



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

TERCERA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL

Expediente	: 00031-2017-10-5001-JR-PE-09
Jueces superiores	: Felices Mendoza/ Rodríguez Alarcón / Enríquez
Sumerinde/	
Especialista judicial	: Pilar Gabriela Esteba Velásquez
Sentenciado	: Domingo Arzubialde Elorrieta y otros
Delito	: Negociación incompatible
Actor civil	: Procuraduría Pública Especializada
Materia	: Apelación de sentencia en el extremo de la reparación civil

SENTENCIA DE VISTA

Resolución N.º 14

Lima, ocho de noviembre
de dos mil veinticuatro

VISTOS y OÍDOS: En audiencia pública, el recurso de apelación interpuesto contra la resolución n.º 139 (sentencia) de fecha 26 de julio de 2022, **por la Procuraduría Pública** contra el extremo que:

- 2) Declaró Infundada la pretensión del objeto civil (reparación civil en relación a la restitución del bien) formulada por el Estado peruano -actor civil- (representado por la Procuraduría Pública *ad hoc* para los casos de Odebrecht y otras) contra la EMPRESA LÍNEA AMARILLA SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA – LAMSAC) ahora Lima Expresa Sociedad Anónima Cerrada – LIMEX y contra el sentenciado Domingo Arzubialde Elorrieta; en consecuencia, dispuso NO HA LUGAR, que ambos sujetos procesales cumplan con pagar solidariamente la suma de CINCUENTA Y DOS MILLONES OCHO MIL QUINIENTOS TREINTA Y TRES Y 00/28 soles (S/. 52,008,533.28) que el actor civil denominó daño emergente en los alegatos de clausura. Aclarándose que únicamente, deben pagar el monto dispuesto en la primera parte decisoria por concepto de restitución del bien.

- 4) Declara infundada la pretensión del objeto civil (INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS – en relación a la RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL) formulada por el Estado peruano -actor civil- (representado por la Procuraduría Pública *ad hoc* para los casos de Odebrecht y otras) contra la empresa LÍNEA AMARILLA SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA -LAMSAC-) (ahora Lima Expresa Sociedad Anónima Cerrada -LIMEX-) y contra el sentenciado Domingo Arzubialde Elorrieta; en consecuencia, dispuso NO HA LUGAR, que ambos sujetos procesales cumplan con pagar solidariamente la suma de CINCUENTA Y DOS MILLONES

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

OCHO MIL QUINIENTOS TREINTA Y TRES Y 00/28 SOLES (S/. 52,008,533.28) que el actor civil denominó daño extrapatrimonial en los alegatos de clausura. Aclarándose que únicamente deben pagar el monto dispuesto en la tercera parte decisoria de la sentencia, por concepto de responsabilidad extracontractual.

Luego, la apelación interpuesta por Lima Expresa S.A.C. (antes Línea Amarilla S.A.C.) contra el extremo que declaró fundada la pretensión civil de la Procuraduría Pública *ad hoc* para los casos de Odebrecht y otros.

Asimismo, la apelación interpuesta por Domingo Arzubialde Elorrieta contra el extremo que resolvió declarar fundada en parte la pretensión civil formulada por la Procuraduría Pública *ad hoc* en contra de Domingo Arzubialde y la empresa Línea Amarilla S.A.C. (ahora Lima Expresa Sociedad Anónima Cerrada – LIMEX). En el proceso seguido contra los recurrentes, por la presunta comisión del delito contra la administración pública – negociación incompatible, en agravio del Estado. Interviene como ponente la señora jueza superior **RODRÍGUEZ ALARCÓN**, y **ATENDIENDO**:

I. ANTECEDENTES

1.1 El Primer Juzgado Nacional Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, a través de la resolución n.º 4, emitió sentencia de primera instancia n.º 1-2019, de fecha 20 de febrero de 2019 en la que condenó a Domingo Arzubialde Elorrieta, por el delito contra la administración pública – negociación incompatible, previsto en el artículo 399 del Código Penal. Asimismo, le impuso 4 años de pena privativa de la libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de 3 años, sujeto a reglas de conducta, además se le impuso la pena de inhabilitación por el plazo de 3 años, referida a la privación de cargo o función pública y se declara su incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público. Además, se dispuso que el sentenciado Domingo Arzubialde cumpla con el pago de la reparación civil de 100,000.00 soles. Luego, apelada la sentencia, la Primera Sala Penal de Apelaciones Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, por sentencia de vista, resolución n.º 8, de fecha 29 de mayo de 2019, confirmó la sentencia contenida en la resolución n.º 4, n.º 1-2019, de fecha 20 de febrero de 2019, respecto al objeto penal, a través del cual se declaró al señor domingo Arzubialde



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

Elorrieta, por el delito de negociación incompatible, pero dispone pena con el carácter de efectiva. Complementariamente, en cuanto al objeto civil, declaró nula la sentencia en el extremo que fijó reparación civil en el monto de cien mil y 00/100 soles (S/. 100,000.00) y dispusieron que se lleve a cabo un nuevo juicio oral por otro Juzgado Nacional Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios.

EN CUANTO A DOMINGO ARZUBIALDE ELORRIETA

Respecto al objeto penal, del delito de negociación incompatible, se encuentra resuelto, en mérito a los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales penales, de primera y segunda instancia, respecto del cual existe cosa juzgada. Sobre el objeto penal, la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, a través de la sentencia de vista, resolución n.º 8, de fecha 29 de mayo de 2019, respecto al objeto penal, a través del cual se declaró al señor Domingo Arzubialde Elorrieta, autor y responsable del delito de negociación incompatible (artículo 399 del Código Penal). Y sobre este punto penal, se encuentra acreditado los siguientes extremos:

Primero: se encuentra acreditado que el sentenciado Domingo Arzubialde Elorrieta tenía la condición de gerente de promoción de la inversión privada de la Municipalidad Metropolitana de Lima, cargo en el que conforme al Manual de Organización y Funciones (MOF) de dicha entidad pública, tenía entre otras funciones, las siguientes:

- Programar, dirigir, ejecutar, controlar y monitorear el proceso de promoción de la participación privada, para lograr la incorporación de inversión privada en activos, empresas, proyectos, servicios, obras públicas de infraestructura y servicio público de la Municipalidad Metropolitana de Lima. Además, tenía como función, la gestión posterior de los contratos de participación de la inversión privada y los procesos de promoción de la inversión privada o la gestión de contratos que expresamente le solicite el Instituto Metropolitano de Transporte de Lima – PROTRANSPORTE.

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

- Otra de sus funciones fue, la de realizar estudios técnicos, legales y económicos 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 de la gestión de los contratos.
- Representar a la Municipalidad Metropolitana de Lima, en los contratos y actos jurídicos ante personas y organismos del sector privado y público, cuya participación coadyuve al ejercicio de las funciones y competencias que le hayan sido asignadas.
- 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 referidos contratos.

1.2 También se encuentra acreditado con las sentencias del objeto penal, que las funciones que el señor Domingo Arzubalde Elorrieta, además de las funciones de atraer la inversión y de evaluar las iniciativas privadas; tenía las “funciones de vigilancia y monitoreo del contrato de concesión, así como la gestión y monitoreo adecuado de la implementación de los contratos de concesión”.

1.3 También se encuentra acreditado –desde el plano del objeto penal- que a través del **oficio 305-2012.MML-GPIP, de fecha 07 de junio de 2012 (a fojas 879 tomo II), dirigido al señor André Giavina Bianchi** (Gerente general de Línea Amarilla) y firmado por el señor Domingo Arzubalde Elorrieta, 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 garantías, habiéndose consignado en el último párrafo**, que no modificaba cláusulas del contrato, ni modificaba su equilibrio económico financiero. Ello, tiene directa relación con el cumplimiento de la cláusula 9.9. del contrato de concesión, “...en la que se consignó en 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

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

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...” Así, 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 cursada mediante carta LAMSAC 121-2010, de fecha 30 de diciembre de 2010. De esta forma, está acreditado –desde el objeto penal- que no fue legítima la aplicación de los reajustes en la tarifa del peaje que unilateralmente fue propuesto por LAMSAC, y aplicados en contravención de la cláusula 9.9. conocimiento y voluntad del sentenciado Domingo Arzubialde Elorrieta.

1.4 También se encuentra acreditado –en el objeto penal- que a **través de la carta LAMSAC-MML N° 169-2012, de fecha 04/12/2012 (a fojas 1160 tomo III) enviada por el gerente de LAMSAC (André Giavina Bianchi) al sentenciado Domingo Arzubialde Elorrieta**, que este último si conocía que LAMSAC iba a efectuar un reajuste de los peajes utilizando el 100 % de la fórmula IPC Perú, en moneda soles, contraviniendo la cláusula 9.9. del contrato de concesión. Además, **a través de la carta LAMSAC-MML N° 145-2013, de fecha 09/08/2013 (a fojas 1162 tomo III) el gerente de LAMSAC informa al señor Domingo Arzubialde Elorrieta**, que el peaje resultante de la aplicación de la fórmula equivaldría a la suma de Tres y 37/100 soles (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 (a fojas 1160 tomo III) y carta 029-2013 (a fojas 1161 tomo III). Es decir, se aplicó el 100 de la variación del IPC, propuesta unilateralmente por la empresa LAMSAC, que no fue controlada por el señor Domingo Arzubialde Elorrieta, quien autorizó el inicio de la explotación de la obra, con lo que se materializó su interés en favorecer a la empresa LAMSAC, en perjuicio de los usuarios del peaje. Asimismo, -desde el objeto penal- está acreditado que pese a que el señor Domingo Arzubialde Elorrieta, a través del oficio N° 774-2013-MML-GPIP, de fecha 27/08/2013 (a fojas 1164 tomo III). Observó el reajuste propuesto por la empresa LAMSAC, al advertir que no contaba con sustento la fórmula utilizada y los resultados obtenidos, que eran diferente a lo establecido en el contrato de

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

concesión, que no fueron absueltas por LAMSAC, el señor Domingo Arzubialde Elorrieta, tenía la obligación funcional de vigilar y controlar la correcta explotación de la concesión y pese a estas observaciones que no fueron absueltas por la referida empresa, se continuó con la explotación de la concesión, con reajuste ilegal, aplicado por LAMSAC.

1.5 También se encuentra acreditado –en el objeto penal- que el señor **Domingo Arzubialde Elorrieta, cuestionó a través del oficio N° 774-2013-MML-GPIP, la propuesta de LAMSAC, de utilizar el 100% del IPC Perú, y pese a que el gerente de LAMSAC,** por carta LAMSAC-MML N° 154-2013, de fecha 02/09/2013 (a fojas 1166 tomo III) no absolvió con sustento técnico ni legal las observaciones formuladas por el señor Domingo Arzubialde Elorrieta, autorizó el reajuste propuesto arbitrariamente, por LAMSAC, quien sin tomar en cuenta el cierre financiero inicial, que se produjo el 30/12/2010, aplicó el reajuste del peaje con parámetros del año 2012.

1.6 También se encuentra acreditado -en el objeto penal- que, a través del oficio n° 818-2013-MML-GPIP, de fecha 6/09/2013 (a fojas 669, tomo II) Domingo Arzubialde Elorrieta, **autorizó el inicio de la explotación el 5 de octubre de 2013 a las 00:00 h, plazo que** consideró como fecha de inicio de la explotación del contrato de concesión Vía Parque Rímac. **Así, autorizó el inicio de la explotación de la concesión con la aplicación de la tarifa reajustada propuesta por LAMSAC, a través de la carta LAMSAC-MML N° 145-2013, de fecha 9/8/2013** (a fojas 1162 tomo III) y carta LAMSAC-MML N° 154-2013 de fecha 2/9/2013 (a fojas 1166 tomo III), sin contar con sustento técnico legal y económico, a pesar de haber formulado las observaciones a través del oficio N° 774-2013-MML-GPIP, de fecha 27/8/2013 (a fojas 1164 tomo III).

1.7 También se encuentra acreditado -en el objeto penal- respecto del cierre financiero, que operó el 30 de diciembre de 2010, en donde **Domingo Arzubialde Elorrieta** respecto a las tratativas que ha realizado con LAMSAC, respecto del planteamiento de la fórmula de reajuste del peaje, **no ha comunicado a INVERMET, ni**

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

respecto al nuevo cierre financiero. Ha sido LAMSAC, quien a través de la carta LAMSAC-MML/INVERMET N° 074-2013, de fecha 4/10/2013 (a fojas 1162, tomo III) comunicó a INVERMET con fecha 5 de octubre de 2013 (un día antes de la explotación de la concesión), las comunicaciones que previamente y con antelación se habían efectuado la GPIP y LAMSAC, comunicaciones que se remontan a diciembre de 2012 y febrero, agosto y septiembre de 2013.

EN CUANTO A LA EMPRESA LÍNEA AMARILLA SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA –LAMSAC- (AHORA LIMA EXPRESA SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA (LIMEX)

Tercero civil responsable

- a) En cuaderno incidental N° **00031-2017-3-5201-JR-PE-02**), el Juzgado de Investigación Preparatoria, ante pedido del actor civil, de constituir como tercero civil, a la empresa Línea Amarilla Sociedad Anónima Cerrada –LAMSAC- a través de la **resolución 12** de fecha 23/03/2018, declara infundado el pedido. Apelada dicha decisión, la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de funcionarios, a través de la **resolución N° 11**, de fecha 08 de junio de 2018, confirma la decisión de primera instancia (resolución 12 de fecha 23/03/2018) en sentido de no constituir a la empresa LAMSAC, en tercero civil. Luego, de ello, el actor civil, formula recurso de casación contra la resolución N° 11, de fecha 08 de junio de 2018, emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de funcionarios, y la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, declara bien concedido el recurso de casación. Luego, a través del **recurso de casación N° 951-2018-NACIONAL**, por infracción de precepto material, declara fundado el recurso de casación y casó el auto de vista **resolución N° 11**, de fecha 08 de junio de 2018, que confirmaba el auto de primera instancia, que declaró infundado el pedido de constituir en tercero civil a la referida empresa y actuando como instancia, declaró **procedente la constitución como responsable civil** a la empresa Línea Amarilla Sociedad Anónima Cerrada – **LAMSAC**- ordenando que se realice los trámites y juicio dispuesto anteriormente. Además,

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

el recurso de casación dispone, a efectos de garantizar el derecho de defensa de la referida empresa, del sentenciado y el Estado (respecto del objeto civil) dispuso en su considerando sétimo, que se corra traslado a los mismos para que ofrezcan sus medios de prueba y que se debata en juicio oral de primera instancia. Luego, a pedido del actor civil, sobre aclaración de la sentencia casatoria primigenia, de fecha 28 de agosto de 2019, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, emite la **resolución de adición de sentencia casatoria, de fecha 18 de setiembre de 2019**, a través de la cual, se dispone que debe “reabrirse la etapa intermedia”, que debe ser conocida por un Juez(za) de Investigación Preparatoria, distinto al que originariamente conoció el proceso.

- b) Por disposición de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, en el **Exp. N° 31-2017-11-5002-JR-PE-02**, a través de la **resolución N° 38** de fecha 26/08/2020, **reabre la etapa intermedia**, con el objeto de admitir los medios de prueba postulados por el actor civil, el sentenciado don Domingo Arzubialde Elorrieta y el tercero civil responsable (**Empresa Línea Amarilla Sociedad Anónima Cerrada –LAMSAC- (Ahora Lima Expresa Sociedad Anónima Cerrada (LIMEX).**
- c) Posteriormente, llevado a cabo el juicio respecto del extremo civil, el Octavo Juzgado Penal Unipersonal Nacional emitió sentencia en la que resolvió declarando:
- 1) Fundada en parte la pretensión del objeto civil (**REPARACIÓN CIVIL -en relación a la RESTITUCIÓN DEL BIEN-**) formulada por el **ESTADO** peruano – actor civil- (Representado por la Procuraduría Ad Hoc para los casos de Odebrecht y otras) **contra la EMPRESA LÍNEA AMARILLA SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA –LAMSAC-** (Ahora Lima Expresa Sociedad Anónima Cerrada –LIMEX-) y **contra el sentenciado Sr. DOMINGO ARZUBIALDE ELORRIETA**; en consecuencia, dispongo que ambos sujetos procesales, cumplan con **PAGAR SOLIDARIAMENTE** la suma de **VEINTE MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS VEINTISIETE Y 00/100 soles**

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

(S/. 20,739,527) más los **intereses legales**, a favor del **Estado peruano** (Representado por la Procuraduría Ad Hoc para los casos de Odebrecht y otras), una vez consentida o ejecutoriada que sea la presente sentencia, en ejecución de sentencia.

- 2) Declaro **INFUNDADA la pretensión del objeto civil (REPARACIÓN CIVIL en relación a la RESTITUCIÓN DEL BIEN-)** formulada por el **ESTADO** peruano – actor civil- (Representado por la Procuraduría Ad Hoc para los casos de Odebrecht y otras) **contra la EMPRESA LÍNEA AMARILLA SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA – LAMSAC-)** (Ahora Lima Expresa Sociedad Anónima Cerrada –LIMEX-) y **contra el sentenciado Sr. DOMINGO ARZUBIALDE ELORRIETA**; en consecuencia, dispongo **NO HA LUGAR**, que ambos sujetos procesales, cumplan con **pagar solidariamente** la suma de **CINCUENTA Y DOS MILLONES OCHO MIL QUINIENTOS TREINTA Y TRES Y 00/28 SOLES (S/. 52, 008, 533.28)** que el actor civil, denominó **daño emergente**, en los alegatos de **clausura**. **Aclarándose** que únicamente, deben pagar el monto dispuesto en la primera parte decisoria de esta sentencia, por concepto de restitución del bien.
- 3) Declaro **FUNDADA en parte la pretensión del objeto civil (INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS- en relación a la RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL-)** formulada por el **ESTADO** peruano – actor civil- (Representado por la Procuraduría Ad Hoc para los casos de Odebrecht y otras) **contra la EMPRESA LÍNEA AMARILLA SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA – LAMSAC)** (Ahora Lima Expresa Sociedad Anónima Cerrada –LIMEX-) y **contra el sentenciado Sr. DOMINGO ARZUBIALDE ELORRIETA**; en consecuencia, dispongo que ambos sujetos procesales, cumplan con **PAGAR SOLIDARIAMENTE** la suma de **CINCO MILLONES Y 00/100 soles (S/. 5,000,000)** más los **intereses legales**, a favor del **Estado peruano** (Representado por la Procuraduría Ad Hoc para los casos de Odebrecht y otras), una vez consentida o ejecutoriada que sea la presente sentencia, en ejecución de sentencia.

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

- 4) Declaro **INFUNDADA** la pretensión del objeto civil (**INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS- en relación a la RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL-**) formulada por el **ESTADO** peruano – actor civil- (Representado por la Procuraduría Ad Hoc para los casos de Odebrecht y otras) contra la EMPRESA LÍNEA AMARILLA SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA – LAMSAC-) (Ahora Lima Expresa Sociedad Anónima Cerrada –LIMEX-) y contra el sentenciado Sr. DOMINGO ARZUBIALDE ELORRIETA; en consecuencia, dispongo NO HA LUGAR, que ambos sujetos procesales, cumplan con pagar solidariamente la suma de CINCUENTA Y DOS MILLONES OCHO MIL QUINIENTOS TREINTA Y TRES Y 00/28 SOLES (S/. 52, 008, 533.28) que el actor civil, denominó daño extrapatrimonial, en los alegatos de clausura. Aclarándose que únicamente, deben pagar el monto dispuesto en la tercera parte decisoria de esta sentencia, por concepto de responsabilidad extracontractual.
- 5) **COSTAS.** Se dispone **no ha lugar a fijar costas** contra los demandados EMPRESA LÍNEA AMARILLA SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA –LAMSAC-) (Ahora Lima Expresa Sociedad Anónima Cerrada –LIMEX-) y contra el sentenciado Sr. DOMINGO ARZUBIALDE ELORRIETA, derivado del juicio del objeto civil.
- d) Apelada que fue la sentencia referida por la defensa de Domingo Arzubialde Elorrieta, LAMSAC y la Procuraduría Pública, la misma fue concedida y luego, elevada a este tribunal, señalándose fecha para el inicio de la misma, que fue programado para el 31 de mayo de 2024, continuada en sucesivas audiencias en donde se oyeron los alegatos de las partes procesales y se desarrolló la actividad procesal correspondiente. Concluida la estación procesal oportuna, se expusieron los alegatos finales de las mismas partes procesales, por lo que, ha llegado la oportunidad de emitir la resolución correspondiente.

II. DE LOS FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

2.1. DEL OBJETO CIVIL

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

2.1.1. Señaló el *a quo* que, en el proceso penal, la reparación civil, se fija igual que en el ámbito civil. Por ello, debe analizarse los elementos que integran la responsabilidad civil (en este caso de naturaleza extracontractual o aquiliana). Los elementos que debe analizarse, son cinco:

- a. El **daño**, que significa el resultado negativo, que se deriva de la lesión del bien jurídico protegido.
- b. La **imputabilidad**, que requiere el sujeto que causa el daño, debe ser plenamente responsable civil.
- c. La **antijuricidad**, que requiere el daño que se cause, no está justificado en todo el ordenamiento jurídico.
- d. El **nexo causal**, que significa que el hecho lesivo haya causado el daño, conforme a la norma del artículo 1985 del Código Civil.

2.1.2. Estos elementos son aceptados por la doctrina, en forma casi uniforme: <<los elementos de la responsabilidad civil extracontractual son el daño, el hecho dañoso y su autor, la relación de causalidad entre el daño y el hecho, los factores de atribución de responsabilidad y la reparación del daño>>. El Código Penal, en la norma del artículo 93°, dispone que la reparación civil, comprende la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor y la indemnización de los daños y perjuicios. Señaló la judicatura que, en los **ALEGATOS DE APERTURA**, el actor civil, en relación al señor Domingo Arzubalde Elorrieta y la empresa LAMSAC (Ahora Lima Expresa Sociedad Anónima Cerrada), solicitó que estos deben responder solidariamente por la pretensión civil, conforme a los siguientes conceptos:

A. Pretensión civil

- a) Por concepto de **daño patrimonial**, solicita la suma de **diez millones de soles (S/. 10, 000, 000.00)**
- b) Por concepto de **daño extrapatrimonial**, solicita la suma de **siete millones de soles (S/. 7, 000, 000.00);**

Así, la suma de ambos conceptos, hacen un total de la suma de **diecisiete millones de soles (S/. 17, 000, 000.00).**

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

B. Aumento de pretensión civil

- a) Por concepto de **daño emergente**, solicita la suma de **cincuenta y dos millones ocho mil quinientos treinta y tres Y 00/28 soles (S/. 52, 008, 533.28)**
- b) Por concepto de **daño extrapatrimonial**, solicita la suma de **cincuenta y dos millones ocho mil quinientos treinta y tres Y 00/28 soles (S/. 52, 008, 533.28)**

Así, la suma de ambos conceptos, hacen un total de la suma de **ciento cuatro millones diecisiete mil sesenta y 00/56 soles (S/. 104, 017, 066.56)**.

C. Lucro cesante

Por este concepto, solicitó la suma de **un millón doscientos catorce mil y 00/100 soles (S/. 1,214,000.00)**.

D. Pretensión de carácter cesatorio

Ha solicitado también el **cese del cobro ilegal de la tarifa del peaje**.

Luego, en los alegatos de clausura en primera instancia, la defensa técnica del Estado (actor civil) requirió que el señor Domingo Arzubialde Elorrieta y la empresa LAMSAC (Ahora Lima Expresa Sociedad Anónima Cerrada) deben responder solidariamente por la pretensión civil, conforme a los siguientes conceptos:

A) Pretensión civil

- a. Como antecedente, refirió el actor civil, que solicitó por concepto de **daño patrimonial**, la suma de **diez millones ciento ochenta y seis mil quinientos sesenta y nueve Y 00/100 soles (S/. 10, 186, 569.00)**
- b. Por concepto de **daño extrapatrimonial**, solicitó la suma de **siete millones ciento treinta mil quinientos noventa y ocho 00/100 soles (S/. 7, 130, 598.00)**

Hace un total de **diecisiete millones trescientos diecisiete mil ciento sesenta y siete y 00/100 soles (S/. 17, 317, 167.00)**.

B) Aumento de pretensión civil

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

- a. Por concepto de **daño emergente**, solicita la suma de **cincuenta y dos millones ocho mil quinientos treinta y tres Y 00/28 soles (S/. 52, 008, 533.28)**
- b. Por concepto de **daño extrapatrimonial**, solicita la suma de **cincuenta y dos millones ocho mil quinientos treinta y tres Y 00/28 soles (S/. 52, 008, 533.28)**

Así, la suma de ambos conceptos, hacen un total de la suma de **ciento cuatro millones diecisiete mil sesenta y 00/56 soles (S/. 104, 017, 066.56)**.

El **factor de atribución**, que significa la justificación de la atribución de responsabilidad al causante del daño, conforme al artículo 1969 del Código Civil.

2.1.3. Luego, analizando el caso propiamente, señaló el juzgado, respecto del daño, que este, en concordancia con la norma del artículo 93 del Código Penal, debe disponerse la restitución del bien o su valor, además de la indemnización del daño. Y que, en la **Primera parte (Daño)**, en el presente caso, el daño económico está presente, en cuanto la empresa LAMSAC, en el proceso de reajuste de la tarifa del peaje, derivado del contrato de concesión materia de litis, en lugar de aplicar los ponderadores considerados en la cláusula 9.9. que oscilaban entre el 50% IPC (Índice de Precios al Consumidor) de la moneda en soles del Perú y el 50% del tipo de cambio de la moneda dólar americano, genera que elige utilizar unilateralmente, el ponderador del 100% de IPC, para efectuar los reajustes correspondientes al peaje del período comprendido entre el (05 de octubre del 2013) hasta el mes de diciembre del año 2013, en función del informe N° 303-2017 de la Contraloría General de la República.

2.1.4. Así, consideró que, en cuanto se refiere al monto de S/. 1,718,259 (Vehículos livianos) exceso en el período desde el 05 de octubre de 2013, hasta el 28 de diciembre de 2013, debe de remitirse a la información que obra (a fojas 404, tomo I) en el cuadro sobre el reporte de tráfico de vehículos desde el inicio de las operaciones (05 de octubre del 2013) hasta el mes de diciembre del año 2013. Según este reporte, en los distintos puntos de peaje establecidos por la concesionaria, respecto de vehículos livianos, han transitado 9,309,987 en ese período. En cuanto se refiere a los vehículos pesados, en ese mismo período han transitado 2,438,214. Entonces, en ese período (05/10/2013 a

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

28/12/2013) han transitado 11,748,201 vehículos, por los distintos puntos de peaje establecidos por la concesionaria.

2.1.5. Que, esta información del flujo de tráfico de vehículos, tiene plena validez, en cuanto ha sido proporcionada por la propia empresa Línea Amarilla SAC, a través de su apoderado Juan José García, a la Municipalidad Metropolitana de Lima, a través de la carta LAMSAC-MML N° 001-2017, que obra a fojas 392 del tomo I. Esta carta, tenía como referencia la carta N° 955-2016MML-GPIP-SGCPP de fecha 28/12/2016, precisando que la información del reporte del tráfico se presenta en forma discriminada, por tipo de vehículo: (i) vehículos livianos (light vehicles) y (ii) vehículos pesados (heavy vehicles) y en este último caso, por ejes (axis). Por lo tanto, esta información proporcionada por la empresa (que también la invoca el actor civil) es fiable.

2.1.6. También consideró el juzgado que en cuanto se refiere al monto de S/. 13,409,030 (Vehículos ligeros y vehículos pesados del período comprendido entre el 29/12/2013 hasta el 13 de diciembre de 2014, debe de remitirse a la información que obra (a fojas 416, tomo I) en el cuadro sobre el reporte de tráfico de vehículos desde el mes de enero a diciembre del año 2014. Según este reporte, en los distintos puntos de peaje establecidos por la concesionaria, respecto de vehículos livianos, han transitado 38'787,597 en ese período. En cuanto se refiere a los vehículos pesados, en ese mismo período han transitado 9'881,464. Entonces, en el año 2014, han transitado 48'669,061 vehículos. Así, dentro de esta cantidad de vehículos, se encuentran comprendidos los vehículos que han transitado en el período (29/12/2013 al 13/12/2014), por los distintos puntos de peaje establecidos por la concesionaria. Entonces, concluyó, que esta información del flujo de tráfico de vehículos, tiene plena validez, en cuanto ha sido proporcionada por la propia empresa Línea Amarilla SAC a la Municipalidad Metropolitana de Lima, a través de la carta LAMSAC-MML N° 001-2017, que obra a fojas 392 del tomo I.

2.1.7. Asimismo, ha considerado el juez, en cuanto se refiere al monto de S/. 1'783,686 (Vehículos ligeros y vehículos pesados del período comprendido entre el 14/12/2014

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

hasta el 31 de enero de 2015, debe de remitirse a la información que obra (a fojas 428, tomo I) en el cuadro sobre el reporte de tráfico de vehículos desde el mes de enero a diciembre del año 2015. Según este reporte, en los distintos puntos de peaje establecidos por la concesionaria, respecto de vehículos livianos, han transitado 39'914,111 en ese período. En cuanto se refiere a los vehículos pesados, en ese mismo período han transitado 9'757,772. Entonces, en el año 2015, han transitado 49'671,883 vehículos. Así, dentro de esta cantidad de vehículos, se encuentran comprendidos los vehículos que han transitado en el período (14/12/2014 al 31/01/2015), por los distintos puntos de peaje establecidos por la concesionaria. Entonces, esta información del flujo de tráfico de vehículos, tiene plena validez, en cuanto ha sido proporcionada por la propia empresa Línea Amarilla SAC, a la Municipalidad Metropolitana de Lima, a través de la carta LAMSAC-MML N° 001-2017, que obra a fojas 392 del tomo I. **De esta manera**, el total de exceso estimados (con IGV) calculado por los peritos de la Contraloría General de la república, en el Informe de Auditoría N° 303-2017-CG/MPROY-AC, (Auditoría de Cumplimiento) Municipalidad Metropolitana de Lima "Ejecución Contractual de la Concesión del Proyecto Línea Amarilla" (Período: 01 de marzo de 2009 al 31 de agosto de 2016), correspondiente al año 2017 y que LAMSAC ha cobrado indebidamente, resulta de la suma de S/. 1'718,259 + S/. 13'409,030 + S/. 1'783,686 = S/.16'910,974 (Con IGV). Asimismo, sin IGV, la suma asciende al monto de S/.14'331,334. Es así que, consideró razonable la forma de cálculo realizado por los peritos de la Contraloría General de la República, en cuanto han tenido como base la propia información otorgada por LAMSAC, además que se han remitido a las informaciones, datos y evidencias contenidas en Excel, para el cálculo de cada uno de los rubros referidos.

2.1.8. De ello, se tiene que se aplicó indebidamente la fórmula de reajuste de la tarifa del peaje, tomando solo como referencia el IPC (al 100%). De esta forma, se inobservó la cláusula 9.9. del referido contrato de concesión. Luego, conforme a las explicaciones de los peritos de la Contraloría General de la República, de acuerdo al cuadro 8, (que obra a fojas 124, tomo I) se refleja el exceso de compensación otorgada al concesionario, por un reajuste incorrecto del peaje.

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

2.1.9. Asimismo, la judicatura consideró que aquí también, la empresa LAMSAC, en el rubro compensación con peaje aplicado de S/. 3.39, solo ha aplicado como referencia, parámetro del 100 IPC (Índice de precios al consumidor) basándose solo en la moneda sol peruano, obteniéndose un monto de S/. 64 010 878. Ante ello, la comisión auditora, utilizando los parámetros de la cláusula 9.9. del contrato, teniendo como parámetros mínimos 50% variación del IPC-Perú y máximo de 50% variación del tipo de cambio del dólar americano (Promedio Superintendencia de Banca y Seguros) ha obtenido la suma de S/. 57 602 686. Por tanto, existe un exceso de compensación económica, ascendente a S/. 6 408 193. Así, sumando el total de exceso estimados (sin IGV) calculado por los peritos de la Contraloría General de la República, en el Informe de Auditoría N° 303-2017-CG/MPROY-AC, por aplicar LAMSAC, parámetros mayores al reajuste de incremento de tarifa, que asciende al monto de S/.14,331,334 + el monto de exceso de compensación económica, ascendente a S/. 6 408 193, resulta un total de veinte millones setecientos treinta y nueve mil quinientos veintisiete y 00/100 soles (S/. 20'739,527). Siendo este, el único monto que se estimó acreditado, debido a la idoneidad de las explicaciones de los peritos de la Contraloría General de la República, por haber acudido a las fuentes, en relación a los cobros en exceso, por indebido incremento de peajes, en el período comprendido entre el 05 de octubre de 2013, hasta el hasta el 31 de enero de 2015.

2.1.10. Luego, el juzgado señaló respecto de la acreditación del daño, en función a la pericia explicada por el perito del actor civil (Renzo Alejandro Martínez Ramírez) en el Informe N° 045-2019-MML-GPIP (Incremento tarifario de la línea amarilla) de fecha 06 de setiembre de 2019 (fojas 446 del tomo I) que comprende el período comprendido entre el mes de octubre de 2013 al mes de mayo de 2019), analizando los siguientes rubros:

- a) El perito ha explicado el gráfico (que obra a fojas 446 del tomo I) respecto de la variación del tipo de cambio (TC) y el índice de precios al consumidor (IPC Perú) variación porcentual anual. Explicó que respecto de la variación del tipo de cambio (sol vs. dólar americano) frente a la inflación media por el índice de precios al consumidor de Perú, observándose que, durante 116 meses, en el período

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

noviembre 2009 a junio de 2019 (desde la firma del contrato) la depreciación fue más volátil, creciendo en 1.38% promedio anual, mientras la inflación fue de 2.96 promedio anual (siempre positiva). Así, la judicatura considera que el Índice de Precios al Consumidor (IPC) representado por la moneda en soles, siempre ha sido más estable, a contraposición de la variación del tipo de cambio del dólar americano, que ha variado mucho.

Así, al referir LAMSAC, el reajuste solamente en función del 100% del IPC, su incremento de la tarifa, siempre le fue favorable, porque no incrementó en función también de variación del tipo de cambio del dólar americano. No obstante ello, en el momento en que la defensa técnica de LAMSAC, le pregunta sobre la fuente de su información, el perito (Renzo Alejandro Martínez Ramírez) responde que utilizó la tarifa base según contrato, (fs. 444 del tomo I) así como la estructura de financiamiento en base al cierre financiero del proyecto, entre otros, así como datos del tipo de cambio de la Superintendencia de banca y Seguros (SBS) datos de índice de precios al consumidor (IPC) de Perú y de Lima del Instituto Nacional de estadística e informática (INEI) incremento tarifario de acuerdo al acta de trato directo de octubre de 2014, estados financieros auditados del concesionario para los años 2013 a 2018 y el tráfico de vehículos ligeros y pesado, cuya fuente es el concesionario e INVERMET. Sin embargo, para el juzgado estos cálculos no han sido sustentados ni explicados, por lo que, al no ser una fuente sólida, no le generó certeza ni ser fuente confiable.

- b) También ha referido el juzgado que el perito, ha explicado la existencia de tres escenarios (fojas 448 y tabla N° 2 de fojas 449 del tomo I).

Así, respecto al escenario N° 1, ha referido que la interpretación del concesionario en el cual aplica un ponderador en moneda nacional del 100 %, un ponderador en moneda extranjera de 0% y se admiten los acuerdos del acta de trato directo de 2014 (se aplica únicamente por la inflación y vigente en la actualidad).

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

Escenario N° 2, La aplicación del ponderador en moneda nacional del 50%, ponderador de moneda extranjera de 50% y se admiten los acuerdos del acta de trato directo de 2014 (balanceado por depreciación y la inflación admitiendo los acuerdos del ATD).

Escenario N.º 3, Aplicación del contrato, en la cual se aplica un ponderador en moneda Nacional del 50% un ponderador en moneda extranjera del 50 % y no se admiten los acuerdos del acta de trato directo de 2014 (Propuesta de la MML durante el proceso de evaluación conjunta con LAMSAC) mientras se revisa la validez del monto y se estudian mecanismos de compensación que no trasladen los costos al usuario. De esta forma, el perito indicó que los dos primeros escenarios no eran favorables a ambas partes y estaba fuera del acuerdo. En cambio, respecto al tercer escenario, era el correcto, porque se aplicaba los ponderadores del 50% IPC y 50% TC, conforme a la cláusula 9.9. del contrato. Sin embargo, con la aplicación de los ponderadores ya detallados, la judicatura estimó que el perito Renzo Alejandro Martínez Ramírez no explicó mostrando los datos de cantidad de vehículos transitados, lo que hace inviable adoptar una posición, respecto de su propuesta pericial.

- c) El perito, cuando explicó la tabla 3, que contiene 3 escenarios (fojas 450 del tomo I). Así, en el mes de octubre 2013, la tarifa al inicio de la explotación de la concesión debió ser de S/ 3.80; ósea S/. 0.20 menos de los que el concesionario cobró, coincidiendo esta para los escenarios 2 y 3. Así, -refiere el perito- desde el mes de octubre de 2013, a enero de 2019, la concesionaria cobró más de lo pactado. No obstante, estas explicaciones, para el juzgado fueron escenarios hipotéticos, que, en relación a la fuente, no han sido contrastados.
- d) Luego, el perito, ha explicado el gráfico 3, (fojas 451 del tomo I). En el mismo, a través de gráficos estadísticos, tipo polígono (Evolución mensual de los ingresos según escenarios de ajuste tarifario en millones de soles, sin IGV), justificó los escenarios 1, 2 y 3, para indicar que los ingresos adicionales estimados son de S/.

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

52' 008,533.28 (Sin IGV) monto que LAMSAC, cobró indebidamente, por no haber observado la cláusula 9.9. del contrato. Sin embargo, el juzgado consideró que estas operaciones efectuadas por el perito en referencia, no tienen una adecuada fuente de cálculo, porque no lo ha señalado y que, en relación al período del mes de octubre de 2013 al mes de mayo de 2019, no se encuentra acreditado el monto que, por ampliación de reparación civil, estaba solicitando la procuraduría, a favor del Estado, en base a la sustentación del perito Renzo Alejandro Martínez Ramírez.

2.1.11. Por otro lado, respecto a la imputabilidad, señaló el juzgado que, en el presente caso, el procesado Domingo Arzubialde Elorrieta es plenamente capaz desde el derecho civil, para responder por el ilícito civil. Asimismo, la empresa LAMSAC (Ahora LIMEX) también es una persona jurídica que puede responder plenamente por las consecuencias civiles.

2.1.12. Sobre la antijuricidad, señaló que el daño causado a la entidad agraviada – El Estado-, representada por la Municipalidad Metropolitana de Lima, no está justificado en el ordenamiento jurídico, pues la conducta realizada por el señor Domingo Arzubialde Elorrieta y la empresa LAMSAC, no se justifican desde ningún punto de vista jurídico.

2.1.13. Respecto al nexo causal, señala el juzgado que se ha acreditado que, tanto el señor Domingo Arzubialde Elorrieta por haber autorizado el inicio de la explotación con reajuste indebido, como por parte de la empresa LAMSAC, al haber optado únicamente por aplicar el 100% en el incremento de IPC, han materializado el incremento del reajuste tarifario del peaje, con detrimento final en el usuario, ambas personas (natural y jurídica), realizaron un aporte ilícito con dolo civil, para materializar el daño, en perjuicio del Estado.

2.1.14. Asimismo, en cuanto al **factor de atribución,** señaló el juez que no existe supuesto de hecho alguno, que justifique que el señor Domingo Arzubialde Elorrieta y la empresa



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

LAMSAC, respondan civilmente por el incremento indebido de las tarifas del peaje, señalando que:

Primero: En el presente caso, la sentencia debe disponer fundada en parte el objeto civil, respecto de la pretensión del objeto civil (reparación civil -en relación a la restitución del bien-) formulada por el estado peruano – actor civil- (representado por la procuraduría ad hoc para los casos de Odebrecht y otras) contra la empresa línea amarilla sociedad anónima cerrada –Lamsac-) (ahora lima expresa sociedad anónima cerrada –Limex-) y contra el sentenciado Domingo Arzubialde Elorrieta; en consecuencia, dispongo que ambos sujetos procesales, cumplan con pagar solidariamente la suma de veinte millones setecientos treinta y nueve mil quinientos veintisiete y 00/100 soles (s/. 20,739,527) más los intereses legales, a favor del Estado peruano (representado por la procuraduría *ad hoc* para los casos de Odebrecht y otras), una vez consentida o ejecutoriada que sea la presente sentencia, en ejecución de sentencia, esto, respecto del período en el cual la pericia de la Contraloría General de la República se ha pronunciado en el Informe 303-2017.

Segundo: en el presente caso, la sentencia declaró infundado el objeto civil, respecto de la pretensión del objeto civil, en relación a la restitución del bien, formulada por el Estado peruano – actor civil- (representado por la procuraduría *ad hoc* para los casos de Odebrecht y otras) contra la empresa Línea Amarilla Sociedad Anónima Cerrada –LAMSAC-) (ahora Lima Expresa Sociedad Anónima Cerrada –LIMEX-) y contra el sentenciado Domingo Arzubialde Elorrieta; en consecuencia, dispuso no ha lugar que ambos sujetos procesales, cumplan con pagar solidariamente la suma de cincuenta y dos millones ocho mil quinientos treinta y tres y 00/28 soles (s/. 52'008,533.28) que el actor civil denominó daño emergente en los alegatos de clausura. Aclarando que, únicamente deben pagar el monto dispuesto anteriormente por concepto de restitución del bien, relacionado a la pericia de Renzo Alejandro Martínez Ramírez.

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

Tercero: En este extremo, fijó el quantum indemnizatorio del monto analizado por los peritos de la Contraloría General de la República, ascendente al monto de veinte millones setecientos treinta y nueve mil quinientos veintisiete y 00/100 soles (S/. 20'739,527). Por tanto, efectuando un cálculo prudente en este caso, la judicatura estimó que debe disponerse que ambos sujetos procesales, es decir, Domingo Arzubialde Elorrieta y LAMSAC, paguen solidariamente la suma de CINCO MILLONES Y 00/100 soles (S/. 5'000,000.00) más los intereses legales, a favor del Estado peruano (Representado por la Procuraduría *Ad Hoc* para los casos de Odebrecht y otras), una vez consentida o ejecutoriada que sea la presente sentencia, en ejecución de sentencia.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN DE LA PROCURADURÍA PÚBLICA

3.1. La Procuraduría Pública solicita que se revoquen los extremos de la sentencia que:

2).- *Declara INFUNDADA la pretensión del objeto civil (REPARACIÓN CIVIL en relación a la RESTITUCIÓN DEL BIEN-) formulada por el ESTADO peruano – actor civil- (Representado por la Procuraduría Ad Hoc para los casos de Odebrecht y otras) contra la EMPRESA LÍNEA AMARILLA SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA – LAMSAC-) (Ahora Lima Expresa Sociedad Anónima Cerrada –LIMEX-) y contra el sentenciado Sr. DOMINGO ARZUBIALDE ELORRIETA; en consecuencia, dispongo NO HA LUGAR, que ambos sujetos procesales, cumplan con pagar solidariamente la suma de CINCUENTA Y DOS MILLONES OCHO MIL QUINIENTOS TREINTA Y TRES Y 00/28 SOLES (S/. 52, 008, 533.28) que el actor civil, denominó daño emergente, en los alegatos de clausura. Aclarándose que únicamente, deben pagar el monto dispuesto en la primera parte decisoria de esta sentencia, por concepto de restitución del bien.*

4).- *Declara INFUNDADA la pretensión del objeto civil (INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS- en relación a la RESPONSABILIDAD CIVIL*

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

EXTRA CONTRACTUAL-) formulada por el ESTADO peruano – actor civil- (Representado por la Procuraduría Ad Hoc para los casos de Odebrecht y otras) contra la EMPRESA LÍNEA AMARILLA SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA – LAMSAC-) (Ahora Lima Expresa Sociedad Anónima Cerrada –LIMEX-) y contra el sentenciado Sr. DOMINGO ARZUBIALDE ELORRIETA; en consecuencia, dispongo NO HA LUGAR, que ambos sujetos procesales, cumplan con pagar solidariamente la suma de CINCUENTA Y DOS MILLONES OCHO MIL QUINIENTOS TREINTA Y TRES Y 00/28 SOLES (S/. 52, 008, 533.28) que el actor civil, denominó daño extrapatrimonial, en los alegatos de clausura. Aclarándose que únicamente, deben pagar el monto dispuesto en la tercera parte decisoria de esta sentencia, por concepto de responsabilidad extracontractual.

Y, **REFORMÁNDOLA**, se declare:

2).- FUNDADA la pretensión del objeto civil (reparación civil en relación a la restitución del bien-) formulada por el Estado peruano – actor civil- (Representado por la Procuraduría Ad Hoc para los casos de Odebrecht y otras) contra la Empresa Línea Amarilla Sociedad Anónima Cerrada – LAMSAC-) (Ahora Lima Expresa Sociedad Anónima Cerrada –LIMEX-) y contra el sentenciado Domingo Arzubialde Elorrieta; en consecuencia, SE ordene que ambos sujetos procesales, cumplan con pagar solidariamente la suma de cincuenta y dos millones ocho mil quinientos treinta y tres y 00/28 soles (S/. 52, 008, 533.28) por concepto de daño emergente.

4).- FUNDADA la pretensión del objeto civil (indemnización de los daños y perjuicios- en relación a la responsabilidad civil extracontractual-) formulada por el Estado peruano – actor civil- (Representado por la Procuraduría Ad Hoc para los casos de Odebrecht y otras) contra la Empresa Línea Amarilla Sociedad Anónima Cerrada – LAMSAC-) (Ahora Lima Expresa Sociedad Anónima Cerrada –LIMEX-) y contra el sentenciado Domingo Arzubialde Elorrieta; en consecuencia, se ordene que ambos sujetos procesales, cumplan con pagar solidariamente la suma de



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

cincuenta y dos millones ocho mil quinientos treinta y tres y 00/28 soles (S/. 52'008,533.28) por concepto de daño extrapatrimonial.

En ese sentido, señaló como **primer agravio** que, la sentencia le impide acceso a la tutela jurisdiccional efectiva, al negarle la posibilidad de que se le otorgue un quantum indemnizatorio acorde a la acreditación del daño que se ha dado durante el juicio.

Por otro lado, como **segundo agravio**, señala que, la sentencia se ha pronunciado de manera incorrecta, respecto a los términos como se ha desarrollado el juicio de responsabilidad, en materia de daño patrimonial y extrapatrimonial, conforme a su pretensión y conforme a lo que se ha acreditado en el juicio.

Dichos puntos los argumenta de la siguiente forma:

Respecto al daño patrimonial:

Señala que la sentencia de primera instancia le agravia en diversos pasajes del considerando 47, al señalar que *el perito ha explicado en la tabla 3 la existencia de 3 escenarios (fojas 450 del tomo I). En el sentido de que, en el mes de octubre de 2013 la tarifa al inicio de la explotación de la concesión debió ser de S/. 3.80, o sea, S/. 0.20 menos de los que el concesionario cobró, coincidiendo esta para los escenarios 2 y 3. Esteo es, que, desde el mes de octubre de 2013 a enero de 2019, la concesionaria cobró más de lo pactado y que para la judicatura son escenarios hipotéticos, porque, en relación a la fuente, tampoco ha dado explicaciones el perito.*

Asimismo, hace referencia el recurrente al considerando 47, en donde la judicatura consideró que estas operaciones efectuadas por el perito, no tienen una adecuada fuente de cálculo, por lo que estimó que, en relación al período del mes de octubre de 2013 al mes de mayo de 2019, no se encuentra acreditado el monto que, por ampliación de reparación civil, estaba solicitando la procuraduría, a favor del Estado, en base a la sustentación del perito Renzo Alejandro Martínez Ramírez.



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

Señala en otro punto el procurador público que, la sentencia se pronuncia de manera incorrecta sobre su pretensión de daño extrapatrimonial, contenido en el fundamento 128, en el extremo referido al daño, que en la sentencia se identifica como “Segunda Parte (Daño), en la página 132 *in fine*, se desarrolla en las páginas 136 a 137 primer párrafo.

Así, el extremo 3).- de la decisión que declara fundada en parte la pretensión del objeto civil (indemnización de los daños y perjuicios, en relación a la responsabilidad civil extracontractual y otorga un pago solidario de S/ 5'000,000.00 (cinco millones de soles).

Y, el extremo 4).- declara infundada la pretensión del objeto civil (indemnización de los daños y perjuicios- en relación a la responsabilidad civil extracontractual-) formulada por el Estado peruano –actor civil- (representado por la Procuraduría Ad Hoc para los Casos Odebrecht y otras).

Estos fundamentos que causan agravio en el extremo del **daño extrapatrimonial**, se encuentran en la sentencia en el extremo que se ha denominado A).- El Daño – Pretensión del objeto civil (indemnización de los daños y perjuicios en relación a la responsabilidad civil extracontractual).

Como **tercer agravio**, señala la Procuraduría Pública que, **en la sentencia recurrida se ha configurado una confusión entre dos conceptos, el daño y la cuantificación de la reparación civil para resarcir el daño producido**. En ese sentido, el daño es una alteración negativa del estado patrimonial o personal de un sujeto previo a la afectación producida. En tal medida, para que se verifique la responsabilidad civil se debe constatar que se ha producido una alteración negativa del estado del sujeto afectado, ya sea un caso de daño patrimonial (daño emergente o lucro cesante) o que se trate de un caso de daño extrapatrimonial (daño moral o daño a la persona). Distinta es la noción de cuantificación de la reparación civil del daño, pues la acreditación del daño constituye un requisito para



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

determinar la responsabilidad civil, pero una vez determinada esta, entra a tallar la cuestión de a cuánto asciende el monto que se pagará por la afectación producida, es decir, un punto controvertido es, si existe daño, así como los demás requisitos del juicio de responsabilidad, y si por tanto, la contraparte es responsable civil; siendo una discusión diferente, en cuánto se cuantifica la reparación civil del que ya es considerado responsable.

Señala el recurrente que, lo que ha ocurrido en el caso de la sentencia apelada, es que el juez **consideró acreditado el daño patrimonial, en términos de daño emergente, pero al considerar que la cuantificación no era la adecuada, terminó por sentenciar porque no había daño durante el tiempo que va después de lo analizado por el Informe de Contraloría, esto es, desde el 31 de enero de 2015 hasta mayo de 2019;** confundiéndose así, la idea del daño con la de su cuantificación, causándole agravio, dejando al Estado privado de la reparación civil que se merecía por el reajuste ilegal producido hasta mayo de 2019, como si este no hubiera ocurrido, a pesar de haberse corroborado el reajuste ilegal de la tarifa de peaje y de los ingresos ilegales recibidos durante todo el periodo que va de 2013 a 2019.

Agrega que, en lo referido a **Domingo Arzubialde Elorrieta**, se logró determinar en la sentencia que este actuó de forma ilegal cuando en su condición de gerente de la GPIIP, aprobó la formula del reajuste tarifario propuesta por LAMSAC en contra de lo previsto en la cláusula 9.9 del Contrato de Concesión, aceptándose la aplicación únicamente del ponderador de 100% del IPC.

Señaló también que, **respecto a LAMSAC, se ha acreditado su actuar ilegal cuando solicitó la aprobación a Domingo Arzubialde Elorrieta del reajuste de la tarifa de peaje en términos contrarios a la clausula 9.9 del contrato de concesión, así como, aplicar dicho reajuste a la tarifa de peaje en los servicios de cobro de la Vía Expresa Línea Amarilla, una vez obtenido la autorización del inicio de la explotación de obra, vulnerando los términos del contrato referido.**



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

Indica el procurador público que, la acreditación de los hechos generadores del daño cometidos por parte de Domingo Arzubialde Elorrieta y LAMSAC, a su vez corroboraron que el reajuste ilegal de la tarifa de peaje generó un margen de ingreso adicional ilegal para LAMSAC de S/. 0.20 (veinte céntimos), enriqueciéndose indebidamente, lo que ha sido acreditado en la sentencia. **En tal sentido, la acreditación de los hechos ilegales también conllevó la acreditación del daño patrimonial producido, esto es, del daño emergente derivado del margen de ingresos ilegales adicionales.**

Además, señala el procurador público como **cuarto agravio**, al otorgársele solo una parte de su pretensión de daño patrimonial, pues no puede pretenderse que solo se ha producido entre el año 2013 al 2015 (que comprende el periodo del informe de Contraloría) **sino que alcanza todo el periodo comprendido entre el año 2013 al 2019**, pues la generación de ingresos indebidos producto de la percepción diferencial de S/. 0.20 no solo duró entre el año 2013 al 2015, sino que continuó en el tiempo hasta el año 2019. No obstante, la sentencia señala de manera incorrecta al considerar que entre el año 2013 al 2015 sí hay un reajuste ilegal de tarifa de peaje y ganancias ilegales producidas a la empresa, exonerando de responsabilidad injustificadamente a Domingo Arzubialde Elorrieta y LAMSAC por las ganancias producidas del 2015 al 2019, cuando es claro que en este periodo también se produjeron ganancias indebidas que tienen su origen en el reajuste ilegal de la tarifa de peaje producido en el 2013, siendo el periodo de 2015 al 2019 la continuación de la ilegalidad y del daño generado desde el 2013. **Que, tampoco se ha establecido en la sentencia recurrida que el reajuste de la tarifa, así como el daño (beneficio indebido derivado de los ingresos adicionales) solo duró el tiempo de análisis comprendido en el informe de Contraloría que va desde el 5 de octubre de 2013 al 31 de enero de 2015, ni que el reajuste de la tarifa cesó el 31 de enero de 2015 o que dicho reajuste fue corregido por LAMSAC.** En todo caso, la sentencia da por acreditado el reajuste ilegal de la tarifa de peaje realizada en el año 2013, así como el ingreso ilegal de S/. 0.20 (veinte céntimos) por cada cobro realizado, quedando claro que el reajuste ilegal, **así como los beneficios indebidos siguieron**



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

generándose hasta el 2019, continuándose con el daño, sin embargo, tanto Domingo Arzubialde Elorrieta como LAMSAC han sido exonerados de responsabilidad por los beneficios producidos en el lapso comprendido entre el 1 de febrero de 2015 hasta 2019, generando agravio.

Agrega la Procuraduría Pública como **quinto agravio**, que, en la recurrida, hay una vulneración al **principio de la carga de la prueba**, pues la Procuraduría Pública acreditó la ilegalidad del hecho original que produce los daños hasta el 2019 y la otra parte no ha ofrecido medios probatorios que demuestren que no se cometió un reajuste ilegal de la tarifa de peaje, ni que los beneficios ilegales derivados de los S/. 0.20 adicionales cobrados por cada unidad que transitaba el peaje habían cesado el 1 de febrero de 2015, tampoco que habían revertido el ajuste ilegal producido en 2013 y que ya no se hacían cobros percibiendo ingresos adicionales ilegales. En todo caso, la exoneración de responsabilidad tanto de LAMSAC como de Domingo Arzubialde Elorrieta, produce agravio.

También señala el procurador público que, conforme lo establece el artículo 1332 del Código Civil, el juez debe fijar el resarcimiento del daño en caso no pudiera ser probado su monto preciso, con una valoración equitativa. Resalta su importancia el recurrente al señalar que en la sentencia se indica que, en el periodo del 1 de febrero de 2015 a mayo de 2019 se había mantenido el reajuste integral de la tarifa de peaje.

Sobre el daño extrapatrimonial

Señala el apelante que, en la sentencia no hay una valoración de los fundamentos que sustentan su daño extrapatrimonial, al no tener en consideración la naturaleza del daño extracontractual, habiendo solamente determinado el monto del mismo en la suma de cinco millones de soles, muy por debajo de su pretensión.

Así, habiéndose acreditado un perjuicio patrimonial que justificó la restitución de S/. 20'739,527 (veinte millones setecientos treinta y nueve mil quinientos veintisiete soles)



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

de manera solidaria por parte de los demandados, se tiene por acreditado a su vez que se ha producido un daño a la identidad institucional del Estado, cuya existencia presupone la sola lesión de un derecho constitucionalmente garantizado y por consiguiente prescinden de cualquier materialización concreta sobre las repercusiones concretas que tal lesión ha tenido sobre la vida de la víctima.

En ese sentido, como **quinto agravio**, la sentencia no ha tenido en consideración los fundamentos en materia de responsabilidad civil derivada de delitos de corrupción que han sido expuestos de manera clara al momento de proponer **la ampliación de la pretensión**, en el extremo del daño extrapatrimonial (cuarta pretensión) que en los alegatos de clausura fueron sustentados con jurisprudencia emitida por la Corte Suprema en la sentencia casatoria n.º 189-2019-Lima Norte, donde se otorga reparación civil por los daños extrapatrimoniales derivados de delitos de corrupción de funcionarios.

Señala también que, el daño extrapatrimonial se ha producido en cuanto se afecta la confianza que tienen los ciudadanos en el Estado, específicamente en los funcionarios de la Municipalidad Metropolitana de Lima, habiéndose favorecido a la empresa LAMSAC con el aumento de sus ganancias indebidas derivado del reajuste ilegal de la tarifa del peaje, cuantificándose esta afectación en la suma de S/. 52'008,533.28 (cincuenta y dos millones ocho mil quinientos treinta y tres con 28/100 soles). Es así que, el Estado como persona jurídica y sujeto de derecho es titular del derecho a la identidad, en esa línea, el derecho a la identidad institucional del Estado constituye un derecho de la personalidad, cuya lesión se encuentra comprendida en el Código Civil (artículo 1321º y artículo 1985º) como un caso de daño a la persona, que es toda aquella vulneración o lesión de uno de los atributos extrapatrimoniales de los sujetos de derecho, ya sea uno de los atributos vinculados a la naturaleza psicosomática o al libre desarrollo de la personalidad.

Agrega que, en este caso aparece el carácter *in re ipsa* de los daños generados a los atributos de la personalidad como el derecho de la identidad, se debe apreciar que existen supuestos en los cuales la tutela resarcitoria no surge como el resultado de un análisis de las consecuencias de un evento, pues hay circunstancias en las cuales el



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

juzgador está comprometido a conceder la tutela resarcitoria por el solo hecho de comprobar el daño, o sea, la lesión al interés. Cuando esto tiene lugar, se sostiene que el daño está *in re ipsa* (en las cosas mismas) y que, por lo tanto, el evento en sí debe ser considerado como premisa suficiente para el resarcimiento que se concederá.

En ese sentido se señala que, para los daños derivados de los derechos de la personalidad, cuando la víctima sea la persona misma que sufrió la lesión, se comprueba la existencia del daño moral *in re ipsa*. En tal sentido, el sustento de su pretensión sobre daño extrapatrimonial se basa en el criterio de equidad, en las funciones de la responsabilidad civil, así como en los criterios de cuantificación del daño a la identidad institucional del Estado, tal y como se han plasmado en la Casación n.º 189-2019-Lima Norte. Por lo que, en el caso del daño extrapatrimonial, dada la naturaleza no monetaria de los derechos lesionados, como el derecho a la identidad institucional del Estado, la cuantificación del daño derivado de la lesión de tal derecho en contra del sujeto perjudicado, debe ser determinado por el juzgador aplicando una serie de criterios basados en la discrecionalidad judicial, las circunstancias particulares, subjetivas y objetivas del caso, que le ayuden a dimensionar la entidad, alcances y profundidad del daño producido, en este caso, a determinar el nivel de desprestigio generado en contra del Estado por los hechos ilícitos cometidos por Domingo Arzubialde Elorrieta.

Después, el recurrente hace referencia al artículo 1984 del Código Civil, para resaltar que aquí se establece que el juez en caso de daño moral (que comprende tanto el daño moral en sentido estricto -referido al nivel de aflicción, dolor o angustia generada-, como al daño moral en sentido amplio, -entendido como la lesión a los derechos de la personalidad, también denominados daño a la persona-), determina el monto indemnizatorio tomando en cuenta la magnitud y el menoscabo producido en la víctima. Entonces concluye que, el juzgador debe medir el daño a la identidad institucional del Estado basado en el criterio de la equidad y en el análisis de las circunstancias concretas del caso; y para ello, debe hacer uso de los criterios que la jurisprudencia ha tenido en consideración, como criterios de cuantificación aplicables a efectos de determinar el

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

grado de culpabilidad en el que incurrió el dañante, el grado de difusión mediática del acto de corrupción, el grado de jerarquía de los funcionarios públicos involucrados, el grado de importancia social de la función pública defraudada y el grado de envergadura del proyecto involucrado.

Finalmente, señala que la sentencia no ha tenido en consideración los fundamentos escritos ni oralizados en los alegatos de apertura y de clausura, donde evidencia la necesidad de establecer un monto resarcitorio como daño extrapatrimonial, no solo teniendo en consideración los criterios desarrollados, sino que además por la existencia de un daño, cuya existencia se materializa desde el hecho que impone a **Domingo Arzubialde Elorrieta** una pena privativa de la libertad superior a los cuatro años por su actuar delictivo en el ilegal reajuste de las tarifas del peaje, en concurrencia con LAMSAC y a la determinación de un daño patrimonial que deben pagar ambos sujetos procesales, existiendo una indebida valoración para el cálculo del daño extrapatrimonial, lo que ha generado la imposición de una suma ínfima respecto a su pretensión.

IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN DE LIMA EXPRESA S.A.C. (ANTES LÍNEA AMARILLA S.A.C.)

El recurrente solicita se revoque la sentencia y se declare infundada la pretensión civil de la Procuraduría Pública en todos sus extremos o subsidiariamente, reduzca el monto de la reparación civil otorgada, ordenando se descuenten de lo otorgado el 7% de la retribución al concedente, así como el impuesto a la renta y la participación de los trabajadores.

Asimismo, señala que en la recurrida se presenta:

1. Como **primer agravio** señala la **Inobservancia de la motivación**, pues la sentencia impugnada no cumple con el artículo 394° del Código Procesal Penal, que exige una motivación clara y completa de los hechos y circunstancias probadas, puesto que, la falta de precisión sobre el daño extrapatrimonial impide cuestionar adecuadamente la

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

decisión. Señala que, la inobservancia de la motivación en la sentencia impugnada constituye una violación del derecho a una decisión debidamente fundamentada, tal como lo establece el artículo 139° de la Constitución Política del Perú y que la falta de motivación o la motivación aparente no solo impide entender las razones detrás de la decisión, sino que también le genera indefensión.

En ese sentido, destaca que la sentencia no proporciona explicaciones mínimas sobre el daño extrapatrimonial, ni establece un nexo causal entre el hecho antijurídico de LIMEX y dicho daño. Esta ausencia de fundamentación impide que la parte apelante ejerza su **derecho de defensa de manera efectiva**, ya que no puede cuestionar adecuadamente la decisión judicial sin conocer los argumentos que la sustentan. Concluye este punto indicando que, es necesario revocar la sentencia y atender la debida motivación como un **principio fundamental del debido proceso**.

2. Sobre la ampliación de pretensiones: Se menciona que la Procuraduría postuló una ampliación de las pretensiones con relación a la reparación civil, que no fue adecuadamente considerada. La resolución n.° 13 del 20 de agosto de 2021 declaró improcedente la nulidad sobre la ampliación, lo que significa que la reserva de ampliación carece de sustento. Indica que, de acuerdo con el artículo 387° inciso 2 del Código Procesal Penal, **la ampliación de pretensiones solo es procedente si surgen nuevas razones que justifiquen un aumento en la reparación civil**. En este caso, no se presentaron tales nuevas razones, lo que llevó al juzgado a desestimar la solicitud de ampliación de la Procuraduría. Por lo tanto, la pretensión ampliatoria no tiene sustento y debe ser declarada infundada, pues al concederse, **se dispuso que el monto total por concepto de reparación civil sea superior a la pretensión resarcitoria de la Procuraduría Pública, resolviendo así el juzgado, más allá de lo solicitado**.

3. Como **segundo agravio**, la sentencia incurre en error al considerar otorgar una reparación civil que no se alinea con los principios de congruencia y proporcionalidad, sosteniendo que la sentencia no tuvo en cuenta que LIMEX cobró 14.8 millones de soles

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

menos a los usuarios de la "Línea Amarilla" en comparación con lo que debería haber cobrado, sin perjuicio de considerar que ya que el monto total ordenado a pagar supera los S/. 25'739,527.00 soles, que es la cifra que la Procuraduría había solicitado en su pretensión. Esto se presenta como un argumento para reducir el monto de la reparación civil otorgada.

Argumentó que la Corte Suprema, en decisiones anteriores, ha enfatizado la importancia de que la reparación civil se ajuste a las pretensiones expresadas por las partes, evitando así situaciones de **ultra petita**, donde se otorgan montos que no fueron solicitados. En este contexto, hizo referencia a la Casación N.º 1447-2017-PIURA, que resalta la necesidad de que las decisiones judiciales se basen en las solicitudes específicas de las partes involucradas y en esa dirección, se tiene que, al momento de fijar la reparación civil, no se consideraron adecuadamente los ingresos que LIMEX dejó de percibir, lo que podría haber influido en la cuantía final. Se argumenta que la falta de consideración de estos factores económicos y la incorrecta aplicación de los criterios de cálculo de la reparación civil resultan en un monto que no refleja la realidad de la situación, por lo que, la reparación civil debe ser revisada y ajustada para que se corresponda con la pretensión original de la Procuraduría y con los principios de justicia y equidad, evitando así la imposición de cargas excesivas que no se fundamentan en las pruebas y argumentos presentados durante el proceso.

5. Como **tercer agravio**, señala la **falta de claridad en la sentencia sobre los criterios utilizados** para determinar el monto de la reparación civil; punto crítico que se destaca, ya que impide que la parte apelante comprenda las razones detrás de la decisión. Aquí, el recurrente solicita revocar la sentencia recurrida y se declare infundada la pretensión civil de la Procuraduría en todos sus extremos, o subsidiariamente, que se reduzca el monto de la reparación civil otorgada. Se solicita que se revoque la sentencia impugnada en su totalidad, argumentando que la Procuraduría no ha presentado pruebas suficientes que respalden la cuantía de la reparación civil impuesta. Además, que la resolución no aborda adecuadamente las alegaciones de las partes, lo que resulta en una **falta de motivación**



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

que afecta el derecho a una defensa efectiva. La falta de claridad en la sentencia sobre los criterios utilizados para determinar el monto de la reparación civil es otro punto crítico que se destaca, ya que impide que la parte apelante comprenda las razones detrás de la decisión.

En caso de que la revocación total no sea concedida, se solicita subsidiariamente una reducción del monto de la reparación civil, puesto que, el monto de S/. 6'408,193.00, que se considera un "exceso de compensación otorgada al concesionario por un reajuste incorrecto", debe ser descontado de la reparación civil total con la finalidad de que se imponga una carga desproporcionada a LIMEX, pues no solo existe una **falta de motivación sobre la cuantía de la reparación civil que genera un agravio adicional**, sino que no se explica adecuadamente por qué se considera que existe un daño extrapatrimonial que justifique el monto asignado. Entonces, para garantizar un proceso justo y equitativo, es fundamental que el tribunal revise y ajuste la cuantía de la reparación civil, ya sea mediante la revocación total de la sentencia o a través de una reducción sustancial del monto impuesto.

V. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN DE DOMINGO ARZUBIALDE ELORRIETA

La defensa del procesado Domingo Arzubialde Elorrieta solicitó que se declare nula la sentencia, por afectación al derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, basando su impugnación en los siguientes agravios: **1) la falta de congruencia entre la pretensión civil pretendía por el Estado por concepto de daño patrimonial y lo resuelto en la sentencia, 2) ausencia de motivación respecto a la pretensión civil concedida al Estado por concepto de daño extrapatrimonial, 3) ausencia de pronunciamiento respecto al hecho constitutivo del daño y la relación de nexo causal por ausencia de competencia funcional del recurrente como gerente de la Promoción de la Inversión Privada, 4) ausencia de pronunciamiento respecto a la legitimidad de la Procuraduría Pública para solicitar la reparación civil a favor de los usuarios del peaje de la Línea**



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

Amarilla y 5) la no valoración de los órganos de prueba y documentación actuada en juicio para la determinar el factor de atribución, y consecuentemente una correcta cuantificación del daño respecto a su patrocinado.

Materializa sus agravios indicando que, se presenta **la falta de congruencia en la sentencia**, pues declara fundada la pretensión del objeto civil disponiendo el pago de S/. 20'739,527 (veinte millones setecientos treinta y nueve mil quinientos veintisiete soles), más los intereses legales, pero esta conclusión no se deriva de manera lógica de las premisas postuladas, lo que evidencia que el *a quo* al resolver dicha pretensión **se ha excedido respecto a lo peticionado por la Procuraduría Pública**. Presentándose así, una clara **vulneración a la debida motivación de las resoluciones, en el extremo de la motivación sustancialmente incongruente**, conforme lo señaló el Tribunal Constitucional en al expediente 728-2008-PHC-TC, fundamento 7, literal e y en el mismo sentido, la Casación 1137-2019-Lima, fundamento noveno, por el cual estableció que el derecho a tutela jurisdiccional requiere que los jueces brinden una decisión razonada, examinando lo que se solicita, estima o desestima.

Indicó que, se debe tener en cuenta el origen de la causa, justificada por la sentencia de vista que declaró nula la sentencia de primera instancia en el extremo de la reparación civil en razón a la **afectación al derecho a la debida motivación por falta de motivación respecto al daño patrimonial y por deficiencia en la motivación externa en el daño patrimonial**, atendiendo a que no se había tomado en cuenta los criterios recogidos en la Casación 657-2014-Cusco, así como el Acuerdo Plenario 6-2006/CIJ-116, referido a que, *para la cuantificación del daño ocasionado se debe tener en cuenta aspectos relevantes como la gravedad del ilícito, la modalidad de la realización y medida de la ventaja conseguida, 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*.

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

Es así que, en el caso de la sentencia recurrida **se evidencia la estimación del calculo del daño extrapatrimonial en base a un cálculo prudente del *a quo* sin expresar las razones que la justifican**, situación que a la luz de la sentencia 728-2008-HC del Tribunal Constitucional, configura un supuesto de inexistencia de motivación o motivación aparente; al no brindarse las razones mínimas que sustentan la decisión sobre el extremo del daño extrapatrimonial como consecuencia de la reparación civil.

También destaca **la ausencia de pronunciamiento respecto al hecho constitutivo del daño y la relación de nexo causal por ausencia de competencia funcional del recurrente como gerente de la promoción de la inversión privada** y argumenta que tanto en alegatos de apertura, desarrollo del juicio y alegatos de clausura, se ha sostenido que la competencia de supervisión respecto a si el reajuste tarifario era conforme al contrato o no, era exclusivamente de INVERMET y no de la Gerencia de Promoción de la Inversión Privada. Sin embargo, el *a quo* se limitó a describir las funciones de INVERMET, sin otorgar algún valor probatorio, más aún si conforme el mismo contrato de concesión, se tiene que la cláusula 15.3 establece que INVERMET tiene, como ente supervisor, competencia para supervisar, hacer seguimientos y controles de las obligaciones legales, contractuales, técnicas y administrativas del contrato de concesión, además que en dicha cláusula contractual se hace referencia a la Ordenanza Municipal N.º 799, el cual también fue reseñada durante todo el juicio oral atendiendo al valor que tiene dicha ordenanza, toda vez que la misma, establece las funciones que tenía INVERMET en el Contrato de Concesión, siendo una de ellas, el de “velar por el cumplimiento del sistema tarifario peajes”, circunstancia que no recibió pronunciamiento del *a quo*. En esa línea, se ha probado en juicio que la competencia de supervisar si el reajuste tarifario es conforme al contrato o no, es exclusivamente, competencia de INVERMET.

También señala que, a pesar de haberse hecho referencia durante todo el juicio (alegatos de apertura, actuación probatoria y alegatos de clausura) a la Ordenanza Municipal 867, que en su artículo 73º establecía que **las tarifas no están sujetas a fijación**



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

administrativa, dicha circunstancia no fue ni evaluada ni valorada (positiva o negativamente) por el *a quo*.

Lo propio ocurre, respecto a la incorporación de la suma de S/. 6'408,193 a los que se hace referencia en el literal d) del subtítulo A.- EL DAÑO contemplado en la página 132 de la sentencia objeto de impugnación, y que según se indica, corresponderían al monto de exceso de compensación económica, sin embargo, no se tomó en cuenta que conforme a lo actuado en juicio dicho monto tiene su origen en el Acta de Trato Directo del 20 de octubre de 2014, suscrita por Jaime Shimabukuro Maeki como gerente de promoción de la inversión privada, y no así por Domingo Arzubialde conforme se evidencia en el citado documento.

Asimismo, conforme a lo actuado en juicio oral y señalado por la propia comisión auditora, dicho **reconocimiento fue pactado en la citada Acta de Trato Directo como consecuencia del retraso en el inicio del cobro de la tarifa reajustada**, conforme se aprecia en el literal c) del numeral 3.3 de la citada acta obrante a folios 1178 del tomo III del expediente judicial. Agravándose dicha situación en razón a que la misma Acta de trato directo aprobó incrementos tarifarios respecto a las tarifas de los periodos 2014, 2015 y 2016, lo que abona a la tesis postulada por la defensa respecto a la ruptura del nexo causal sobre cualquier perjuicio económico generado como consecuencia de incrementos tarifarios fundados en actos de terceros. Por lo tanto, al no haber sido valorado este extremo del contrato y, que fue parte de los alegatos de apertura, actuación probatoria y, alegatos de cierre, siendo este un hecho trascendente para la determinación de la reparación civil solicitada por la Procuraduría Pública, se ha vulnerado el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.

Como **cuarto agravio**, indica la defensa que, **existe ausencia de pronunciamiento sobre la legitimidad de la Procuraduría Pública para solicitar la reparación civil a favor de los usuarios del peaje de la Línea Amarilla**. Argumenta que ello es así porque se ha “confundido” la legitimidad de la procuraduría para defender interés en los que el



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

patrimonio del Estado pueda o ha sido afectado, con la legitimidad que puedan tener los usuarios del peaje que, supuestamente, habrían sido perjudicados por el reajuste tarifario propuesto por LAMSAC, por lo que es necesario realizar la **distinción entre lo que se conoce como sujeto pasivo del delito y el sujeto pasivo de la acción**, pues esa diferencia, repercute sobre la determinación de la reparación civil, toda vez que **la Procuraduría Pública solo tiene legitimidad para tutelar los intereses en los que el Estado y su patrimonio hayan sido afectados y no así, los intereses de la colectividad de usuarios del peaje**, más aun si conforme al artículo 130 del Código de Defensa del Consumidor, aprobada por la Ley n.º 29751, establece que es **INDECOPI el legitimado para promover los procesos judiciales a favor de los usuarios**. Es así que, dicho planteamiento resulta de tal relevancia para requerir pronunciamiento del *a quo*, en razón a la pretensión de la Procuraduría Pública como reparación civil **y es que, conforme al artículo 93º del Código Penal, la reparación civil abarca solo dos supuestos: la restitución del bien y la indemnización de los daños y perjuicios**.

En esa línea, es de tomar en cuenta que, el Contrato de Concesión, señala en su cláusula 2.5, que la modalidad del contrato es “AUTOSOSTENIBLE y conforme a la Ley Marco de Asociaciones Público Privadas, Aprobada por Decreto Legislativo N.º 1012, en su artículo 4º que regula la clasificación de las de Asociaciones Público Privadas, respecto a los contratos “AUTOSOSTENIBLES” señala que en este tipo de contratos, **el Estado no invierte dinero para la realización de obras, más por el contrario, lo que hace la empresa a fin de solventar los gastos en que vaya a incurrir, es determinar un acreedor permitido**. En consecuencia, el Estado al no invertir dinero y/o patrimonio alguno, patrimonialmente, no podría ser agraviado, pudiendo quizá ser perjudicados por el reajuste tarifario los usuarios del peaje, **tal como en su oportunidad también lo estableció la sentencia de primera instancia en el presente proceso en su fundamento 57**. Por lo tanto, conforme al artículo 93º del Código Penal, la restitución del bien, como reparación civil, **solo es posible realizarlo a quien, previamente, tiene en posesión dicho bien**. Entonces, en el presente caso tenemos que la Municipalidad de Lima, CONCEDENTE, firmó el contrato de concesión en la modalidad de AUTOSOSTENIBLE, **es decir, no brindó**

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

patrimonio alguno, ni financió las obras realizada por LAMSAC, entonces, su patrimonio no ha sido afectado; luego, en base a la condena del recurrente y, conforme lo ha establecido la sentencia de primera y segunda instancia, tenemos que los agraviados del reajuste tarifario formulado por la empresa LAMSAC, son los usuarios del peaje, por lo tanto, sostener la restitución del bien a favor del Estado, representado por la Municipalidad de Lima, no es conforme a ley y, que la Procuraduría no es la parte legítima para su solicitud, más por el contrario, acarrearía en un ingreso ilegítimamente obtenido.

También señala que si se toma en cuenta que conforme a la Adenda N.º 01 al contrato de concesión del proyecto Línea Amarilla, se verifica la adición de la cláusula 1.74-A al contrato de concesión mediante la que se contempló retribuir al Estado con el 7% del total recaudado por el Estado de las unidades de peajes existentes, con lo cual, contrario sensu a perjudicar el patrimonio del Estado, este, se vio beneficiado con dicho porcentaje. Punto este que tampoco ha sido materia de pronunciamiento del *a quo*.

Finalmente, sobre el **factor de atribución** en el hecho constitutivo del daño, señaló que el juez resolvió que el recurrente actuó con dolo civil al haber autorizado el inicio de la explotación con el reajuste tarifario, utilizando únicamente la variable del IPC Perú en un 100%. Frente a ello aparece lo indicado por los peritos de la Contraloría, quienes indicaron que fue razonable el reajuste tarifario realizado por LAMSAC. Siendo así, no es posible la existencia del dolo si el reajuste fue razonable; ello, si además se considera que los peritos propuestos por la Procuraduría Pública han señalado que la fórmula de reajuste tarifario no requiere aprobación. Por lo tanto, -afirma el recurrente- no existe en el contrato de concesión, cláusula alguna que mencione que el concedente tenga que aprobar el reajuste tarifario y que existe fundamento técnico y legal para determinar que el reajuste tarifario es razonable. Entonces, no se ha probado el dolo civil y contrariamente, se ha probado que el reajuste tarifario no requería aprobación de la Gerencia de la Promoción de la Inversión Privada y que el reajuste tarifario formulado por LAMSAC es razonable.

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

VI. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO

6.1. Hipótesis recursal

Conforme a los fundamentos de los recursos de apelación formulados por la Procuraduría Pública Ad Hoc, Domingo Arzubialde Elorrieta y Lima Expresa S.A.C. (antes Línea Amarilla S.A.C.) se advierte que las ***pretensiones han planteado difieren entre vicios y errores*** (pretensiones nulificantes y revocatorias) en los cuales habría incurrido la resolución de primera instancia, por lo que, verificándose los extremos cuestionados se ha delimitado las pretensiones impugnatorias como sigue.

6.1.2. Pretensiones nulificantes

➤ Domingo Arzubialde Elorrieta

6.1.2.1. La defensa técnica del sentenciado Arzubialde Elorrieta expresa su pretensión de nulidad denunciando vicios de motivación respecto a lo siguiente

- i) Falta de congruencia entre la pretensión civil pretendida por el Estado por concepto de daño patrimonial, y lo resuelto en la sentencia.
- ii) Ausencia de motivación respecto a la pretensión civil concedida por el Estado por concepto de daño extrapatrimonial y respecto al hecho constitutivo del daño, así como la relación de nexo causal por ausencia de competencia funcional de su patrocinado.
- iii) No se habría valorado de los órganos de prueba y documentación actuada en juicio sobre el factor de atribución para determinar en específico la cuantificación del daño en el hecho constitutivo.

6.1.3. Pretensiones revocatorias

➤ Procuraduría Pública Ad Hoc

6.1.3.1. El representante de la Procuraduría Pública Ad Hoc Caso Odebrecht expresa su pretensión revocatoria señalando que la resolución impugnada le causa agravio por lo siguiente:

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

- i) Se habría impedido el acceso a la tutela jurisdiccional efectiva, al negarles la posibilidad de que se les otorgue un quantum indemnizatorio, acorde a la acreditación del daño que se ha dado durante el juicio.
- ii) Incorrecta valoración de los fundamentos expuesto por la Procuraduría Ad Hoc, y que se habría rechazado su pretensión respecto al daño emergente declarado infundado en los puntos 2 y 4 del fallo
- iii) No se habría tenido en consideración los fundamentos en materia de responsabilidad civil derivada de delitos de corrupción, que han sido expuestos al momento de proponer la ampliación de la pretensión en el extremo del daño extrapatrimonial.

➤ **Lima Expresa S.A.C (antes Línea Amarilla S.A.C)**

6.1.3.2. La defensa técnica de la persona jurídica Lima Expresa S.A.C expresa su pretensión revocatoria señalando que la resolución impugnada le causa agravio por lo siguiente:

- i) Infracción al principio de congruencia, ya que el monto de reparación civil otorgado excede la pretensión originalmente planteada por el actor civil
- ii) Falta de motivación en relación al daño extrapatrimonial, ya que no se justifica ni se desarrolla adecuadamente la razón para conceder dicho concepto.

6.2. Problema jurídico:

Conforme al planteamiento recursal, **en primer término**, se debe determinar si la sentencia de primera instancia ha realizado o no una correcta motivación en la cuantificación y justificación del daño patrimonial y el daño moral en el contexto de la responsabilidad civil extracontractual; y, por consiguiente, **si se dan por superados estos agravios nulificantes se deberá ingresar al análisis de fondo** para determinar la validez de la ampliación de las pretensiones de la Procuraduría Pública, así como la interpretación de la responsabilidad civil de la empresa LIMEX en relación con el daño extrapatrimonial y la cuantificación de dicho daño. Además, si se ha determinado o no la



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

legitimidad de la Procuraduría Pública para solicitar reparación civil en nombre de los usuarios afectados, así como verificar el nexo causal entre el hecho que causó el daño y la pretensión civil.

VII. DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN ESTA INSTANCIA

7.1. Iniciado el juicio oral de apelación de sentencia y conforme con el artículo 424° del Código Procesal Penal, la Procuraduría Pública, la defensa de LIMEX, así como la defensa de Domingo Arzubialde Elorrieta se ratificaron en los extremos de su impugnación. Luego, en esta misma sesión, se dio cuenta de la resolución del 22 de abril de 2024, que admitió como medio probatorio el ofrecido por la defensa de LIMEX, esto es, el oficio 525-2021-INVERMET-GSC, del 21 de octubre de 2021; luego de lo cual, de oír los alegatos de apertura de todos los sujetos procesales, se procedió con la oralización de documentales, iniciándose con el debate probatorio.

7.2. Así, en su oportunidad, el representante de la Procuraduría Pública oralizó los siguientes documentos:

- 1) CARTA LAMSAC-MML N° 029-2016 DE FECHA 16 DE FEBRERO DE 2016, EMITIDO POR LINEA AMARILLA SAC, A FS. 1194 - 1195 – TOMO 3
- 2) CARTA LAMSAC MML N° 194-2018 DE FECHA 26 DE JULIO DEL 2018, EMITIDA POR LINEA AMARILLA SAC, A FS. 1294 – 1296 – TOMO 3

7.3. Luego, la defensa de LIMEX oralizó los siguientes documentos:

1. Prueba nueva, admitida mediante resolución N° 9, de fecha 22 de abril del 2024. Oficio N° 525-2021- INVERMET.GSC.
2. CARTA LAMSAC MML N° 145-2013 de fecha 09 de agosto del 2013, emitida por Línea Amarilla SAC. Foja 664-665, tomo 2.
3. OFICIO N° 774-2013-MML-GPIP emitido por Línea Amarilla SAC. Foja 666, tomo 2.

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

4. CARTA LAMSAC-MML-No. 154-2013 de fecha 02 de setiembre del 2013, emitido por Vía Parque Rímac. Foja 667-668, tomo 2. Asimismo, se hace la precisión que obra la documentación completa a fs. 1166 – 1169 tomo 3
5. OFICIO N° 818-2013-MML-GPIP de fecha 06 de setiembre del 2013, emitido por la Municipalidad Metropolitana de Lima. Foja 669, tomo 2.
6. INFORME N° 01-2014 de fecha 14 de enero de 2014, emitido por la Municipalidad Metropolitana de Lima. Foja 677-679, tomo 2.
7. RESOLUCION N° 001-2018-CG/INS. Foja 947, tomo 2.
8. CARTA 686-2013-INVERMET-GSC. Foja 986, tomo 2
9. Informe Pericial de fecha 04 de marzo del 2020, obrante a folios 1061 al 1147.
10. Laudo arbitral legalizado emitido por la Cámara de Arbitraje Internacional de Paris. Foja 1491, tomo 3
11. Adenda 1 al contrato de concesión. A foja 1600, tomo 4
12. Carta LAMSAC-MML/INVERMET No. 074-2013. a FOJA 1982, tomo 4

7.4. Después, la defensa de Domingo Arzubialde Elorrieta oralizó los siguientes documentos:

1. Informe de Auditoría N.° 303-2017-CG/MPROY-AC
2. Contrato de Concesión del Proyecto Línea Amarilla , obrante a folios 891 al 946, Tomo II del Expediente Judicial
3. Acta de Cierre - Trato Directo - Contrato de Concesión del Proyecto Línea Amarilla (20/10/2014)

VIII. ALEGATOS DE CLAUSURA

ALEGATOS DE CLAUSURA DE LA PROCURADURÍA PÚBLICA AD HOC

8.1. Alegatos de la Procuraduría Pública. Se ratifica en sus pretensiones respecto de la sentencia de primera instancia y solicita la revocatoria del extremo 2).- Declara infundada la pretensión del objeto civil (reparación civil en relación a la restitución del bien) formulada por el Estado peruano -actor civil- (representado por la Procuraduría Pública *ad hoc* para los casos de Odebrecht y otras) contra la empresa Línea Amarilla Sociedad Anónima Cerrada – LAMSAC-) (Ahora Lima Expresa Sociedad Anónima Cerrada – LIMEX-) y

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

contra el sentenciado Domingo Arzubialde Elorrieta; dispuso NO HA LUGAR que ambos sujetos procesales, cumplan con pagar solidariamente la suma de cincuenta y dos millones ocho mil quinientos treinta y tres y veintiocho soles, que denominó el actor civil como daño emergente en los alegatos de clausura. Asimismo, se revoque el extremo 4to de la sentencia que, declara infundada la pretensión del objeto civil (indemnización de los daños y perjuicios) en relación a la responsabilidad civil extracontractual formulada por el Estado peruano -actor civil- representado por la Procuraduría *ad hoc* para los casos de Odebrecht y otras, contra la empresa Línea Amarilla Sociedad Anónima Cerrada – LAMSAC-, ahora Lima Expresa Sociedad Anónima Cerrada -LIMEX- y contra el sentenciado Domingo Arzubialde Elorrieta; en consecuencia, dispuso no ha lugar, que ambos sujetos procesales cumplan con pagar solidariamente la suma de cincuenta y dos millones, ocho mil quinientos treinta y tres y veintiocho/00 soles (S/52,008,533.28) que el actor civil denominó daño extrapatrimonial en los alegatos de clausura. Y, reformándola se declare:

2).- FUNDADA la pretensión del objeto civil (REPARACIÓN CIVIL en relación a la RESTITUCIÓN DEL BIEN-) formulada por el ESTADO peruano – actor civil- (Representado por la Procuraduría Ad Hoc para los casos de Odebrecht y otras) contra la EMPRESA LÍNEA AMARILLA SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA – LAMSAC-) (Ahora Lima Expresa Sociedad Anónima Cerrada –LIMEX-) y contra el sentenciado DOMINGO ARZUBIALDE ELORRIETA; en consecuencia, SE ORDENE que ambos sujetos procesales, cumplan con pagar solidariamente la suma de CINCUENTA Y DOS MILLONES OCHO MIL QUINIENTOS TREINTA Y TRES Y 00/28 SOLES (S/. 52, 008, 533.28) por concepto de daño emergente.

Asimismo, se declare:

4).- FUNDADA la pretensión del objeto civil (INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS- en relación a la RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL-) formulada por el ESTADO peruano – actor civil- (Representado por la Procuraduría Ad Hoc para los casos de Odebrecht y otras) contra la EMPRESA LÍNEA AMARILLA SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA – LAMSAC-) (Ahora Lima Expresa Sociedad Anónima Cerrada –LIMEX-) y contra el sentenciado DOMINGO ARZUBIALDE ELORRIETA; en consecuencia, SE ORDENE que ambos sujetos procesales, cumplan

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

*con pagar solidariamente la suma de **CINCUENTA Y DOS MILLONES OCHO MIL QUINIENTOS TREINTA Y TRES Y 00/28 SOLES (S/. 52, 008, 533.28)** por concepto de **daño extrapatrimonial**.*

8.2.3. Argumenta sus pretensiones revocatorias indicando que, la sentencia **le impide el acceso a la tutela jurisdiccional efectiva, al negarle la posibilidad que se otorgue un quantum indemnizatorio acorde a la acreditación del daño que se ha dado durante el juicio**, asimismo el agravio se presenta al pronunciarse de manera incorrecta respecto a los términos, como se ha desarrollado el juicio de responsabilidad en cuanto a la cuantificación del daño patrimonial y extra patrimonial.

8.2.4. Agrega que, en este caso, se ha comprobado la producción de un reajuste ilegal de la tarifa de peaje aplicado en la vía expresa Línea Amarilla, como consecuencia de dos comportamientos delictivos del imputado (condenado por el delito de negociación incompatible) Domingo Arzubalde y el actual ilícito civil de Línea Amarilla -ahora LIMEX-, conforme ambas partes habrían contribuido a la vulneración de la cláusula 9.9 del contrato de concesión, de lo cual habrían extraído el cobro de veinte céntimos adicionales de más, a cada uno de los ejes vehiculares, que pasaban por las garitas del peaje; en tal sentido, señala que se ha comprobado en el presente proceso y en primera instancia una serie de elementos del juicio de responsabilidad civil, en los cuales está de acuerdo con el juzgado, como el hecho generador tiene que ver con la autorización del inicio de la explotación de la obra por la cual se autoriza el reajuste ilegal de la tarifa de peaje. Y, por otro lado, tiene que ver con la actuación sistemática de **LIMEX**, encaminada a través de una serie de comunicaciones, a pedir que se reajuste la tarifa de peaje en contra de la cláusula 9.9 del contrato de concesión; aun cuando en un primer momento fue denegado por el señor **Domingo Arzubalde Elorrieta**, quien luego, por oficio 818, termina reajustando de forma ilegal, en cooperación o en coordinación con la referida empresa. Entonces, sobre el hecho generador hay acuerdo sobre la **antijuricidad**, esto es, que no hay justificación para la actuación de las partes, que está acreditada en tanto que se ha vulnerado la cláusula 9.9 del contrato de concesión; que esta cláusula básicamente

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

señalaba que se apliquen dos cosas: **primero**, que se apliquen los porcentajes de financiamiento en soles y en dólares obtenidos a la fecha en que se había de comunicar el **cierre financiero**; y, **segundo**, que se apliquen las variables de 50% IPC en soles y 50% tipo de cambio en dólares. Aquí, la vulneración está acreditada en el sentido que el cierre financiero se produjo el 30 de diciembre del 2010, fecha en la cual la estructura de financiamiento era 13% en soles y 87 % de ochenta y siete por ciento en dólares y el acreedor era OAS INVESTMENT. Sin embargo, LAMSAC hoy LIMEX, no propuso al subirle un reajuste de la tarifa basado en ese tipo de financiamiento, sino en uno que obtuvo de manera posterior a la fecha de cierre financiero, el siete de junio del 2012, en la cual el acreedor ya no era OAS sino era Citibank y la deuda era 100% en soles y 0% en dólares; en este caso se inaplicó el 50% de la tarifa. Siendo que hay dos vulneraciones por lo menos a la cláusula 9.9 del contrato de concesión, en tal sentido, no existe duda de la vulneración en la que se incurrió y que existe una sentencia de primera instancia que ya declara a **Domingo Arzubialde Elorrieta**, culpable o responsable por el delito de negociación incompatible, que cuenta con una sentencia de sala que confirma la sentencia de primera instancia y establece claramente, con calidad de cosa juzgada, que el reajuste de la tarifa de peaje fue ilegal. Por lo tanto, hay una cosa juzgada, en el carácter de antijuricidad, que la hace incontrovertible, respecto del **nexo de causalidad adecuada** entre el accionar de las contrapartes y el daño generado, tanto, en términos de daño patrimonial como extrapatrimonial. Entonces el nexo de causalidad también está corroborado en cuanto a que se habla de la realización de un aporte ilícito con dolo civil y que ambas partes conocían y querían el resultado dañoso, esto es, el resultado del aumento de la tarifa ilegal de peaje. En cuanto a la corroboración del daño, es decir, la producción del mismo, ahí entramos a una cuestión que es de acuerdo parcial con la sentencia. Señala su conformidad con la sentencia en la medida en que ha declarado fundada su pretensión, en el extremo de lo determinado por el informe de auditoría número 303/2017, que establecía como daño una suma total de veinte millones setecientos treinta y nueve mil quinientos veintisiete soles, pero además que es una suma que solamente comprende a un periodo de tiempo, que va del cinco de octubre del 2013 hasta el 31 de enero del 2015, es decir, esta reparación civil solamente sirve para cubrir lo que se habría cobrado

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

indebidamente el 5 de octubre del 2013 hasta el 31 de enero del 2015, casi un año, y está compuesto por dos elementos o por dos criterios. El primero es el exceso de la compensación económica por retraso en el inicio del peaje, que asciende a la suma de seis millones cuatrocientos ocho mil ciento noventa y tres soles (S/6,408,193); y lo que es la suma de los cobros indebidos de la tarifa del peaje, que suman la cifra de catorce millones trescientos treinta y un mil trescientos treinta y cuatro soles. En tal sentido, respecto de todos los elementos de la responsabilidad civil, el único punto en el que está en desacuerdo es el referido a la cuantificación del daño, porque si se ha comprobado que el reajuste es de carácter ilegal, no basta solamente la reparación por un periodo de tiempo que va del 2013 a 2015, sino que, debe comprender también el periodo del 2015 hasta el 2019.

8.2.5. Sostiene su posición revocatoria, indicando que se debe diferenciar el daño de la cuantificación del mismo, donde una cosa es la comprobación de un perjuicio y otra cosa es la cuantificación; es decir, a cuánto debe ascender el monto del daño total producido. En ese sentido, se puede tener certeza sobre la existencia de una ilegalidad sobre el reajuste de la tarifa de peaje, pero puede ser que el propio caso por la complejidad de las circunstancias; la dificultad o incluso el propio dolo; la propia sofisticación del dañante al momento de cometer el daño y ocultarlo, hacen difícil la cuantificación de este. En tal sentido, se debe tomar en cuenta esa diferencia entre el daño inmediato y el daño continuado, donde el daño inmediato es uno que se agota con la mera producción del hecho generador; y el daño continuado, se prolonga a lo largo del tiempo y que no cesa, como en este caso en el que hay un inicio, que es el reajuste ilegal de la tarifa de peaje, y hay un tiempo de prolongación que dura hasta la actualidad, y que tiene que ver con cobrar 20 céntimos de más. Este daño está prolongado en el tiempo, es decir, no se ha agotado con el momento del reajuste legal, sino que ha continuado hasta el día de hoy, por lo que se está buscando una reparación civil hasta el año 2019; y eso es así porque la sentencia recurrida no ha desarrollado de forma clara la naturaleza del daño.

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

8.2.6. Por otro lado, alega que la reparación civil de la sentencia solo comprende el periodo 2013 a enero 2015, con lo cual le está perdonando o exonerando de responsabilidad a la empresa y al condenado Domingo Arzubialde Elorrieta, por el daño cometido del 31 de enero 2015 hasta el año 2019. Por ello, es que solicita la revocación y debe otorgarse la suma solicitada de 52 millones de soles aproximadamente, porque entre el 2013 y el 2015 el reajuste fue ilegal, es decir, todas las sumas cobradas a partir del 2013 fueron ilegales, pero una vez que cesó el 31 de enero del 2015, todas las sumas que se cobran pasan a ser, en términos del diferencial de veinte céntimos, completamente legales; no se puede plantear un razonamiento sin plantear el otro, si es ilegal el reajuste de la tarifa, debe ser ilegal en todo el tiempo que se cobró. Ahora, debe tenerse en cuenta que el juzgado solamente considera hasta el 2015 como ilegal; y entre el 2015 al 2019 le concede a la empresa, y le concede al condenado, que se conserven las ganancias ilegales, a pesar de que se hubiese comprobado por sentencia que hay un hecho antijurídico, que es la vulneración de la cláusula 9.9 del contrato de concesión. Entonces, hay una exoneración de responsabilidad ilegal desde el 31 de enero de 2015 hasta el año 2019.

8.2.7. También señala que, ni la sentencia, ni Línea Amarilla, ni tampoco el señor Domingo Arzubialde, han probado que en algún momento del 2015 al 2019 hubo un reajuste, que no significa un reajuste que quite los veinte céntimos ilegales, sino que los veinte céntimos ilegales han seguido siendo cobrados. Esto lleva a que la contraparte quiera tratar de disuadir a la judicatura de no aumentar la reparación civil, bajo la idea de que no existe un cálculo al respecto, pero lo que se tiene son las normas que regulan la prueba en el Código Procesal Civil, que se aplica de forma supletoria al Código Procesal Penal, más aún cuando se trata un caso de pretensión civil y es que no hay obligación o carga de probar un hecho que fuera no controvertido, un hecho que fuera imposible, un hecho que fuera de pública evidencia, conforme lo dice el numeral 1 del artículo 190. Entonces, queda claro que existe un hecho incontrovertible, de notoria evidencia que es que, Línea Amarilla ni Domingo Arzubialde podrían probar, en este caso, que existe, a partir del 31 de enero del 2015, una causa o un evento que haya hecho que el parque

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

automotor se haya reducido, o una causa o un evento que haya hecho que el parque automotor, sea igual a cero; es decir, no se puede probar que el parque automotor, del uno de febrero del 2015 hasta el año 2019, se ha mantenido si no se ha aumentado, no cabe la posibilidad de probar que al día siguiente del 31 de enero del 2015 ya no había ningún vehículo que pasara por las garitas de peaje y que se acabaron las ganancias de Línea Amarilla y ya no existe y que ningún tipo de cobro indebido hubo. Al contrario, el parque automotor se ha mantenido en el desarrollo del tránsito peruano y se han seguido cobrando tarifas ilegales en lo que respecta a las garitas de peaje. Entonces, claramente no es posible probar que a partir del uno de febrero del 2015 nadie más transitó por esas garitas de peaje. En conclusión, claramente se tiene que hay dos periodos de tiempo, uno en el cual ya se otorgó una reparación del 2013 al 31 de enero del 2015 y otro que está dejando sin reparación, del 1 de febrero del 2015 hasta mayo de 2019. Esto ocurre cuando hay una dificultad propia de la sofisticación del caso que hace complejo llegar al análisis de la cuantificación, pero no al análisis de la verificación del daño. El código civil establece que se debe aplicar un criterio basado en la equidad (artículo 1332 del C. C.), que señala que, si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, el juez deberá fijarlo con valoración equitativa, es decir, tendrá la obligación el juez de aplicar la equidad para medir cuánto es el daño que efectivamente se hubiese producido en términos de cuantificación. En tal sentido, hay un hecho ilegal, que es el reajuste de tarifa, y hay un daño, que es el cobro indebido de los veinte céntimos de más a cada vehículo que pasaba por las garitas de peaje. Agrega que, la controversia es la cuantificación, en el sentido de que se han otorgado veinte millones por el tiempo de octubre del 2013 hasta enero del 2015; debe considerarse una cuantificación mayor de por lo menos veinte millones más debido a que el hecho se prolongó hasta el 2019. Así, un reajuste ilegal no puede ser convalidado. Entonces, sobre este extremo solicitó se revoque el monto otorgado por el daño patrimonial; y más que revocarlo se incremente a la suma de 52 millones de soles específicamente S/. 52'008,533.28.

8.2.8. Respecto al daño extrapatrimonial, cuestiona la Procuraduría Pública que no se haya producido una cuantificación del daño no patrimonial que sea equivalente a lo que

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

es efectivamente el verdadero daño, siendo este daño el que se ha causado como consecuencia de vulnerar la función pública, en este caso, del gerente de promoción de la inversión privada y coadyuvar a vulnerar la función pública de parte de Línea Amarilla. Aquí, el daño generado es el daño a la identidad institucional del Estado, es decir, aquel juicio de valor que se genera respecto de la calidad del Estado como una imagen de un Estado eficiente, transparente, de un Estado Imparcial, la vulneración del deber funcional, que vulnera la imagen pública y sobre lo que piensa la ciudadanía, el ciudadano promedio de a pie, que considera que estamos ante un Estado opaco, ineficiente, parcializado, por lo que, los cinco millones de soles no son suficiente reparación para poder devolver el prestigio. Esto, conforme a las consideraciones establecidas por la Casación 89-2019-Lima Norte. Entonces, debe atender la reparación civil desde el punto de vista de sus funciones, a restaurar el prestigio del Estado y la restauración del prestigio del Estado solamente se puede producir cuando aquel beneficio, por el cual se vulnera la función pública, pague por daño extra patrimonial, porque esta es la única reparación que va a surgir del propio patrimonio de la empresa, es lo único que va a generar un castigo, puesto que el daño patrimonial solamente es devolver lo que nunca se debió tener y donde está el castigo verdaderamente es en el daño extra patrimonial. Claramente la función de castigo de la responsabilidad civil, la función de ese incentivo solamente se concreta cuando el responsable experimenta una carga sobre su propio patrimonio, no sobre el patrimonio ajeno que tiene que devolver y en tal medida solamente habrá una restauración del prestigio si el ciudadano observa que se devuelve un monto igual, por lo menos, a las ganancias ilegales generadas, es por eso que consideramos que los cinco millones no pueden ser materia del daño patrimonial y como mínimo debiera ser lo que se otorga como daño patrimonial.

ALEGATOS DE CLAUSURA DE LIMA EXPRESA (LIMEX)

8.3.1. En la oportunidad procesal pertinente, la defensa de LIMEX sustentó sus alegatos de clausura, indicando que su pretensión principal es la revocación de la sentencia recurrida y se declare infundada la pretensión resarcitoria planteada por la Procuraduría

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

Pública; y como pretensión subsidiaria, en caso de no encontrar conforme este pedido, la sala proceda a reducir el monto de la reparación civil otorgada.

8.3.2. Señala que, oídos los alegatos de la Procuraduría Pública, no queda claro cuáles son los supuestos fácticos que dan lugar precisamente a la pretensión resarcitoria; pues la procuraduría señaló básicamente el perjuicio de que LIMEX habría cobrado 20 centavos por encima a todos los vehículos que pasaron por el peaje desde el inicio de las operaciones. Afirmación que no se condice con la verdad ni con la realidad de los actuados, ni menos aún con la pretensión de la propia procuraduría, que recoge no solo la imputación fiscal, sino las sentencias dictadas en primera y en segunda instancia, en las que se encontró responsabilidad del señor Arzubialde, quien, en su condición de gerente de la Gerencia de Inversión Pública de la Municipalidad Metropolitana de Lima, autorizó el reajuste ilegal de la tarifa de peaje planteada por LIMEX, contraviniendo el contrato de concesión.

8.3.3. También destaca que la Procuraduría Pública señala que el reajuste de la tarifa del peaje fue ilegal, debido a que LIMEX aplicó la fórmula del cien por ciento de índice al consumidor para fijar el monto de la tarifa de peaje, cuando el contrato establecía que debió aplicarse la fórmula de 50% de variación del índice de precio al consumidor (IPC) y 50% del tipo de cambio del dólar. Asimismo, que se aplicó de forma ilegal la fórmula de reajuste de la tarifa de peaje y se permitió que Lima Expresa, utilizando criterios ilegales como la tarifa fijada al cien por ciento del IPC, obtuviera ganancias en perjuicio, acreditándose, según la sentencia, la comisión del delito de negociación incompatible por el que fue condenado el señor Arzubialde Elorrieta.

8.3.4. Incide en su pretensión principal basado en tres argumentos. Primero: según la sentencia se ha cobrado catorce millones ochocientos mil soles de menos de manera efectiva en las tarifas de peaje, que fueron objeto de cobro por parte de LIMEX, lo que permite establecer claramente que su conducta no ha ejercido daño, como ha quedado demostrado a lo largo del proceso y así, no son ciertas las posturas respecto de la fórmula



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

para fijar el peaje. Según LIMEX, lo que correspondía era aplicar, para determinar la fórmula del peaje, el cien por ciento del precio al consumidor en moneda nacional. Para la Municipalidad Metropolitana de Lima, como vamos a ver más adelante, mucho después que se fijó la tarifa, establecieron que lo que correspondía era utilizar la fórmula de 50% del IPC y 50% del tipo de cambio. Sin embargo, con las pericias actuadas a lo largo del proceso y en el juicio oral, y que han sido debatidas, además, a lo largo de esta audiencia queda claro que LIMEX, nunca cobró la tarifa equivalente al cien por ciento o si hubiera aplicado la tarifa equivalente al cien por ciento del índice de precios al consumidor (IPC), es más, ni siquiera, y en muchas oportunidades, llegó a cobrar lo que correspondía a la tarifa sostenida por la municipalidad y la procuraduría. Si se hubiera aplicado el 50% del IPC y el 50% del tipo de cambio; incluso hubieron periodos en los que LIMEX cobró menos de esa tarifa y eso queda claro en el cuadro debatido en esta audiencia que fue materia también de la exposición de los peritos en el juicio oral de instancia y del debate pericial, los peritos de parte, conforme se aprecia a fojas mil noventa y nueve del tomo III del expediente, hicieron éste cálculo contra fáctico que se traduce en cuánto cobró Lima Expresa (LIMEX) en promedio por los peajes desde el inicio de las operaciones de octubre de 2013 hasta diciembre de 2019 y eso se compara con cuánto debió cobrar si es que hubiera aplicado la fórmula del 50% del IPC y 50% de la variación del tipo de cambio. Y resulta que durante tres años de octubre del 2015 a febrero del 2018 Lima Expresa cobró por debajo del monto de la tarifa, si se hubiera aplicado la fórmula del 50% del IPC y 50% por tipo de cambio. La formula contrafáctica consiste en preguntar, cuánto debiste cobrar, cuánto cobraste y el resultado de esa operación es que Lima Expresa cobró mil setecientos dos millones. En ese periodo octubre 2013 a diciembre de mayo de 2019, cuánto debió cobrar, cuánto cobró de menos catorce millones ochocientos mil. Ahora en el juicio se les preguntó a los peritos de la contraloría, si esto era correcto y lo que dijeron es que ellos en realidad no habían hecho este cálculo porque lo único que habían cumplido era el encargo de determinar aquellos periodos en los que LIMEX hubiera cobrado una tarifa por encima del cincuenta por ciento. Ello es absurdo porque lo que se busca en una operación como esta, en la que además existe lo que se conoce como la tarifa de peaje diferenciada; porque hay tres tipos de tarifa de peaje: vehículos



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

particulares, vehículos de transporte público, y vehículos de transporte de carga. Lo que hay que hacer es analizar cuánto debió cobrar, si se aplicaba la fórmula y cuánto cobró. Si el resultado hubiera sido que cobró más de lo que debió hacer, con la fórmula del cincuenta por ciento, en efecto, la pretensión de la procuraduría se hubiera encontrado sustentada. Pero la realidad nos demuestra lo contrario, nos demuestra que el cobro del peaje, durante este periodo, implicó un ingreso menor a Catorce millones ochocientos mil soles, que en modo alguno pueden ser considerados, como un perjuicio claro. Los peritos la contradicen, no consideran perjuicio, por lo tanto, ya no lo toma en cuenta, con lo cual queda claro que se demostró en el juicio que el dictamen de los señores peritos de la contraloría era sesgado. Lo que hemos señalado permite establecer claramente lo sostenido, con respecto a cuánto cobró Lima Expresa y cuánto debió de cobrar, si se hubiera aplicado la fórmula del cien por ciento. En todo el periodo queda claro que Lima Expresa nunca cobró una tarifa de peaje superior o igual siquiera al 100%, siempre cobró una suma menor. Hay que tener en cuenta también que estos hechos han sido materia de un laudo arbitral planteado por LIMEX contra la Municipalidad Metropolitana en el cual, la municipalidad planteó una contra demanda, qué es lo que señala el laudo arbitral, cuya copia ha sido presentada en autos, y ha sido valorada por el juzgado. El tribunal arbitral concluye que, en efecto, debido a la postergación de incrementos tarifarios entre el 2016 y 2019, periodo posterior que hemos señalado, LIMEX tuvo Ingresos menores; que, entre el 2013 al 2019, se ha terminado cobrando menos de lo que le hubiera correspondido, si se aplicaba la fórmula del cincuenta por ciento. Por tanto, cobró un monto menor y en ese sentido la municipalidad de Lima debe pagar a LIMEX, aquellas sumas cobradas de menos. Queda claro, que Lima expresa, no cobró de más ni generó perjuicio alguno. Asimismo, como segundo argumento, tenemos que en el mencionado laudo, se ha establecido que el resarcimiento que debe recibir la municipalidad de Lima, a raíz de la aplicación indebida de la fórmula, debe compensarse contra el resarcimiento que esa última, la municipalidad, debe de abonar a LIMEX, por el cobro de menor de la de la tarifa por una serie de supuestos y acuerdos entre la municipalidad, como también hubo un año y medio que en el proceso penal contra Arzubialde dictó una medida cautelar, congelando la tarifa, medida cautelar que fue dejada sin efecto en la aplicación del laudo



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

arbitral. El juez de primera instancia concluye que el laudo es válido, que es reconocido por la constitución, pero señala que no resulta aplicable, porque no tiene un pronunciamiento de fondo sobre la materia controvertida o que es materia del proceso penal. Ahora bien, hay que determinar qué fue materia de la controversia, y para eso no solo basta revisar la resolución, porque en el laudo claramente se señala que la primera pretensión de Lima expresa LIMEX es que el tribunal arbitral declaré correcto aplicar la fórmula de reajuste tarifario, establecida en la cláusula nueve punto nueve aplicando el 100% del índice de precios al consumidor. Asimismo, no es cierto que la municipalidad Metropolitana de Lima solicitó se deniegue la pretensión de LIMEX. El meollo de la controversia gira en torno a la interpretación de la fórmula a aplicar para el ajuste tarifario. La municipalidad en el proceso arbitral, dijo dos cosas: que la interpretación de LIMEX de cobrar el 100% solo fue posible como producto del acto delictivo del Señor Arzubialde. Y en segundo lugar, queda claro, además que el laudo sí se pronunció sobre el fondo, lo cual es materia de este procedimiento, primero porque reconoció que el reajuste tarifario aplicado por LIMEX era razonable; y esto ha sido reconocido por los propios peritos de la Contraloría, quienes al ser interrogados en el debate pericial, sostuvieron que la posición o la pretensión del LIMEX, sí tenía sustento válido, por lo tanto no es cierto como lo señala la procuraduría, que esto es consecuencia de una conducta delictiva o un acuerdo ilícito. También se concluyó, que no era correcto aplicar el cien por ciento, sino la fórmula del cincuenta por ciento; sin embargo también se reconoció que LIMEX había cobrado por debajo de ese monto y que precisamente tanto la municipalidad metropolitana como LIMEX tenían que llegar a la compensación para el pago de las deudas mutuas, vía trato directo. Asimismo, que fueron resuelto en el laudo; primero, que LIMEX sí tenía derecho a aplicar el redondeo a efectos de determinar la tarifa del peaje; segundo, que LIMEX, no debió ser sancionada por INVERMET con la penalidad de un millón ochocientos cuarenta y tres mil dólares, dejando sin efecto en el laudo dicha sanción. Tercero LIMEX, sí tiene derecho a recibir de la municipalidad Metropolitana de Lima la suma de ciento cuarenta y dos millones de dólares como compensación por el acaecimiento de eventos especiales de acuerdo con el acta de cierre del año 2014; que el INE se va a cobrar como tarifa por el peaje de la suma de cinco soles

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

cuarenta desde el catorce octubre del 2018, pero que en efecto cobró menos de lo que le correspondía cobrar. Y por último que sí tiene derecho a percibir una compensación por los retrasos tarifarios acordados con la municipalidad Metropolitana de Lima, mediante las actas de incremento tarifario del 20 de febrero 2016 y 20 de febrero 2017; esto significa que el laudo reconoce que en efecto Lima Expresa cobró por debajo de lo que le hubiera correspondido, si es que hubiera aplicado la fórmula del cincuenta. Finalmente, el laudo ordena que se proceda la compensación de las sumas adeudadas entre la municipalidad Metropolitana de Lima y LIMEX, queda claro, que en el laudo arbitral que puso fin al arbitraje, si hay un pronunciamiento sobre el fondo del asunto reconociendo que en efecto la fórmula correcta no era el cien por ciento, sino cincuenta; segundo que la fórmula planteada por LIMEX no era irracional, pero no coincidía con el criterio del tribunal arbitral que le dio la razón a la municipalidad metropolitana y tercero lo más importante es que se reconoce que en efecto Lima expresa, cobró suma menor en total de lo que le hubiera correspondido, si es que hubiera aplicado la fórmula de 50 a 50. Por otro lado, como tercer argumento de su principal pretensión es que el LIMEX no actuó con dolo, ni culpa, sino, en ejercicio regular de un derecho. La sentencia apelada no ha considerado que mi patrocinada, siguió el proceso regular de reajuste tarifario para cobrar el peaje de acuerdo con lo establecido en el contrato; en efecto, de acuerdo al artículo ciento uno del Código Penal, la reparación civil se rige además por las disposiciones pertinentes del Código Civil. En efecto como dice el artículo 1971 inciso uno del código civil, sobre la inexistencia de responsabilidad en los siguientes casos: uno en el ejercicio regular de un derecho. El propio contrato de concesión establece que LIMEX está facultada a fijar la tarifa de peaje y los incrementos. La interpretación del LIMEX de la cláusula nueve punto nueve que lo lleva a plantear la fórmula para fijar el peaje en el cien por ciento al consumidor, es una interpretación razonable, o sea no puede ser una conducta ilícita, sino está ejerciendo su derecho, como señalan los peritos de la contraloría quienes coinciden en que es razonable y reconocieron que de interpretación del contrato realizado por LIMEX era regular. Así mismo mi patrocinada cumplió con los procedimientos establecidos en el contrato para comunicar oportunamente el reajuste y así el cuatro de marzo, se cursó la carta cero setenta y cuatro dos mil Trece a INVERMET,



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

que era precisamente el supervisor de la ejecución del contrato. En tal sentido LIMEX, ejerce un derecho que surge como consecuencia del contrato, como vemos en la línea de tiempo, queda claro, que estamos frente a un ejercicio regular de un derecho. No es cierto que el doce de agosto de 2012 LIMEX comunica a la municipalidad metropolitana que procedería reajustar la tarifa. Posteriormente esto es informado tanto a la gerencia, como también a INVERMET. Y finalmente INVERMET, no hizo observación alguna, de manera oportuna, sino que lo hizo mucho tiempo después como se ve la carta cursada por LIMEX a INVERMET que ha sido también valorada y discutida. En este acto queda claro Pues que LIMEX se ha limitado a ejercer. No es cierto su derecho proponiendo una fórmula que ellos consideraban que eran adecuadas Y eso como veremos más adelante ha sido reconocido incluso por la Corte Suprema de Justicia de la República porque como habrán visto ustedes cuando la Corte Suprema finalmente la sentencia casatoria, declara nulo lo actuado para que se incorpore a LIMEX como tercero civil responsable y retrotrae el procedimiento de la pretensión resarcitoria a la etapa intermedia, deja claramente establecido que no se da en el presente caso una relación o un vínculo entre LIMEX y Arzubialde, sino que la Corte Suprema establece que resulta pertinente llevar a cabo este proceso a efectos de esclarecer. La pretensión planteada por LIMEX sin ánimo criminal, queda sentado, pues como veremos más adelante, nuestra pretensión principal como accesoria tiene que ser admitida. También tenemos tres argumentos que nos permiten sustentar la misma. La primera, es que el juzgado ha incurrido en **Ultra petita**, porque en el curso del proceso como este quedó claro del interrogatorio al que fue sometido señor abogado de la procuraduría la pretensión resarcitoria de la procuraduría admitida en la etapa intermedia de este juicio de pretensión resarcitoria fue de 17 millones trescientos diecisiete mil soles no obstante lo cual en la sentencia, el señor juez penal ha señalado una suma mayor sin haber sustentado debida y adecuadamente. La pretensión resarcitoria de la procuraduría, resulta fijada en el escrito del diez de marzo del 2017, en el que se constituyó como actor civil, donde fijó una pretensión de cien mil soles. Luego ya en la etapa intermedia cuando se corre traslado del requerimiento de acusación fiscal, la procuraduría amplía esta pretensión resarcitoria y la fija en 17 millones trescientos diecisiete mil ciento treinta y siete soles que fue probada en la etapa intermedia, y fue



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

materia de juicio oral. Pero como la Corte Suprema como hemos visto declaró la nulidad del extremo de la sentencia que fijó la pretensión resarcitoria y se ordena se retrotraiga a la etapa intermedia. En esta segunda etapa intermedia materia de este proceso de responsabilidad civil, la procuraduría fija su pretensión en la suma de ciento cuatro millones diecisiete mil soles, sustentando esta pretensión en la pericia elaborada por el perito Martínez Ramírez que es precisamente, a la que se hizo referencia o hizo referencia al Señor abogado de la procuraduría cuando absolvió la consulta de uno de los señores jueces, el señor Enríquez Sumerinde, respecto de si esta pericia había sido materia del anterior juicio oral, cuando esta pericia se presenta con la pretensión resarcitoria de la procuraduría, sustentando los ciento cuatro millones como nueva pretensión y un millón doscientos catorce mil dólares. En esta etapa intermedia, el juzgado de investigación preparatoria declaró improcedente el pedido del actor civil, de pretensión ampliatoria fijando la pretensión en los diecisiete millones; en dicha audiencia de control del requerimiento de pretensiones ampliatoria, la procuraduría planteó primero el recurso de reposición, que fue denegado. Planteó la nulidad, que fue negada, contra el cual interpuso recurso de apelación y esto fue elevado a la Sala Superior de apelaciones, la que mediante resolución de fecha 28 de diciembre del 2020, confirmó la resolución que desestimó este pedido de nulidad y por lo tanto quedó firme la pretensión resarcitoria de diecisiete millones aprobada la tercera pretensión ampliatoria de la procuraduría. Se da al inicio del juicio oral en los alegatos de presentación de la postura de la procuraduría, **vuelve a insistir la procuraduría en la pretensión ampliatoria de ciento cuatro millones diecisiete mil soles y un millón doscientos catorce mil dólares por lucro cesante**. Cuál es el sustento de esa pretensión la misma pericia que fue desestimada en la etapa intermedia. Y además sostiene que resulta pertinente puesto que hasta el momento del juicio oral, la sala había resuelto el pedido de nulidad planteado, sin embargo, como hemos visto, la sala superior desestimó resolvió los pedidos de nulidad, las recusaciones y finalmente quedó firme la resolución dictada por los jueces de la investigación preparatoria en la segunda etapa intermedia, en la que fija la pretensión resarcitoria de la suma de diecisiete millones. Durante el juicio oral la procuraduría, en la sesión las actas de la sesión del 28 de enero del 2021 reconoció que el monto de su



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

pretensión resarcitoria era en efecto los diecisiete millones. Y la cuarta pretensión se da al sustentar los alegatos de clausura en los que nuevamente el abogado de la procuraduría sostiene que la pretensión resarcitoria es de ciento cuatro millones, diecisiete mil soles mil sesenta y seis soles, de ellos 52 millones de soles como daño extra patrimonial. Esta pretensión fue desestimada en la sentencia y podrán ustedes apreciar que en la sentencia el juez lo que señala específicamente, en la página 108, que la judicatura considera que las operaciones efectuadas por el perito Martínez no tienen una adecuada fuente de cálculo, porque no lo ha señalado en la audiencia y por ello estima la judicatura que en relación al periodo del mes de octubre 2013 a mayo 2019, no se encuentra acreditado el monto del perjuicio requerido por la procuraduría. Si se revisa el recurso de apelación de la procuraduría, verán que no hace referencia alguna a estos considerandos del juez, es más en los agravios, la procuraduría no señala. Que no está de acuerdo con esta decisión del juez de desestimar y no darle valor probatorio a la pericia, sustentando su pretensión resarcitoria; en esta línea de tiempo queda claramente establecido lo que hemos explicado como la procuraduría, de cien mil soles pasó a los 17 millones en la sesión del 23 de diciembre 2017 que fue aprobada y luego ha venido insistiendo en esta audiencia como la quinta pretensión ampliatoria de la procuraduría, respecto de los ciento cuatro millones de soles. La diferencia, es que en esta audiencia el señor abogado de la procuraduría ya no ha hecho mención a la pericia del perito Martínez, si no ha sustentado esta pretensión en criterio de equidad, y para eso ha citado la sentencia casatoria, diecisiete mil setecientos setenta y nueve dos mil diecisiete Lima sentencia laboral, en la que en efecto se fija la pretensión resarcitoria tomando en cuenta el criterio de equidad. Pero hay dos cosas que hay que tomar en cuenta de esta sentencia, casatoria, primero que esta sentencia casatoria parte de un vínculo a una relación jurídica entre el demandante y el demandado que es la relación el vínculo laboral, cosa que no sucede en el presente caso, porque la propia Corte Suprema reconoce que no existe relación o vínculo legal entre el LIMEX y el señor Arzubialde y en segunda, en la misma, no se señala ni se desarrolla los conceptos de criterio de equidad. Queda claro, pues que en el presente caso esta quinta pretensión ampliatoria de la procuraduría carece de sustento legal, porque el artículo 387.2 del Código Procesal Penal, señala claramente que la



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

ampliación de la pretensión procede solamente, **cuando en el juicio han surgido nuevas razones para pedir aumento de la reparación civil** y claro y ahí viene la pregunta que le hacen al abogado de la procuraduría en la sesión anterior, y claro éste, mencionó a la pericia del Señor Martínez que en realidad no es una nueva prueba, **porque ya había sido evaluada y desestimada en la etapa intermedia**, desestimada en el curso del juicio oral, desestimada en la sentencia y sin embargo se sigue sosteniendo ante este honorable colegiado. Pero luego sostiene el abogado de la procuraduría el criterio de equidad. En conclusión no es viable admitir la pretensión ampliatoria, lo que no nos queda en claro es, por qué el señor juez ha fijado una suma que supera los diecisiete millones de soles. Para ello evaluamos algunos de estos elementos, primero el señor juez, ha tomado en cuenta que **debe concederse la suma de seis millones, cuatrocientos, ochenta y ocho mil soles fijados en el informe de la contraloría**, pero en qué se basó el juez para fijar veinte millones setecientos treinta y nueve mil quinientos veintisiete y /100 soles por daño patrimonial. Ha sumado el monto fijado en el cuadro siete del informe de la Contraloría General De La República con lo fijado en el cuadro ocho, se fija como beneficios adicionales del concesionario por aplicar una tarifa mayor por reajuste incorrecto, el monto de catorce millones trescientos treinta y un mil y en el cuadro ocho del mismo informe de la contraloría, si se fija como exceso de compensación otorgado al concesionario, por un reajuste incorrecto del peaje, seis millones cuatrocientos ochenta mil, qué diferencia entre uno y otro, el juez ni lo dilucida, en el cuadro siete se fija catorce millones como beneficios adicionales por el cobro en exceso y en el cuadro ocho un exceso de compensación, no es lo mismo. Porque, en el cuadro siete, claramente se fija que LIMEX, en cuanto al peaje está cobrando, durante este periodo la suma de Catorce millones cuatrocientos treinta y un soles. Ese cuadro es interesante, señor, señores, señora, presidenta, señores, jueces superiores, porque si ustedes lo examinan verán sobre todo en la primera parte, donde dice desde el cinco de octubre del 2013 cobrado hasta el 28 de diciembre de 2013 verán cuál fue la pericia, la tarifa aplicable por LIMEX, tres soles por vehículos livianos, tres soles por Eje por transporte público, y cuatro soles por Eje por vehículo pesado. Cuánto debió cobrar de acuerdo a la fórmula del cincuenta, cincuenta, esa es la fórmula contrafáctica, pues, cobro veinte centavos de más, respecto

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

de los vehículos pesados, pero cobró ochenta centavos de menos respecto de los vehículos livianos y los vehículos de transporte público. Entonces primero queda claro que lo señalado por el abogado de la procuraduría es una falacia, al sostener que LIMEX cobró veinte centavos, por encima de la tarifa que correspondía con la fórmula cincuenta, cincuenta, a todos los vehículos que pasaron por el peaje, eso demuestra que eso es falso. Respecto de este cuadro interrogado los peritos de la procuraduría en el juicio oral reconocieron que, en efecto respecto a los vehículos livianos y los vehículos de transporte público, LIMEX había cobrado ochenta centavos menos y cuando se les preguntó por qué, no habían calculado precisamente esta suma de menos, la respuesta fue la que les he mencionado hace un momento, nuestro encargo es determinar aquellas etapas o aquellas lazos en los que LIMEX cobró por encima de lo que hubiera correspondido, si se aplicaba la fórmula de 50 a 50. Esto demuestra claramente lo sesgado de la pericia de los señores peritos de la procuraduría, quienes reconocen que, en efecto, en varias etapas del contrato, LIMEX cobró como tarifa una suma menor, a la que hubiera correspondido, se aplicaba en la fórmula de cincuenta, cincuenta; pero no tomaron en cuenta eso, porque lo único que tenían que hacer, era identificar aquellas etapas, aquellos segmentos, en los que lo cobrado por LIMEX superaba la fórmula del cincuenta, cincuenta; y es por eso, que sale como supuesta suma cobrada de más, durante este periodo, el monto de catorce millones. El cuadro ocho que vemos a continuación es el mismo periodo, pero lo que se dice, es que, es el exceso de compensación por un reajuste incorrecto y se hace referencia a seis millones cuatrocientos ocho mil, pero esto ni siquiera fue considerado por la procuraduría en su pretensión resarcitoria de los 17 millones. **Y el Señor Juez en la sentencia no dice por qué suma a los catorce millones estos seis millones cuatrocientos ocho mil que da un total de veinte millones de soles, suma mayor a la reclamada por la procuraduría, no hay un sustento debido y adecuado.** Qué debió hacer el juez a efectos de determinar la pretensión resarcitoria; primero tomar en cuenta el siete por ciento de retribución que recibe la municipalidad de Lima de todos los ingresos brutos que recibe antes de deducir los impuestos y al respecto se debe tener en cuenta la carta que envió INVERMET en la que se establece el monto recibido por la Municipalidad Metropolitana de Lima de ese 7% percibido de todos los peajes recibidos

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

por LIMEX desde el inicio de la operación hasta el año 2021 y da un total de S/. 158'549.000.00 soles que ha percibido la municipalidad y que no ha sido detraída de la pretensión resarcitoria y no hay una explicación debida y adecuada de por qué. El juez no señala por qué no admite su pedido, solo estima que resulta pertinente percibir esa suma.

8.2.10. Finalmente, señala la defensa de LIMEX que esta no debería pagar la reparación civil por daño extrapatrimonial, porque conforme lo ha establecido la Corte Suprema en la casación 951-2018-Nacional, LIMEX ha sido incorporada por la conducta en la incurrió sin lógica criminal. No existe relación entre LIMEX y el señor Arzubialde, ningún funcionario de LIMEX fue incorporado en el proceso como imputado. LIMEX es incorporado como tercero civilmente responsable por la solicitud que planteó sin lógica criminal y tampoco indica por qué fija en 5 millones de soles el monto por daños extrapatrimoniales ni por qué LIMEX tendría que ocurrir solidariamente con el señor Arzubialde en el pago de esta suma por qué no existe relación causal; además que la Corte Suprema ha señalado que la conducta de LIMEX se produce sin ánimo criminal. Por lo que se ratificó en su pedido de que se declare fundada su apelación y se acceda a la pretensión principal para que se revoque la apelada y se declare infundada la pretensión resarcitoria de la Procuraduría Pública respecto de LIMEX y subsidiariamente si el tribunal no estime estos argumentos, tenga en cuenta lo expuesto y establezca que el juez ha fijado un monto de reparación civil de manera indebida.

IX. ALEGATOS DE DOMINGO ARZUBIALDE ELORRIETA

9.1. La defensa alega que la sentencia de vista en su fundamento cuadragésimo primero declaró la nulidad de la sentencia condenatoria en el extremo de la pretensión civil de Domingo Arzubialde Elorrieta por dos presupuestos: **i)** falta de motivación respecto al daño patrimonial, y **ii)** deficiente motivación externa respecto al daño extra patrimonial. Estos dos elementos son los que justificaron el juicio objeto de impugnación.

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

9.2. Señala como **primer agravio**, que está referido a la falta de congruencia entre la pretensión postulada por la Procuraduría Pública en el extremo única y exclusivamente del daño patrimonial y lo que se resolvió en sentencia. Así, un efecto de cualquier motivación es que haya congruencia, en tanto que la judicatura no podría conceder más allá de lo pretendido por una de las partes, porque eso quebraría el principio de imparcialidad. A partir de ello, la sentencia impugnada, en la página nueve y diez recoge los alegatos de apertura del actor civil.

9.3. Señala la defensa que, la Procuraduría Pública en el extremo de la pretensión civil por concepto de daño patrimonial postuló una pretensión de diez millones de soles. Sin embargo, cuando se tiene la parte resolutive en el extremo del daño patrimonial viene a ser restitución del bien que obra en la página 137 y 138 de la sentencia venida en grado, el *a quo* establece veinte millones, pero en toda la sentencia no se explica cómo se llega a eso que inicialmente era de diez millones y termina con veinte millones y eso sin considerar que hay otro monto para el daño extrapatrimonial. Entonces, este defecto ya justifica la nulidad de la sentencia venida en grado, en tanto que, no existe la posibilidad que el juez pueda otorgar una pretensión mayor a la que postula la Procuraduría Pública como daño patrimonial de diez millones y el juez dio veinte millones.

9.4. Sobre el **segundo agravio**, indica que tiene que ver con la ausencia de motivación respecto a la pretensión civil en el extremo extrapatrimonial. En la sentencia que confirma la condena a Domingo Arzubialde Elorrieta se estableció la necesidad de incorporar un nuevo juicio bajo los siguientes fundamentos: la falta de motivación reclamada por la procuraduría *ad hoc* se asocia 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, la medida de la ventaja concedida por el dependiente infiel, la ubicación del sujeto agente de la organización administrativa, la capacidad representada a la administración, la relevancia social de las funciones desenvueltas y la difusión e impacto difusión e impacto ocasional. En la sentencia recurrida no hay una motivación respecto a ello, apartándose de esa manera de alguna jurisprudencia que ya

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

ha recogido cuáles son esos criterios, como por ejemplo la casación 189/2019 Lima Norte. Sin perjuicio de ello, el juez en la página nueve y diez de la sentencia impugnada establece que el daño extrapatrimonial son cinco millones y para llegar a ello, señala en la página nueve, efectuando un cálculo prudente, sin explicar cómo se determina el cálculo prudente. Frente a ello resulta un manifiesto vicio de la motivación que justifica la nulidad de la sentencia vendida en el extremo ahora de la pretensión del daño extrapatrimonial.

9.5. Sobre el **tercer agravio**, señala que tiene que ver con la falta de pronunciamiento respecto al hecho constitutivo del daño, porque a partir del hecho constituido del daño, se puede establecer el quantum indemnizatorio, porque con ello se va a identificar la existencia del nexo de causalidad entre la conducta que se estima dañosa y finalmente ese resultado. Si eso no se halla o no se identifica, no hay forma de poder estimar o cuantificar cuál es el daño. Y en este caso el recurrente fue condenado por el delito de negociación incompatible por ostentar el cargo de gerente promoción de la inversión privada del 22 de junio del 2012 al 15 al 15 de julio del 2014, identificando el hecho dañoso tal como aparece en la página 129 de la sentencia, estableciendo que este daño tiene que ver con el proceso de reajuste de la tarifa y con los reajustes correspondientes al peaje comprendido entre hasta el cinco de octubre de 2013 hasta el año de diciembre de 2013, ello, porque el reajuste es anual y entonces el señor domingo Arzubialde fue el primer gerente de promoción de la inversión privada que conoció la primera fórmula de reajuste o el primer reajuste tarifario desde el inicio de la explotación hasta el año 2013. Sin embargo, -señala el recurrente- de haber advertido que el hecho dañoso se agota el 31 de diciembre de 2013, se comienza a hacer un cálculo (en la página 131 de la sentencia impugnada) respecto al periodo 2017 o mejor dicho hasta el periodo 2017 y a partir de eso cuando denuncia el nexo causal donde debería explicarse cómo es que Domingo Arzubialde permitió una fórmula de reajuste distinta a la prevista en el contrato que alcanza hasta períodos como el 2017 y posteriores, concluye que Domingo Arzubialde autorizó el inicio de la explotación con reajuste indebido por parte de la empresa LAMSAC aplicando únicamente el 100% en el incremento de IPC del reajuste tarifario con detrimento final en el usuario y que ambas, persona natural y jurídica realizaron un



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

aporte ilícito para materializar el daño en perjuicio del Estado. En la sentencia no se establece ese nexo de causalidad.

9.6. Continúa alegando que, en la página 114 y 115 de la sentencia recurrida, la judicatura considera que si bien es cierto el ente para supervisar era INVERMET, sin embargo, los funcionarios de la GPIP o los funcionarios, entre ellos, Domingo Arzubialde, eran funcionarios de la municipalidad y debían manifestarse en relación a cualquier incremento indebido del reajuste de la tarifa de peaje y comunicar a INVERMET las irregularidades en las que alguna de las partes incurría en la ejecución de las cláusulas del contrato. Es el caso que, el juez no expresa las razones de cómo llega a esta conclusión, señala una conclusión sin tener una premisa previa para ello.

9.7. Respecto al **cuarto agravio**, señaló que está referido a la ausencia de pronunciamiento respecto a la legitimidad de la procuraduría para solicitar la reparación civil. Y, si bien es cierto, el delito de negociación incompatible es un delito donde quien va a representar al agraviado es la procuraduría pública y eso no es objeto de discusión, para la determinación del daño si es necesario distinguir quién es el sujeto pasivo del delito y finalmente, quién es el sujeto pasivo de la acción.

9.8. En este caso el sujeto pasivo del delito es el Estado y por ende le corresponde una compensación por daño extrapatrimonial. Lo discutible -señala la defensa de Arzubialde Elorrieta- es que el sujeto pasivo de este delito son los usuarios de la vía y cualquier perjuicio que se hubiera generado respecto o en desmedro de los usuarios de la vía, corresponde que sean los usuarios de la vía, quienes demanden.

9.9. Indica que lo señalado, se ha argumentado y explicado, esto es, de que no existe un pronunciamiento al respecto, pues la sentencia impugnada recoge en la página setenta sus argumentos, de que si el público usuario hubiera sido agraviado el juez de primera instancia debió haber postulado que los agraviados en el presente caso, eran usuarios de la vía. Sin embargo, este argumento no ha motivado pronunciamiento alguno de la



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

judicatura, por lo que, esa respuesta debería ser reexaminada por el tribunal a partir una sentencia en segunda instancia, empero, la sala va a estar impedida de reexaminar ese extremo de la respuesta del juez, porque no hay una respuesta al respecto de una sentencia. La importancia de este punto es que, al revisar la sentencia que condena a Domingo Arzubialde, se señala que él ha cometido el delito de negociación incompatible en agravio del Estado, ello, por ser un delito contra la administración pública, pero no se hace referencia a los usuarios. Al respecto, el Decreto Supremo 064-2000-EF establece que el monto por concepto de peaje que corresponde a los concesionarios no es un tributo, sino es la retribución de un servicio que se presta a concesión del concesionario al usuario. Significa que, de admitirse algún tipo de compensación respecto a lo que los usuarios hubieran pagado en exceso equivaldría que en este momento la procuraduría estaría representando no al Estado sino a los usuarios que no somos todos, porque los usuarios son solamente en principio personas que tienen vehículos y segundo que además de tener vehículos hubieran transitado por las vías puestas en licitación. En ese sentido, el código procesal penal establece la posibilidad que las asociaciones sean quienes representen intereses difusos como en este caso, y no la procuraduría, pues el artículo 94.4 del Código Procesal Penal señala a las asociaciones como parte agraviada en los delitos que afecte intereses colectivos como en este caso. O sea, un número indeterminado de usuarios de peaje cuyo derecho ha sido afectado pueden ejercer los derechos y facultades atribuidos a las personas directamente ofendidas por el delito y en esa misma línea se encuentra el Código del Consumidor que señala a INDECOPI como el ente legitimado para promover de oficio procesos judiciales que defiendan intereses difusos de los consumidores, como es este caso. Siendo así, se aprecia lo complejo para determinar el daño patrimonial porque la procuraduría pretender confundir al decir que, al pagar veinte centavos de más, el Estado se perjudica, cuando en realidad no se perjudica el Estado, se está perjudicando el usuario y el usuario tiene un representante que el Código de Defensa del Consumidor establece, como el INDECOPI. Entonces, cualquier pago de más que haga un usuario no puede pretender ser compensado a través de la procuraduría pública, por no tener legitimidad. Sin embargo, sobre este punto no van a poder pronunciarse porque respecto a esta situación el *a quo* no ha emitido

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

pronunciamiento alguno en la sentencia recurrida. En esa línea, si el contrato de concesión es un contrato autofinanciado, donde el Estado no ha invertido un solo Sol en este proceso de concesión, no se puede entender que cada veinte centavos que pagaron aquellos usuarios que usaron las vías, puede ser un perjuicio Estatal, podría ser un perjuicio al público, pero no es un perjuicio estatal, por lo cual la Procuraduría Pública no tiene competencia para poder legitimarse algún tipo de perjuicio por ese extremo.

9.10. Sobre el **quinto agravio**, indica que está referido a la valoración. En la sentencia recurrida no se valoraron los órganos de prueba y la documentación que se actuó en juicio para poder determinar la cuantificación del daño en el factor de atribución. El acuerdo plenario seis establece que la categoría o la estructura típica de la responsabilidad civil es completamente independiente y autónoma de la responsabilidad penal, esto quiere decir que la comisión de un delito doloso no exige o no demanda la necesaria existencia de dolo civil, sino que, tiene que ser objeto de debate, pronunciamiento y motivación.

9.11. Señala que, no se valoró adecuadamente el contrato de concesión que indica en la cláusula 9.9, que los peajes se reajustan con una periodicidad anual de cada doce meses. Resalta que Domingo Arzubialde fue gerente de promoción de la inversión privada del 22 de junio del 2012 hasta el 15 de julio de 2014. Si esto es así, Domingo Arzubialde, no pudo aprobar mayores formas de reajuste fuera de ese periodo, porque se reajusta cada doce meses por lo que es errado, equivocado y no resulta lógico pretender que las consecuencias jurídicas que realicen otros gerentes de la promoción de inversión privada del 16 de julio de 2014 en adelante se les pueda atribuir a Domingo Arzubialde. Además, no puede haber nexo de causalidad respecto al daño que se postula en tanto que el responsable de la supervisión de la fórmula del reajuste no es Domingo Arzubialde sino INVERMET. Ya el juez indicó que es verdad que INVERMET supervisa, sin embargo, no se comunicó o no sabía INVERMET de este reajuste; y eso es falso, porque el contrato de concesión en la cláusula 9.3 que obra en el expediente judicial en el tomo II en el fundamento jurídico 920 señala que el concesionario se encuentra obligado de comunicar

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

al concedente y al supervisor del peaje el resultante de la aplicación de la fórmula de reajuste tarifario dentro de los cinco días siguientes al 31 de enero. Esto es, que el 31 de enero de todos los años corresponde una fórmula de reajuste y el supervisor cuenta con la facultad de realizar acciones de supervisión para verificar la correcta aplicación del peaje reajustado. Esto es, INVERMET, cada vez que se le comunica puede fiscalizar, tiene esa competencia.

9.12. Señala que, el juez tampoco ha valorado que en la cláusula 15.5 que obra en el tomo II en folios 933 vuelta, se indica que el supervisor -INVERMET- tiene la competencia para aplicar al concesionario en caso de obligaciones contractuales, penalidades, lo que tiene relación con la tabla de penalidades que contiene el contrato de concesión, que obra en el expediente judicial en el tomo II a folios 945 donde se señala la segunda penalidad, aplicación de un valor de peaje distinto al correspondiente según el mecanismo de reajuste, mil dólares diarios. Lo que significa que INVERMET podía penalizar con mil dólares diarios a la empresa LAMSAC si es que esta estimaba la aplicación de una fórmula de reajuste equivocada. No lo hizo porque estima que Domingo Arzubialde actúa con dolo y no con alguna otra categoría como culpa o culpa inexcusable y demás que pretende el dolo, aunque todo se recoge en el factor de atribución, siendo que esto no se indica y tampoco se ha valorado.

9.13. Agrega que, en esta misma línea el propio laudo arbitral que obra en el tomo IV a fojas 1565 concluye que, si INVERMET hubiera objetado el parámetro usado por LAMSAC desde el inicio, la situación se podría haber resuelto sin que el monto de la penalidad fuera aumentando durante cuatro años y también se podría haber evitado que se continuara aplicando una tarifa incorrecta por todo el periodo con los consiguientes problemas, como los relativos a la reducción de la tarifa, esto es que, INVERMET en todo momento tenía competencia para poder reajustar. Siendo así, se puede evidenciar que no hay ese elemento subjetivo del dolo y además no puede haber daño patrimonial en el presente caso. Es más, en el tomo IV a folios 1982 obra la carta LAMSAC-MML/INVERMET n.º 74-2013, enviada a INVERMET con copia a Domingo Arzubialde, donde se le anexa

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

todas las razones que a criterio de LAMSAC, justificaban la aplicación de la forma de reajuste. Entonces, sin INVERMET tenía competencia de penalizar, cómo es que se concluye que Domingo Arzubialde tiene responsabilidad civil en ese extremo, cuando más bien el responsable de la supervisión, el responsable de la penalidad es INVERMET y no Domingo Arzubialde.

9.14. Añade que, la sentencia venida en grado en la página 131, hace referencia a un periodo que alcanza hasta el año 2017 y no se entiende cómo es que Domingo Arzubialde no siendo gerente en el año 2017 puede ser responsable de la forma de reajuste si en el tomo I a folios 1217, se indica que a Jaime Enrique Shimabukuro Maeki se le imputa una serie de hechos como la fórmula del reajuste y luego dice que este fue designado como gerente de promoción de la inversión privada desde el 16 de julio del 2014 al 31 de diciembre del 2014.

9.15. Sostiene que, esta persona fue el reemplazante y está contenido su nombre en el informe de control por su participación en el período que se suscitaron los hechos referidos a la suscripción del trato directo del 20 de octubre del 2014 donde el gerente y subgerente de gestión de contratos de la GPIIP reconoce el pago de pérdidas sufridas por el concesionario por menores ingresos por concepto de recaudación debido al retraso en el cobro de la tarifa reajustada únicamente con el 100% del IPC nacional, permitiendo al concesionario mayores beneficios Frente a esto, cómo es que Domingo Arzubialde puede ser responsable por la decisión del señor Shimabukuro; el juez no lo establece, no expresa las razones por las que puede atribuirse que puede haber un daño mayor respecto a periodos donde Domingo Arzubialde no tiene competencia y no tiene dominio sobre estos hechos.

9.16. Agrega que, en esa misma línea tampoco se ha valorado el acta de cierre de trato directo que obra en el tomo III a folios 1174, que es el acta de cierre de trato directo que suscriben Línea Amarilla LAMSAC, pero una vez más con Jaime Shimabukuro el 20 de octubre de 2014, donde se hace una serie de compromisos respecto a la fórmula de



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

tarifa. Si en este caso, el señor Shimabukuro toma decisiones respecto a la fórmula del reajuste sean mayores cobros o menores cobros, qué vinculación, qué nexo de causalidad puede tener Domingo Arzubialde de respecto de terceros. Eso no se indica en la resolución venida en grado.

9.17. Similar situación ocurre con el acta para la implementación del incremento tarifario del mes de febrero del 2016. Esta acta que obra en el tomo III a folios 1266 señala que esta acta para la implementación del incremento tarifario correspondiente al mes de febrero del 2016, fue suscrita por el gerente promoción de la inversión privada Jaime Villafuerte Quiroz. Frente a ese extremo, qué vinculación o cómo es que le permite inferir al juez que Domingo Arzubialde, quien ya no era gerente de promoción de la inversión privada, influyó o determinó que Jaime Villafuerte Quiroz apruebe una fórmula de tarifa, una fórmula de reajuste o en todo caso, la implementación de un incremento; el juez no lo establece, no lo dice y no se puede tampoco establecer, porque obviamente él no tiene dominio sobre estos hechos.

9.18. Señala finalmente, que el laudo arbitral que obra en el tomo IV a folios 1514 anverso, sobre la fórmula de reajuste de 2016 hace referencia que al recibir la comunicación del reajuste de 2016, la Municipalidad Metropolitana de Lima pidió a INVERMET que en su calidad de supervisor del contrato, evaluará la conformidad de los cálculos de LAMSAC para el reajuste de las cláusulas 9.9, 9.10 y acta de cierre del 2014. Así, la Municipalidad Metropolitana de Lima informó a LAMSAC sobre su pedido a INVERMET y le señaló que la aplicación de cualquier cambio del monto al usuario vigente requiere previamente un pronunciamiento del supervisor, o sea, se concluye una vez más cuál es el ámbito de competencia de INVERMET y cuestionándose entonces, cómo es posible que Domingo Arzubialde tenga competencia respecto a hechos posteriores y que el juez no haya formulado explicaciones al respecto. Concluyó solicitando que se declare fundado el recurso de apelación y se ordene un nuevo juicio a cargo de un nuevo juez a fin de que pueda emitir el pronunciamiento de los extremos que la sentencia emitida en



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

su oportunidad justificó la nulidad en el extremo de la pretensión civil tanto por daño patrimonial como extrapatrimonial.

X. FUNDAMENTOS DEL COLEGIADO SUPERIOR

CUESTIONES GENERALES

PRIMERO: Una vez delimitados los puntos en cuestionamiento, el Colegiado Superior solo se pronunciará respecto de estos extremos¹. Como bien se sabe, reiteradamente hemos sostenido que en el artículo 139 de la Constitución se recogen los derechos y garantías de la función jurisdiccional. Allí se prevé la observancia del debido proceso en el inciso 3, y la motivación escrita de las resoluciones judiciales en el inciso 5. Esta última se entiende como una exigencia constitucional que integra el contenido constitucionalmente protegido de la garantía procesal de tutela jurisdiccional efectiva, la cual impone al juez la obligación de que las decisiones que emita han de estar debidamente fundamentadas en razones de hecho y de derecho. No debe obviarse que el derecho a la motivación de las resoluciones “[...] constituye una garantía fundamental en los supuestos en que con la decisión emitida se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las personas. Así, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional”². Sin duda, el objeto del pronunciamiento de este Tribunal lo marcan los agravios invocados por el impugnante, pero antes de referirnos a los agravios y su respectiva respuesta judicial, consideramos indispensable, como marco general y para un mejor entendimiento de la sentencia, efectuar algunas precisiones dogmático- procesales en torno a los temas sobre los cuales girará la presente sentencia.

§ COMPETENCIA DE LA SALA SUPERIOR

¹ La actividad recursiva en nuestro sistema procesal tiene como uno de sus principales principios el de limitación, también conocido como “*tantum apellatum quantum devolutum*”, sobre el que reposa el principio de congruencia, y que significa que el órgano revisor, al resolver la impugnación, debe resolver conforme a las pretensiones o agravios invocados por el impugnante en el recurso impugnatorio.

² Cfr. Exp. N.º 05601-2006-PA/TC, fundamento 3, y reiterado en el Exp. N.º 02462-2011-PH/TC.



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

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 instancia, reconocida 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, con relación al contenido del derecho a la pluralidad de instancias, 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 la 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*, el Código 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. Una vez delimitados los agravios y puntos en cuestionamiento, en esta sentencia el Colegiado Superior solo se pronunciará respecto de estos extremos. Es obvio que la actividad recursiva en nuestro sistema procesal tiene como uno de sus principales principios el de limitación, también conocido como “*tantum apellatum quantum devolutum*”, sobre el que reposa el principio de congruencia, y que significa que el órgano revisor, al resolver la impugnación, debe resolver conforme a las pretensiones o agravios invocados por el impugnante en el referido recurso³.

³Doctrina procesal invocada en las casaciones N.º 1658-2017/Huaura, N.º 864-2017/Nacional, N.º 1967-2019/Apurímac y N.º 151-2023/ Lambayeque de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

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 prueba, 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”*⁴.

§ CONSIDERACIONES ACERCA DE LA REPARACIÓN CIVIL

CUARTO: El principio debemos señalar que la reparación civil en el CPP, integra en nuestro sistema procesal la acción civil y la acción penal [ver: Sección I y Sección II del CPP], como también se menciona y recalca en los Acuerdos Plenarios No. 6-2006/CJ-116 y No. 5-2008/CJ-116. Con independencia de su ubicación formal, la acumulación heterogénea de acciones, obedece al principio de economía procesal, a fin de decidir en un solo proceso, la pretensión penal y la pretensión civil resarcitoria y que, de ser decidida con absoluta separación en un proceso civil produciría mayores gastos y dilaciones al perjudicado por el delito⁵.

⁴ El Tribunal Constitucional, respecto al derecho a la prueba, ha señalado que este apareja 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).

⁵ Acuerdo Plenario 05-2011/CJ-116. Sobre Constitución Del Actor Civil: Requisitos, Oportunidad y Forma

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

QUINTO: En esa perspectiva, y conforme ha quedado establecido en el f.j. 24° del A.P. 05-2008/CJ-116, la pretensión civil deberá definirse en sede penal, conforme a la opción normativa que regula el artículo 12, inciso 3 del CPP, y que determina la autonomía de la acción civil en relación a la acción penal, por lo que, corresponde al juez penal decidir si procede o no establecer quantum indemnizatorio, el que deberá ser evaluado teniendo en cuenta: a. existencia real de daños y perjuicios; b. cuantía de los daños y perjuicios; c. fundamentación de los hechos en función de dolo o culpa, con independencia de su tipificación penal, salvo que se trate de los supuestos de responsabilidad por el riesgo; d. relación de causa-efecto entre los hechos y el daño o perjuicio ocasionado; e. la persona imputable, que puede ser el autor directo y el autor indirecto.

§ ACERCA DEL TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE EN EL PROCESO PENAL

SEXTO: Es preciso tener en cuenta que, en cuanto al tercero civilmente responsable, la legitimidad activa en el proceso penal está regulada en el art. 111 del CPP: *“Las personas que conjuntamente con el imputado tengan responsabilidad civil por las consecuencias del delito, podrán ser incorporadas como parte en el proceso penal a solicitud del Ministerio Público o del actor civil”*. Así pues, se tiene que en relación a los derechos del tercero civilmente responsable tenemos que el artículo 113 inciso 1 delimita que lo concerniente a la defensa de sus intereses patrimoniales goza de todos los derechos y garantías que este Código concede al imputado, es decir, para ello nos debemos remitir al artículo 71 del CPP. Esto incluye derechos fundamentales como el de defensa, contradicción y debido proceso, permitiéndole intervenir en el proceso con las facultades necesarias para proteger sus intereses económicos que podrían verse afectados por la eventual imposición de una reparación civil.

§ SOBRE LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

SÉPTIMO: En efecto, el derecho a la debida motivación de las resoluciones implica que los jueces, al emitir sus decisiones, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevaron a tomar tal decisión. Esas razones pueden y deben provenir no solo del

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. No obstante, la denuncia de afectación del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, de ninguna manera, debe y puede servir de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya decididas por los jueces ordinarios⁶.

OCTAVO: El derecho-deber del debido proceso, comprende el principio de legalidad, que en caso de incumplimiento se encuentra como garantía procesal la nulidad de los actos procesales establecidos en los arts. 149-154 del CPP. En virtud del principio de legalidad⁷, la nulidad solo puede sustentarse en supuestos previstos por ley. Así pues, la nulidad como sanción, para que sea amparada, tiene que estar establecida de manera expresa en la ley, mientras que, en virtud del principio de trascendencia, se exige la existencia de un perjuicio real, que por lo mismo requiera ser tutelado porque las nulidades no existen en el mero interés de la ley⁸. El Tribunal Constitucional⁹ se ha pronunciado en similar sentido al sostener que solo puede decretarse cuando de por medio se encuentran comprometidos, con su inobservancia, derechos, principios o valores constitucionales, puesto que “la nulidad de los actos procesales no se justifica en la simple voluntad de la ley”; es decir, “no admite una consideración de la nulidad por la simple nulidad, porque así se expresa o porque es voluntad de la ley, sino porque en el establecimiento de determinadas formalidades que se observen en dichos actos procesales, subyacen bienes constitucionalmente protegidos”.

NOVENO: Los arts. 149 y 150 del CPP regulan la nulidad procesal, la cual es entendida como una sanción de ineficacia de los actos procesales, en atención a que respecto a estos se habría inobservado el contenido esencial de los derechos y las garantías de cualquiera de las partes procesales, establecidas en la Constitución y en los casos

⁶ Exp. N.º 1480-2006-AA/TC (caso Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador), del veintisiete de marzo de 2006, fundamento 2.

⁷ Regulado en el art. 149 del CPP.

⁸ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. Lima, Inpeccp, 2015, p. 783.

⁹ Exp. N.º 00294-2009-PA/TC, fundamentos jurídicos 14 y 15.



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

previstos por ley. Se rige –entre otros– por los principios de legalidad procesal y trascendencia.

DÉCIMO: Así mismo, el Tribunal Constitucional, considera como el instituto natural por excelencia que la ciencia procesal prevé como remedio para reparar un acto procesal viciado, producto de la carencia de alguno de sus elementos constitutivos o de vicios existentes en ellos. Esto lo coloca en la situación procesal de ser declarado judicialmente inválido, lo cual puede ser declarado de oficio o a pedido de parte¹⁰.

DÉCIMO PRIMERO: En ese sentido la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema ha señalado que la nulidad procesal se produce siempre y cuando el acto procesal adolezca de una circunstancia esencial fijada en la ley de procedimiento como absolutamente indispensable para que produzca sus efectos normales. Para ello, se tiene que acreditar estar perjudicado con el acto procesal viciado, el cual debe estar revestido de interés propio y específico con relación a su pedido. Este lineamiento se encuentra regulado supletoriamente en los arts. 171-178 del Código Procesal Civil (CPC)¹¹.

DÉCIMO SEGUNDO: En específico, el art. 150 del CPP regula la nulidad absoluta y **establece que puede ser declarada por el órgano jurisdiccional a solicitud de parte o de oficio**, siempre que se advierta en el proceso alguno de los siguientes defectos: **i)** la intervención, asistencia y representación del imputado o la ausencia de su defensor en los casos en que es obligatoria su presencia; **ii)** el nombramiento, capacidad y constitución de jueces o salas; **iii)** la promoción de la acción penal y la participación del Ministerio Público en las actuaciones procesales que requieran su intervención obligatoria; y, **iv)** la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución.

DÉCIMO TERCERO: Por su parte, el profesor y juez supremo SAN MARTÍN CASTRO explica que una vez constatada la existencia de una irregularidad en la formación de un acto

¹⁰ STC N.º 6348-2008-PA, del dos de agosto de dos mil diez, f. j. 8.

¹¹ Recurso de Nulidad N.º 1478-2010-Lima, del veintiuno de enero de dos mil once, f. j. 7.

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

procesal, se agregan cuatro reglas adicionales, necesarias para la declaración de la nulidad propiamente dicha:

- a) **Trascendencia**, pues el acto procesal que se aparta del derecho objetivo ha de ocasionar un concreto perjuicio de indefensión, afectando un interés tutelable.
- b) **Protección**, en el sentido que el afectado no ha de ocasionar la nulidad o concurrir a causarla, de suerte que se evita el indebido manejo de la sanción, con ello se propende a la moralización de la actividad procesal.
- c) **Subsanación**, que implica la posibilidad de reparar o remediar los vicios de los actos procesales, sea por el transcurso del tiempo, por la voluntad de las partes o por una decisión judicial.
- d) **Conservación**, ya que su declaración solo procede en casos extremos y comprobados; a su vez, el motivo de nulidad del acto debe estar probado acabadamente, pero, en caso de existir una duda, el acto debe considerarse válido¹².

DÉCIMO CUARTO: El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales se encuentra consagrado en el inciso 5, del artículo 139 de la Constitución Política.

- β De modo que, se tiene que este derecho importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Estas razones, deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso, puesto que el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que

¹² SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal. Lecciones*. Lima, Inpeccp - Ceneles, 2015, p. 783 y ss.

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso. Sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.

- β En ese sentido, el juez –en cada caso concreto– debe emitir una resolución debidamente motivada, toda vez que la ausencia de una debida fundamentación origina decisiones arbitrarias, así lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Tristán Donoso vs. Panamá*, por tanto, toda resolución debe mostrar que ha evaluado debidamente los alegatos de las partes, demostrando, de este modo, que las partes han sido oídas. Así, la debida motivación ofrece a las partes la posibilidad de criticar la decisión y permite a la instancia superior examinarla. Cabe mencionar que la postura de la Corte Interamericana ha sido reiterada en el caso *Chocrón Chocrón vs. Venezuela* y *López Mendoza vs. Venezuela*¹³.

- β De ahí que, *debe verificarse la validez formal de la resolución impugnada*, en otros términos, examinarse si la decisión apelada incurre en vicio de justificación o motivación que afecte su estructura, de modo tal que la afectación producida por el vicio resulte constitucionalmente relevante, es decir, que la irregularidad denunciada genere un perjuicio cierto e inminente frente a alguno de sus derechos fundamentales, el cual requiera ser restituido de manera urgente a razón de regularizar el debido procedimiento. Y es que no se admite la nulidad por la nulidad, toda vez que las formas no han sido establecidas para satisfacer "*pruritos formales*"¹⁴.

ANÁLISIS DEL CASO

¹³ Caso *López Mendoza vs. Venezuela*. Excepción Preliminar. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia del 01 de setiembre del 2011, párrafo 148.

¹⁴ Couture, Eduardo. *Fundamentos del Derecho procesal civil*. 4ta edición, B de F, Montevideo, 2002, p. 316.



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

§ RESPUESTA A LOS AGRAVIOS FORMULADOS POR LA DEFENSA TÉCNICA DE DOMINGO ARZUBIALDE ELORRIETA

DÉCIMO QUINTO: Conforme se ha delimitado en el considerando 5.1 de la presente resolución, la defensa técnica de Domingo Arzubialde Elorrieta ha fundamentado su recurso impugnatorio solicitando la nulidad de la decisión de primera instancia. Señala que esta le causa los siguientes agravios: **i)** Falta de congruencia entre la pretensión civil pretendida por el Estado por concepto de *daño patrimonial*, y lo resuelto en la sentencia; **ii)** Ausencia de motivación respecto a la pretensión civil concedida por el Estado por concepto de *daño extrapatrimonial* y respecto al hecho constitutivo del daño así como la relación de *nexo causal* por ausencia de competencia funcional de su patrocinado; y **iii)** No se habría valorado de los órganos de prueba y documentación actuada en juicio para la determinar una correcta cuantificación del daño por factor de atribución, respecto a su patrocinado.

DÉCIMO SEXTO: En ese sentido, procederemos a dar respuesta al **primer agravio**, referido a la falta de congruencia entre la pretensión del actor civil por concepto de daño patrimonial, toda vez que, el impugnante indicó que durante las distintas etapas del proceso, específicamente en el auto de enjuiciamiento, alegatos de apertura y de clausura, el Estado, representado por la Procuraduría Pública, solicitó una reparación civil por el monto de S/. 10,186,569.00. Sin embargo, en la sentencia de primera instancia, el juzgado resolvió otorgar una reparación civil de S/. 20,739,527.00, lo cual excede en más de un 100% la pretensión inicial; y alega que esto constituye un fallo "ultra petita" (exceso sobre lo pedido) y, por ende, una infracción al principio de congruencia. Al respecto, para dar respuesta al presente agravio es necesario remitirnos a la sentencia recurrida la misma que a partir del fundamento 128 denominado "análisis del caso" en el punto "A" referente al desarrollo de la primera parte del daño señala:

"(...) La judicatura considera que aquí también, la empresa LAMSAC, en el rubro compensación con peaje aplicado de S/. 3.39, solo ha aplicado como referencia, parámetro del 100 IPC (Índice de precios al consumidor) basándose solo en la moneda sol peruano, obteniéndose un monto de S/. 64 010 878. Ante ello, la comisión auditora, utilizando los parámetros de la cláusula 9.9. del contrato,

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

teniendo como parámetros mínimos 50% variación del IPC-Perú y máximo de 50% variación del tipo de cambio del dólar americano (Promedio Superintendencia de Banca y Seguros) ha obtenido la suma de S/. 57 602 686. Por tanto, existe un exceso de compensación económica, ascendente a S/. 6 408 193. Así, sumando el total de exceso estimados (sin IGV) calculado por los peritos de la Contraloría General de la República, en el Informe de Auditoría N.º 303-2017-CG/MPROY-AC, por aplicar LAMSAC, parámetros mayores al reajuste de incremento de tarifa, que asciende al monto de S/.14,331,334 + el monto de exceso de compensación económica, ascendente a S/. 6 408 193, resulta un total de S/. **Veinte millones setecientos treinta y nueve mil quinientos veintisiete y 00/100 soles (S/. 20,739,527)**. Este es el único monto que a judicatura estima acreditado, debido a la idoneidad de las explicaciones de los peritos de la Contraloría General de la República, por haber acudido a las fuentes, en relación a los cobros en exceso, por indebido incremento de peajes, en el período comprendido entre el 05 de octubre de 2013, hasta el hasta el 31 de enero de 2015.”

DECIMO OCTAVO: Aunado a ello, se tiene del punto E denominado en cuanto al factor de atribución la sentencia de primera instancia concluye que: “no existe supuesto de hecho alguno, que justifique que Domingo Arzubialde Elorrieta y la empresa LAMSAC respondan civilmente por el incremento indebido de tarifas de peaje”. Sin embargo, la sentencia recurrida establece resumidamente que:

(...) Arzubialde y LAMSAC deben pagar solidariamente al Estado peruano la suma de S/. 20,739,527 más intereses legales, como reparación civil por la restitución del bien, según el informe pericial de la Contraloría General de la República (Informe 303-2017). Se declara infundada la pretensión del Estado por el monto adicional de S/. 52,008,533.28 solicitado como daño emergente. Los procesados solo deben cubrir la suma indicada inicialmente. Finalmente, fija como **quantum indemnizatorio la suma adicional de S/. 5,000,000 más intereses legales, a ser pagado solidariamente, una vez consentida o ejecutoriada que sea la presente sentencia, en ejecución de sentencia.**

DECIMO NOVENO: De lo expuesto, esta Sala Superior advierte que la sentencia de primera instancia contiene defectos de motivación interna, toda vez que ha fundado su decisión estimando como monto idóneo la suma de veinte millones setecientos treinta y

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

nueve mil quinientos veintisiete y 00/100 soles (S/. 20,739,527) señalando que ello se debe a las explicaciones de los peritos de la Contraloría General de la República, no obstante, cuando desarrolla factor de atribución niega la posibilidad de incremento de primigenia pretensión indemnizatoria.- Asimismo, omite exponer las razones por las cuales estima considerar un monto mayor al postulado por el actor civil, todo lo cual deviene en una falta de alineación entre lo solicitado y lo otorgado con lo cual el A quo incurre indudablemente en una motivación sustancialmente incongruente, pues conforme ha señalado el Tribunal Constitucional, en su amplia interpretación, esta se presenta cuando:

(...) la resolución incurre en “desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa) [...]. [E]l dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva). Y es que, partiendo de una concepción democratizadora del proceso como la que se expresa en nuestro texto fundamental (artículo 139°, incisos 3 y 5), resulta un imperativo constitucional que los justiciables obtengan de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente de las pretensiones efectuadas; pues precisamente el principio de congruencia procesal exige que el juez, al momento de pronunciarse sobre una causa determinada, no omita, altere o se exceda en las peticiones ante él formuladas”.¹⁵

VIGÉSIMO: De lo señalado, esta Sala Superior considera que la sentencia de primera instancia ha incurrido en una motivación sustancialmente incongruente al establecer que no procede incremento de reparación civil (daño), que la pretensión civil está limitada en la solicitud del actor civil realizada en la etapa intermedia, la misma que ha sido reiterada

¹⁵ Sentencia recaída en el Expediente N.º 01722-2018-PA/TC-Lima- Savia Perú SA., de fecha 25 de enero de 2022. Fundamento jurídico séptimo.

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

en las diversas etapas del juicio oral; sin embargo concluye que los procesados deben pagar una reparación civil incrementada a la formulada en etapa intermedia, todo ello sin identificar cuáles fueron los nuevos fundamentos suficientes que justifiquen este aumento en el contexto del debate procesal. De modo que, este vicio vulnera el principio de congruencia procesal y el derecho a la tutela judicial efectiva, al modificar de manera injustificada el objeto de la pretensión civil, desviándose del marco de lo solicitado y afectando así el derecho de defensa del procesado, por lo que, el agravio en este extremo debe estimarse.

VIGÉSIMO PRIMERO En cuanto al **segundo agravio** mediante el cual se denuncia que la sentencia de primera instancia habría incurrido en ausencia de motivación al no haberse pronunciado respecto a la pretensión civil concedida al Estado por concepto de daño extrapatrimonial, así como al hecho constitutivo del daño y a la relación del **nexo causal** por ausencia de competencia funcional de su patrocinado Domingo Arzubialde Elorrieta. A efectos de brindar una adecuada respuesta es preciso, en primer lugar, analizar la ausencia de motivación que habría **respecto al daño extrapatrimonial**, pues conforme argumenta la defensa de Domingo Arzubialde Elorrieta, la sentencia recurrida no habría tomado en cuenta los criterios relevantes señalados en la Casación N.º 657-2014/Cusco y el Acuerdo Plenario N.º 06-2006/CJ-116, pues como se sabemos estos precedentes exigen que, para **establecer el monto de reparación extrapatrimonial en delitos de corrupción y similares**, se consideren elementos como la gravedad del ilícito, la modalidad de su ejecución, la relevancia del rol del agente en la administración pública, y el impacto social y mediático del acto ilícito.

VIGÉSIMO SEGUNDO Al respecto, se tiene de la resolución que en su fundamento 128 denominado “análisis del caso” en el apartado E “en cuanto al factor de atribución” concluye lo siguiente:

*(...) **tercero.** -entonces, solo queda fijar el quantum indemnizatorio del monto analizado por los peritos de la contraloría general de la república, ascendente al monto de veinte millones setecientos treinta y nueve mil quinientos veintisiete y*

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

00/100 soles (S/.20,739,527). Por tanto, efectuando un cálculo prudente en este caso, la judicatura estima que debe disponerse que ambos sujetos procesales (Sr. Domingo Arzubialde Elorrieta y LAMSAC) paguen solidariamente la suma de CINCO MILLONES Y 00/100 soles (S/. 5,000,000) más los intereses legales, a favor del Estado peruano (Representado por la Procuraduría Ad Hoc para los casos de Odebrecht y otras), una vez consentida o ejecutoriada que sea la presente sentencia, en ejecución de sentencia.

VIGÉSIMO TERCERO: De lo expuesto, esta Sala Superior verifica que la sentencia de primera instancia ha justificado la cuantía del daño extrapatrimonial al señalar que se trata de un "cálculo prudente," sin desarrollar de qué manera se ha realizado este cálculo para **determinar la cuantificación del daño**. De modo que, este uso de una expresión general sin mayores precisiones sobre los criterios empleados para fijar la suma de la reparación extrapatrimonial sugiere una motivación insuficiente o aparente, lo que, conforme al Tribunal Constitucional en la Sentencia N.º 728-2008-HC, implica una vulneración del derecho a la debida motivación. En este contexto, el Tribunal Constitucional sostiene que la inexistencia de motivación, o una motivación meramente formal, incumple con la obligación de proporcionar a las partes una justificación clara y suficiente sobre cómo se ha determinado la reparación en cuestión.

VIGÉSIMO CUARTO: De modo que, al evaluar esta falta de motivación, resulta evidente que la decisión de primera instancia no ha seguido los lineamientos jurisprudenciales relevantes, por cuanto no se consideraron los aspectos indicados en los considerandos precedentes (Casación N.º 657-2014-Cusco y Acuerdo Plenario N.º 06-2006/CJ-116), como la posición jerárquica del recurrente, la afectación social del ilícito y la relación de causalidad entre su conducta y el daño causado a la imagen del Estado. Esta omisión configura una falta de motivación que afecta la legitimidad del fallo, al no ofrecer elementos objetivos y verificables que sustenten el monto concedido, por lo que, el *A quo* no ha desarrollado las razones mínimas necesarias para justificar el cálculo de dicha reparación.

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

VIGÉSIMO QUINTO: Ahora bien, **respecto al hecho constitutivo del daño y a la relación del nexo causal por ausencia de competencia funcional**, la defensa técnica del recurrente Arzubialde Elorrieta sostiene que la sentencia impugnada carece de una motivación suficiente y congruente en cuanto al análisis del hecho constitutivo del daño y la relación de nexo causal entre la conducta de su patrocinado y el perjuicio económico. Alega que el contrato de concesión y la normativa aplicable, específicamente la Ordenanza Municipal N.º 799-2005 y la cláusula 15.3 del contrato, atribuyen la responsabilidad de supervisión y control de los reajustes tarifarios al ente supervisor (INVERMET), y no a la Gerencia de Promoción de la Inversión Privada, que estaba a cargo de Arzubialde. Durante el proceso, se indicó reiteradamente que la potestad de velar por el cumplimiento del sistema tarifario recaía exclusivamente en INVERMET, por lo que, en opinión de la defensa, no existía competencia funcional de su patrocinado en esta materia.

VIGÉSIMO SEXTO: Al respecto, es preciso remitirnos al considerando segundo de la sentencia recurrida denominado “análisis & valoración individual de las pruebas” donde el apartado “competencias del supervisor” establece lo siguiente:

(...) El supervisor, tiene competencia para ejercer las potestades atribuidas, mediante la Ordenanza Municipal N.º 799 así como sus modificatorias (Cláusula 15.2. del contrato). Al respecto, la judicatura considera que de acuerdo a la Ordenanza Municipal 799, las principales facultades que tiene el supervisor son:

***a).**-Representar a la Municipalidad Metropolitana de Lima en las controversias que pudieran surgir en el desarrollo de los contratos de participación de la inversión privada (Art. 3.e); **b).**- Verificar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de participación de la inversión privada sean de carácter económico legal, técnico o administrativo, incluyendo los regímenes aplicables a los bienes objeto de promoción (Art. 3.b); **c).**-Velar por el cumplimiento del sistema tarifario*

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

peajes y otros cobros de similar naturaleza, establecidos en los contratos de participación de la Inversión Privada (Art. 3.f). (la negrita es nuestra).

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Estando al pronunciamiento de la primera instancia, se observa que el A quo se ha limitado a enumerar las funciones de INVERMET conforme a la Ordenanza Municipal N.º 799 y la cláusula 15 del contrato, sin embargo, omite analizar la conexión específica entre estas funciones y la responsabilidad atribuida al recurrente Arzubialde Elorrieta. En específico, no se justifica cómo la autorización para iniciar la explotación de la obra, emitida por el apelante, podría haber generado una responsabilidad directa en el incumplimiento del sistema tarifario, responsabilidad que, según el contrato, recaía en otro ente. Esta omisión resulta en una falta de razonamiento claro y preciso respecto a la supuesta competencia funcional de Arzubialde en la supervisión de los reajustes tarifarios.

Además, se tiene que la defensa técnica cuestiona la incorporación en la sentencia de un monto de S/. 6.408.193,00 por exceso de compensación económica, argumentando que este valor no era responsabilidad directa de Arzubialde Elorrieta, sino que se originó en un acuerdo de trato directo celebrado por el gerente de la Promoción de la Inversión Privada, Jaime Shimabukuro Maeki, siendo que durante el juicio oral, se habrían actuado pruebas documentales y testigos que confirmarían que el exceso de compensación se derivaba de retrasos en el inicio del cobro de la tarifa reajustada, acordados en el mencionado trato directo el cual no habría sido suscrito por el recurrente Arzubialde Elorrieta. En tanto, para este Colegiado Superior esta falta de análisis sobre la supuesta ruptura del nexo causal y la incorporación de esta suma sin una justificación suficiente afecta indudablemente el principio de congruencia procesal y vulnera el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. **En consecuencia, este el agravio en este extremo también debe ser amparado.**

VIGÉSIMO OCTAVO: En cuanto al **tercer agravio** corresponde verificar si la sentencia de primera instancia motivó adecuadamente la valoración de los órganos de prueba y

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

documentación actuada en juicio para la determinar una correcta cuantificación del daño por factor de atribución (dolo), respecto a su patrocinado. En ese sentido, aunque la defensa menciona “tipicidad” cuando lo correcto en el ámbito civil se denomina **factor de atribución** (dolo, culpa, o riesgo), de modo que, siguiendo con la respuesta a su agravio sostiene que, aunque el juzgado concluyó que su patrocinado actuó con “dolo civil” al autorizar el inicio de la explotación del peaje con un reajuste tarifario presuntamente indebido, sin embargo, asevera que esta conclusión no se ha fundamentado en un análisis exhaustivo de las pruebas periciales y documentales que fueron introducidas durante el juicio, toda vez que, durante el proceso, se habrían presentaron pruebas periciales que concluyeron que la interpretación de la cláusula 9.9 del contrato de concesión, realizada por LAMSAC, respecto al uso del 100% del IPC Perú como base para el reajuste tarifario, era razonable y lógica, siendo ello incluso reconocido por los propios peritos propuestos por la propia Procuraduría Pública que el reajuste tarifario no requería la aprobación previa del concedente, y que dicha interpretación se ajustaba a los términos contractuales.

VIGÉSIMO NOVENO: A efectos de verificar el agravio denunciado, es preciso remitirnos a la sentencia impugnada en cuyo fundamento 128 denominado “análisis del caso” en el apartado “D) -en relación al nexo causal” el colegiado de primera instancia ha concluido lo siguiente:

(...) Se ha acreditado que tanto el señor Domingo Arzubialde Elorrieta por haber autorizado el inicio de la explotación con reajuste indebido por parte de la empresa LAMSAC (al haber optado únicamente por aplicar el 100% en el incremento de IPC) materializado el incremento del reajuste tarifario del peaje, con detrimento final en el usuario, ambos (persona natural y persona jurídica), realizaron un aporte ilícito con dolo civil, para materializar el daño, en perjuicio del Estado.(la negrita es nuestra)

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

TRIGÉSIMO: Estando a lo expuesto, esta Sala Superior advierte que el razonamiento efectuado por el colegiado de primera instancia se ha limitado a señalar únicamente que el recurrente Domingo Arzubialde Elorrieta autorizó un reajuste indebido, sin embargo, no se habría realizado una valoración ni pronunciamiento alguno (positivo o negativo) respecto a las declaraciones del perito económico Iván Inocente Arévalo y perito German Deza Nasi, especialista en Concesiones de Auditoría así como tampoco del Laudo Arbitral del 23 de junio del 2020 que, según la teoría de caso de la defensa estas declaraciones testimoniales y prueba documental serían favorables a la defensa de su patrocinado, y que ello sería fundamental para la determinación de la **cuantificación del daño** que le corresponde al haber sido sentenciado en lo penal, mas no respecto de la existencia del daño.

TRIGÉSIMO PRIMERO: De modo que, luego de verificar la sentencia recurrida, a criterio de este Colegiado Superior, consideramos que se ha omitido pronunciamiento respecto a las razones que justificarían la cuantificación del daño, esto es, se debió realizar un análisis detallado sobre la razonabilidad un reajuste realizado por el recurrente, por lo que, ante la ausencia de una relación a la determinación de la cuantificación del daño, este vicio evidencia que la sentencia materia de alzada ha incurrido en una deficiente valoración de las pruebas que se debieron tomar en cuenta, lo que afecta el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales. En tanto, se debe tener en cuenta, como también señala la defensa técnica, el Acuerdo Plenario 04-2019/CIJ-116 establece que:

(...) La acción penal y la acción civil derivadas del hecho delictivo tienen una indudable autonomía, sin que por tanto la respuesta penológica de la norma penal condicione ni afecte, en su caso, ni la existencia ni a la cuantía de la correspondiente obligación indemnizatoria. (...) Incluso, como el Código Procesal Penal reconoce, la perspectiva civil del hecho objeto del proceso permite apreciar y calificar sus efectos que los mismos se deriven de manera plenamente autónoma, ya que fuera del supuesto de declaración de que el hecho no existió, esto es, salvo el caso de declararse probado que el acto o la omisión no existió objetivamente, el órgano jurisdiccional tiene facultad no solamente para encuadrar el hecho

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

específico en el ámbito de la culpa extracontractual, sino también para apreciar las pruebas obrantes en juicio y sentar sus propias deducciones en orden a la realidad fáctica¹⁶.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Visto de este modo, se tiene que al someterse a cuestionamiento si el recurrente ha accionado o no con dicha intención, y si exista pruebas que determinarían ello es imperativo realizar una adecuada valoración a efectos de establecer de manera correcta la cuantificación del daño, pues si bien existe una sentencia condenatoria con calidad de cosa juzgada también lo es que en el ámbito de la responsabilidad civil se determine esta cuantificación del daño. En este sentido, esta Sala Superior luego de haber verificado los puntos cuestionados advertirnos que el *A quo* no ha motivado debidamente las razones que justificarían la cuantificación del daño. Por tanto, consideramos que la sentencia de primera instancia ha incurrido en una motivación insuficiente respecto a la valoración de los órganos de prueba y documentación actuada en juicio, con ello se ha omitido realizar un análisis detallado para determinar la aludida cuantificación respecto al sentenciado Domingo Arzubialde Elorrieta. **Por lo tanto, este agravio en este extremo también debe ser estimado y, en consecuencia, debe emitirse nuevo pronunciamiento conforme a los considerados expuestos precedentemente.**

§ RESPUESTA A LOS AGRAVIOS FORMULADOS POR LA PROCURADURÍA PÚBLICA AD HOC

TRIGÉSIMO TERCERO: En cuanto al recurso impugnatorio formulado por el representante de la Procuraduría Pública Ad Hoc, conforme se ha delimitado en el punto VI de la presente si bien su pretensión es que se revoque la sentencia de primera instancia también lo es que por la **naturaleza del agravio** se advierte que ha denunciado también vicios de nulidad al señalar que la sentencia de primera instancia no ha motivado adecuadamente su decisión respecto a tres puntos fundamentales de su pretensión civil: **i) el rechazo al daño emergente declarado infundado en los puntos 2 y 4 del fallo, ii) la**

¹⁶ Véase del cuarto párrafo del fundamento vigésimo sexto del Acuerdo Plenario 04-2019/CIJ-116

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

ausencia de pronunciamiento respecto al lucro cesante, y **iii)** la falta de pronunciamiento sobre el cese del cobro de la tarifa que fue parte de su pretensión inicial.

TRIGÉSIMO CUARTO: A efectos de brindar respuesta a este agravio, es necesario previamente analizar la sentencia de primera instancia y determinar si efectivamente se produjo una falta de motivación sustancial respecto a las pretensiones expuestas por la Procuraduría. En primer lugar, este Colegiado Superior advierte que la sentencia recurrida no fundamenta de manera detallada la razón por la cual se declara infundada la pretensión de daño emergente. Según la pretensión presentada por la Procuraduría, el daño emergente consistía en el perjuicio económico concreto generado por la incorrecta aplicación del reajuste tarifario. A pesar de haber desarrollado en juicio la explicación sobre el daño patrimonial ocasionado al Estado, el colegiado de primera instancia se limitó a rechazar esta pretensión sin proporcionar un análisis exhaustivo de los elementos de prueba presentados por la Procuraduría, tales como el informe pericial y la documentación que sustenta la existencia de este perjuicio.

TRIGÉSIMO QUINTO: En relación con el **lucro cesante**, la Procuraduría presentó argumentos detallados sobre las ganancias que el Estado dejó de percibir como consecuencia del reajuste tarifario ilegalmente aplicado. Sin embargo, la sentencia impugnada no aborda esta pretensión de manera específica ni analiza los elementos probatorios aportados para sustentarla, lo que constituye una omisión relevante que afecta el derecho a la motivación. De otro lado, respecto al cese del cobro de la tarifa, se verifica que la sentencia de primera instancia tampoco se pronuncia sobre este extremo de la pretensión, a pesar de haber sido parte del debate en juicio más aún si se tiene en cuenta que en su calidad de actor civil solicitó que se ordene la suspensión del cobro de la tarifa reajustada, argumentando que dicho cobro carece de sustento legal conforme a lo establecido en la cláusula 9.9 del contrato de concesión. En tanto, la ausencia de un pronunciamiento al respecto genera una omisión de motivación, pues deja sin resolver un aspecto esencial de la pretensión civil planteada por el actor civil.

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

TRIGÉSIMO SEXTO: De lo expuesto, este Colegiado Superior concluye que la sentencia de primera instancia, en el extremo de los agravios denunciados, ha incurrido en una motivación insuficiente al no abordar ni fundamentar adecuadamente las pretensiones de daño emergente, lucro cesante y cese del cobro de la tarifa. Esta omisión constituye una vulneración al derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, conforme a lo establecido por el Tribunal Constitucional en jurisprudencia reiterada. **En consecuencia, este agravio debe ser estimado, y se ordena que en un nuevo pronunciamiento se realice un análisis exhaustivo de las pretensiones planteadas por la Procuraduría en etapa intermedia, con base en los elementos de prueba presentados.**

§ RESPUESTA A LOS AGRAVIOS FORMULADOS POR LIMA EXPRESA S.A.C (ANTES LÍNEA AMARILLA S.A.C)

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: En relación al recurso impugnatorio formulado por la defensa técnica de Lima Expresa S.A.C, conforme también se ha delimitado en el punto VI de la presente su pretensión es que se revoque la sentencia de primera instancia. No obstante, también se advierte que por la **naturaleza de los agravios** invocados estos versan sobre vicios de nulidad, pues sostiene que la sentencia de primera instancia incurre en dos vicios principales: **i)** una infracción al principio de congruencia, ya que el monto de reparación civil otorgado excede la pretensión originalmente planteada por el actor civil, y **ii)** la falta de motivación en relación al daño extrapatrimonial, ya que no se justifica ni se desarrolla adecuadamente la razón para conceder dicho concepto.

TRIGÉSIMO OCTAVO: En cuanto al primer agravio, Lima Expresa SAC denuncia que el juzgado de primera instancia habría resuelto "ultra petita", otorgando un monto de reparación civil que excede lo solicitado por la Procuraduría Pública en sus diversas etapas del proceso. Al respecto, este argumento ya ha sido respondido previamente en los agravios planteados por Domingo Arzubalde Elorrieta, quien también alegó una falta de congruencia en la reparación civil concedida. En este sentido, conforme hemos señalado en los considerandos precedentes esta Sala confirma que, en efecto, la sentencia impugnada incurrió en una motivación sustancialmente incongruente, toda vez



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

que el monto otorgado no guarda relación con la pretensión civil que quedó delimitada en la etapa intermedia. Sin embargo, el Código Procesal Penal, permite que la pretensión civil se incremente en base a las nuevas razones surgidas en la etapa de juicio oral (art. 387.2 del CPP) manteniendo los tipos de daño propuestos en etapa intermedia, mas no que se introduzcan nuevos tipos de daño distintos a los establecidas en la etapa intermedia. Por tanto, se ratifica que el agravio denunciado es procedente, conforme a los fundamentos ya expuestos en los considerandos correspondientes al análisis del agravio de Arzubialde.

TRIGÉSIMO NOVENO: Respecto al segundo agravio, Lima Expresa SAC sostiene que no existe motivación adecuada en la sentencia respecto al daño extrapatrimonial. Este argumento también ha sido previamente abordado en la respuesta al segundo agravio del apelante Arzubialde, donde se concluye que la sentencia de primera instancia no desarrolló un análisis detallado sobre los elementos fácticos y jurídicos que justificarían la concesión del daño extrapatrimonial. En ese análisis se determinará que la sentencia recurrida únicamente mencionaba un "cálculo prudente" sin detallar los fundamentos que motivaron dicha decisión, lo que configura una falta de motivación suficiente.

CUADRAGÉSIMO: Por consiguiente, en ambos agravios formulados por Lima Expresa SAC, esta Sala Superior concluye que la sentencia de primera instancia presenta vicios de motivación, tanto en el aspecto de la congruencia en la cuantificación de reparación civil como en la falta de fundamentación del daño extrapatrimonial. Estos puntos ya han sido ampliamente desarrollados en las respuestas previas a los agravios de Domingo Arzubialde Elorrieta. En consecuencia, el agravio en este extremo también debe estimarse conforme a los fundamentos ya expuestos, confirmando que, en efecto, la falta de motivación y la incongruencia en la sentencia afecta el derecho a la tutela judicial efectiva.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: En virtud de lo expuesto, en el caso se ha constatado la presencia de un vicio relevante en la configuración de la sentencia (principio de

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

trascendencia), anomalía que incide en el debido proceso por cuanto la sentencia materia de revisión ha incurrido en vicios de motivación de tal incidencia, que no es posible su corrección o subsanación en esta instancia. Por lo que debe procederse a declarar la nulidad de la sentencia, conforme lo establece el art. 425, 3 del CPP determina: “(...) 3. La sentencia de segunda instancia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 409, puede a) declarar la nulidad, en todo o en parte, de la sentencia apelada y disponer se remitan los autos al juez que corresponda para la subsanación a que hubiere lugar”.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: En esa línea, conforme al análisis de los agravios, y a fin de subsanar los defectos en los que se ha incurrido, resulta necesario que se realice nuevo juicio oral, por distintos jueces a los que expidieron la sentencia, teniendo en cuenta las omisiones y defectos advertidos por la Sala Superior, así como las indicaciones realizadas en la presente sentencia, es especial las referidas a la motivación de los elementos de la responsabilidad civil extracontractual, así como una adecuada motivación de la existencia del daño (patrimonial y extra patrimonial), de la cuantificación de ambos daños. **Por tanto, al haberse dispuesto la nulidad de la sentencia en todos sus extremos, ya no corresponde emitir pronunciamiento por las pretensiones revocatorias de los recurrentes Procuraduría Pública Ad Hoc y Lima Expresa S.A.C (antes Línea Amarilla S.A.C) al haberse determinado la existencia de vicios transcendentales en la sentencia de primera instancia.**

§ EN CUANTO A LAS COSTAS

CUADRAGÉSIMO TERCERO: Que, el artículo 497° del Código Procesal Penal establece obligatoriamente la fijación de costas en toda acción que ponga fin al proceso penal. Estas costas, según el inciso 1° del artículo 500° del mismo Código, son a cargo del vencido. No obstante, el órgano jurisdiccional tiene la facultad de eximir al vencido del pago de costas.

CUADRAGÉSIMO CUARTO: En cuanto a las costas de la sentencia materia de alzada, estando a que se ha llegado a juicio oral y la actividad jurisdiccional se ha desplegado en



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

su integridad, y existiendo razones plausibles de revisión, corresponde exonerar de las costas procesales a los impugnantes.

DECISIÓN

Por los fundamentos expuestos, los magistrados integrantes de la Tercera Sala Penal de Apelaciones Nacional de la Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada, en aplicación del artículo 409, 417, 419 y 425, 3 del CPP, **DECIDEN:**

1. **DECLARAR FUNDADO** recurso de apelación de sentencia interpuesto por la defensa técnica de Domingo Arzubalde Elorrieta en contra de la Sentencia recaída en la Resolución N.º 139, de fecha 26 de julio de 2022.
2. **DECLARAR FUNDADO EN PARTE** el recurso de apelación de sentencia interpuesto por la Procuraduría Pública Ad Hoc Caso Odebrecht en contra de la Sentencia recaída en la Resolución N.º 139, de fecha 26 de julio de 2022.
3. **DECLARAR FUNDADO EN PARTE** el recurso de apelación de sentencia interpuesto por la defensa técnica de la Línea Amarilla S.A.C (ahora Lima Expresa Sociedad Anónima Cerrada – LIMEX) en contra de la Sentencia recaída en la Resolución N.º 139, de fecha 26 de julio de 2022.
4. En consecuencia **DECLARARON NULA** la Sentencia emitida mediante resolución N.º 139 de fecha 26 de julio de 2022, por el Octavo Juzgado Penal Colegiado Nacional, en todos los extremos: que 1).- *Declaró FUNDADA en parte la pretensión del objeto civil (REPARACIÓN CIVIL -en relación a la RESTITUCIÓN DEL BIEN-) formulada por el ESTADO peruano – actor civil- (Representado por la Procuraduría Ad Hoc para los casos de Odebrecht y otras) contra la EMPRESA*

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

LÍNEA AMARILLA SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA –LAMSAC-) (Ahora Lima Expresa Sociedad Anónima Cerrada –LIMEX-) y contra el sentenciado Sr. DOMINGO ARZUBIALDE ELORRIETA; en consecuencia, dispongo que ambos sujetos procesales, cumplan con PAGAR SOLIDARIAMENTE la suma de VEINTE MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL QUINIENTOSVEINTISIETE Y 00/100 soles (S/. 20,739,527) más los intereses legales, a favor del Estado peruano (Representado por la Procuraduría Ad Hoc para los casos de Odebrecht y otras), una vez consentida o ejecutoriada que sea la presente sentencia, en ejecución de sentencia. 2).- Declaró INFUNDADA la pretensión del objeto civil (REPARACIÓN CIVIL en relación a la RESTITUCIÓN DEL BIEN-) formulada por el ESTADO peruano – actor civil- (Representado por la Procuraduría Ad Hoc para los casos de Odebrecht y otras) contra la EMPRESA LÍNEA AMARILLA SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA – LAMSAC-) (Ahora Lima Expresa Sociedad Anónima Cerrada –LIMEX-) y contra el sentenciado Sr. DOMINGO ARZUBIALDE ELORRIETA; en consecuencia, dispongo NO HA LUGAR, que ambos sujetos procesales, cumplan con pagar solidariamente la suma de CINCUENTA Y DOS MILLONES OCHO MIL QUINIENTOS TREINTA Y TRES Y 00/28 SOLES (S/. 52, 008, 533.28) que el actor civil, denominó daño emergente, en los alegatos de clausura. Aclarándose que únicamente, deben pagar el monto dispuesto en la primera parte decisoria de esta sentencia, por concepto de restitución del bien. 3).- Declaró FUNDADA en parte la pretensión del objeto civil (INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS- en relación a la RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL-) formulada por el ESTADO peruano – actor civil- (Representado por la Procuraduría Ad Hoc para los casos de Odebrecht y otras) contra la EMPRESA LÍNEA AMARILLA SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA – LAMSAC-) (Ahora Lima Expresa Sociedad Anónima Cerrada –LIMEX-) y contra el sentenciado Sr. DOMINGO ARZUBIALDE ELORRIETA; en consecuencia, dispongo que ambos sujetos procesales, cumplan con PAGAR SOLIDARIAMENTE la suma de CINCO MILLONES Y 00/100 soles (S/. 5,000,000) más los intereses legales, a favor del Estado peruano (Representado por la Procuraduría Ad Hoc para los casos de Odebrecht y otras),

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

una vez consentida o ejecutoriada que sea la presente sentencia, en ejecución de sentencia. 4).- Declaró INFUNDADA la pretensión del objeto civil (INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS- en relación a la RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL-) formulada por el ESTADO peruano – actor civil- (Representado por la Procuraduría Ad Hoc para los casos de Odebrecht y otras) contra la EMPRESA LÍNEA AMARILLA SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA – LAMSAC-) (Ahora Lima Expresa Sociedad Anónima Cerrada –LIMEX-) y contra el sentenciado Sr. DOMINGO ARZUBIALDE ELORRIETA; en consecuencia, dispone NO HA LUGAR, que ambos sujetos procesales, cumplan con pagar solidariamente la suma de CINCUENTA Y DOS MILLONES OCHO MIL QUINIENTOS TREINTA Y TRES Y 00/28 SOLES (S/. 52, 008, 533.28) que el actor civil, denominó daño extrapatrimonial, en los alegatos de clausura. Aclarándose que únicamente, deben pagar el monto dispuesto en la tercera parte decisoria de esta sentencia, por concepto de responsabilidad extracontractual. Con lo demás que contiene y es materia de la apelación.

5. **DISPUSIERON LA REALIZACIÓN DE NUEVA AUDIENCIA DE JUICIO ORAL**, por los jueces llamado por ley, a efecto de que se resuelva con arreglo a ley y a los fundamentos de la presente, bajo responsabilidad.
6. **RECOMENDARON LA DILIGENCIA Y CELERIDAD** debida a fin de cautelar el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, además del plazo razonable, con arreglo a las consideraciones expuestas en el presente pronunciamiento.

7. **REGÍSTRESE, COMUNÍQUESE Y DEVUÉLVASE.**

S.S.

FELICES MENDOZA
SUMERINDE

RODRÍGUEZ ALARCÓN

ENRÍQUEZ