

**Sala Penal Nacional de Apelaciones
Colegiado A**

Expediente : 00031-2017-2-5201-JR-PE-02
Jueces superiores : Castañeda Otsu / Bazán Cerdán / Angulo Morales
Investigado : Domingo Arzubialde Elorrieta
Delito : Negociación incompatible
Agravado : El Estado
Especialista judicial : Mary Elena Vilcapoma Salas
Materia : Apelación de auto de medida cautelar de embargo

Sumilla: La posibilidad de que el investigado adopte conductas destinadas a ocultar sus bienes no se enerva por la duración del proceso penal, el cual es progresivo; y, conforme se desarrolla, el imputado puede adoptar diferentes actitudes, debiendo tenerse en cuenta que el proceso se encuentra con requerimiento de acusación fiscal.

Resolución N° 05

Lima, veintiuno de marzo
de dos mil dieciocho

AUTOS y OÍDOS.– En audiencia pública, el recurso de apelación formulado por el investigado Domingo Arzubialde Elorrieta contra la Resolución N° 02, actúa como ponente la presidenta del Colegiado A, jueza superior **Susana Ynes Castañeda Otsu**; y **ATENDIENDO:**

Antecedentes procesales

1. El veintiuno de julio de dos mil diecisiete, la representante de la Procuraduría Pública *ad hoc* para la defensa del Estado en las investigaciones y procesos vinculados a delitos de corrupción de funcionarios, lavado de activos y otros conexos en los que ha incurrido la empresa Odebrecht y otras (en adelante, la Procuraduría Pública *ad hoc*) solicitó se dicten embargo en forma de inscripción y orden de inhibición de disposición o gravamen sobre la cuota ideal (acciones y derechos) que le correspondan al imputado Arzubialde Elorrieta sobre los bienes muebles e inmuebles de la sociedad de gananciales que conforma con su cónyuge, los cuales están inscritos en las siguientes partidas públicas: N° 12735061, 12735071, 12735104, 12735130, 52306852 (esta última correspondiente al vehículo de placa C2N-580).

2. Mediante Resolución N.º 02, de fecha primero de setiembre de dos mil diecisiete, la jueza Sonia Mercedes Bazalar Manrique, titular del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Distrito Judicial de Lima, declaró fundada la solicitud en el extremo en que solicitó embargo en forma de inscripción, hasta por la suma de S/100 000.00 soles, de acuerdo con lo solicitado por la Procuraduría Pública *ad hoc*; e infundado el requerimiento de orden de inhibición.

3. Una vez remitido a este sistema especializado el cuaderno incidental por razón de competencia¹, mediante Resolución N° 18, del veintisiete de octubre de dos mil diecisiete, el juez Juan Carlos Sánchez Balbuena, titular del Segundo Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, se avocó a conocimiento de la presente causa.

4. La Procuraduría Pública *ad hoc* interpuso apelación contra el extremo de la decisión que declara infundada la medida de orden de inhibición. La Sala Penal Nacional de Apelaciones de este sistema especializado, conformada por los jueces superiores Emérito Ramiro Salinas Siccha, Juan Riquelme Guillermo Piscoya y Oscar Manuel Burga Zamora, previa audiencia, mediante Resolución N.º 2, de fecha dieciocho de diciembre de dos mil diecisiete, revocó el auto apelado; y, reformándolo, declaró fundada la solicitud de la Procuraduría Pública *ad hoc*.

5. Ejecutadas las dos medidas, el investigado Arzubialde Elorrieta interpuso recurso de apelación contra las dos resoluciones que las ordenaban, recurso que fue concedido en primera instancia. Por Resolución N° 03, de fecha veintiocho de febrero de dos mil dieciocho, los magistrados Salinas Siccha, Guillermo Piscoya y Burga Zamora se inhibieron de conocer el recurso, y dispusieron que pase a conocimiento de los jueces superiores llamados por ley.

6. En virtud de la inhibición, el Colegiado A se integró con los jueces superiores Susana Ynes Castañeda Otsu, Jorge Fernando Bazán Cerdán y Marco Antonio Angulo Morales², avocándose al conocimiento de los actuados y dispuso declarar inadmisibles el recurso de apelación en el extremo referido a la orden de inhibición, y admisible en el extremo que eleva a conocimiento de la Sala la

¹ Mediante razón de fecha ocho de noviembre de dos mil diecisiete, la especialista judicial Sonia Hernia Quispe Silva informa que el presente cuaderno fue remitido al Segundo Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria, avocándose a su conocimiento su titular, Juan Carlos Sánchez Balbuena (a folios 466).

² En mérito a la Resolución Administrativa N° 119-2017-CE-PJ, de fecha veintinueve de marzo de dos mil diecisiete.



Resolución N° 02, en lo concerniente al embargo en forma de inscripción trabado.

Resolución materia de recurso

7. Es materia de recurso de apelación la Resolución N° 02, emitida el primero de setiembre de dos mil diecisiete, por la jueza Sonia Mercedes Bazalar Manrique, titular del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el extremo que declara fundada la solicitud de medida cautelar de embargo en forma de inscripción hasta por la suma de S/100 000.00 sobre los derechos y acciones que le corresponden al investigado Domingo Arzubialde Elorrieta, respecto de los bienes muebles e inmuebles que se detallan en la parte resolutive, letra b, una vez liquidada la sociedad de gananciales que integra con su cónyuge, María del Pilar Rodríguez Blanco; solicitud formulada por la Procuraduría Pública *ad hoc*.

Agravios de la defensa del imputado Arzubialde Elorrieta

8. Los agravios de la defensa del imputado Arzubialde Elorrieta, contenidos en su recurso de apelación de fecha veintitrés de febrero de dos mil dieciocho, y expuestos en audiencia, se basan, fundamentalmente, en la falta de motivación suficiente de la resolución recurrida. Así, tenemos los siguientes.

i) En los numerales 9, 10 y 11 de la parte considerativa de la resolución impugnada solo se hace referencia a los elementos de convicción del requerimiento, sin expresar adecuadamente cómo sustentan la apariencia de la comisión del delito imputado.

ii) Se afirma que su patrocinado aprobó la propuesta del reajuste realizado por la empresa Lamsac sin someterla a revisión técnica por parte de los asesores de la gerencia a su cargo; sin embargo, todas las decisiones relacionadas a las cláusulas del contrato contaban con informes técnicos, y fueron tomadas con el apoyo de un equipo multidisciplinario de la Subgerencia de Gestión de Contratos con Participación Privada (en adelante SGCPP). A este equipo habrían sido remitidos todos los documentos ingresados a su gerencia, como consta en la Carta N° 01-2017-DAE.

iii) Todos los oficios, informes, actas u otros documentos firmados por Arzubialde Elorrieta contaron con el visto bueno del subgerente de la SGCPP, el abogado Juan Andrés Ramos Arapa. Asimismo, Invermet (supervisora del proyecto) y el economista José Miguel Castro Gutiérrez, Gerente Municipal Metropolitano, tenían conocimiento de estos hechos.

iv) No existen indicios que permitan concluir que su patrocinado tenga la intención o esté realizando actos destinados a transferir algún bien del patrimonio conyugal, a pesar de ser investigado desde el dos mil quince, por lo que no habría peligro en la demora. Tampoco existe riesgo fundado de que pueda quedar insolvente, o indicios que den cuenta del ocultamiento de los bienes. Finalmente, no existe indicio alguno de beneficio económico recibido de Lamsac.

Posición de la Procuraduría Pública ad hoc

9. En audiencia, la representante de la Procuraduría Pública *ad hoc* sostiene lo siguiente:

i) Arzubialde Elorrieta, como gerente de la Gerencia de Promoción de Inversión Privada de la Municipalidad de Lima, ante lo solicitado por Lamsac mediante carta de fecha dos de setiembre de dos mil catorce, respecto al reajuste de la tarifa de peaje, no convocó a reunión para saber si lo requerido se ajustaba a ley o al contrato.

ii) Los elementos de convicción han sido corroborados mediante el requerimiento acusatorio de treinta de noviembre de dos mil diecisiete, con una pretensión punitiva de cuatro años y cuatro meses contra el imputado.

iii) El monto de reparación civil es de S/17 317 167.00, el cual no es cubierto por el importe de S/ 100 000.00 correspondiente al embargo solicitado.

iv) Existe un peligro latente en la demora del proceso, que podría afectar la reparación del daño ocasionado. Luego de más de tres años de investigación, el proceso se encuentra todavía en etapa intermedia, por lo que existe duda respecto a la disposición que podría hacer el imputado de su patrimonio.

Fundamentos del Colegiado para resolver

Base normativa

10. El embargo en forma de inscripción es una medida cautelar de naturaleza civil, que puede dictarse cuando la pretensión sea apreciable en dinero, que implica la incorporación en los registros públicos del monto ejecutable de los bienes afectados. De esta forma se asegura la posibilidad de ejecutar los bienes ante un fallo que declare fundada la pretensión civil, sin necesidad de ordenar su traslado, prohibir su disposición o gravamen; incluso frente a terceros.



11. En nuestro ordenamiento, está contemplada en el artículo 656 del Código Procesal Civil, concordado con el artículo 642, y puede solicitarse en el proceso penal al amparo de lo señalado en los artículos 302 y siguientes del Código Procesal Penal (CPP).

12. Para determinar su procedencia, debe observarse lo señalado en el artículo 303 del CPP, que precisa, en su inciso 3, "se adoptará la medida de embargo, siempre que en autos existan suficientes elementos de convicción para sostener razonablemente que el imputado es con probabilidad autor o partícipe del delito objeto de imputación, y por las características del hecho o del imputado, exista riesgo fundado de insolvencia del imputado o de ocultamiento o desaparición del bien". En tal sentido, existen dos requisitos:

- i. El juicio de probabilidad razonable de la participación del imputado en el delito, sostenido por elementos de convicción suficientes (apariencia de derecho).
- ii. El riesgo fundado de insolvencia, ocultamiento o desaparición, según las características del hecho o del imputado (peligro en la demora).

Respecto a la apariencia de derecho y los elementos de convicción

13. A fin de evaluar el cumplimiento de este requisito, debe tenerse en cuenta que los hechos imputados se vinculan con la aprobación por parte de Arzubialde Elorrieta del aumento de la tarifa de peaje que excedería los límites fijados por la relación contractual entre Lamsac y la Municipalidad Metropolitana de Lima, beneficiando a la empresa, en detrimento de la comuna y los usuarios de las vías gestionadas por la concesionaria. Así, se señala que el aumento de la tarifa de peaje se realizó sin considerar el máximo establecido por el contrato; y que se realizaron dos aumentos en el dos mil trece, en octubre y diciembre, cuando el máximo era de un aumento cada 12 meses.

Según el informe de auditoría de la Contraloría General de la República, presentado como elemento de convicción de la solicitud (anexo W³), da cuenta de las presuntas irregularidades de la aprobación efectuada por el imputado; y expone el presunto daño patrimonial generado, que sería de una gran magnitud, precisando que se permitió un ingreso en exceso al contratista de aproximadamente 14 millones de soles, un exceso en la compensación otorgada por demora en la ejecución de aproximadamente seis millones de soles, además de la no ejecución de una penalidad de aproximadamente un millón doscientos mil dólares.

³ Fs. 395 y siguientes.

14. En su recurso, Arzubialde Elorrieta sostiene como agravio que en la recurrida no se han señalado los elementos de convicción sobre los que se asienta la apariencia de derecho. Al respecto, se observa que en la resolución impugnada se asumen todos los elementos de convicción presentados por la Procuraduría Pública *ad hoc*, y se consigna el objeto de imputación. Los elementos de convicción dan cuenta de la aprobación gestionada por Arzubialde Elorrieta de lo solicitado por Lamsac, e incluyen un informe de la Contraloría General de la República donde se exponen los alcances de su actuación.

15. El recurrente también alega que la decisión de aprobar la solicitud de Lamsac fue tomada en conjunto y con el apoyo de un equipo técnico multidisciplinario, y contando con la aprobación de la SGCPP.

Con relación a este punto, debe señalarse que la responsabilidad funcional viene determinada por el marco normativo aplicable, el cual, en este caso, queda comprendido en las reglas de gestión propias de la municipalidad, fundamentalmente, en el Reglamento de Organización y Funciones⁴. En estas, se señala que, como Gerente de Promoción de Inversión Privada, le corresponden las funciones, contempladas en su artículo 170-B, de “programar, dirigir, ejecutar, control y monitorear el proceso de promoción de la participación de la inversión privada, el cual comprende tanto a las acciones orientadas a lograr la incorporación de inversión privada en activos, empresas, proyectos, servicios, obras públicas de infraestructura y servicio público (...) así como la posterior gestión de los respectivos contratos de participación de la inversión privada (...)”.

Además, conforme señala la Procuraduría Pública *ad hoc* en audiencia, la no inclusión de otros funcionarios no se debe a un error, sino que surge precisamente de la distribución de responsabilidades funcionales al interior de la entidad. Estos otros funcionarios pueden ser sujetos, eventualmente, de otros procesos.

16. En tal sentido, como fue indicado en la recurrida, “se ha determinado que existen suficientes elementos de convicción que vinculan al investigado con los hechos materia del proceso” (FJ 10). Esta conclusión se vio corroborada en la audiencia de segunda instancia, en la cual el objeto fundamental de debate fue la legitimidad de los actos administrativos realizados por el imputado, debiendo considerarse que con fecha treinta de noviembre de dos mil diecisiete, se ha formulado requerimiento acusatorio, dato introducido en audiencia por la

⁴ Aprobado mediante Ordenanza municipal N° 812, del 25 de agosto de 2005.



Procuraduría Pública *ad hoc* y aceptado por la defensa de Arzubialde Elorrieta, y que el Colegiado tiene a la vista para resolver.

Con relación al peligro procesal

17. El recurrente alega, con relación a este requisito, que no existe indicio alguno que permita inferir que Arzubialde Elorrieta ha intentado, a lo largo del proceso, o está intentando actualmente transferir u ocultar sus bienes para evitar que la Procuraduría Pública *ad hoc* pueda ver satisfecha su pretensión indemnizatoria, en caso obtenga un fallo favorable.

La Procuraduría Pública *ad hoc*, en audiencia, se ha limitado a señalar que no existe forma de asegurar que estos actos no pueden ser realizados en el futuro, lo cual cobra mayor riesgo al considerar la demora del proceso.

18. Frente a ello, el Colegiado considera pertinente resaltar que, conforme al Acuerdo Plenario N° 7-2011/CJ-116⁵, el riesgo procesal "en lo civil, tiene una configuración objetiva: no se requiere necesariamente que se haya producido cierto comportamiento del imputado, ni menos una intención de este de causar perjuicio al actor. El peligro se materializa en las posibilidades del responsable civil, durante el tiempo del proceso, de que se dedique a distraer, dilapidar u ocultar sus bienes, real o ficticiamente, para hacer impracticable así la satisfacción de las consecuencias jurídico-económicas".

En atención a lo anterior, se concluye que basta con la posibilidad de que un afectado adopte conductas dirigidas al ocultamiento, dilapidación o transferencia de sus bienes. Consideramos que la posibilidad de que, en el presente caso, el investigado adopte conductas destinadas a ocultar sus bienes, y el hecho de que la investigación tenga tres años no la enerva: se debe comprender que el proceso penal es progresivo, y conforme se desarrolla, el imputado puede adoptar diferentes actitudes, y en el presente caso, ya se ha efectuado el requerimiento de acusación fiscal. Por ello, su conducta durante la fase de investigación no constituye un indicador indubitable de la conducta que pueda desplegar conforme se desarrollan la fase intermedia y un eventual juicio oral.

19. Además, debe anotarse que la pretensión civil, vinculada al daño patrimonial que se habría generado al Estado, supera el monto correspondiente a los bienes embargados. Al no haberse acreditado más bienes del imputado, el riesgo de que adopte conductas con la finalidad de ocultarlo o transferirlo es mayor.

En tal sentido, considerando que existe esta posibilidad de ocultamiento o uso indebido de los bienes, es necesaria una medida que garantice la efectividad de

⁵ Acuerdo Plenario N° 7-2011/CJ-116, de fecha seis de diciembre de dos mil once, FJ 19

un eventual fallo que otorgue una reparación civil al Estado, sin afectar la capacidad de uso y disfrute que el imputado ejerce sobre sus bienes.

En consecuencia, el Colegiado considera que se cumplen los dos requisitos para la procedencia del embargo, por lo que debe confirmarse la resolución venida en grado.

DECISIÓN:

En virtud de los fundamentos antes expuestos, los jueces superiores integrantes del Colegiado A de la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios **RESOLVIERON:** **CONFIRMAR** la Resolución N° 02, de fecha primero de setiembre de dos mil diecisiete, emitida por la jueza Sonia Mercedes Bazalar Manrique, titular del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Distrito Judicial de Lima, **en el extremo que declara fundada** la solicitud interpuesta por la Procuraduría Pública *ad hoc* de trabar embargo en forma de inscripción, hasta por la suma de S/100 000.00 soles, sobre la cuota ideal (acciones y derechos) que correspondan al imputado Domingo Arzubalde Elorrieta sobre los bienes inmuebles inscritos en las siguientes partidas públicas: N° 12735061, 12735071, 12735104, 12735130; y el vehículo de placa C2N-580, inscrito en la partida N° 52306852, detallados en los folios 10 y 11 de la resolución impugnada⁶.

Notifíquese y devuélvase.

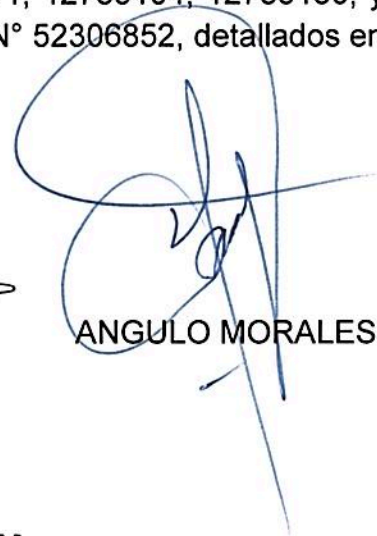
SS.



CASTAÑEDA OTSU



BAZÁN CERDÁN



ANGULO MORALES

PODER JUDICIAL

MARY ELENA VILCAPOMA SALAS
ESPECIALISTA JUDICIAL
Sala Penal Nacional de Apelaciones
Especializado en delitos de Corrupción de Funcionarios
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

⁶ Fs. 460 y 461 del presente cuaderno.