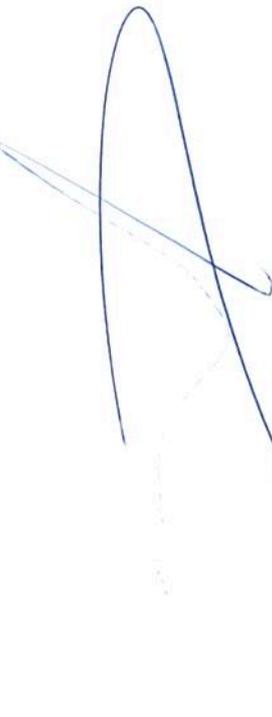


**SALA PENAL NACIONAL DE APELACIONES ESPECIALIZADA EN DELITOS DE  
CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS  
COLEGIADO A**



<b>Expediente</b>	: 00031-2017-3-5201-JR-PE-02
Jueces superiores	: Castañeda Otsu / Salinas Siccha / Guillermo Piscoya
Ministerio Público	: Primera Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios
Investigado	: Domingo Arzubialde Elorrieta
Delito	: Negociación incompatible
Agraviado	: El Estado
Especialista judicial	: Miriam Ruth Llamacuri Lermo
Materia	: Apelación de auto de tercero civil responsable

**Sumilla:** *Para la incorporación del tercero civil responsable al proceso penal, se debe verificar la concurrencia de la existencia de responsabilidad civil generada como consecuencia de un hecho antijurídico y la responsabilidad conjunta entre el supuesto tercero civil con el imputado, presupuesto último que se conoce como vínculo jurídico entre ambos.*



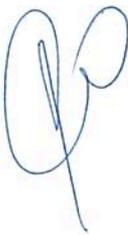
**Resolución N.° 11**  
Lima, ocho de junio  
de dos mil dieciocho

**AUTOS y OÍDOS:** En audiencia pública, el recurso de apelación interpuesto por la Procuraduría Pública Ad Hoc para la defensa del Estado en las investigaciones y procesos vinculados a delitos de corrupción de funcionarios, lavados de activos y otros conexos en los que habría incurrido la empresa Odebrecht y otras (en adelante la Procuraduría Pública Ad Hoc) contra la Resolución N.° 12, de fecha veintitrés de marzo de dos mil dieciocho, emitida por el Segundo Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria. Interviene como ponente el juez superior **RAMIRO SALINAS SICCHA**, y **ATENDIENDO:**

**I. ANTECEDENTES:**

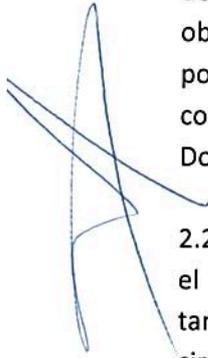
1.1 El presente incidente tiene su origen en el escrito presentado por la representante de la Procuraduría Pública Ad Hoc, con fecha once de setiembre de dos mil diecisiete, mediante el cual se solicitó comprender como terceros civil responsables a las siguientes empresas: Línea Amarilla S.A.C. (Lamsac), Vinci Highways Perú S.A.C. y Vinci Highways S.A.S., esto en el

marco de la investigación seguida contra Domingo Arzubialde Elorrieta por la presunta comisión del delito de negociación incompatible en agravio del Estado.

 1.2 El juzgador, mediante Resolución N.º 03, de fecha treinta de noviembre de dos mil diecisiete, decidió declarar improcedente por extemporánea la solicitud de constitución en tercero civil; sin embargo, dicha decisión fue apelada por la Procuraduría Pública Ad Hoc. Este Superior Colegiado, por Resolución N.º 05 de fecha treinta de enero de dos mil dieciocho, revocó dicha resolución; y, reformándola, ordenó que se admita a trámite la solicitud.

1.3 El Segundo Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria admitió a trámite la indicada; después por Resolución N.º 12, de fecha veintitrés de marzo de dos mil dieciocho, declaró infundada la solicitud de incorporación en calidad de terceros civil responsables de las empresas citadas. Al ser notificada, el representante de la Procuraduría Pública Ad Hoc interpuso recurso de apelación solo respecto de la empresa Línea Amarilla S.A.C.; y, realizada la audiencia correspondiente, el Colegiado luego de deliberar procede a emitir la presente resolución.

## II. FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA

 2.1 En la resolución materia de recurso de apelación se argumenta que la conducta delictiva atribuida a Domingo Arzubialde habría consistido en no haber observado las obligaciones a su cargo al validar una propuesta de reajuste de tarifas de peaje formulada por la empresa Línea Amarilla S.A.C. (Lamsac), propuesta que contravenía las cláusulas del contrato de concesión, por lo que se desprendería una relación fáctica circunstancial entre Domingo Arzubialde y la empresa Línea Amarilla S.A.C.

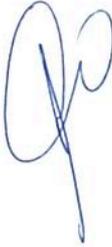
2.2 También se precisa que la vinculación jurídica que exige el ordenamiento procesal entre el imputado y el tercero civil no debe ser considerada estrictamente formal, sino que también puede ser una relación de hecho, la misma que puede surgir de manera circunstancial, pero que debe ser de dependencia, de tal manera que la actuación del responsable directo recaiga sobre el responsable indirecto al haber actuado en su representación y bajo sus órdenes e instrucciones.

2.3 Además, señaló que debe considerarse que el núcleo de la imputación formulada contra el único acusado radica en la infracción de sus deberes funcionariales, y si bien dicha actuación originó un beneficio a la empresa Lamsac, ello no es razón suficiente para que responda del daño causado ante la no existencia de vínculo jurídico alguno entre ambos.

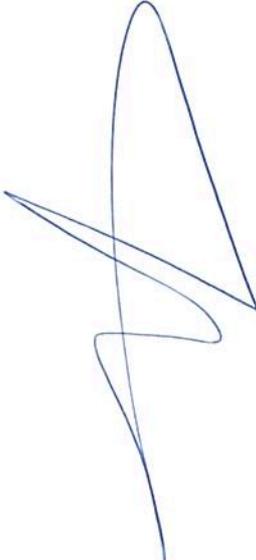
2.4 Por último, se señala en la recurrida que no hubo relación jurídica entre el acusado Arzubialde Elorrieta y la empresa Línea Amarilla S.A.C., por lo que no se podría sustentar su

vinculación con el supuesto beneficio de las tasas reajustadas de peajes. Por tales consideraciones, declaró infundada la solicitud de la Procuraduría Ad Hoc.

### III. ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN DE LA PROCURADURÍA PÚBLICA AD HOC



3.1 La representante de la Procuraduría Pública Ad Hoc, en su recurso de apelación<sup>1</sup>, oralizado en audiencia, señaló como agravio que la resolución venida en grado, en primer lugar, no desarrolló los argumentos del por qué no considera de recibo lo sustentado por la Procuraduría Pública Ad Hoc; en tal sentido, se habrían desnaturalizado los hechos que se le atribuyen al acusado Domingo Arzubialde, conforme a la Disposición N.º 06, de fecha doce de octubre de dos mil dieciséis, y no se habrían analizado los requisitos para la configuración de la responsabilidad civil vicaria, en tanto sí existe la relación o vínculo de hecho circunstancial entre el imputado Arzubialde Elorrieta y la empresa Lamsac, así como también el requisito de dependencia; por lo tanto, sí cabría una vinculación jurídica.



3.2 Por otro lado, sostiene que la empresa Lamsac ha obtenido un beneficio económico mediante la comisión de actos ilícitos del imputado Domingo Arzubialde ante la propuesta de dicha empresa de reajustar la tarifa de peaje contraviniendo las cláusulas del contrato de concesión.

3.3 Por último, ha señalado que la resolución impugnada no ha sido debidamente motivada y ha vulnerado de ese modo garantías constitucionales. Este hecho genera que no se cautele el cobro solidario de la posible reparación civil. Por tales consideraciones, solicita que se revoque la resolución apelada, y reformándola se declare fundada la incorporación de tercero civil responsable de la empresa Línea Amarilla S.A.C.

### IV. POSICIÓN DEL ABOGADO DEFENSOR DE LA EMPRESA LÍNEA AMARILLA S.A.C. (LAMSAC)

4.1 En audiencia, el abogado defensor argumentó que existe ausencia de coherencia y legitimidad en el pedido realizado por la Procuraduría, pues se verifica que Lamsac nunca tuvo relación o vínculo laboral empresarial o de índole similar con Domingo Arzubialde Elorrieta.

4.2 Sostuvo que la incorporación de un tercero civil debe cumplir con las formalidades establecidas en el artículo 111 del CPP; sin embargo, en el presente caso no se cumple con detallar cuál es el vínculo jurídico con el imputado. En ese sentido, no existe ningún tipo de relación de dependencia entre el investigado Domingo Arzubialde Elorrieta; por lo tanto, no

---

<sup>1</sup> Recurso de apelación de fecha tres de mayo del año en curso, que se interpuso contra la Resolución N.º 12, de fecha veintitrés de marzo de dos mil dieciocho, solo en el extremo que se declaró infundada la solicitud de incorporación de tercero civil responsable a la empresa Línea Amarilla S.A.C.



existe fundamento que permita incorporar a Lamsac como tercero civil responsable. Solicitó se declare infundado el recurso de apelación interpuesto por la Procuraduría Pública Ad Hoc y, en consecuencia, se confirme la resolución impugnada.

## V. DELIMITACIÓN DEL TEMA MATERIA DE DECISIÓN

5.1 Conforme al recurso de apelación y lo expuesto oralmente en audiencia por los sujetos procesales concurrentes, corresponde determinar si en el presente caso se cumplen o no los presupuestos legales exigidos para incorporar a la empresa Línea Amarilla S.A.C. (Lamsac) en calidad de tercero civil responsable al proceso seguido a Domingo Arzubalde Elorrieta por la presunta comisión del delito de negociación incompatible en agravio del Estado.

## VI. FUNDAMENTOS DEL COLEGIADO PARA RESOLVER

**PRIMERO.** Habiendo definido el punto en cuestionamiento, el Colegiado solo se pronunciará respecto de este extremo<sup>2</sup>. Para tal efecto, se sabe que el tercero civil responsable es la persona natural o jurídica que, sin haber intervenido en el ilícito, se incorpora e interviene en un proceso penal a efectos de responder por las consecuencias económicas del hecho punible a favor del agraviado en forma solidaria con el autor del delito. En nuestro sistema jurídico, su responsabilidad nace a partir de una responsabilidad extracontractual regulada en el artículo 1981 del Código Civil que prevé: "Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por este último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria"<sup>3</sup>.

**SEGUNDO.** Aquí se regula la denominada responsabilidad civil vicarial, la misma que se constituye en un criterio de imputación para definir la relación que existe entre el responsable civil y el agente que causó el daño; en este sentido, se puede afirmar que existe vínculo jurídico entre uno y otro cuando se presenta: a) una relación de subordinación del tercero, b) que el subordinado cause el daño, c) y que el daño se realice en el ejercicio de un cargo o en cumplimiento de un servicio. De ahí que se afirme que esta norma "solo ha sido

<sup>2</sup> La actividad recursiva en nuestro sistema procesal tiene como uno de sus principales principios el de limitación, 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 pronunciarse solamente sobre aquellas pretensiones o agravios invocados por el impugnante en el referido recurso.

<sup>3</sup> Incluso en el fundamento 2 de la Casación N.º 4333-2011-Puno, de fecha seis de junio de dos mil trece, sobre el tercero civil responsable, se invoca en forma literal tal dispositivo legal. De igual modo se invoca en el fundamento 22 de la casación N.º 67-2017-lima, de fecha once de julio de dos mil diecisiete. Así también en el fundamento 35 de la casación N.º 624-2017-Ucayali de fecha 15 de diciembre de dos mil diecisiete.



concebida para los casos en que el actuar ilícito ha sido realizado por una persona que se encuentra bajo las órdenes de otra, ejecutando solo las decisiones de ésta última"<sup>4</sup>.



**TERCERO.** Ahora bien, el artículo 111 del CPP prevé lo siguiente: "1. 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. 2. La solicitud deberá ser formulada al Juez en la forma y oportunidad prevista en los artículos 100 - 102, con indicación del nombre y domicilio del emplazado y su vínculo jurídico con el imputado". Para efectos de resolver el problema jurídico planteado, se verifica que nuestro sistema jurídico procesal penal exige la constatación de *un vínculo jurídico* entre la persona natural o jurídica que se pretende incorporar al proceso penal con la persona a quien se le atribuye el hecho punible realizado. En otros términos, la responsabilidad civil de aquel que se pretende incorporar al proceso debe tenerla conjuntamente con el imputado, lo que significa la necesidad de una relación jurídica o vínculo jurídico entre el supuesto tercero civil con el imputado principal del proceso penal.



**CUARTO.** En el caso en concreto, se tiene que la Primera Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, mediante Disposición N.º 06, de fecha doce de octubre de dos mil dieciséis, le atribuye a Domingo Arzubalde haber intervenido directamente en la aprobación del reajuste de las tarifas del peaje a favor de Lamsac; en tal sentido, el investigado se habría interesado ilícitamente en provecho de la mencionada empresa aprobando la propuesta del primer reajuste realizada por dicha empresa, omitiendo someter dicha propuesta a una revisión técnica por parte de los asesores del área técnica y legal de la Gerencia de Promoción e Inversión Privada o de la Municipalidad Metropolitana de Lima, pese a que inicialmente sostuvo que el cálculo de reajuste no estaba acorde a los términos del contrato. Hechos que en este incidente ninguna de las partes ha cuestionado.

**QUINTO.** Corresponde en seguida determinar la vinculación jurídica entre el imputado y el tercero civil responsable (es decir Lamsac), a efectos de atribuir alguna responsabilidad civil por el hecho cometido a la empresa que se pretende incorporar al proceso penal. Al respecto, conviene advertir que la actuación del responsable civil directo comprometa al responsable civil indirecto por haber actuado en su representación o bajo sus órdenes o instrucciones, de tal forma que se justifique la responsabilidad solidaria o vicaria de los mismos por el daño causado. En audiencia, quedó claramente establecido que el imputado es un sujeto público que trabaja para el Estado. Quedó establecido también que entre el imputado y Lamsac no existe vínculo contractual alguno. Lamsac, al tiempo de los hechos, no ha tenido al inculpado bajo sus órdenes y, por tanto, el supuesto daño que se habría

---

<sup>4</sup> García Caveró, Percy, citando a los profesores Osterling Parodi y Castillo Freyre; La persona jurídica en el Derecho Penal, Grijley, Lima, 208, p. 120.



producido por la comisión del delito de negociación incompatible no se ha realizado en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo a favor de la persona jurídica que se pretende incorporar al proceso penal. Evidentemente no existe vinculación jurídica de la forma que exige el artículo 111 del CPP.

**SEXTO.** No obstante, la Procuraduría Pública Ad Hoc sostiene que existe una vinculación circunstancial que daría amparo a la incorporación como tercero civil responsable a la empresa Lamsac, en razón de que el imputado Domingo Arzubialde, en su condición de gerente de Promoción e Inversión Privada de la Municipalidad Metropolitana de Lima, tenía la posición y el cargo para la aprobación del reajuste de la tarifa del peaje, hecho que realizó contraviniendo las reglas del contrato de concesión (clausulas 9.9 y 9.10<sup>5</sup>). En tal sentido, la Procuraduría alega que el investigado suscribió el oficio N.º 818-2013-MML-GPIP, de fecha seis de septiembre de dos mil trece<sup>6</sup>, en cumplimiento o instrucción de la empresa concesionaria beneficiaria Lamsac, por lo que se evidencia la dependencia de hecho, la subordinación requerida circunstancial y el daño contra el Estado. En otros términos, la recurrente sostiene que se cumpliría con el presupuesto que exige la ley toda vez que el inculpado habría actuado en beneficio de la empresa que se pretende incorporar al proceso penal. Sin embargo, ello no resulta plausible debido a dos razones: primero, como ya se dejó establecido, doctrinaria y jurisprudencialmente se tiene aceptado en forma pacífica que el contenido del artículo 1981 del CC tiene su fundamento y destino para los casos en que el actuar ilícito ha sido realizado por una persona que se encuentra bajo las órdenes de otra, ejecutando aquel solo las decisiones de ésta última.

**SÉPTIMO.** Segundo, debido a que la formulación de la imputación al procesado Domingo Arzubialde es por el delito de negociación incompatible, el cual es uno de peligro y de infracción de deber que se configura cuando el agente público indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo. En lo pertinente, el agente público, actúa guiado o motivado por el provecho que planifica obtener de la operación. El actuar indebido del agente tiene como objetivo obtener un provecho o, mejor, sacar ventaja patrimonial del contrato u operación en la cual interviene en razón del cargo que desempeña al interior de la administración pública. En efecto, el provecho puede ser en favor del propio agente público, o en favor de terceros con los cuales el agente tiene lazos de amistad, familiares o lazos sentimentales. Cuando el tipo penal se refiere a terceros, estos necesariamente deben tener alguna vinculación con el sujeto público. Es imposible que el agente se interese de modo particular en obtener un provecho a favor de terceros extraños a él<sup>7</sup>. Esto es, en el presente incidente, aparte de los dichos de la

<sup>5</sup> Obrante a fojas 85 del expediente judicial.

<sup>6</sup> Obrante a fojas 210 del expediente judicial.

<sup>7</sup> De ese modo no le falta razón a Castillo Alva<sup>7</sup>, cuando sostiene que el móvil o la motivación o el impulso que guía el actuar del sujeto público al interesarse en un acto público en el cual participa en

recurrente, en la acusación se sostiene que el agente público ha actuado para favorecer a un tercero, el mismo que al parecer no ha sido identificado.

**OCTAVO.** Asimismo, debe advertirse que si el inculpado en la ejecución de un contrato actuó para favorecer directamente a la persona jurídica como alega la recurrente, el delito no sería el de negociación incompatible sino se configuraría el delito de colusión previsto en el artículo 384 del Código Penal. Supuesto delictivo que según el titular de la acción penal en este caso no se verifica. Más bien se ha insistido que el actuar del inculpado solo configuraría el delito de negociación incompatible. Incluso, como quedó establecido en audiencia, en el presente proceso sólo aparece como único inculpado y acusado Domingo Arzubalde Elorrieta en su calidad de funcionario público. En la persecución penal no se ha incluido a algún representante de Lamsac. Por lo demás, es obvio que si como consecuencia de la comisión de un delito alguna persona jurídica se ha enriquecido indebidamente, el agraviado puede recurrir a la vía extra penal y plantear las acciones legales que correspondan.

Por tales razones, el Colegiado considera que no son de recibo los agravios invocados por la recurrente, y, en consecuencia, la resolución venida en grado debe confirmarse al haberse emitido de acuerdo a ley.

#### DECISIÓN:

Por estos argumentos, los magistrados integrantes del Colegiado A de la Sala Penal Nacional de Apelaciones del Sistema Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, en aplicación del artículo 409 del Código Procesal Penal, **POR MAYORÍA RESUELVEN:**

**1° CONFIRMAR** la Resolución N.º 12, emitida el veintitrés de marzo de dos mil dieciocho, por el juez Juan Carlos Sánchez Balbuena, titular del Segundo Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, que resolvió: **declarar infundada** la solicitud de incorporación de tercero civil formulada por la Procuraduría Pública Ad Hoc en la investigación preparatoria formalizada en contra de Domingo Arzubalde Elorrieta por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de negociación incompatible, en agravio del Estado. **Notifíquese y devuélvase.**

Sres.:

  
CASTAÑEDA OTSU

  
SALINAS SICCHA

razón de su cargo, puede ser variado. Es posible que se trate de una motivación afectiva (ayudar al hijo, a la esposa, a la amante, al sobrino), amical, ambición personal de compadrazgo, etc. El delito de negociación incompatible, Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 49.



## VOTO DISCORDANTE DEL SEÑOR JUEZ SUPERIOR GUILLERMO PISCOYA

Con el debido respeto de mis distinguidos colegas, jueces superiores Susana Castañeda Otsu y Ramiro Salinas Siccha, no comparto la decisión adoptada en mayoría por los fundamentos que a continuación expongo:

### I. TEMA OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO

1.1 El asunto materia de pronunciamiento radica básicamente en determinar si corresponde incorporar como tercero civil responsable a la empresa Línea Amarilla S.A.C. –en adelante **LAMSAC**–, a fin de que eventualmente responda solidariamente por el cumplimiento de la eventual responsabilidad civil que corresponda.

1.2 El suscrito considera que existe suficiente fundamento para amparar la solicitud formulada por el actor civil –Procuraduría Pública Ad Hoc a cargo de la defensa del Estado en las investigaciones y procesos vinculados a los delitos de corrupción, lavado de activos y otros conexos en los que ha incurrido la empresa Odebrecht y otras–, a la que en adelante solo me referiré como la **PROCURADURÍA**.

1.3 Sin embargo, el fundamento de la incorporación de **LAMSAC** como tercero civil responsable no descansa en la *responsabilidad civil indirecta o vicaria* que consagra el artículo 1981 del Código Civil –en adelante CC–, sino en una *responsabilidad civil directa*, en esencia, en una **responsabilidad solidaria** consagrada en el artículo 1983 del CC, supuesto en el cual no corresponde establecer el "**vínculo jurídico**" que exige el artículo 111.2 del Código Procesal Penal –en adelante CPP– porque se trata de una responsabilidad establecida por mandato de la ley.

### II. RAZONES QUE SUSTENTAN LA DISCORDIA

**A. El análisis de la incorporación del tercero civil responsable no puede realizarse a partir de la teoría del delito, sino desde los elementos constitutivos de la responsabilidad civil.**

2.1 Considero que el análisis de la eventual responsabilidad civil que le correspondería a un tercero civil responsable no debe partir del análisis de los elementos de la teoría del delito, porque ella sirve para los propósitos de determinar el *ilícito penal* pero no el *ilícito civil*. Como se sabe, la responsabilidad civil tiene sus propios elementos constitutivos –*imputabilidad, ilicitud o antijuricidad, factor de atribución, nexa causal y daño*–, y es a partir de estos elementos que corresponde determinar si a un tercero civil eventualmente le correspondería en forma solidaria el pago de la reparación civil.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> En este extremo es pertinente recordar lo indicado por JUAN ESPINOZA ESPINOZA, quien afirma lo siguiente: "Tanto en las denuncias penales, como en las acusaciones fiscales y en las sentencias, abogados, fiscales y jueces omiten el análisis de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, entendiendo que la reparación civil es un mero apéndice de la identificación del tipo penal. El análisis de la responsabilidad penal es independiente y distinto del análisis de la responsabilidad

2.2 Esta es la razón por la cual, muy respetuosamente, no comparto los considerandos **SÉTIMO** y **OCTAVO** del voto en mayoría, pues considero que se parte de un análisis de los elementos de la teoría del delito, y se llega a concluir lo siguiente: i) el tipo penal de negociación incompatible exige que el provecho a favor de terceros solo es posible con aquellos con los cuales el agente público tenga lazos de amistad, familiares o sentimentales, y que por tanto es imposible que el agente se interese de modo particular en obtener un provecho a favor de terceros extraños a él; y, ii) si el inculpado en la ejecución del contrato actuó para favorecer directamente a la persona jurídica, el delito no sería el de negociación incompatible, sino que se configuraría el delito de colusión, previsto en el artículo 384 del Código Penal –en adelante CP–, el cual no es materia de investigación, con el agregado de que en la persecución penal no se ha incluido a algún representante de la empresa.

2.3 Como se puede apreciar, dicho análisis parte de los elementos de la teoría del delito, los cuales son ajenos a los elementos que sirven para evaluar la eventual responsabilidad civil de la empresa **LAMSAC**. Desde la perspectiva civil, lo que en puridad se debe verificar es si se constata la existencia de un daño, cuál es el hecho generador que lo produjo, la relación de causalidad que permite imputar ese daño al hecho generador y, finalmente, quién es el responsable que debería cubrir los costes económicos de ese daño, determinando si se trata de una *responsabilidad directa o por hecho propio*, de una *responsabilidad indirecta o por hecho ajeno*, o si, de ser el caso, el daño debe permanecer en la esfera de la víctima.

2.4 En consecuencia, el análisis de la responsabilidad civil resulta ajeno a la teoría del delito y, por lo tanto, es irrelevante que existan inconsistencias en la calificación jurídica del Ministerio Público, pues, aun en el caso extremo de que se absuelva al imputado Arzubialde Elorrieta por el delito que se le atribuye, es posible imponerle el pago de la reparación civil por el daño causado, en atención a lo dispuesto en el artículo 11.3 del CPP. Asimismo, para afirmar la responsabilidad civil, resulta irrelevante que no se esté investigando penalmente a algún representante de la empresa **LAMSAC** o a esta misma en calidad de persona jurídica imputada, pues, como ya se ha dicho, el responsable civil no solo son los autores o partícipes del hecho punible, sino también los *terceros* que, sin estar investigados penalmente, han participado *directa o indirectamente* en la producción del daño a la víctima.

---

civil, por ello es imperativo efectuarlo". (2014. "La reparación civil derivada de los delitos de corrupción de funcionarios en agravio del Estado: ¿qué derecho no patrimonial se lesiona?". *Gaceta Civil & Procesal Civil*. t. 9. Lima). En la misma línea, **LUIS PASCUAL ESTEVILL** sostiene que "la diferenciación entre *ilícito civil* del *ilícito penal* se trae a capítulo con otra finalidad, cual es de hacer constar la autonomía jurídica de una y otra ilicitud en base a la fenomenología del tipo, lo que conllevará a la necesidad de negar que la reparación del daño, si se produce en la oportunidad de la causación de una *ilicitud criminal*, tenga su origen en esta clase de contravención; o que en su amparo se coloque a la responsabilidad civil en un plano de subsidiariedad respecto a la penal..." (1995. *Derecho de daños*. t. I).

B. La institución del tercero civil responsable no solo puede afirmarse a partir de los supuestos de una responsabilidad indirecta o vicaria, sino también basándose en los distintos supuestos de responsabilidad directa, en cuyo caso no es de recibo la exigencia del "vínculo jurídico" que establece el artículo 111.2 del CPP.

2.5 De otro lado, la institución del tercero civil responsable no puede ser entendida en forma limitada, es decir, como aquella a través de la cual se pueden incorporar al proceso a otros responsables del daño solo en virtud de una *responsabilidad vicaria o indirecta* –como limitadamente piensa un sector de la doctrina procesal penal–.

2.6 Considero que, dada la naturaleza de la institución y la redacción del artículo 111 del CPP, es perfectamente posible incorporar a terceros que no han participado en el hecho punible, pero que sí resultan ser, **conjuntamente** con el imputado, los **responsables directos** del daño causado<sup>9</sup>. Este es el caso de la responsabilidad solidaria –prevista en el artículo 1983° del CC– que se impone por mandato de la ley, en la que no es de recibo la exigencia del "vínculo jurídico" que establece el artículo 111.2 del CPP.

2.7 Es verdad que la tesis de la **PROCURADURÍA** resulta desafortunada al pretender sustentar un caso de responsabilidad vicaria o indirecta sobre la base del artículo 1981 del CC; sin embargo, ello no impide que sobre la base del marco fáctico que sustenta la pretensión de la **PROCURADURÍA**, de lo debatido en audiencia y de los elementos probatorios que se han presentado en este incidente, se pueda llegar a la conclusión de que, en efecto, le asistiría razón a la parte impugnante en solicitar la incorporación de **LAMSAC** como tercero civil responsable, a fin de que eventualmente responda solidariamente por el cumplimiento de la eventual responsabilidad civil.

<sup>9</sup> Resulta importante destacar que **JORDI NIEVA FENOLL** clasifica a los responsables civiles en *directos e indirectos*, y señala respecto de los primeros *-responsables civiles directos-* que "no siempre el responsable civil directo es a la vez responsable penalmente de los hechos, lo cual hace que la figura adquiera entonces una sustantividad propia frente al condenado penalmente. Además con ello el 'responsable directo' se transforma en una categoría ciertamente compleja, que quizás admitiría una subcategorización, puesto que bajo su manto se engloban figuras que quizás son demasiado diferentes. En todo caso, se puede establecer una triple clasificación de responsables civiles directos, para favorecer la inteligencia de la figura. De ese modo cabría distinguir entre, en primer lugar, el responsable civil autor del hecho delictivo; en segundo lugar, el responsable civil no autor del hecho, pero sin conducta delictiva, y en tercer lugar, el responsable civil no autor del hecho, pero con conducta delictiva". (2012. *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*). En la misma línea, **TERESA ARMENTA DEU** identifica como responsables directos a los autores y cómplices, pero reconoce que "junto a ellos existen otras personas, no responsables criminalmente, mas sí responsables civiles y de modo directo"; también cita como uno de los supuestos "el que por título lucrativo hubiere participado en los efectos de un delito o falta, que resulta obligado a la restitución de la cosa..." (2009. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*).

C. Fundamentos que sustentan la incorporación de LAMSAC como tercero civil responsable, a fin de que eventualmente responda solidariamente por el cumplimiento de la eventual responsabilidad civil.

2.8 El artículo 1983 del CC ha consagrado la **responsabilidad solidaria** en los siguientes términos: "Si son varios los responsables del daño, responderán solidariamente". La norma antes citada regula el supuesto de la responsabilidad en la producción del daño a cargo de varios autores (lo que algunos denominan "responsabilidad concurrente"), y establece que la relación entre los responsables es una de solidaridad (responsabilidad solidaria). Es decir, se ha determinado una solidaridad entre los coautores del daño por mandato de la ley<sup>10</sup>.

2.9 Ahora bien, partiendo del marco fáctico que sustenta la pretensión de la **PROCURADURÍA**, de lo debatido en audiencia y de los elementos probatorios que se han presentado en este incidente, se puede llegar a la conclusión de que a la empresa LAMSAC sí le asistiría eventualmente la obligación de responder por el pago de la reparación civil al haber actuado directa –y además en forma conjunta con el imputado Arzubialde Elorrieta– en la producción del daño.

2.10 Esto es así, en primer lugar, porque se constata la existencia de daños **no patrimoniales** (afectación al correcto y regular funcionamiento de la administración pública) y **patrimoniales** (los beneficios o ventajas económicas que habría obtenido LAMSAC producto de la aprobación del reajuste de la tarifa del peaje por parte del imputado Arzubialde Elorrieta). El **daño patrimonial**, conforme a lo sustentado por la **PROCURADURÍA** en audiencia y al Informe de Auditoría de la Contraloría General de la República que obra en autos, **superaría los veinte millones de soles**.

2.11 Tanto para la producción del daño no patrimonial como para el daño patrimonial existen hechos generadores que resultarían atribuibles a la empresa LAMSAC. En efecto, respecto del **daño extrapatrimonial**, al solicitar un reajuste de la tarifa del peaje que contravenía las cláusulas del contrato de concesión y, luego de ser observada su propuesta, al insistir a sabiendas de que no respondía a los términos del contrato, realizó una conducta antijurídica que dio lugar a la aprobación de la tarifa de peaje propuesta. Debe tenerse en cuenta que, si bien LAMSAC es una persona jurídica bajo el régimen privado, también es verdad que prestaba un servicio público en mérito a una concesión, y que bajo ese presupuesto es considerada una "entidad de la Administración Pública", según lo prescrito en el artículo I del Título Preliminar de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento

<sup>10</sup> Sobre este desarrollo y las diferencias que se establecen entre la **responsabilidad solidaria** y **concurrente** se puede revisar a JUAN ESPINOZA ESPINOZA (*Derecho de la Responsabilidad Civil*, 2016) y a FERNANDO TRAZEGNIES GRANDA (*La Responsabilidad Extracontractual*, Tomo I, 2016). Sin embargo, al margen de las diferencias que existen en la doctrina, lo relevante es que la producción del daño puede estar a cargo de varios autores, quienes, **independiente de que hayan participado o no en el evento delictivo**, si debe responder solidariamente por el **evento dañoso**, bien como **responsables directos** o **indirectos**.



Administrativo General. En consecuencia, también tenía la obligación de velar por el correcto y regular funcionamiento del servicio público que prestaba, y en ese escenario a la **PROCURADURÍA** le asistiría el derecho de reclamar la indemnización de los daños extrapatrimoniales contra los que resulten causantes del mismo.

2.12 Con relación al **daño patrimonial**, igualmente existen hechos generadores en la producción del daño, pues la empresa **LAMSAC** habría efectuado **cobros** producto del reajuste indebido a la tarifa del peaje, cuyos perjudicados directos serían los usuarios que pagaron el exceso de la tarifa establecida; además, se debe precisar que, si bien estos presuntos agraviados no están individualizados ni se ha apersonado al proceso en su representación ningún actor social (art. 94.4 del CPP) que defienda esta clase de intereses colectivos, ello no es justificación para negar la existencia del daño, y tampoco impide la imposición de su indemnización. De otro lado, además del cobro directo que habría realizado la empresa **LAMSAC** del **exceso** en la tarifa del peaje, se advierte del Informe de Auditoría N.º 303-2017-CG/MPROY-AC –que obra de folios ciento sesenta y tres a ciento noventa del presente cuaderno– que **habría obtenido otros beneficios por exceso** de compensación producto del reajuste del peaje; asimismo, se habría causado a la entidad un perjuicio económico por la no ejecución de penalidad que le correspondía pagar. Como se puede apreciar, la empresa **LAMSAC** ha tenido una intervención directa en la producción del daño (cobro del exceso y no pago de la penalidad), lo cual, a mi criterio, legitima a la **PROCURADURÍA** no solo a reclamar la indemnización de los daños patrimoniales que haya sufrido el Estado, sino también del daño que se produjo a los usuarios que pagaron el exceso del peaje producto de un reajuste indebido de la tarifa, en tanto que, aun estando ante la falta de un actor social determinado, no se puede negar que los ciudadanos estamos representados en el Estado.

2.13 Finalmente, si existen elementos para considerar que la empresa **LAMSAC** habría participado **directamente** en la producción del daño no patrimonial y patrimonial, su responsabilidad sería objetiva, bajo el factor de atribución "**situaciones de ventaja**", el cual se presenta cuando una persona genera una situación que le ofrece un resultado favorable o beneficio, supuesto en el cual tendrá que responder también por los daños que se ocasionen producto de dicha situación, según **JUAN ESPINOZA ESPINOZA** en *Derecho de la Responsabilidad Civil* (2016).

#### **D. Sobre la dual existencia de la acción penal y civil.**

2.14 En principio, no está en cuestión la dual existencia de la acción penal y civil al interior de un proceso penal, pues el fundamento de la reunión de objetos procesales de naturaleza diferente radica en el principio de economía procesal, a fin de evitar lo que se ha venido a denominar el "peregrinaje de jurisdicciones".

2.15 De esta forma, si el agraviado o el perjudicado con el delito ha sufrido daños y perjuicios que deben ser reparados o indemnizados, está plenamente legitimado para



reclamarlos al interior del proceso penal, el cual debe garantizar a la víctima el ejercicio de sus derechos, máxime si el numeral 3 del artículo IX del Título Preliminar del CPP prescribe que el proceso penal garantiza, también, el ejercicio de los derechos de participación procesal a la persona agraviada o perjudicada con el delito.

2.16 En ese sentido, si el actor civil ha decidido ejercer la acción indemnizatoria en la vía penal, no corresponde negarle esa posibilidad que tiene para reclamarla no solo contra el autor del hecho punible, sino también contra terceros, que no siendo responsables penalmente, pueden resultar responsables directos o indirectos del daño causado. Tal posibilidad solo está negada si antes de la acusación fiscal se desiste como actor civil en el proceso penal (artículos 13 y 106 del CPP).

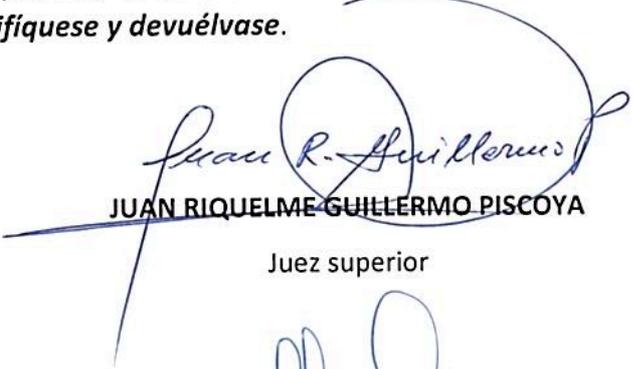
2.17 Finalmente, una razón más para permitirle al actor civil reclamar, en la vía del proceso penal, la indemnización por los daños y perjuicios causados descansa en la imposibilidad de que tendría incluso para ejercitar la acción de enriquecimiento sin causa, pues, conforme al artículo 1955 del CC, esta no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización.

2.18 Estas son las razones me llevan a disentir del criterio asumido en mayoría por mis distinguidos colegas; por tanto, considero que la resolución venida en grado debe ser revocada.

### III. DECISIÓN

Por los fundamentos anteriormente expuestos, **MI VOTO** es por que:

**1. SE REVOQUE** la Resolución N.º 12, emitida el veintitrés de marzo de dos mil dieciocho, por el juez Juan Carlos Sánchez Balbuena, titular del Segundo Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, que resolvió **declarar infundada** la solicitud de incorporación de tercero civil formulada por la Procuraduría Pública Ad Hoc; y, **REFORMÁNDOLA, declarar fundada** dicha solicitud de comprender a la empresa **LAMSAC** como tercero civil responsable en la investigación preparatoria formalizada en contra de Domingo Arzubalde Elorrieta por la presunta comisión del delito contra la administración pública, en la modalidad de negociación incompatible, en agravio del Estado. **Notifíquese y devuélvase.**

  
JUAN RIQUELME GUILLERMO PISCOYA

Juez superior

  
PODER JUDICIAL

MIRIAM RUTH LLAMACURI LERMO  
ESPECIALISTA JUDICIAL  
Sala Penal Nacional de Apelaciones  
Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios  
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

