de juzgamiento. Finalmente, se debe precisar que en la audiencia de apelación el imputado Arzubialde Elorrieta para justificar la celeridad, alegó que el equipo multidisciplinario trabajó arduamente durante toda la noche para analizar el levantamiento de las observaciones y que ninguno de los funcionarios habría puesto objeciones y que tampoco fue necesaria la emisión de un informe escrito de la Subgerencia de Gestión de Contratos. Argumentos que, para este Colegiado, resultan insostenibles por la trascendencia del reajuste del peaje.

DÉCIMO NOVENO: Que, así los hechos y en este escenario, conforme al Oficio N.º 818-2013-MML-GPIP, de fecha 6 de setiembre de 2013, se consigna: *"Que estando a lo coordinado con su representada, se ha determinado como fecha de inicio de explotación el 05 de octubre de 2013 a las 00.00 h, plazo que deberá considerarse como la fecha de inicio de la explotación del contrato de Concesión Vía Parque Rímac"*. Esta circunstancia objetiva prueba indubitadamente que el imputado autorizó el inicio de la explotación con la aplicación de la tarifa reajustada propuesta por la empresa concesionaria mediante cartas LAMSAC N.º 145-2013 y 154-2013, sin contar con el sustento, técnico, legal y económico, a pesar de haber formulado las observaciones contenidas en el Oficio N.º 774-2013-MML-GPIP, desvirtuándose con ello lo alegado por la defensa técnica del procesado Arzubialde Elorrieta al verificarse que ulteriormente mediante el Acta de Acuerdos N.º 12. de fecha 30 de setiembre de 2013¹⁴ las 02 observaciones formuladas en el oficio N.º 774-2013-MML,

¹⁴ Por la presente acta, las partes que lo suscriben, adoptan los acuerdos que se detallan a continuación, los mismos que buscan precisar los alcances, contenido y forma de aplicación de la cláusula 9.9 Reajuste de Peajes. Comprendida en el capítulo IX: El Peaje y la tarifa del Contrato de Concesión Vía Parque Rímac.

2.1. La cláusula 9.9 del contrato de concesión Vía Parque Rímac establece que 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. Así, el segundo párrafo de la mencionada la cláusula señala que la tarifa será reajustada anualmente, teniendo como parámetros mínimos del 50 % variación del IPC Perú y máximo de 50 % variación de tipo de cambio de dólar americanos (promedio SBS)

2.2. Considerando que para el reajuste de peajes, la cláusula precedente establece el uso del Índice de Precios al Consumidor Perú; las partes que suscriben la presente acta acuerdan que



no fueron levantadas por la empresa concesionaria mediante Carta LAMSAC N.º 154-2013, ni antes de la emisión del Oficio N.º 818-2013, muy por el contrario, se desprende del acta aludida que el imputado Arzubialde Elorrieta y Giavina Bianchi pactan que los acuerdos arribados respecto a estos dos hechos, serán incluidos en la Adenda N.º 02, del contrato de concesión, no obstante, mediante Oficio N.º 818-2013-MML, de fecha 6 de setiembre de 2013, el sentenciado autorizó el inicio de la explotación con la tarifa reajustada conforme lo solicitó la concesionaria, verificándose con ello la consumación del delito que se le atribuye.

VIGÉSIMO: La defensa alega indebida valoración de las declaraciones de Rocío del Carmen Silupu Carrión (jefa del Órgano Instructor de la Contraloría General de la República), quien emitió la Resolución N.º 001-2018, de fecha 18 de mayo de 2018, mediante la cual declara la improcedencia del inicio del procedimiento administrativo sancionador en referencia a las imputaciones formuladas en el Informe N.º 303-2017-CG/MPROY-AC, pues conforme a las conclusiones de la referida resolución, la defensa advierte lo siguiente: i) que no se ha aplicado incorrectamente la fórmula de reajuste; ii) que no correspondería la aplicación de penalidades al ser factible la aplicación de un parámetro mínimo del 50 % al 100 % variación del IPC Perú; y iii) que el refinanciamiento realizado estaba preestablecido en la cláusula 1.39 del contrato de concesión. Este argumento de la defensa no es de recibo para esta Sala Superior, por cuanto el Derecho penal tiene preeminencia sobre el Procedimiento Administrativo Sancionador (PAS) de conformidad con lo prescrito el Título Preliminar del Código Procesal Penal específicamente en el artículo III, primer párrafo, parte final, la misma que no puede ser interpretada en forma aislada, sino en armonía con lo dispuesto en el art. 243 de la Ley N.º 27444 y en el 49 de la Ley N.º 27785, modificada por la Ley N.º 29622, de los cuales se desprende la autonomía de la responsabilidad administrativa funcional con respecto a la responsabilidad penal y la independencia del PAS entendido como el procedimiento instaurado para determinarla, salvo mandato judicial expreso en contrario. En

únicamente en el supuesto que la entidad oficial responsable de su publicación (Instituto Nacional de Estadística e Informática [INEI]) no brinde la información relacionada a dicha tasa de variación anual, el CONCESIONARIO podrá aplicar dentro de la fórmula de reajuste de peajes, como indicador económico el Índice de Precios al Consumidor Lima.

2.3. La información del IPC Lima será utilizada substituyendo al IPC Perú, para los periodos en que la entidad oficial responsable de su publicación no haya brindado dicha información, por lo que a efectos de su aplicación, el CONCESIONARIO deberá informar oportunamente la utilización de dicha tasa, al CONCEDENTE, quien considerará válido su uso en la fórmula de reajuste únicamente cuando la entidad oficial responsable de su publicación no brinde la información relativa al citado indicador económico.

2.4. Los acuerdos arribados en la presente acta serán incluidos en la Adenda N.º 02 que será suscrita por las partes que intervienen en el presente acuerdo, debiendo a partir de la fecha adoptar las acciones a efectos de lograr la celebración y suscripción de la Adenda N.º 02 del contrato de Concesión Vía Parque Rímac.



sentido genérico, el bien jurídico tutelado en el delito de negociación incompatible es la correcta administración pública el cual contiene una finalidad y fundamento normativo específico dentro del Código Penal. Por ende, estos bienes jurídicos de relevancia penal, son completamente distintos a los preceptos que salvaguarda el PAS a través del Reglamento de la Ley N.º 29622. En el contexto expuesto cabe indicar que el PAS determina la sanción disciplinaria a imponer por el incumplimiento de sus funciones y a la comisión de faltas administrativas que incluso no podrían ser objeto de acusación fiscal, en cambio, en el presente caso se juzgan hechos con contenido penal, distintos a los que originaron el proceso administrativo sancionador.

VIGÉSIMO PRIMERO: La defensa ha cuestionado también la falta de valoración de los testigos ofrecidos por la defensa técnica en cuanto a la validez del financiamiento obtenido en el 2012 y a la aplicación correcta de la fórmula establecida en la cláusula 9.9 del contrato de concesión. Respecto a este agravio, la Sala considera que en base a los argumentos esgrimidos en los considerados precedentes, ha quedado demostrado no solo el interés del imputado Arzubialde Elorrieta para favorecer a la empresa LAMSAC en el reajuste ilegal del peaje, sino también que llega a la conclusión que la actuación del citado imputado no habría sido en forma aislada, sino que habría requerido la participación de otros funcionarios y servidores públicos como por ejemplo Juan Andrés Ramos Arapa, quien en la época de los hechos ocupaba el cargo de la Sub Gerencia de Gestión de Contratos. Por tanto, las declaraciones de los testigos que alega la defensa, deben ser tomadas con reserva, pues, se evidencia su intención de evadir cualquier tipo de responsabilidad.

VIGÉSIMO SEGUNDO: La defensa sostiene además la existencia de supuestos errores en el punto 50.9 de la recurrida, consistentes en: i) los informes 303-2017-CG/MPROY y 001-2017-FPV/LFRL no demuestran cómo se arriba al supuesto exceso de 20 céntimos en la tarifa del peaje; ii) se toma en cuenta para el cálculo del supuesto exceso periodos en donde Arzubialde Elorrieta ya no era gerente; y iii) se comprende al impugnante en supuestos cobros excesivos por concepto de peaje hasta el 31 de enero de 2015, cuando el suscrito laboró hasta el 16 de julio de 2014. Al respecto, el Colegiado toma en cuenta que los hechos objeto de acusación se centran en el reajuste ilegal del peaje en los términos de la acusación, el cual habría generado el perjuicio ocasionado al Estado, independientemente del monto. Asimismo, tampoco está en cuestión el periodo de ejercicio del cargo del imputado Arzubialde Elorrieta, sino su actuar doloso que generó el reajuste ilegal del peaje como se tiene establecido.

VIGÉSIMO TERCERO: Que, finalmente, respecto a la falta de motivación que alega la defensa, el Colegiado concluye que la jueza *a quo* sí ha motivado suficientemente el tratamiento específico en las cláusulas del contrato con relación al denominado "cierre financiero" explicando en sus fundamentos 50.1-50.8 en lo más relevante lo

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

siguiente: "Que 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 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"; "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"; "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"; argumenta que "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"; agrega que la cláusula 9.9 del contrato es expresa, precisando que "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... 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)"; "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'; "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



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

pagadas por el público usuario de las 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". Finalmente, destacamos la argumentación efectuada por la juzgadora frente al agravio asociado a una pretendida falta de motivación cuando argumenta lo siguiente: "que se ha sustentado en juicio que el acusado Arzubialde Elorrieta, como gerente de la GPIIP, 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 GPIIP, en torno a los temas en cuestión. Se debe resaltar que las comunicaciones entre ambas partes (concesionaria y representante del concedente, GPIIP) se remontan a diciembre de 2012, febrero, agosto y setiembre de 2013)", por lo que consideramos que los agravios formulados por el imputado no tienen la entidad suficiente para enervar el análisis efectuado en primera instancia que se pronuncia por la responsabilidad penal del procesado Domingo Arzubialde Elorrieta, juicio de valor con el cual coincidimos plenamente al haberse vencido la presunción de inocencia que le es constitucionalmente inherente.

VIGÉSIMO CUARTO: Con relación al *dolo eventual*, alega el imputado recurrente que no se ha acreditado la realización del hecho doloso imputado, pues conforme a los fundamentos antes expuestos, sostiene que las decisiones fueron tomadas en conjunto respetando la competencia funcional de la Subgerencia de Gestión de Contratos y de su equipo multidisciplinario, a quien conforme al MOF, le correspondía gestionar el contrato en su etapa de ejecución y en todos sus extremos. Asimismo, argumenta que la sentencia no establece de qué forma se ha acreditado que el suscrito pudo evaluar la contingencia o el riesgo de la indebida o errónea aplicación de la fórmula de reajuste de la tarifa de peaje, de manera que dicho extremo adolecería de motivación resolutoria. Por su parte, el representante del Ministerio Público ha sostenido que nos encontramos frente a un delito cuya consumación delictiva se produce necesariamente mediando el dolo directo, por lo que el dolo eventual invocado por la jueza como factor atenuante debe desestimarse e imponerse una pena privativa de la libertad efectiva.

VIGÉSIMO QUINTO: Respondiendo al agravio formulado, con relación al dolo eventual, también denominado dolo condicionado (a la luz de las teorías que reconocen el elemento volitivo como parte del dolo) considera la doctrina que este se caracteriza porque el autor se representa el delito como resultado posible (eventual),



de forma que, aunque no desea el resultado, conoce la posibilidad de que se produzca; lo que evidencia un menosprecio reprochable del bien jurídico protegido (por esta razón es equiparado en términos de culpabilidad a los otros tipos de dolo)¹⁵. De este modo, el dolo eventual está integrado por la voluntad de realización de la acción típica (elemento volitivo del injusto de la acción), por la seria consideración del peligro de que el resultado se realice (elemento intelectual del injusto de la acción), así como, en último lugar, por la conformidad del autor con el advenimiento del resultado típico como ingrediente de la culpabilidad. Elementos del dolo eventual que de ningún modo aparecen en el delito de negociación incompatible por la misma estructura de la fórmula legislativa recogida en el artículo 399 del CP.

VIGÉSIMO SEXTO: Que, en este caso, debemos dejar establecido también que el delito de negociación incompatible es netamente doloso, por tanto, no cabe la comisión por culpa. La configuración subjetiva de la conducta ilícita requiere o exige que el funcionario o servidor público actúe con conocimiento de que tiene el deber de lealtad y probidad de celebrar contratos o realizar operaciones en representación, y a favor del Estado; no obstante, voluntariamente actúa evidenciando interés particular con el firme objetivo de obtener un provecho propio indebido para sí o para un tercero con el cual lógicamente tiene alguna vinculación. Por ello, es posible afirmar conforme lo explica el profesor Manuel Abanto Vásquez, que con relación a la tipicidad subjetiva en este delito "solo es posible el dolo directo, pues los actos de interés privado y, sobre todo, bajo la modalidad de acto simulado, no son posibles sin quererlos. Es más, en estos casos, precisamente es determinante el dolo, pues los elementos objetivos no contienen la conducta desvalorada sin el interés particular en su aspecto subjetivo"¹⁶. Bajo esta orientación, no es de considerar la comisión del injusto materia de juzgamiento a título de dolo eventual como se precisa en la sentencia recurrida.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: De este modo, el sentenciado vulneró los principios y deberes de probidad, neutralidad, imparcialidad, establecidos en los artículos 8, 7 y 5 de la Ley del Código de Ética de la Función Pública, los que se sustentan en los principios que derivan de los artículos 38 y 39 de la Constitución. Por tanto, consideramos que en su accionar tuvo conocimiento de todos los elementos objetivos del tipo penal de negociación incompatible, y su accionar fue a título de dolo directo. Además, en su comportamiento antijurídico no concurre alguna de las causas de justificación previstas en el artículo 20 del Código Penal. En efecto, se encontraba en plena capacidad de poder determinar y establecer los cauces administrativos pertinentes y posibles a efectos de denegar o suspender el inicio de la explotación de

¹⁵ Romy Chang Kcomt, Revista Derecho & Sociedad N° 36 p. 258.

En: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/13232/13843>

¹⁶ Abanto Vásquez, Manuel Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano. 2da. ed., Palestra Editores. Lima 2003. p.



la concesión al transgredirse las cláusulas del contrato de concesión en específico la signada con el número 9.9, vulneración que a la luz de la valoración de la prueba actuada, se consumó no obstante la experticia en el cargo y en las funciones encargadas al procesado Arzubialde Elorrieta, evidenciándose con ello el interés directo en favorecer al tercero como es LAMSAC con su proceder doloso que lo hace merecedor a la sanción penal respectiva.

PRONUNCIAMIENTO CON RELACIÓN A LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

VIGÉSIMO OCTAVO: En cuanto a la *determinación judicial de la pena*, la jueza argumentó que el Ministerio Público solicitó una pena de cuatro años y cuatro meses (comprendida en el tercio inferior del *quantum* de pena legal) por considerar que solo presenta circunstancias atenuantes y no agravantes. De tal modo, indicó que el marco de la determinación de la pena se encuentra delimitado entre un espacio de tiempo de cuatro años (pena legal mínima) y cuatro años y cuatro meses (pena solicitada). Por lo tanto, sostiene que teniendo en cuenta lo siguiente: i) factores expuestos en el fundamento 63 de la sentencia, ii) la conjunción de elementos como la acreditación de uno de los dos fácticos de la imputación, iii) la presencia del dolo eventual en la conducta desplegada por el acusado y iv) la carencia de antecedentes penales; infiere que la pena por imponer sea de cuatro años de privación de la libertad suspendida en su ejecución por el plazo de tres años conforme al artículo 57 del Código Penal y sujeta a determinadas reglas de conducta. Además, en relación a la *pena de inhabilitación*, asevera que debe ser impuesta conforme a lo establecido en el artículo 36, incisos 1 y 2, del CP, esto es: i) privarlo del cargo público que ejerce en la Administración pública y ii) declararlo incapaz para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público por el plazo de tres años.

VIGÉSIMO NOVENO: Conforme lo enseña el profesor y Juez Supremo, Víctor Prado Saldarriaga, "con la expresión *determinación judicial de la pena*, se alude a un procedimiento técnico y valorativo que aplica el operador jurisdiccional para identificar de modo cualitativo, cuantitativo y en ocasiones ejecutivo la sanción penal que se debe imponer, en el caso *sub judice*. Esto es, a través de ello se procede a evaluar y decidir sobre el tipo, la extensión y el modo de ejecución de la pena que resulte aplicable al caso"¹⁷

TRIGÉSIMO: Siendo el delito de negociación incompatible, un tipo penal sin circunstancias específicas, existen tres momentos esenciales para el proceso de determinación judicial de la pena: El *primer paso* consiste en determinar el espacio de punición, el mismo que para el presente caso queda demarcado entre 4 y 6 años de pena privativa de libertad, es decir, el espacio punitivo es de dos años. El *segundo*

¹⁷ Prado Saldarriaga, Víctor Roberto Consecuencias Jurídicas del delito Primera edición. ed., Idemsa. Lima Mayo de 2016. p. 198



paso implica multiplicar por doce los dos años y obtener un producto en meses que para el caso materia de análisis sería de 24 meses; este último resultado debe dividirse entre tres obteniendo como cociente 8 meses, que es el valor cuantitativo que se debe utilizar para fijar la extensión que corresponde a cada uno de los tercios que internamente delimitan el espacio de punición según el artículo 45-A del CP. En el presente caso para el delito de objeto de juzgamiento el espacio punitivo del tercio inferior se extiende de 4 años a 4 años 8 meses, el espacio punitivo del tercio medio se extiende de 4 años 8 meses hasta los 5 años 4 meses y, finalmente el tercio superior comprende un espacio entre 5 años 4 meses hasta los 6 años. El *tercer paso*, comprende la búsqueda y el señalamiento de los efectos de la circunstancias agravantes o atenuantes genéricas que concurren en el caso que es materia de pronunciamiento. Verificadas las circunstancias atenuantes y agravantes reguladas en el artículo 46 del CP, se llega a la conclusión que concurre una sola circunstancia atenuante consistente en la carencia de antecedentes penales. Ahora bien, para efectos de obtener el valor cuantitativo de esta circunstancia, se divide la extensión del tercio inferior entre el número de circunstancias atenuantes previstas en el artículo 46.1 del CP (en total 8 circunstancias atenuantes). Realizada la operación aritmética se llega a obtener que el valor cuantitativo de cada atenuante es de un mes.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Finalmente, y, tratándose de una circunstancia atenuante su valor cuantitativo debe ser aplicado en forma descendente a partir del extremo máximo del nivel inferior hasta el extremo mínimo del mismo. En el caso en concreto, partiendo del extremo máximo del tercio inferior, (4 años 8 meses), al restarle el valor cuantitativo de la única circunstancia atenuante que concurre en el caso concreto, esto es 1 mes, se obtiene como pena concreta 4 años y 7 meses de pena privativa de la libertad, con lo que se concluye que al imputado le correspondería una pena mayor a la solicitada por el Representante del Ministerio Público; sin embargo, en aplicación del artículo 397.3 del CPP, no es posible aplicar una pena más grave que la requerida por el Fiscal. En consecuencia, corresponde aplicar la pena solicitada por el Representante del Ministerio Público: cuatro años y cuatro meses de pena privativa de la libertad, la misma que deberá ser efectiva de acuerdo a nuestro sistema jurídico penal.

PRONUNCIAMIENTO CON RELACIÓN A LA REPARACIÓN CIVIL

TRIGÉSIMO SEGUNDO: La Procuraduría Pública *ad hoc* pretende la nulidad del extremo civil de la condena al no existir un pronunciamiento motivado sobre el cálculo del daño civil extrapatrimonial y la ausencia de motivación con relación al daño civil patrimonial. Al respecto resulta conveniente reiterar que la reparación civil importa el resarcimiento del bien o indemnización por quien produjo el daño delictivo, cuando el hecho afectó los intereses particulares de la víctima; que, conforme lo estipulado por el artículo 93 del Código Penal (CP), la reparación civil



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

comprende lo siguiente: a) la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y b) la indemnización de los daños y perjuicios¹⁸. En el proceso penal, lo que se produce con el ejercicio de la acción civil es una acumulación heterogénea de procesos (penal y civil) en un procedimiento único, cada uno informado por sus propios principios, con fundamento en la economía procesal, en el que se dictará una única sentencia, la cual contendrá dos pronunciamientos: uno penal y otro civil¹⁹.

TRIGÉSIMO TERCERO: Con relación a la **naturaleza jurídica** de la reparación civil, el artículo 101 del CP establece que se rige, además, por las disposiciones del Código Civil. El Acuerdo Plenario N.º 6-2006/CJ-116 estipula lo siguiente: *"la reparación civil, que legalmente define el ámbito del objeto civil del proceso penal y está regulado por el artículo 93 del Código Penal, desde luego presenta elementos diferenciadores de la sanción penal; existen notas propias, finalidades y criterios de imputación distintos entre responsabilidad penal y responsabilidad civil, aun cuando comportan un mismo presupuesto: el acto ilícito causado por un hecho antijurídico, a partir del cual surgen las diferencias respecto de su regulación jurídica y contenido entre el ilícito penal y el ilícito civil. Así las cosas, se tiene que 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"*²⁰. Asimismo, el Acuerdo Plenario N.º 5-2011/CJ-116 establece que *"(...) se está ante una **institución de naturaleza jurídico-civil**, que descansa en el daño ocasionado, no en el delito cometido, y se proyecta, en cuanto a su contenido, a lo establecido en el artículo 93 del CP, procesalmente está informada por los principios dispositivos y de congruencia"*²¹. De este modo, las responsabilidades penal y civil poseen una naturaleza jurídica distinta²².

TRIGÉSIMO CUARTO: En este contexto, el daño civil debe entenderse como los efectos negativos que derivan de la lesión de un interés protegido, lesión que puede originar tanto consecuencias **patrimoniales como extrapatrimoniales**²³. El primero, consistente en la lesión de derechos de naturaleza económica, que debe ser reparada

¹⁸ Recurso de Nulidad N.º 216-2005-Huánuco, fundamento jurídico 5.

¹⁹ MONTERO AROCA, Juan, *Proceso Penal y Libertad*, Madrid, Thomson Civitas, 2008, p. 352.

²⁰ Fundamento jurídico 24.

²¹ Fundamento jurídico 24.

²² Así también lo ha establecido la Casación N.º 657-2014-Cusco: *"existen notas propias, finalidades y criterios de imputación distintos entre responsabilidad penal y responsabilidad civil, aun cuando compartan el mismo presupuesto, esto es, el acto ilícito causado por un hecho antijurídico a partir de la cual surgen las diferencias respecto de su regulación jurídica y contenido entre el ilícito penal y el ilícito civil"* [fundamento jurídico 13].

²³ Fundamento jurídico 8 del Acuerdo Plenario N.º 6-2006/CJ-116.



(daño emergente y lucro cesante), y la segunda, entendida como la lesión de los derechos o legítimos intereses de naturaleza no patrimonial (sinónimo de daño moral), tanto de las personas naturales como de las personas jurídicas²⁴. Conforme a lo expuesto, esta figura concebida como consecuencia proveniente del hecho punible, se determina conjuntamente con la pena, pues así lo prevé el artículo 92 del CP, la cual busca la reparación del daño ocasionado a la víctima y comprende, conforme lo establece el artículo 93 del CP, la restitución del bien materia del delito o de su valor y la indemnización de los daños y perjuicios. En ese orden de ideas, la reparación civil se determinará por la naturaleza del daño causado²⁵. No tiene como fundamento la responsabilidad en el delito, sino en el daño ocasionado a la víctima. Para ello, debe tenerse en cuenta no solo el valor de lo apropiado, sino también los perjuicios causados por la transgresión punible -daño emergente, lucro cesante y daño moral-²⁶.

TRIGÉSIMO QUINTO: En el presente caso, en efecto, advertimos que la jueza se limita a señalar en el fundamento 71.4 de la recurrida lo siguiente: *“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 Arzubalde Elorrieta”. Se agrega “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 aniparar dicho extremo de la pretensión civil”.*

TRIGÉSIMO SEXTO: Como se puede apreciar, la jueza ha soslayado el desarrollo de la responsabilidad por el daño civil patrimonial que se hubiere generado como consecuencia de la conducta ilícita del imputado Arzubalde Elorrieta, y pese a que reconoce la existencia de dicho daño, no explica las razones por las cuales considera que la “estructura típica” del delito materia de análisis, no soporta un daño patrimonial, más aún cuando para la determinación de las consecuencias civiles no es de recibo la utilización de las categorías de la teoría del delito sino las de la responsabilidad civil extracontractual. En consecuencia, la omisión en el pronunciamiento vicia de nulidad lo analizado no solo en términos de ausencia de valoración del caudal probatorio aparejado para dicho efecto, sino también en cuanto a la motivación sobre la cuantificación del daño ocasionado.

²⁴ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de la responsabilidad civil*, Pacífico Editores, 8.ª ed., pp. 300-303.

²⁵ Recurso de Nulidad N.º 2777-2012-Lima, fundamento jurídico 2.

²⁶ Recurso de Nulidad N.º 4879-2008-La Libertad, fundamento jurídico 3.



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

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Por otro lado, respecto a la falta de inclusión de terceros no comprendidos en el presente proceso y que estarían vinculados con el daño patrimonial cuya reparación se pretende, se debe precisar que la Procuraduría Pública ha advertido que la responsabilidad civil del imputado Arzubalde Elorrieta sería solidaria con la empresa LAMSAC cuya incorporación como tercero civilmente responsable se encuentra en trámite ante la Corte Suprema (Casación N.º 951-2018). En ese orden de ideas, para este Colegiado resulta necesario que se esté a lo que en definitiva resuelva la Corte Suprema en ese extremo, a efectos de verificar si corresponde al Estado agraviado hacer valer la solidaridad de la reparación patrimonial que pretende, al interior del presente proceso penal.

TRIGÉSIMO OCTAVO: Que, asimismo la falta de motivación reclamada por la Procuraduría Pública *ad hoc* se asocia a que para la cuantificación del daño ocasionado no se han tenido en cuenta aspectos relevantes como la gravedad del ilícito, la modalidad de la realización y medida de la ventaja conseguida por el dependiente infiel, la ubicación del sujeto agente en la organización administrativa, y la capacidad de representar la Administración, así como la relevancia social de funciones desenvueltas y la difusión e impacto ocasionado al público por el ilícito que se encuentra probado en su vertiente penal. En ese sentido, se requiere un nuevo pronunciamiento en este extremo, en el que se analice si resultan o no atendibles los criterios que invoca la Procuraduría, teniendo en cuenta además lo expuesto en la Casación N.º 657-2014-Cusco que ha establecido doctrina jurisprudencial respecto a la responsabilidad civil en un proceso penal, así como los alcances del Acuerdo Plenario N.º 06-2006/CJ-116.

TRIGÉSIMO NOVENO: Es necesario recordar que el artículo 139, inciso 3, de la Constitución Política del Perú establece los principios y derechos de la función jurisdiccional y la observancia del debido proceso y de la tutela jurisdiccional; en consecuencia, cuando el órgano jurisdiccional imparte justicia está obligado a observar los principios, derechos y garantías que la norma suprema establece como límites del ejercicio de las funciones asignadas. En este sentido, la necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, es un derecho fundamental de los justiciables. Mediante la debida motivación, por un lado, se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículo 138 de la Constitución); y, por otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa.

CUADRAGÉSIMO: Sobre la nulidad, es menester considerarla como un instrumento de última ratio que solo debe ser aplicada cuando aparezca una *infracción insubsanable* de algún elemento esencial de un acto procesal o cuando se *vulnere uno de los principios del debido proceso*; y se declara cuando se ha afectado la forma establecida, lo que comprende tanto la estructura y modo de exteriorización



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

del acto como el orden que le corresponde en el desarrollo de la relación procesal. Tal es así que la nulidad entraña una sanción que tiende a privar de sus efectos a un acto procesal que contenga un vicio, un error o en cuya ejecución no se hayan observado determinadas formas de cumplimiento obligatorio. Entonces, *"si el proceso está afectado de vicios sustanciales éste será inválido e ineficaz por existir de por medio una nulidad absoluta de los actos procesales; dicha nulidad ocurre siempre que un acto procesal (o actos procesales cuyo conjunto hacen el proceso) adolezca de una circunstancia esencial fijada en las leyes procesales como necesaria para que el acto produzca sus efectos normales"*²⁷.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: En conclusión, se evidencia, que en el extremo de la imposición de la reparación civil se ha producido una afectación al derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, razones por las cuales debe ser estimada la **pretensión de nulidad** deducida por la Procuraduría Pública *ad hoc*, por falta de motivación en el daño patrimonial y la deficiencia en la motivación externa en el daño extrapatrimonial, y desestimarse los agravios invocados por la defensa del procesado Arzubialde Elorrieta. En ese sentido, debe declararse la nulidad de la sentencia en este extremo por inobservancia del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales prevista en el inciso 5, artículo 139 de la Constitución Política del Estado y, por tanto, disponerse la realización de un nuevo juicio oral con respecto a este extremo.

PRONUNCIAMIENTO CON RELACIÓN A LAS COSTAS PROCESALES

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: El inciso 3, artículo 497 del CPP, prescribe que las costas están a cargo del vencido; sin embargo, esta Sala Superior considera que el sentenciado Arzubialde Elorrieta debe ser eximido en forma total de dicha obligación pecuniaria al evidenciarse razones fundadas para promover e intervenir en el proceso en legítima activación de su derecho a defenderse.

DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, analizando los hechos y las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica y de conformidad con las normas antes señaladas, los jueces integrantes de la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de Crimen Organizado y de Corrupción de Funcionarios, en aplicación de lo prescrito en los artículos 417, 419 y 425 del Código Procesal Penal, por unanimidad, **RESUELVEN:**

1. **CONFIRMAR** la Sentencia N.º 1-2019 de fecha veinte de febrero de dos mil diecinueve contenida en la Resolución N.º 4, mediante la cual se declaró al

²⁷ Cfr. Normas Legales, T. 295. Casación N.º 2197-99-Lima.



acusado Domingo Arzubialde Elorrieta como autor del delito de negociación incompatible en agravio del Estado, delito previsto y sancionado en el artículo 399° del Código Penal, así como confirmar el extremo de la pena de inhabilitación impuesta.

2. **REVOCAR** la sentencia en el extremo que impuso la pena privativa de libertad de cuatro años, suspendida en su ejecución por el plazo de tres años sujeta a determinadas reglas de conducta; y **REFOMÁNDOLA** impusieron **CUATRO AÑOS CUATRO MESES DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EFECTIVA**, pena que se computará desde la fecha de emitida la presente sentencia y culminará el 28 de setiembre de 2023, sanción penal que deberá cumplir el sentenciado en el Establecimiento Penitenciario que disponga la autoridad competente, para lo cual se dispone que se cursen los oficios respectivos;
3. **DECLARAR NULA** la sentencia apelada en el extremo que declaró **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, fijando, la suma de CIEN MIL SOLES por reparación civil, monto que deberá abonar el sentenciado Domingo Arzubialde Elorrieta mediante depósito judicial en el Banco de la Nación a favor del Estado, representado por la referida Procuraduría Pública *ad hoc*, habiendo considerado dicha obligación como regla de conducta de la suspensión de la ejecución de pena impuesta; y **DISPUSIERON** se lleve a cabo un nuevo juicio oral por otro Juzgado Penal Unipersonal Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, con relación al extremo de la reparación civil. Sin costas procesales.
4. **ORDENARON** se remitan copias certificadas de todo lo actuado al Ministerio Público para los fines de investigación a que hubiere lugar, teniendo en cuenta lo expuesto en el vigésimo primer considerando de la presente sentencia, remitiéndose así mismo el íntegro de la decisión adoptada a la Municipalidad Metropolitana de Lima para su conocimiento y demás fines pertinentes. - *Notifíquese y remítase a la mesa de partes de este Sistema Especializado para los fines correspondientes.* -

Sres.:

SALINAS SICCHA

GUILLERMO PISCOYA

ANGULO MORALES



MIRIAM ROSA LLAMACURI LERMO
ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS
Sistema Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios