



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

Expediente : 00026-2018-19-5201-JR-PE-01
Jueces superiores : Salinas Siccha / Guillermo Piscocoya / Angulo Morales
Tercero civil : Concesionaria Interoceánica Sur-Tramo 2-S.A.
Delito : Negociación incompatible
Agraviado : El Estado
Especialista judicial : Llamacuri Lermo
Materia : Apelación de auto sobre incorporación de tercero civilmente responsable

Resolución N.º 3

Lima, tres de junio
de dos mil diecinueve

AUTOS y OÍDOS: En audiencia pública, el recurso de apelación interpuesto por la Procuraduría Pública *ad hoc* a cargo de la defensa del Estado en las investigaciones y procesos vinculados a delitos de corrupción de funcionarios, lavado de activos y otros conexos en los que habría incurrido la empresa ODEBRECHT y otras (en adelante, Procuraduría Pública *ad hoc*) contra la Resolución N.º 8, de fecha diez de abril de dos mil diecinueve, emitida por la jueza del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, en el extremo que desestimó la incorporación al presente proceso penal –en calidad de terceros civilmente responsables– de las siguientes empresas: Constructora Norberto Odebrecht S. A., Graña y Montero S. A. A., JJC Contratistas Generales S. A., e Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S. A. 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 Procuraduría Pública *ad hoc*, con fecha trece de febrero de dos mil diecinueve, mediante el cual solicitó comprender como terceros civilmente responsables a las siguientes empresas: Concesionaria Interoceánica Sur - Tramo 2 S. A., Constructora Norberto Odebrecht S. A., Graña y Montero S. A. A., JJC Contratistas Generales S. A., e Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S. A., esto en el marco de la investigación seguida contra Héctor Martín Kuang Salas y otros por la presunta comisión del delito de negociación incompatible y, alternativamente, por el de colusión en agravio del Estado.

1.2 Por Resolución N.º 8, de fecha diez de abril de dos mil diecinueve, la jueza del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios declaró **fundada en parte** la solicitud presentada por la Procuraduría Pública *ad hoc*, en consecuencia, se incorporó como tercero civilmente responsable a la persona jurídica Concesionaria Interoceánica Sur - Tramo 2 S. A., y declaró **infundado** el extremo respecto a las empresas Constructora Norberto Odebrecht S. A., Graña y Montero S. A. A., JJC Contratistas Generales S. A., e Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S. A.

1.3 La Procuraduría Pública *ad hoc* interpuso recurso de apelación, el mismo que fue concedido y elevado a esta Sala Superior, que por Resolución N.º 2 admitió y señaló fecha de audiencia para el día diecisiete de mayo del presente año. Luego de la realización de la audiencia de apelación y la correspondiente deliberación, los integrantes de la Sala Superior proceden a emitir la presente resolución.



II. FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA

2.1 En la recurrida, la jueza *a quo* refirió que los hechos que se investigan se iniciaron con el Informe de Auditoría N.º 533-2016-CG/MPROY-AC, esto es, por tres observaciones durante la etapa de ejecución contractual, que ha determinado un perjuicio patrimonial al Estado peruano de 182 185 907.28 dólares americanos. Este perjuicio, en específico, se evidencia por los siguientes hechos: a) tres soluciones técnicas: Hualla Hualla, Huayllayoc y Ocongate; b) trato directo indebido; y c) incremento de gastos generales.

2.2 Precisó que es presupuesto indispensable para la incorporación del tercero responsable, además de los requisitos establecidos en el artículo 100 del Código Procesal Penal (CPP), lo relativo al vínculo jurídico con el imputado, conforme lo establece el artículo 111.2 del CPP, consonante con la jurisprudencia establecida por esta Sala Superior, tal es el caso de la Resolución N.º 3, del primero de febrero de dos mil diecinueve (Expediente N.º 46-2017-58).

2.3 En ese orden de ideas, señaló que en la Disposición N.º 3, del tres de mayo de dos mil dieciocho, en el punto 114, se describen los cargos formulados contra cada uno de los veintidós (22) investigados, de los cuales once (11) actuaron como servidores o funcionarios públicos; y con relación al investigado Luiz Fernando de Castro Santos, se menciona que actuó en calidad de gerente general, y de apoderado de la Concesionaria Interoceánica Sur- Tramo 2 S. A. Por ende, concluye la jueza *a quo*, que existe vinculación clara y concreta entre De Castro Santos y la empresa Concesionaria Interoceánica Sur - Tramo 2 S. A.

2.4 Por otro lado, refirió que no existe investigado que vincule jurídicamente, en el ejercicio de sus labores, a las empresas Constructora Norberto Odebrecht S. A., Graña y Montero S. A. A., JJC Contratistas Generales S. A., e Ingenieros Civiles y Contratistas



Generales S. A., y tampoco consorcio conformado por estas antes de la suscripción del contrato de concesión. Asimismo, mencionó que el artículo 78 del Código Civil (CC) imposibilita la incorporación de los accionistas de una persona jurídica por el solo hecho de ser tales, o bajo argumentos únicos de obtención de beneficio, dado que, de hacerlo, significaría trasgredir la norma civil o dar mérito a la incorporación de una cadena interminable de beneficios, respectivamente.

2.5 Finalmente, argumentó que no encuentra asidero normativo o título de obligación expreso que regule la responsabilidad solidaria de Constructora Norberto Odebrecht S. A., Graña y Montero S. A. A., JJC Contratistas Generales S. A., e Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S. A. con la Concesionaria Interoceánica Sur - Tramo 2 S. A.; tampoco advierte vinculación formal o de facto entre Luiz Fernando de Castro Santos y las cuatro empresas en mención, extremo último que no fue comprendido en los hechos atribuidos por el Ministerio Público. Por ende, se desestimó este extremo.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN DE LA PROCURADURÍA PÚBLICA *AD HOC*

La representante de la Procuraduría Pública *ad hoc*, en su recurso de apelación, oralizado en audiencia, solicitó que se revoque la resolución impugnada sobre la base de los siguientes argumentos:

3.1 Que en ninguna parte de su escrito han planteado la “*extensión automática*” de la responsabilidad de los actos de la concesionaria sobre las 4 empresas que lo conformaban, sino lo que ha propuesto es que la extensión de la responsabilidad civil se efectúa en aplicación del régimen de responsabilidad solidaria impuesta por la ley en 3 escenarios diferentes. Estos serían los siguientes:



3.1.1 Aplicación de la responsabilidad solidaria por la actuación del imputado Luis Fernando de Castro Santos, en su calidad de gerente general de la concesionaria, con base en el artículo 1983 del CC y en el pacto celebrado entre las partes en la cláusula sexta del contrato de constitución del consorcio.

3.1.2 Aplicación de la responsabilidad solidaria con base en el artículo 1981 del CC y en los actos de Luis Fernando de Castro Santos en tanto gerente general de la concesionaria y representante de Constructora Norberto Odebrecht S. A., la que ostentaba la representación de las demás consorciadas con base en la cláusula octava del contrato de constitución del consorcio.

3.1.3 Aplicación de la responsabilidad solidaria por la actuación irregular de los 21 funcionarios públicos investigados sobre la base del artículo 1981 del CC. En cuanto al comportamiento de estos se presume, como tesis fiscal alternativa, que respondió a acuerdos colusorios con las empresas consorciadas y la empresa concesionaria.

IV. ARGUMENTOS DE LOS ABOGADOS DE LAS EMPRESAS

4.1 De la empresa Graña y Montero S. A. A.

4.1.1 En su escrito de absolución, así como en audiencia, el abogado defensor argumentó que Luis Fernando de Castro Santos no es representante de ninguna de las empresas que se quiere incorporar como tercero civilmente responsable. El artículo 78 del CC define una prohibición y, para poder prescindir de esto, se requiere de una ley autoritativa o un pacto expreso, el cual no existe. No se está hablando de un consorcio, dado que este consorcio opera en el trámite previo a la suscripción del contrato, y que dicho contrato lo firma solo la sociedad concesionaria. En ese sentido, el Estado habría pactado la creación de dicha sociedad concesionaria. Indica que el pacto de solidaridad es un acuerdo en el consorcio y en los actos que este despliega. No obstante, debe resaltarse que el consorcio no firma el contrato. Es un argumento imposible el sostener que el artículo 78 del CC no opera desde



la perspectiva del principio de legalidad. Reitera que el referido artículo no es un criterio de imputación sino una prohibición.

4.1.2 Aclaró que el imputado por el delito es el gerente general de la sociedad concesionaria, porque en el contrato de esta firma existe un supuesto delito según la Fiscalía. No se puede extender la responsabilidad civil a los accionistas de esa sociedad concesionaria, ya que esto lo dispone la ley. Aclara que no hay ninguna excepción, porque tendría que haberse señalado al momento de la constitución de la persona jurídica en forma expresa que la solidaridad del consorcio, no de la sociedad concesionaria, se extendía a los efectos de la continuación y ejecución del contrato. Expone que en el proceso penal se discute responsabilidad de carácter extracontractual. Indica que la Procuraduría tiende a incorporar a personas jurídicas que no tienen representantes en este caso. Indica que falta la relación de dependencia de aquella persona jurídica que tiene al representante imputado penalmente. Este sería el límite de la responsabilidad civil que se estaría discutiendo.

4.1.3 Aclara que el artículo 78 del CC prohíbe extender a los accionistas aquella responsabilidad que no asumen expresamente en la constitución de la sociedad, por lo que no habría tenido sentido crear una sociedad concesionaria para la ejecución del contrato. Indica que ahora no habría evidencia de que algún representante de la persona jurídica, de la que ejerce la defensa técnica, haya participado en la concertación. Allí se tendrá que discutir si nosotros –personas jurídicas a las que representaron aquellos exfuncionarios– somos terceros o no. Sostiene que no es verdad que sea un vehículo administrativo. Aclara que el Estado firmó el contrato con una concesionaria y que la cláusula alcanzaría a esta. Añade que el silencio no puede ser adjudicado a la empresa.

4.1.4 Finalmente, expuso que las cláusulas no se extienden a aquella persona jurídica que no las suscribe. Recalca que el Estado debió sostener esto en la ejecución del contrato y



que debieron obligar su suscripción en las bases contractuales, en la constitución de la sociedad concesionaria que en ese pacto, si es que lo deseaban, se tenía que extender, y que a pesar de la creación de una sociedad concesionaria podían ser accionistas responsables solidarios de la misma, circunstancia que hubiera sido una excepción expresa al artículo 78 del CC, lo cual no existió. Por ello, solicitó que se confirme la resolución de primera instancia.

4.2 De la empresa JJC Contratistas Generales S. A. (JJC)

4.2.1 En su escrito de absolución, así como en audiencia, el abogado defensor argumentó que en la Disposición N.º 3, de formalización y continuación de la investigación preparatoria, se verifica que se atribuyen cargos contra Luiz Fernando de Castro Santos, en su calidad de representante de la empresa Concesionaria Interoceánica Sur - Tramo 2 S. A., mas no existe ningún investigado que vincule jurídicamente a JJC para efectos de su incorporación como tercero civil en el presente proceso penal. Tampoco existe ningún imputado que haya actuado como representante del consorcio conformado por las empresas Constructora Norberto Odebrecht S. A., Graña y Montero S. A. A., JJC Contratistas Generales S. A., e Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S. A.; y que, con base en ello, sea posible la incorporación de alguno de sus miembros.

4.2.2 Indicó que la recurrida hace una referencia correcta del artículo 78 del Código Civil, pues no se puede desconocer la calidad de accionista que ostenta JJC en la Concesionaria Interoceánica Sur - Tramo 2 S. A., más aún cuando es manifiestamente impertinente un régimen de solidaridad, sea la solidaridad establecida por la ley o por el título de la obligación (contrato de consorcio). Agregó que no se le puede dar la calidad de solidaria a la empresa Concesionaria Interoceánica Sur - Tramo 2 S. A., puesto que se creó con posterioridad como consecuencia del contrato consorcial. Por tanto, no sería posible que



a esta empresa, que no forma parte del compromiso o pacto consorcial, se le extiendan sus efectos.

4.2.3 Finalmente, mencionó que a la empresa JJC se le quiere incorporar sin hechos, sin individualizar los nombres de cada uno de los funcionarios o servidores públicos investigados, esto es, solamente señalando que quizá puedan haber actos colusorios que comprometan a las empresas entre las cuales se encontraría JJC. El artículo 1183 del Código Civil estipula que la responsabilidad solidaria no se presume, sino que tiene que ser expresa. Por ello, solicita que se confirme la recurrida.

4.3 De la empresa Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S. A.

4.3.1 En su absolucón de traslado, así como en audiencia, el abogado defensor argumentó que la constitución de tercero civilmente responsable exige dos requisitos: una relación de dependencia y que el acto generador de la responsabilidad civil se produzca en el ejercicio de sus funciones. En ese sentido, indica que en la cláusula segunda del consorcio se establece quiénes son los representantes, e indica que Luiz Fernando de Castro Santos no tiene relación con el consorcio que se quiere cuestionar.

4.3.2 Precisó que el Código Civil establece que la solidaridad tiene que ser expresa y, en el caso que nos ocupa, la Procuraduría Pública *ad hoc* solo presume esa solidaridad. No se puede pretender responsabilizar a cualquier accionista por hechos que pueda realizar la sociedad. Además, enfatizó que el contrato de consorcio culmina con la firma del contrato y que los contratos solo generan efectos entre las partes. Por ende, solicita que se confirme la recurrida.



V. DELIMITACIÓN DEL TEMA MATERIA DE DECISIÓN

Conforme al contenido del recurso impugnatorio y a lo debatido en audiencia pública, corresponde determinar si en el presente caso se cumplen los presupuestos legales exigidos para incorporar al proceso penal –en calidad de terceros civilmente responsables– a las empresas Constructora Norberto Odebrecht S. A., Graña y Montero S. A. A., JJC Contratistas Generales S. A., e Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S. A., como lo sostiene la Procuraduría Pública *ad hoc*; o en su caso, determinar que no concurren los presupuestos antes citados, como se considera en la recurrida y lo sostienen los abogados defensores de las indicadas empresas.

VI. FUNDAMENTOS DE LA SALA SUPERIOR

PRIMERO: Habiendo delimitado el punto en cuestionamiento, la Sala Superior solo se pronunciará respecto a este extremo¹. En razón de ello, cabe señalar que la reparación civil es una institución del derecho civil e integra el objeto civil del proceso penal. Esta se encuentra sujeta a sus propias reglas de imputación y a los principios y directivas típicas del derecho civil², en la que el tercero civilmente responsable también es responsable de esta, siempre solidario, por los daños cometidos por los autores y partícipes del hecho punible. De ahí que se constituya como la persona natural o jurídica que, sin haber participado en la comisión del delito, se incorpora e interviene en el proceso penal para responder económicamente a favor del agraviado.

SEGUNDO: Así, el artículo 95 del Código Penal impone la responsabilidad civil solidaria –la misma que comprende tres clases: restitutoria, reparatoria e indemnizatoria–, en primer lugar, a cargo de los responsables materiales del hecho punible (autores y partícipes), y

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 decidir conforme a las pretensiones o agravios invocados por el impugnante en el referido recurso.

² Casación N.º 695-2018-Lambayeque, del 14 de marzo de 2019, considerando segundo.



una segunda responsabilidad, indirecta, imputable a los terceros civiles obligados. Ambos sujetos tienen responsabilidad solidaria respecto del daño generado.

De modo que la identificación del obligado no es arbitraria o discrecional, sino, normativa, empleándose, de conformidad con el artículo 101 del Código Penal, lo descrito en el artículo 1981 del Código Civil, que regula la responsabilidad civil derivada en los siguientes términos: "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".

TERCERO: Interpretando tal dispositivo legal, se pueden desprender tres requisitos obligatorios para la verificación de la responsabilidad civil solidaria: (i) es indispensable una relación de subordinación, (ii) el daño que surge tiene que tener conexión con el cumplimiento de la actividad encomendada, y (iii) que el acto generador del daño debe ser cometido por acciones del subordinado³.

Respecto a la subordinación, esta puede ser de hecho o jurídica entre el autor directo y el responsable civil, con lo que se descarta así la vinculación legal, pues será suficiente con corroborar que existe una relación de dependencia, jerarquía o de hecho, sin importar que sea circunstancial, onerosa, gratuita, permanente o esporádica⁴.

³ Casación N.° 384-2013-Cajamarca, del 3 de octubre de 2013, fundamento jurídico 9 - Sala Civil Permanente.

⁴ Al respecto, Moreno Catena sostiene que para que se genere la referida responsabilidad civil subsidiaria, es menester que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1) que el infractor y el presunto responsable civil subsidiario estén ligados por una relación jurídica o de hecho, por un vínculo, en virtud del cual el responsable penal principal se halla bajo la dependencia, onerosa o gratuita, duradera y permanente o puramente circunstancial y esporádica de su principal o, al menos, la tarea, actividad, misión, servicio o función que realiza cuentan con beneplácito, anuencia o aquiescencia del supuesto responsable civil subsidiario; y 2) que el delito que genera una y otra responsabilidad se halle inscrito dentro de un ejercicio normal o anormal de las funciones encomendadas y en el seno de la actividad, cometido o tarea confiadas al infractor, perteneciendo a su esfera o ámbito de actuación. Véase: Moreno Catena, Víctor (2005). *Derecho Procesal Penal*. Valencia: Colex, p. 130.



Sobre el daño, este tiene que haberse causado en el ejercicio del cargo o en cumplimiento de un servicio respectivo. De ahí que se afirme que el comportamiento ilícito debe haberse ejecutado mientras se desarrollaba o cumplía un rol encomendado por una persona natural o persona jurídica⁵.

Por último, se exige verificar que el acto ilícito generador del daño, debe ser realizado por parte del subordinado, es decir, que es necesario que el subordinado sea el mismo responsable del acto ilícito.

CUARTO: Desde la perspectiva procesal, la capacidad de intervención del tercero civil responsable se desprende del inciso 1, artículo 111 del Código Procesal Penal, a partir de su incorporación por parte del Ministerio Público. De suerte que se le reconoce derechos como el de contradecir aquellos aspectos relacionados con la existencia de un daño o las razones de imposición de alguna reparación. Asimismo, en el segundo inciso del citado precepto normativo, se establece como criterio objetivo para su incorporación, la necesaria existencia de un vínculo jurídico con el imputado, el cual, conforme a los criterios desarrollados precedentemente y en clave a la jurisprudencia de la Corte Suprema, esta vinculación puede devenir, incluso, de una relación de dependencia, jerárquica o de hecho, de modo que genere un beneficio o una situación favorable para aquel sujeto que debe responder como tercero civilmente responsable⁶.

QUINTO: En tal contexto normativo y jurisprudencial, antes de pasar a resolver el problema jurídico, debemos precisar que el análisis de una eventual responsabilidad civil no debe partir del análisis de los elementos de la teoría del delito, dado que la

⁵ Criterio que ha sido ratificado por la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N.° 705-2018-Huancavelica, emitido por la Sala Penal Permanente, del diecisiete de mayo de dos mil dieciocho.

⁶ En ese mismo sentido, se ha manifestado la Corte Suprema en las siguientes jurisprudencias: Casación N.° 4299-2006-Arequipa, del 24 de julio de 2007, emitido por la Sala Civil Permanente, fundamento jurídico 13; Casación N.° 384-2013-Cajamarca, del 3 de octubre de 2013, emitido por la Sala Civil Permanente, fundamento jurídico 9; Casación N.° 2593-2009-Lima, del 19 de enero de 2010, emitido por la Sala Civil Permanente, fundamento jurídico 11; y Casación N.° 2548-1999-La Libertad, del 21 de enero de 2001, emitido por la Sala Civil Transitoria, fundamentos jurídicos 5 y 6.



determinación del ilícito penal y civil se rigen por criterios propios de cada institución, en este caso, más bien se toma en cuenta aspectos de imputabilidad, ilicitud, factor de atribución, nexo causal y daño.

SEXTO: De ahí que, según la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria, se tiene que durante la ejecución del contrato de concesión entre el Estado y la Concesionaria Interoceánica Sur - Tramo 2, a partir de las acciones desplegadas por el imputado Héctor Martín Kuang Salas, se presentaron tres hechos siguientes que fueron observados por la Contraloría General de la República como irregularidades: i) tres soluciones técnicas (Hualla Hualla, Hayllayoc y Ocongate), ii) trato directo y iii) incremento de gastos generales del 27 % al 35.5 %. Los mismos que dieron mérito al Informe de Auditoría N.º 533-2016-CG/MPROY-AC. Estos determinaron un **perjuicio patrimonial al Estado por la suma ascendente a 182 millones 185 mil 907.28 soles, pagados en beneficio de la referida empresa concesionaria**, representada por el imputado Luiz Fernando de Castro Santos, la misma que estaba conformada por el contrato de consorcio, del 15 de marzo de 2005, por Constructora Norberto Odebrecht S. A., JJC Contratistas Generales S. A., Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S.A., y Graña y Montero S. A. A. En suma, según la hipótesis de investigación fiscal, las consorciadas habrían sido las que al final se beneficiaron económicamente con los actos ilícitos en directo perjuicio patrimonial del agraviado que no es otro que el Estado peruano.

SÉPTIMO: Ahora bien, expuestos así los hechos materia de investigación, corresponde, enseguida, determinar la vinculación o nexo causal entre los imputados o alguno de ellos y los presuntos terceros civilmente responsables, a efectos de atribuir alguna responsabilidad civil. Al respecto, se verifica de la cláusula octava del contrato de constitución de consorcio, que las personas jurídicas consorciadas asumirían el compromiso irrevocable de constituir una nueva persona jurídica de derecho privado y



esta será la que firme el contrato de concesión con el Estado peruano. Asimismo, en su cláusula sexta, se corrobora que las empresas otorgantes declaran que son, en calidad de integrantes del consorcio, solidariamente responsables en los actos que ejecute el consorcio desde el momento mismo del concurso, como postor y concesionario en caso de obtener la adjudicación de la buena pro. Finalmente, se señala de manera taxativa en su cláusula séptima que las empresas otorgantes asumen en forma solidaria la responsabilidad del contrato jurídico, técnico y económico del objeto del presente. Ahora bien, una vez obtenida la buena pro, con fecha 30 de junio de 2005, en cumplimiento de los artículos mencionados, las empresas Constructora Norberto Odebrecht S. A., JJC Contratistas Generales S. A., Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S. A., y Graña y Montero S. A. A. suscribieron la escritura pública de constitución de Sociedad Anónima denominada "Concesionaria Interoceánica Sur, Tramo 2 S. A.", la misma que se encargaría de ejecutar las obras del Tramo del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú-Brasil. De modo que el 4 de agosto de 2005, se suscribió el contrato de concesión entre el Estado peruano y la empresa constituida para ese fin denominada Concesionaria Interoceánica Sur - Tramo 2 S. A., designando al investigado Luiz Fernando de Castro Santos como su representante.

OCTAVO: De lo expuesto, a criterio de esta Sala Superior, se verifica la eventual obligación de responder por el pago de reparación civil al haber actuado de manera indirecta en la producción del daño. Esto es así, dado que, en primer lugar, se verifica la existencia de daños extrapatrimoniales (referido a la afectación al bien jurídico protegido sobre los ilícitos que se atribuyen como la afectación al correcto y regular funcionamiento de la administración pública), así como de daños patrimoniales, los que, según el Informe de Auditoría N.º 533-2016-CG/MPROY-AC, ascenderían a la suma de \$ 182 185 907.28. En efecto, en relación al daño extrapatrimonial, según la imputación efectuada por la Fiscalía, se tiene que el imputado Luiz Fernando de Castro Santos, en calidad de representante de la "Concesionaria Interoceánica Sur, Tramo 2 S. A.", habría presentado las propuestas



para la aprobación del proyecto de ingeniería de detalle de las soluciones técnicas, sin que, para esa fecha, fuese posible debido a que se había iniciado la ejecución de las obras. Que tal proceder habría dado lugar a la aprobación de aquellos proyectos generando un beneficio indebido a la concesionaria en evidente perjuicio al Estado peruano.

NOVENO: En relación al daño patrimonial, de lo debatido en audiencia y conforme a los elementos de convicción que obran en autos, esta Sala Superior concluye que existen hechos generadores para la producción de un daño, ocasionado entre otros por el representante del consorcio constituido por la Constructora Norberto Odebrecht S. A., JJC Contratistas Generales S. A., Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S. A., y Graña y Montero S. A. A., debido a que habría presentado las propuestas ya mencionadas.

DÉCIMO: A criterio de esta Sala y tal como aparece en las disposiciones fiscales, desde que las empresas Constructora Norberto Odebrecht S. A., JJC Contratistas Generales S. A., Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S. A., y Graña y Montero S. A. A, decidieron consorciarse y luego formaron otra empresa solo para efectos de firmar el contrato de concesión, les guió una única voluntad ilícita generadora del daño patrimonial y extra patrimonial en perjuicio del agraviado que, en este caso, es el Estado peruano.

DÉCIMO PRIMERO: En suma, en el presente caso, se constata el vínculo entre el investigado Luiz Fernando de Castro Santos y las empresas Constructora Norberto Odebrecht S. A., JJC Contratistas Generales S. A., Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S. A., y Graña y Montero S. A. A y la Concesionaria Interoceánica Sur - Tramo 2 S. A., verificándose también la generación de un daño en el ejercicio de una actividad de representación por tratarse de personas jurídicas. Por tanto, al verificarse la concurrencia de los tres presupuestos expuestos en el fundamento jurídico tercero de la presente resolución, el agravio invocado por la Procuraduría Pública *ad hoc* es de recibo.



DECIMO SEGUNDO: Los abogados defensores de la empresas Constructora Norberto Odebrecht S. A., JJC Contratistas Generales S. A., Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S. A., y Graña y Montero S. A. A, han centrado sus alegaciones en audiencia en el contenido del artículo 78 del CC, el cual prohíbe extender a los accionistas aquella responsabilidad que no asumen expresamente en la constitución de la persona jurídica. Al respecto, el Colegiado considera que el contenido del artículo 78 del CC es perfectamente aplicable a casos normales efectuados o desarrollados, teniendo en cuenta el sistema jurídico que rige las actividades contractuales y comerciales de las personas jurídicas, situación que no ocurre en el presente caso, pues como se tiene dicho, según la hipótesis de investigación fiscal, las citadas empresas con la supuesta intención de defraudar al Estado por millones de soles habrían conformado la persona jurídica denominada Concesionaria Interoceánica Sur - Tramo 2 S. A., y como representante de esta persona jurídica habrían colocado al procesado Luiz Fernando de Castro Santos. Es decir, lesionando los parámetros del sistema jurídico como es, por ejemplo, la constitución de personas jurídicas con fines lícitos, hicieron todo lo contrario. De ahí se puede concluir que, según el estado de la investigación fiscal, se tiene por acreditada la vinculación de Luiz Fernando de Castro Santos con las empresas cuya incorporación al proceso se solicita.

DECIMO TERCERO: Finalmente, otro argumento de la defensa de las personas jurídicas citadas es que las cláusulas de solidaridad no se extienden a aquella persona jurídica que no las suscribe, y que, en todo caso, el Estado debió obligar a que así se establezca en el contrato de concesión; no obstante, si se tiene en cuenta que en la defraudación al patrimonio del Estado estaban también comprometidos los sujetos públicos encargados de cautelar el patrimonio público, no resulta razonable exigir que haya habido tal exigencia por parte del Estado, el mismo que como se viene investigando habría estado en total indefensión. Esto es, los sujetos públicos cuyo deber era velar por los intereses patrimoniales del Estado, más bien, al parecer, se coludieron con los terceros para



defraudarlo, prueba de ello es que vienen siendo investigados en este proceso penal. En suma, aquel argumento de defensa también no es de recibo.

DECISIÓN

Por los fundamentos fácticos y jurídicos precedentemente expuestos, los magistrados integrantes de la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de Crimen Organizado y de Corrupción de Funcionarios, en aplicación del artículo 1981 del Código Civil y artículos 111 y 409 del Código Procesal Penal, **RESUELVEN:**

REVOCAR la Resolución N.º 8, de fecha diez de abril de dos mil diecinueve, emitida por la jueza del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, en el extremo que desestimó la incorporación al presente proceso penal –en calidad de terceros civilmente responsables– a personas jurídicas; y **REFORMÁNDOLA**, declararon **FUNDADA** la solicitud de incorporar como terceros civilmente responsables a las empresas Constructora Norberto Odebrecht S. A., Graña y Montero S. A. A., JJC Contratistas Generales S. A., e Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S. A., en la investigación preparatoria formalizada en contra de Héctor Martín Kuang Salas y otros por la presunta comisión del delito de negociación incompatible y alternativamente colusión en agravio del Estado. **Notifíquese y devuélvase.–**

Sres.:

SALINAS SICCHA

GUILLERMO PISCOYA

ANGULO MORALES



MIRIAM RUTH LLANACURI LERMO
ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS
Sistema Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios