

RECURSO CASACIÓN N.º 951-2018/NACIONAL
PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO

Incorporación de responsable civil

Sumilla. **1.** Desde la perspectiva procesal, la regla básica en la materia es el artículo 111, apartado 1, del Código Procesal Penal, en cuya virtud: “Las personas que conjuntamente con el imputado tengan responsabilidad civil por las consecuencias del delito, podrán ser incorporadas como partes en el proceso penal a solicitud del Ministerio Público o del actor civil”. El apartado 2 de este precepto estipula que la solicitud del legitimado debe indicar, entre otros, el vínculo jurídico con el imputado. **2.** La regla sustantiva fundamental que define la responsabilidad civil es el artículo 1969 del Código Civil. Estipula que “Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo”. El artículo 1978 del referido Código extiende la responsabilidad civil al que incita o ayuda a causar el daño, que se determinará de acuerdo a las circunstancias. **3.** La causa de pedir de la Procuraduría Pública del Estado está circunscrita a la responsabilidad civil que reclama de la empresa LAMSAC como consecuencia de su conducta en relación al peaje y a la afectación al patrimonio público, bajo la premisa de que el encausado Arzubalde Elorrieta habría cometido delito de negociación incompatible en agravio del Estado. El argumento, fundamento o justificación de tal pretensión radica en lo que se afirmó en el Informe de Auditoría 303-2017-CG/MPROY-AC, de treinta de mayo de dos mil diecisiete. **4.** El vínculo jurídico –siempre de derecho civil– exigible es, en todo caso, de carácter material. Existía un contrato de concesión entre LAMSAC y la Municipalidad Metropolitana de Lima, que prevé cómo se definen las tarifas y regula un procedimiento para su determinación. En la ejecución del contrato, y a propósito de la fijación de la tarifa del peaje, frente a los planteamientos de LAMSAC, intervino el funcionario municipal responsable (el encausado Arzubalde Elorrieta) quien los habría aprobado sin evaluación técnica y legal sólida, por decir lo menos –se reputó que la conducta de este último fue delictiva–, con lo que habría generado un beneficio indebido a LAMSAC y un perjuicio patrimonial al Estado. **5.** Es indiscutible que la responsabilidad civil atribuida a LAMSAC no es la prevista en el artículo 1981 del Código Civil. El autor del delito no es dependiente de LAMSAC, sino un funcionario público de la Municipalidad Metropolitana de Lima que con su presunta conducta delictiva aceptó la propuesta de reajuste de LAMSAC que generó un daño al Estado. Ésta se encuadra, en todo caso, como un supuesto propio de responsabilidad civil, al amparo del artículo 1969 del Código Civil, centrada en la específica conducta de LAMSAC, a la que concurrió –sin lógica criminal, a la luz de los cargos y planteamiento de la Procuraduría– el funcionario responsable de la Municipalidad Metropolitana de Lima. **6.** Una definición del caso bajo la perspectiva invocada no importa, desde luego, una decisión bajo una causa distinta de la alegada por la Procuraduría. Rige el principio *iura novit curia*, que permite aplicar otros fundamentos a la causa de pedir. Se estimó que entre LAMSAC y el imputado existía un vínculo jurídico –enfocados obviamente desde una perspectiva material– que determine la responsabilidad civil de la referida empresa –estos son los hechos constitutivos–, que es lo que se está respetando, pero se está invocando otras normas del Código Civil.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, veintiocho de agosto de dos mil diecinueve

VISTOS; en audiencia pública: el recurso de casación por infracción de precepto material interpuesto por el PROCURADOR PÚBLICO AD HOC PARA LOS CASOS DE ODEBRECHT contra el auto de vista de fojas

mil doscientos treinta y cinco, de ocho de junio de dos mil dieciocho, que confirmando el auto de primera instancia de fojas mil noventa y dos, de veintitrés de marzo de dos mil dieciocho, declaró infundada la incorporación como tercero civil a las empresas Línea Amarilla SAC, Vinci Highways SAS y Vinci Highway Perú SAC; con lo demás que contiene; en el proceso penal seguido contra Domingo Arzubialde Elorrieta por delito de negociación incompatible en agravio del Estado. Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que, mediante disposición fiscal número seis, de fojas diecinueve, de doce de octubre de dos mil dieciséis, se formalizó y continuó con la investigación preparatoria contra Domingo Arzubialde Elorrieta por delito contra la Administración Pública – negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo en agravio del Estado. ∞ Se atribuyó al encausado ARZUBIALDE ELORRIETA que, en su calidad de Gerente de Promoción de la Inversión Privada de la Municipalidad Metropolitana de Lima, intervino directamente en la aprobación del reajuste de las tarifas del peaje a favor de la empresa Línea Amarilla SAC –en adelante LAMSAC– entre octubre y diciembre de dos mil trece. El citado inculpado se habría interesado ilícitamente en provecho de la mencionada empresa y, en consecuencia, aprobó la propuesta del primer reajuste realizado por dicha empresa, omitiendo someterla a una revisión técnica por parte de la asesoría de las áreas técnica y legal de la Gerencia de Promoción e Inversión Privada de la Municipalidad de Lima, pese a que inicialmente sostuvo que el cálculo del reajuste no estaba acorde a los términos del contrato.

∞ Es de precisar que la empresa Vinci Highways Perú SAC, con partida registral de fojas treinta y dos, subsidiaria de Vinci Highways SAS, adquirió la totalidad de las acciones de la empresa LAMSAC por una suma de cinco mil quinientos millones.

SEGUNDO. Que, respecto a la solicitud de incorporación de tercero civilmente responsable a las empresas LAMSAC, Vinci Highways SAS y Vinci Highway Perú SAC, se tiene lo siguiente:

1. El Procurador Público Ad Hoc para los casos de Odebrecht en su escrito de fojas uno, de once de setiembre de dos mil diecisiete, solicitó la incorporación como tercero civilmente responsable a las empresas LAMSAC, Vinci Highways SAS y Vinci Highway Perú SAC. Alegó que el Informe de Contraloría N° 303-2017-CG/MPROY-AC, de treinta de mayo de dos mil diecisiete, realizado por el Departamento de Control de Megaproyectos, correspondiente a la ejecución contractual

de la Concesionaria del Proyecto Línea Amarilla, advirtió que la Municipalidad Metropolitana de Lima no cauteló que el concesionario dé cumplimiento adecuado a la actualización de la tarifa de acuerdo a lo establecido en el contrato, empresa que se benefició con un ingreso aproximado de veinte millones setecientos treinta y nueve mil quinientos veintisiete soles.

2. El auto de primera instancia de fojas mil noventa y dos, de veintitrés de marzo de dos mil dieciocho, proferido por el Segundo Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria, declaró infundada la solicitud de incorporación de tercero civil. Apuntó que si bien se puede aceptar la existencia de una relación de hecho circunstancial, como vinculación jurídica, esta relación siempre debe ser de dependencia; que, por tanto, la actuación del responsable civil directo ha de comprometer al responsable civil indirecto en tanto actúe en su representación y bajo sus órdenes e instrucciones, de tal forma que justifique que pueda responder solidariamente del daño causado; que dicha actuación se debe realizar dentro del ejercicio de la actividad industrial, comercial o de negocios de la empresa; que no ha existido vínculo alguno entre el acusado y LAMSAC.
3. En mérito al recurso de apelación de fojas mil ciento cinco, de tres de mayo de dos mil dieciocho, interpuesto por el Procurador Público Ad Hoc para los casos de Odebrecht, respecto exclusivamente a LAMSAC, y culminado el trámite impugnativo, la Sala Penal de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios emitió el auto de vista de fojas mil doscientos treinta y cinco, de ocho de junio de dos mil dieciocho, que confirmó el auto de primera instancia. El mencionado Tribunal Superior, consideró que nuestro sistema procesal penal exige la constatación de un vínculo jurídico entre la persona jurídica que se pretende incorporar al proceso penal con la persona natural a quien se le atribuyó la comisión del hecho punible; que entre el encausado y la empresa LAMSAC no existió vínculo contractual alguno; que la empresa LAMSAC, al tiempo de los hechos, no tuvo al inculcado Arzubialde Elorrieta bajo sus órdenes y, por tanto, el supuesto daño que se habría producido por la comisión del delito de negociación incompatible no se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicios respectivo a favor de la persona jurídica que se pretende incorporar al proceso penal; que es imposible que el agente se interese de modo particular en obtener un provecho a favor de terceros extraños a él; que en la acusación se sostiene que el agente público actuó para favorecer a un tercero, el mismo que al parecer no ha sido identificado; que si es como dice la Procuraduría, que el agente en la ejecución del contrato actuó para favorecer directamente a la

persona jurídica, el delito no sería de negociación incompatible, sino de colusión.

4. Contra este auto de vista el Procurador Público Ad Hoc para los casos de Odebrecht promovió recurso de casación.

TERCERO. Que el Procurador Público del Estado en su recurso de fojas mil docientos cuarenta y cuatro, de tres de julio de dos mil dieciocho, mencionó el acceso excepcional al recurso de casación y citó, al efecto, el artículo 427, numeral 4, del Código Procesal Penal. Invocó como causales de casación: inobservancia de precepto constitucional (tutela jurisdiccional), infracción de precepto material, violación de la garantía de motivación y apartamiento de doctrina jurisprudencial (sentencia casatoria número 657-2014/Cusco), según el artículo 429, incisos 1, 3, 4 y 5, del Código Procesal Penal).

Desde el acceso excepcional al recurso de casación pidió se defina el exacto entendimiento del elemento “vínculo jurídico” –que podría ser formal o de hecho– entre el imputado y las demás personas –naturales o jurídicas– para la determinación de la responsabilidad civil de un tercero, ajeno al delito (artículos 111 del Código Procesal Penal y 1981 Código Civil).

CUARTO. Que, conforme a la Ejecutoria Suprema de fojas ciento uno, de dieciocho de enero de dos mil diecinueve, es materia de dilucidación en sede casacional:

- A. La causal de infracción de precepto material: artículo 429, numeral 3, del Código Procesal Penal.
- B. El motivo de casación estriba en analizar el alcance de los artículos 111 del Código Procesal Penal, y 1981 y 1987 del Código Civil, sobre la incorporación del tercero civil y determinar si el razonamiento del Tribunal Superior es compatible con el correcto entendimiento de la responsabilidad civil del tercero civil o responsable civil indirecto.

QUINTO. Que, instruidas las partes de la admisión del recurso de casación, materia de la resolución anterior –con la presentación de alegatos ampliatorios por el Procurador Público Ad Hoc para los casos de Odebrecht [fojas ciento trece, de cuatro de marzo de dos mil diecinueve]–, se expidió el decreto de fojas doscientos diecisiete, que señaló fecha para la audiencia de casación el día veintiuno de agosto último.

SEXTO. Que, según el acta adjunta, la audiencia pública de casación se realizó con la intervención del Procurador Público Ad Hoc para los casos

de Odebrecht, recurrente, doctor Jorge Miguel Ramírez Ramírez, así como el doctor Vladimir Padilla Alegre, abogado de LAMSAC.

SÉPTIMO. Que concluida la audiencia, a continuación e inmediatamente, en la misma fecha, se celebró el acto de la deliberación de la causa en sesión secreta. Efectuado ese día y continuado el debate días posteriores, se realizó la votación correspondiente y por unanimidad, corresponde dictar la sentencia casatoria pertinente, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que el recurso de casación está circunscripto a la probable existencia de un vínculo jurídico entre el encausado Domingo Arzubalde Elorrieta y la empresa LAMSAC, de suerte que ésta pueda responder civilmente, como responsable civil, a los daños ocasionados al Estado por la conducta delictiva atribuida al primero. Se trata, a final de cuentas, con la incorporación pretendida, de una solicitud de tutela de condena –que LAMSAC indemnice al Estado por un daño que habría ocasionado–.

∞ No está en discusión la responsabilidad administrativa directa de LAMSAC –conforme a lo dispuesto por la Ley 30424, de veintiuno de abril de dos mil dieciséis, el Decreto Legislativo 1352, de siete de enero de dos mil diecisiete y Ley 30835, de dos de agosto de dos mil dieciocho, así como de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 002-2019-JUS, de nueve de enero de dos mil diecinueve– o, en su caso, la imposición de una medida como consecuencia accesoria fijada en el artículo 105 del Código Penal.

SEGUNDO. Que, desde la perspectiva procesal, la regla básica en la materia es el artículo 111, apartado 1, del Código Procesal Penal, en cuya virtud: “*Las personas que conjuntamente con el imputado tengan responsabilidad civil por las consecuencias del delito, podrán ser incorporadas como partes en el proceso penal a solicitud del Ministerio Público o del actor civil*”. El apartado 2 de este precepto estipula que la solicitud del legitimado debe indicar, entre otros, el vínculo jurídico con el imputado.

∞ La regla sustantiva fundamental que define la responsabilidad civil es el artículo 1969 del Código Civil. Estipula que “*Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo*”. El artículo 1978 del referido Código extiende la responsabilidad civil al que incita o ayuda a causar el daño, que se determinará de acuerdo a las circunstancias. Estos preceptos son aplicables no solo por la naturaleza civil de la responsabilidad ex delicto sino porque así lo dispone el artículo 101 del Código Penal.

∞ La responsabilidad, en principio, en virtud de los artículos 1971 y 1972 del citado Código, es inexistente o no procede cuando se está ante el ejercicio regular de un derecho, se actúa en legítima defensa o en salvaguarda un bien propio o ajeno; o cuando el daño fue consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño.

∞ De otro lado, un supuesto de responsabilidad vicaria es la que se refiere el artículo 1981 del Código Civil. En consecuencia, *“Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por éste 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. Que la causa de pedir de la Procuraduría Pública del Estado está circunscripta a la responsabilidad civil que reclama de la empresa LAMSAC como consecuencia de su conducta en relación al peaje y a la afectación al patrimonio público, bajo la premisa de que el encausado Arzubialde Elorrieta habría cometido delito de negociación incompatible en agravio del Estado. Menciono, al respecto, que la relación jurídica o de hecho está determinada, entre otros, por la actividad del responsable penal principal que cuenta con el beneplácito, anuencia o aquiescencia del responsable civil subsidiario o indirecto [folio tres del escrito de fecha once de septiembre de dos mil diecisiete].

∞ El argumento, fundamento o justificación de tal pretensión radica en lo que se afirmó en el Informe de Auditoría 303-2017-CG/MPROY-AC, de treinta de mayo de dos mil diecisiete. El citado Informe, emitido por la Contraloría General de la República, concluyó que el concesionario LAMSAC utilizó una fórmula de reajuste de tarifa distinta a la establecida en el contrato de concesión de fecha doce de noviembre de dos mil nueve basada únicamente en el parámetro de inflación IPC Perú (Nacional), pese a que en su cierre financiero acreditó una estructura de financiamiento de capital propio de 13% y de endeudamiento de 87%, por lo que debió utilizar los parámetros mínimos 50% de variación del IPC Perú (Nacional) y máximo de 50% de variación del tipo de cambio de dólar americano (promedio SBS), según lo establecido en el contrato, incluso con el refinanciamiento posterior al cierre financiera mantenía un endeudamiento en nuevos soles. Asimismo, producto de un trato directo, se “regularizó” los ingresos por peaje desde el dos de julio al cuatro de octubre de dos mil trece utilizando también la citada fórmula de reajuste incorrecta, y la Municipalidad Metropolitana de Lima no le aplicó la penalidad por utilizar un valor de peaje distinto al correspondiente según la fórmula de reajuste del contrato. Estas conductas constituyeron un incumplimiento del contrato de concesión y ocasionaron mayores ingresos al concesionario y un perjuicio económico al Estado de un millón doscientos catorce mil dólares

americanos. Lo acontecido pudo realizarse porque los servidores públicos de la Municipalidad Metropolitana de Lima permitieron que LAMSAC actualice la tarifa con una fórmula de reajuste no prevista en el contrato de concesión y se beneficie con mayores ingresos e inaplicación de penalidad.

CUARTO. Que es indiscutible que la responsabilidad civil atribuida a LAMSAC no es, propiamente, la prevista en el artículo 1981 del Código Civil (responsabilidad vicaria). LAMSAC habría contribuido, en su conducta, a causar el daño. El autor del delito no es dependiente de LAMSAC, sino un funcionario público de la Municipalidad Metropolitana de Lima que con su presunta conducta delictiva aceptó la propuesta de reajuste de LAMSAC que generó un daño al Estado. Ésta se encuadra, en todo caso, como un supuesto propio de responsabilidad civil, al amparo del artículo 1969 del Código Civil, centrada en la específica conducta de LAMSAC, a la que concurrió –sin lógica criminal, a la luz de los cargos y planteamiento de la Procuraduría– el funcionario responsable de la Municipalidad Metropolitana de Lima; conducta que, por su afirmada ilicitud, habría generado un daño resarcible al Estado. LAMSAC, por consiguiente, se habría beneficiado ilícitamente, a partir de su propia conducta, por las consecuencias del delito que pudo perpetrar el encausado Arzubialde Elorrieta.

QUINTO. Que el vínculo jurídico –siempre de derecho civil– exigible es, en todo caso, de carácter material. Existía un contrato de concesión entre LAMSAC y la Municipalidad Metropolitana de Lima, que prevé cómo se definen las tarifas y regula un procedimiento para su determinación. En la ejecución del contrato, y a propósito de la fijación de la tarifa del peaje, frente a los planteamientos de LAMSAC, intervino el funcionario municipal responsable (el encausado Arzubialde Elorrieta) quien los habría aprobado sin evaluación técnica y legal sólida, por decir lo menos –se reputó que la conducta de esta último fue delictiva–, con lo que habría generado un beneficio indebido a LAMSAC y un perjuicio patrimonial al Estado.

SEXTO. Que una definición del caso bajo la perspectiva invocada no importa, desde luego, una decisión bajo una causa distinta de la alegada por la Procuraduría. Rige el principio *iura novit curia*, que permite aplicar otros fundamentos a la causa de pedir. Se estimó que entre LAMSAC y el imputado existía un vínculo jurídico –enfocados obviamente desde una perspectiva material– que determine la responsabilidad civil de la referida empresa –estos son los hechos constitutivos–, que es lo que se está respetando, pero se está invocando otras normas del Código Civil.

∞ En conclusión, debe ampararse el recurso de casación y disponer la incorporación como parte a la empresa LAMSAC. Se interpretó incorrectamente las reglas sobre responsabilidad civil.

SÉPTIMO. Que, ahora bien, conforme se acompañó en un escrito de fecha veintiséis de los corrientes presentado por la Procuraduría Pública del Estado, la causa principal ya fue resuelta en primera y segunda instancia –la sentencia de primera instancia, en copia, corre agregada a fojas ciento cuarenta y uno, de veinte de febrero de dos mil diecinueve–. La sentencia de vista de veintinueve de mayo de dos mil diecinueve, respecto de la reparación civil, declaró nula la sentencia de primera instancia tanto por falta de motivación cuanto porque es menester que se dilucide en este Tribunal Supremo si debe comprenderse o no como responsable civil a LAMSAC; y, en su consecuencia, dispuso que se lleve a cabo un nuevo juicio para que se esclarezca la reparación civil.

∞ Esta cesura del juicio civil en relación con la condena penal, aceptable desde la economía procesal y por el hecho de que se está ante un proceso civil acumulado, exigirá entonces que previamente se corra traslado a las partes civiles (imputado, LAMSAC y el Estado, representado por la Procuraduría Pública del Estado) para que ofrezcan los medios de prueba pertinentes y útiles, así como para que se definan la admisión de los medios de prueba; y que, en el juicio oral de primera instancia, se actúen estos y se debata el material probatorio, siguiendo las reglas de trámite del Código Procesal Penal y, para la valoración y definición del juicio de responsabilidad civil, las reglas del Código Procesal Civil.

DECISIÓN

Por estos motivos: **I.** Declararon **FUNDADO** el recurso de casación por infracción de precepto material interpuesto por el PROCURADOR PÚBLICO AD HOC PARA LOS CASOS DE ODEBRECHT contra el auto de vista de fojas mil doscientos treinta y cinco, de ocho de junio de dos mil dieciocho, que confirmando el auto de primera instancia de fojas mil noventa y dos, de veintitrés de marzo de dos mil dieciocho, en cuanto declaró infundada la incorporación como tercero civil a la empresa Línea Amarilla SAC; con lo demás que al respecto contiene; en el proceso penal seguido contra Domingo Arzubialde Elorrieta por delito de negociación incompatible en agravio del Estado. **II.** En consecuencia, **CASARON** el auto de vista de fojas mil doscientos treinta y cinco, de ocho de junio de dos mil dieciocho; y, actuando como instancia: declararon **PROCEDENTE** la constitución como responsable civil a la empresa Línea Amarilla SAC. **III.** De conformidad con el séptimo fundamento jurídico de la presente sentencia, **ORDENARON** se realicen los trámites y juicio según se indicó



oportunamente. **IV. DISPUSIERON** se remitan los actuados al órgano jurisdiccional de origen para que proceda con forme a Ley, y **MANDARON** se publique la presente sentencia casatoria en la Página Web del Poder Judicial. Intervino el señor juez supremo Castañeda Espinoza por licencia de la señora juez supremo Chávez Mella. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

S.s.

SAN MARTÍN CASTRO

FIGUEROA NAVARRO

PRÍNCIPE TRUJILLO

CASTAÑEDA ESPINOZA

SEQUEIROS VARGAS

CSM/amon