

**INFORMES DEL ESTUDIO MONROY
ABOGADOS**

018855

ESTUDIO
MONROY
ABOGADOS

JUAN F. MONROY GÁLVEZ
JUAN JOSÉ MONROY PALACIOS
JOSÉ OMAR CAIRO ROLDÁN
ALBERTO SIMONS PINO
SARA TAÍPE CHÁVEZ
RAFAEL VIERA AREVALO
IVÁN YAYA ZUMAETA

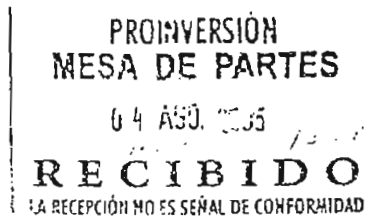
CALLE ROMA N° 376
LIMA 27 - PERÚ
CENTRAL: (51-1) 421-0594
FAX: (51-1) 421-4994
central@estudiomonroy.com
www.estudiomonroy.com

Lima, 4 de agosto de 2005

Señores
PROINVERSIÓN
Presente.-



Atn.: Sr. Sergio Bravo Orellana
Presidente del Comité de
PROINVERSIÓN en Proyectos de
Infraestructura y de Servicios
Públicos.



Ref.: Implicancias del Oficio N° 262-2005-
CG/VC respecto del Concurso de
Proyectos Integrales para la
Concesión del Proyecto Corredor
Vial Interoceánico Sur, Perú-Brasil

De nuestra consideración:

Por medio de la presente tenemos el agrado de
absolver la consulta formulada en relación al tema de la referencia.

I. HECHOS RELEVANTES

1. El Concurso para la concesión de los Tramos Viales del Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil (en adelante, el Concurso), involucró los Tramos N° 2, 3 y 4 del referido corredor vial.
 - a. Para el Tramo N° 2 se presentó como único postor el consorcio Consorcio Concesionaria Urcos – Inambari integrado, entre otros, por Construtora Norberto Odebrecht S.A. y Graña y Montero S.A.A.
 - b. Para el Tramo N° 3 se presentó como postor (entre otros) el consorcio Consorcio Concesionaria Inambari – Inapari, también integrado por Construtora Norberto Odebrecht S.A. y Graña y Montero S.A.A.

00 129

15

2. De acuerdo con las Bases del Concurso, los postores (lo cual incluye al consorcio, sus accionistas, socios o integrantes, así como los accionistas y socios de estos últimos) no deben tener "proceso judicial o arbitral alguno iniciado por el Estado, PROINVERSIÓN o el Comité, derivado del incumplimiento de sus obligaciones contractuales". En cumplimiento de aquel dispositivo, los postores presentaron declaraciones juradas el 16 de marzo y 20 de junio de este año expresando que no estaban incurso en el impedimento señalado.

Adicionalmente y ante alguna información aparecida en un diario local, Constructora Norberto Odebrecht S.A. presentó, con fecha 18 de julio de 2005, una declaración jurada adicional ratificando las declaraciones antes presentadas.

3. Mediante Circular dirigida a los postores el 3 de agosto de 2005, se fijó **Fecha de Cierre** (suscripción del contrato de concesión) para el **jueves 4 de agosto de 2005**, a partir de las 10:00 am, en el Salón Sevillano de Palacio de Gobierno.
4. A las 10.02 am del 4 de agosto de 2005 Proinversión recibió en sus oficinas el Oficio N° 262-2005-CG/VC de la Vicecontralora General de la República (en adelante el Oficio) en el cual se señala que "este Organismo Superior ha tomado conocimiento que las empresas 'Constructora Norberto Odebrecht S.A.', 'Graña y Montero S.A.A.' formarían parte de los Consorcios que han obtenido la buena pro para los tramos 2, 3 y 4 del referido Proyecto" y que, paralelamente, "de los reportes que obran en la Procuraduría General adscrita a la Contraloría, se ha identificado que las indicadas empresas tienen procesos judiciales por y contra el Estado, tal y como se detalla en el anexo que se adjunta a la presente".
5. En el anexo se da cuenta de dos situaciones judiciales distintas que, sin embargo, de acuerdo con la Contraloría General de la República, producirían un mismo efecto: **constituir un impedimento** (señalado en el numeral 2.) **para los Consorcios que han obtenido la buena pro**. Se trata de las siguientes:

MONROY

ABOGADOS

- a. Un proceso judicial iniciado el 9 de marzo del 2004 por la Procuraduría Pública encargada de los asuntos judiciales de la Contraloría General de la República (14° Juzgado Civil de Lima). El contenido de la demanda es una obligación de hacer y pago de indemnización por daños y perjuicios por inejecución de obligaciones por S/. 15'741,254.98 contra, entre otros, de la empresa contratista **Constructora Norberto Odebrecht S.A. – Constructora Norberto Odebrecht S.A. Asociados**, a través de su representante legal, **Raymundo Nonato Trindade**.
- b. Cinco (5) procesos judiciales de carácter indemnizatorio promovidos también por la referida Procuraduría en contra de ex funcionarios del Proyecto Especial Chavimochic, como consecuencia de los perjuicios económicos provocados durante la ejecución de la obra "Rehabilitación de las obras del Proyecto Especial Chavimochic". En estos procesos, aunque Contraloría no hace una precisión detallada, se afirma que como producto de sendas denuncias civiles promovidas por los demandados, fueron incorporados a los distintos procesos las empresas constructoras **Norberto Odebrecht S.A.** y **G. y M. S.A.**, en calidad de litisconsortes necesarios pasivos, es decir, como **codemandados**.
6. Como consecuencia del Oficio N° 262-2005-CG/VC de la Vicecontralora General de la República, el Comité de PROINVERSIÓN en Proyectos de Infraestructura solicitó los descargos correspondientes a los consorcios adjudicatarios de los Tramos 2 y 3, quienes en la fecha presentaron nuevas declaraciones juradas (**Constructora Norberto Odebrecht S.A.** y **Graña y Montero S.A.A.**), ratificando no tener procesos judiciales iniciados por el Estado.
- Cabe indicar, que dentro de la documentación alcanzada, se incluye –con relación al proceso señalado en el literal a. del punto 5. anterior- fotocopias de la Resolución N° 2, del apersonamiento del señor **Raymundo Nonato Trindade** y de la Resolución N° 6 a través de la cual se le tiene por apersonado.

II. ABSOLUCIÓN DE LA CONSULTA

En función de los hechos descritos corresponde ahora analizar las implicancias que el Oficio de la Contraloría General tiene respecto del Concurso.

1. En primer lugar, llama la atención de que Contraloría General ^{que} comuniqué a Proinversión del impedimento el mismo día en que se suscribe el contrato de concesión, a pesar de que la demanda contra una de las empresas que formaría el Consorcio fue interpuesta, por dicha entidad, el 9 de marzo del 2004, es decir, por lo menos 16 meses antes de la suscripción del contrato de concesión.
2. Sin perjuicio de ello, consideramos esencial hacer referencia a un hecho que, pudiendo a primera vista parecer formal, resulta capital para determinar cuáles son las implicancias del Oficio alcanzado por Contraloría.

En efecto, contrastando, por un lado, *el Oficio y su Anexo alcanzados por Contraloría, con las declaraciones juradas del 16 de marzo, 20 de junio, 18 de julio y 4 de agosto de 2005 presentadas, respectivamente, por el Consorcio Concesionario Interoceánica Urcos - Inambari y por el Consorcio Concesionario Interoceánica Inambari - Iñapari*, por el otro, es posible advertir que Contraloría hace alusión a una empresa distinta de la que, a través de Consorcios, participó del Concurso. Así, mientras la empresa que conforma, simultáneamente, cada uno de los Consorcios que se adjudicaron la buena pro es Construtora Norberto Odebrecht S.A., la empresa referida en los documentos de Contraloría es Construtora Norberto Odebrecht S.A. (los subrayados son agregados).

Similar situación se configura respecto de Graña y Montero S.A.A., pero para advertirlo, ni siquiera hace falta contrastar la información contenida en las declaraciones juradas, pues el propio Oficio y el Anexo de Contraloría se contradicen entre sí cuando el primero se refiere a aquella empresa, mientras que el segundo, que detalla los actuados judiciales, menciona a G y M S.A.

3. De otro lado y con relación al proceso judicial señalado en el literal a. del punto 5. de los Hechos Relevantes, aún en la hipótesis negada de que Construtora Norberto Odebrecht S.A. sí hubiera sido el sujeto al que Contraloría pretendía demandar, debemos señalar lo siguiente: no se puede considerar jurídicamente demandado al sujeto que, actualmente, aparece en el lado pasivo de dicha relación procesal. En

efecto, esto se debe a que en su momento la demanda fue rechazada, es decir, declarada improcedente. Más adelante, la resolución judicial que declaró tal situación procesal fue apelada, procediéndose a notificar (por vez primera) al sujeto pasivo de la relación procesal. Sin embargo, no se le notificó con la demanda como es obvio (pues, repetimos, ésta fue rechazada), sino con la resolución que concedió la apelación. A la fecha dicho incidente (la determinación de la procedencia o no de la demanda) continúa en segunda instancia sin resolverse, razón por la cual podemos afirmar que, en la actualidad, el sujeto pasivo de la relación procesal no ha sido emplazado válidamente con la demanda (sólo se le ha notificado con el concesorio de la apelación), con lo que ni siquiera en ese negado supuesto puede éste (Construtora Norberto Odebrecht) ser considerado "demandado" y menos aún, que se le haya iniciado un proceso judicial por parte del Estado.



III. CONCLUSIÓN

En función de lo señalado, consideramos que el Oficio de Contraloría es inocuo respecto de la regularidad del Concurso llevado a cabo por Proinversión, porque se refiere a sujetos distintos de los que conformaron los Consorcios que se adjudicaron la buena pro y porque además, por lo menos en la primera de las situaciones judiciales a que se refiere la Contraloría, se evidencia que no existe juicio iniciado contra Construtora Norberto Odebrecht.

De esta manera, no genera ningún cuestionamiento (ni eficacia jurídica alguna) respecto de la regularidad del Concurso para la concesión de los Tramos Viales del Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú - Brasil.

Sin otro particular, quedamos a su disposición para cualquier consulta complementaria o aclaración que consideren pertinente.

Atentamente,


Juan Monroy Gálvez

018866

ESTUDIO
MONROY
ABOGADOS

JUAN F. MONROY GÁLVEZ
JUAN JOSÉ MONROY PALACIOS
JOSÉ OMAR CAIRO ROLDAN
ALBERTO SIMÓN PINO
SARA TAÍPE CHÁVEZ
RAPHAEL VICERA ARÉVALO
IVÁN YAYA ZUMAETA

CALLE ROMA N° 376
LIMA 27 - PERÚ
CENTRAL: (51-1) 441-0594
FAX: (51-1) 421-4994
central@estudiomonroy.com
www.estudiomonroy.com

Lima, 23 de agosto de 2005

Señores
PROINVERSIÓN
Presente.-



Atn.: Sr. Sergio Bravo Orellana
Presidente del Comité de
PROINVERSIÓN en Proyectos de
Infraestructura y de Servicios
Públicos

Ref.: Consulta remitida a través del
correo electrónico de fecha 8 de
agosto de 2005

De nuestra mayor consideración:

Por medio de la presente tenemos el
agrado de absolver la Consulta que tuvieron a bien remitirnos el pasado 8 de
agosto. Sin más preámbulo, pasamos a dar respuesta a cada uno de los
cuestionamientos que aquélla contiene.

Absolución de la consulta

1. Desarrollo (doctrinario y normativo) acerca de la necesidad de que exista
identidad entre la persona a quien se imputa judicialmente un hecho y la
persona a quien se dirige la demanda.

El *derecho procesal* tiene un carácter instrumental respecto del *derecho
material*, en la medida en que la función primordial de aquél es resolver las

018860

ESTUDIO
MONROY
ABOGADOS

JUAN F. MONROY GÁLVEZ
JUAN JOSÉ MONROY PALACIOS
JOSÉ OMAR CAIRO ROLOAN
ALBERTO SIMONS PIND
SARA TAÍPE CHÁVEZ
RAFAEL VICERA ARÉVALO
IVÁN YAYA ZUMAETA

CALLE ROMA N° 376
LIMA 27 - PERÚ
CENTRAL: (51-1) 441-0584
FAX: (51-1) 421-4994
ccntral@estudiomonroy.com
www.estudiomonroy.com

Lima, 23 de agosto de 2005

Señores
PROINVERSIÓN
Presente.-



Atn.: Sr. Sergio Bravo Orellana
Presidente del Comité de
PROINVERSIÓN en Proyectos de
Infraestructura y de Servicios
Públicos

Ref.: Consulta remitida a través del
correo electrónico de fecha 8 de
agosto de 2005

De nuestra mayor consideración:

Por medio de la presente tenemos el
agrado de absolver la Consulta que tuvieron a bien remitirnos el pasado 8 de
agosto. Sin más preámbulo, pasamos a dar respuesta a cada uno de los
questionamientos que aquélla contiene.

Absolución de la consulta

1. Desarrollo (doctrinario y normativo) acerca de la necesidad de que exista
identidad entre la persona a quien se imputa judicialmente un hecho y la
persona a quien se dirige la demanda.

El *derecho procesal* tiene un carácter instrumental respecto del *derecho
material*, en la medida en que la función primordial de aquél es resolver las

controversias que se originen en éste¹. Precisamente, dicha instrumentalidad genera un conjunto de *consecuencias jurídicas* que deben ser tenidas en cuenta para la configuración de una relación procesal válida.

Ahora bien, las referidas consecuencias jurídicas constituyen una suerte de elementos de adaptación del instrumento procesal al derecho material, sin los cuales el proceso no puede desarrollarse válidamente. La denominación técnica de estos elementos es **presupuestos procesales y condiciones de la acción**.

En tal contexto, encontramos que, entre las instituciones jurídicas reunidas alrededor de las condiciones de la acción, ocupa un lugar históricamente relevante la llamada **legitimidad para obrar** (arts. 427.1 y 446.6 CPC). La categoría procesal impone que **los sujetos que participan en los lados activo y pasivo de la relación material, sean exactamente los mismos que participan, con tales características, en la relación procesal**. Es decir, que quien se considere acreedor en una relación obligatoria o titular de una propiedad, por citar algunos ejemplos, sea el mismo sujeto que interponga la demanda, colocando en el lado pasivo de la relación procesal, como demandado, a quien se considere deudor, usurpador, etc.

De esta manera, la necesaria correlación o correspondencia entre los sujetos que componen la relación material respecto de la procesal que impone el instituto de la legitimidad para obrar, es precisamente el fundamento de nuestra conclusión: en efecto, como bien señala el tenor de la pregunta, la persona a quien se imputa judicialmente un hecho debe ser, bajo pena que el proceso sea considerado inválido, la misma contra quien se dirige la demanda².

¹ Es lo recogido por el art. III del Título Preliminar del CPC, según el cual "el Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia".

² "Si el derecho subjetivo existe, y si la obligación correlativa existe, sólo podrá saberse al final del proceso, pero de entrada el proceso sólo tendrá sentido si el que lo insta afirma ser titular del derecho e imputa la titularidad de la obligación a la persona a la que demanda": MONTERO AROCA. *La legitimación en el proceso civil*. Madrid: Civitas. 1994, pp. 37 y 38; ID. *La legitimación en el Código Procesal Civil del Perú*. En: *Ius et praxis*. N° 24. 1994, pp. 11 y ss.; ALLORIO. *Para la claridad de las ideas en tema de legitimación para accionar*. En: *Problemas de derecho procesal*. Buenos Aires: Ejea. 1963. Trad. Sentis. T. II, 249 y ss.; DEVIS ECHANDÍA. *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Universidad. 1984. T. I, pp. 287.

2. ¿Cuándo debe considerarse iniciado un proceso judicial?

El inicio de un proceso judicial depende del diseño procedimental de cada país. Por ejemplo, en el caso italiano, donde la demanda se notifica directamente por el sujeto privado al demandado, sin participación de la autoridad judicial, el proceso puede considerarse iniciado con la citación del Juez para el comparecimiento de las partes. Por el contrario, en nuestro sistema, donde la demanda se presenta ante el Juez para su calificación, luego de lo cual (de resultar positivo el examen inicial) procede a su notificación al demandado, **existe un consenso general en doctrina y jurisprudencia en considerar que el proceso se inicia con la interposición de la demanda.**

Ahora bien, el inicio del proceso no tiene, por sí mismo, consecuencias jurídicas, a menos que la ley las prevea de manera expresa. Por el contrario, antes que a la interposición de la demanda, el legislador prefiere identificar al emplazamiento como el hecho generador de múltiples consecuencias jurídicas: *perpetuatio jurisdictionis*, inmodificabilidad de la demanda, litispendencia, interrupción de prescripción extintiva (supuestos previstos por el art. 438 CPC), entre otros.

Sin perjuicio de lo expuesto, hay una cuestión adicional que no debe ser dejada de lado: si bien el proceso judicial se considera iniciado con la interposición con la demanda, **ello sólo ocurrirá respecto del actor**, es decir, respecto de quien recurrió efectivamente al Poder Judicial. Con lo cual, **si apreciamos esta situación desde la óptica del sujeto contra el cual se interpuso la demanda, éste no podrá ser considerado "demandado" en tanto no se le haya emplazado válidamente o, en todo caso, en tanto no se haya *apersonado* al proceso y tomado conocimiento del contenido de la demanda válidamente admitida** (en efecto, al cumplir la misma función que el emplazamiento o notificación de la demanda, el *apersonamiento* se sustituye a éste, teniendo sus mismos efectos y convirtiéndolo, a partir de ese momento, en una formalidad innecesaria).

Pese a no existir una norma que determine específicamente esta situación, no es complejo llegar a tal conclusión si apreciamos que uno de los derechos constitucionales que componen la garantía constitucional del debido proceso es el derecho de defensa³. En virtud de éste, todo sujeto tiene derecho a ser

³ V. COMOLIO. Voz: *Contraddittorio*. En: *Dig. Disc. Priv.* Torino: Utet. 1989, pp. 3 y ss.; G.F. RICCI. *Principi di diritto processuali generale*. Torino: Giappichelli. 1998, pp. 141 y ss.; CHAMORRO BERNAL.

escuchado o, en todo caso, a tener la oportunidad de presentarse al proceso para defender su posición frente a una demanda interpuesta contra sí. De esta forma, si el sujeto contra el cual se ha interpuesto aquélla aún no la conoce, sea por no haber sido notificado y, con mayor razón aún, por no haberse apersonado, es evidente que, respecto de él, el proceso aún no puede considerarse iniciado.

3. En caso la demanda sea declarada improcedente liminarmente y la resolución que así lo declara es apelada, ¿cuándo debe entenderse que se ha iniciado un proceso?

Respecto del demandante, la respuesta es la misma señalada al inicio del punto anterior: el proceso se inicia con la interposición de la demanda. Por su parte, respecto del sujeto pasivo de la relación procesal, en el particular caso de rechazo liminar de la demanda, el proceso se considera iniciado con la notificación del concesorio de la apelación, tal como lo ordena el último párrafo del art. 427 CPC. En tal hipótesis, si la Corte Superior confirma el rechazo liminar del Juez de Instancia, el proceso habrá concluido sin pronunciamiento sobre el fondo.

Pero, ¿por qué es importante esta última precisión? Porque, más allá de una cuestión meramente terminológica, seguida por el CPC más por tradición que en aras de una precisión técnica, el rechazo liminar de una demanda (independientemente de su sucesiva apelación) supone una negación expresa de que el sujeto ubicado en la posición pasiva de la relación procesal puede ser considerado "demandado". En efecto, si bien es parte del proceso, no es "demandado", en la medida en que la demanda ha sido rechazada de plano. La mejor prueba que demuestra esta situación es que, en caso se confirme en segundo grado la improcedencia de la demanda, se expedirá un auto de conclusión del proceso que, con autoridad de la cosa juzgada, beneficiará al sujeto pasivo de la relación procesal estableciendo que no ha sido ni podrá ser demandado en la errada circunstancia propuesta por el actor en su demanda (por lo mismo rechazada).

Un ejemplo explicará mejor esta situación: el sujeto A demanda a B el pago de una suma de dinero. El Juez, al momento de calificar la demanda, la rechaza de plano por considerar que A no es el titular de la deuda, sino su padre, C (falta

La tutela judicial efectiva. Barcelona: Bosch. 1994, pp. 112 y ss.; PICÓ I JUNOY. *Las garantías constitucionales del proceso.* Barcelona: Bosch. 1997, pp. 95 y ss.

de legitimidad para obrar activa, art. 427.1 CPC). En tales circunstancias, A apela del auto que rechaza la demanda y luego, su concesorio es notificado a B quien, por vez primera, se entera de la existencia de un proceso contra él. Más adelante, llevada la discusión sobre la improcedencia de la demanda a segundo grado, la Sala decide **confirmar el auto de improcedencia** y, por tanto, **declarar la conclusión definitiva del proceso sin pronunciar sentencia**.

En el ejemplo planteado es evidente que B recién es incorporado al proceso con el concesorio de la apelación del auto. A partir de ese momento se convierte en parte procesal (pasiva). Sin embargo ya menos que caigamos en una contradicción insalvable! dado que la demanda ha sido rechazada, B *todavía* no puede ser considerado, jurídicamente, demandado. Si, como cuenta el caso, más adelante la Sala confirma la improcedencia de la demanda, entonces aquel *todavía* se transforma en *nunca*, pues B habrá ganado un proceso, sin necesidad de sentencia, por haberse establecido, con autoridad de cosa juzgada, que no debió ni podrá ser demandado por A en las particulares situaciones concretas descritas en la demanda.

Como conclusión a todo lo expuesto, **tenemos que un sujeto puede ser parte procesal pasiva, pero no necesariamente demandado**. En los casos de rechazo liminar, si bien el proceso se inicia respecto de aquél con la notificación del concesorio de apelación del auto de improcedencia, aún en tal hipótesis tenemos a un sujeto procesado, mas no demandado. Sólo lo será en caso se le notifique con una demanda válidamente admitida, es decir, luego de que la Sala, discrepando con lo resuelto por el Juez de Instancia, revoque el auto y devuelva lo actuado para que se le dé el trámite respectivo.

4. Desde un punto de vista estrictamente legal (y sobre la base de las DJ presentadas por los postores):

a. ¿Incurrirían en falsedad los postores si hubieren presentado las DJ a pesar de tener conocimiento por otros medios de la existencia de una demanda en su contra, pero que la misma no les ha sido notificada?

Nuestra respuesta es negativa. En un Estado democrático de derecho, el derecho de defensa, componente esencial de la garantía constitucional del debido proceso, es irrestricto. En el presente caso, nos sirve para sostener que así como nadie puede ser sentenciado sin tener la oportunidad de acudir a un proceso judicial en defensa propia, de la misma forma, **no se puede considerar a un sujeto procesado sin que haya sido válidamente notificado y además,**

ratificando lo dicho en el numeral anterior, no se puede considerar a un sujeto demandado mientras no se le notifique (o tome conocimiento por otra vía) una demanda válidamente admitida. Las actividades extraprocesales que, como tales, no son realizadas por una autoridad judicial carecen de relevancia jurídica. No hay falsedad si es que nunca existió una comunicación formal por parte del órgano jurisdiccional (notificación).

b. ¿Incurrirían en falsedad los postores si hubieren presentado las/DJ a pesar de tener conocimiento de la existencia de una demanda en su contra, que fue declarada improcedente y apelada por el demandante, pero cuyo concesorio no les ha sido notificado?

Líneas atrás señalamos que, en la hipótesis de rechazo liminar de la demanda, el primer contacto que tiene el sujeto pasivo de la relación procesal con el litigio es por medio de la notificación del concesorio de la apelación (art. 427, *infine* CPC). En ese momento, si bien jurídicamente no es *demandado* (la demanda no se ha admitido válidamente), sí se le puede considerar *procesado*. Ahora bien, la pregunta planteada se coloca en la hipótesis de que *ni siquiera se ha notificado el concesorio*: en tal supuesto, y en base a un criterio estrictamente jurídico, aún no se puede considerar a los postores como partes de un proceso judicial. Repetimos, todo tipo de conocimiento privado (inclusive a través de una carta notarial) o público (a través de un medio de comunicación o de una autoridad estatal no jurisdiccional), es decir, donde permanezca ausente la participación de la autoridad judicial, es absolutamente irrelevante a efectos de considerar a un sujeto "procesado" o "demandado". Sólo la notificación válida del concesorio de la apelación, efectuada por la autoridad judicial correspondiente, es la única capaz de constituir a un sujeto en procesado.

5. La denuncia civil interpuesta por quien ha sido demandado por el Estado contra un tercero, ¿supone que este tercero tenga un proceso judicial iniciado por el Estado? (el escenario supone que este tercero hubiere sido considerado como litisconsorte pasivo necesario).

En todo caso, ¿cuáles son las formas procesales por las cuales el Estado puede iniciar un proceso judicial contra la persona, además de la interposición de una demanda o una reconvención?

La denuncia civil es un mecanismo que puede ser utilizado, indistintamente, por demandante y demandado con el propósito de incorporar a un tercero a un proceso, por considerar que su participación es esencial para la solución de la controversia. De estimar esta petición, el Juez incorporará al tercero, asignándole específicamente la calidad jurídica que tendrá

018866

ESTUDIO
MONROY
ABOGADOS

7

en la relación procesal. En el presente caso, se trataría de un "litisconsorte necesario pasivo". Ello significa que el tercero, ya incorporado al proceso, comparte la misma posición jurídica que el demandado, inclusive la calidad de tal frente el demandante (el Estado). En conclusión, el tercero incorporado al proceso, a través de una denuncia civil efectuada por el demandado originario, es también demandado, sin que su participación, con posterioridad al inicio del proceso, aun cuando no se produce en este caso a instancia del estado, incida sobre dicha calidad procesal.

Por otro lado, refiriéndonos a la segunda pregunta de este numeral, además de la interposición de una demanda o de una reconvencción se considera que, jurídicamente, el Estado ha demandado a un sujeto, cuando éste es incorporado al proceso en calidad de litisconsorte necesario pasivo, sea por iniciativa de parte (denuncia civil) o de oficio.

Sin otro particular, quedamos a su disposición para cualquier consulta complementaria o aclaración que consideren pertinente.

Atentamente,



Juan Monroy Gálvez

CC 140

018885

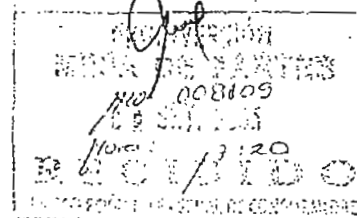
ESTUDIO
MONROY
ABOGADOS

JUAN F. MONROY GÁLVEZ
JUAN JOSÉ MONROY PALACIOS
JOSÉ OMAR CAIRO ROLDAN
ALBERTO SIMONIS PINO
SARA TAÍPE CHÁVEZ
RAFAEL VIERA ARÉVALO
IVÁN YAYA ZUMAETA

CALLE ROMA N° 375
LIMA 27 - PERÚ
CENTRAL: (51-1) 441-0594
FAX: (51-1) 421-4894
central@estudiomonroy.com
www.estudiomonroy.com

Lima, 8 de setiembre de 2005

Señores
PROINVERSIÓN
Presente.



Atn.: Sr. Sergio Bravo Orellana
Presidente del Comité de
PROINVERSIÓN en Proyectos de
Infraestructura y de Servicios
Públicos

Ref.: Proyecto Corredor Vial Interoceánico
Sur, Perú-Brasil

De nuestra mayor consideración:

Por medio de la presente tenemos el agrado de presentarle los resultados del análisis de los actuados judiciales en los cinco procesos indicados por la Contraloría General de la República (en adelante, la Contraloría), en los que, según ésta, se habrían configurado los impedimentos respecto de las empresas que conforman los Consorcios ganadores de la buena pro, en el Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú-Brasil, como se advierte de la carta remitida a Proinversión el pasado 3 de agosto (en adelante, la Carta).

Los resultados de la indagación que consignamos a continuación ha sido posible obtenerlos, gracias a la coordinación realizada por la dos entidades atrás citadas; ella nos permitió acceder directamente a los expedientes judiciales y a la documentación (falsos expedientes) de cada uno de los procesos judiciales iniciados por la Contraloría.

CC 159

A efectos de una mejor comprensión del presente documento, lo hemos dividido en dos partes. La primera aborda los cuatro procesos que configuran el presunto impedimento indicado en los puntos 3 y 4 del anexo de la Carta. A su vez, la segunda parte se refiere al proceso seguido ante el 14 JECL, es decir, al impedimento indicado en los puntos 1 y 2 de aquélla.

I. PROCESOS JUDICIALES INICIADOS POR EL ESTADO DONDE SE HABRÍAN INCORPORADO (en calidad de "litisconsortes necesarios pasivos") A LAS EMPRESAS QUE CONFORMAN EL CONSORCIO QUE GANÓ LA BUENA PRO

Durante el año 2003, la Contraloría interpuso cuatro demandas judiciales contra terceros. En cada uno de estos procesos, uno de los codemandados formuló denuncia civil contra Consorcio Chimú. Aceptada la denuncia civil, dicho consorcio fue incorporado como litisconsorte necesario pasivo, razón por la cual, al igual que los terceros, actualmente ostenta la calidad de codemandado.

Sobre este caso, el impedimento alegado por Contraloría en la carta citada al inicio radica en que Consorcio Chimú estaría conformado por las mismas empresas que forman parte del Consorcio ganador de la buena pro para el Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú-Brasil.

A continuación detallamos brevemente los cuatro procesos referidos:

1.1 Proceso seguido ante el 4 JECL, Exp. 46636-03

Demandante : Contraloría General de la República

018887

ESTUDIO
MONROY
ABOGADOS

3

- Demandados : a) Sr. Felipe Fajardo Elejalde, ex Director de Obras del Proyecto Especial Chavimochic.
b) Consorcio Ces-Cisa (Consulting Engineers Salzguiter GMBH Y Servicios de Ingeniería S.A.), ex Supervisora de Obra del Proyecto Especial Chavimochic.
- Petitorio : Que los emplazados, en forma mancomunada, cumplan con el pago de indemnización por daños y perjuicios por inejecución de obligaciones a favor del Estado, ascendente a la suma de S/. 165,133.80, más intereses y costas.

Fundamento central de la demanda. - La Contraloría, conforme a sus facultades de fiscalización, detectó un perjuicio económico al Estado por la suma reclamada, al verificarse que en la liquidación de la obra "Rehabilitación de las Obras del Proyecto Especial Chavimochic", se han considerado trabajos de reemplazo de material en la subrasante del Canal La Mochica, sin contar con sustento técnico y sin haber sido aprobado por la supervisión.

Este perjuicio fue generado por los demandados en tanto éstos eran los encargados de supervisar y verificar las obras. Su aparente actitud negligente, a lo que se añade un presunto incumplimiento de sus funciones, habría provocado que el Estado asuma un pago indebido que debe ser resarcido.

Aspectos procesales. - El Consorcio Ces-Cisa, al contestar la demanda, formuló denuncia civil contra el Consorcio Chimú (conformado por Constructora Norberto Odebrecht S.A y G y M S.A.).

Por Res. N° 10 del 3 de mayo de 2004 el Juzgado admitió la denuncia civil. Finalmente, por Res. N° 19 del 6 de junio de 2005 se dispuso la notificación de Consorcio Chimú.

CC 161

018888

ESTUDIO
MONROY
ABOGADOS

4

Observación.- El Estado ha demandado una indemnización por daños y perjuicios, derivados del incumplimiento de las obligaciones de los supervisores de obra y no una *devolución de dinero*, como lo sostuvo el codemandado, Consorcio Ces-Sisa, para sustentar la denuncia civil e incorporar al proceso al Consorcio Chimú.



1.2 Proceso seguido ante el 7 JECL, Exp. 4633-03

Demandante : Contraloría General de la República
Demandados : a) Sr. Felipe Fajardo Elejalde, ex Director de Obras del Proyecto Especial Chavimochic.
b) Consorcio Ces-Cisa (Consulting Engineers Salzguiter GMBH y Servicios de Ingeniería S.A.), ex Supervisora de Obra del Proyecto Especial Chavimochic.
c) Godofredo Rojaš Vásquez, ex Director Ejecutivo del Proyecto Especial Chavimochic.
Petitorio : Que los emplazados, en forma mancomunada, cumplan con el pago de una indemnización por daños y perjuicios por inejecución de obligaciones a favor del Estado, ascendente a la suma de S/. 115,406.74, más intereses y costas.

Fundamento central de la demanda.- La Contraloría, conforme a sus facultades de fiscalización, detectó un perjuicio económico al Estado por la suma reclamada, debido a la acción inoportuna de los funcionarios del Proyecto Especial Chavimochic en la suscripción del Acta de Paralización de Trabajos realizados en la Bocatoma 412 m.s.n.m., como consecuencia de las avenidas (crecida del Río Santa), permitiendo con ello el reconocimiento de mayores gastos generales a la empresa contratista por el monto señalado.

CC 162

El motivo por los cuales la demanda se dirige contra dichos demandados es el mismo expuesto en el punto anterior.

Aspectos procesales. - El Consorcio Ces-Cisa, al contestar la demanda, formuló denuncia civil contra el Consorcio Chimú (conformado por Constructora Norberto Odebrecht S.A. y G y M S.A.)

Mediante escrito de fecha 20.10.04, el Consorcio Chimú se apersonó al proceso, formuló excepciones y contestó la demanda.

Observación. - La pretensión dirigida por el Estado tiene el mismo sustento que la explicada en el punto anterior.

1.3 Proceso seguido ante el 12 JECL, Exp. 46638-03

Demandante : Contraloría General de la República
Demandados : a) Sr. Felipe Fajardo Elejalde, ex Director de Obras del Proyecto Especial Chavimochic.
b) Consorcio Ces-Cisa (Consulting Engineers Salzguiter GMBH Y Servicios de Ingeniería S.A.), ex Supervisora de Obra del Proyecto Especial Chavimochic.
Petitorio : Que los emplazados, en forma mancomunada, cumplan con el pago de indemnización por daños y perjuicios por inejecución de obligaciones a favor del Estado, ascendente a la suma de S/. 845,667.99, más intereses y costas.

Fundamento central de la demanda. - La Contraloría, conforme a sus facultades de fiscalización, detectó un perjuicio económico al Estado por la suma reclamada, al verificarse que en la ejecución de la obra "Rehabilitación de las Obras del Proyecto Especial Chavimochic" se realizaron trabajos de conformación de diques en el cruce de las quebradas usando material de

préstamo de canteras que no cumplían con las especificaciones técnicas, originando este hecho un gasto innecesario.

El motivo por el cual la demanda se dirige contra dichos demandados es el mismo al expuesto en el primer punto.

Aspectos procesales.- El Consorcio Ces-Cisa, al contestar la demanda, formuló denuncia civil contra el Consorcio Chimú (conformado por Constructora Norberto Odebrecht S.A. y G y M S.A.)

Mediante escrito de fecha 23.02.04, el Consorcio Chimú se apersonó al proceso, formuló excepciones y contestó la demanda.

Observación.- La pretensión dirigida por el Estado tiene el mismo sustento que el explicado en el primer punto.

1.4 Proceso seguido ante el 5 JECL, Exp. 46335-03

Respecto a este proceso la Contraloría no nos ha alcanzado las copias respectivas para su evaluación. Sin embargo, de una lectura del proceso se pudo apreciar que los fundamentos coinciden con los otros tres procesos antes señalados y la búsqueda en el Juzgado respectivo ha sido infructuosa, por encontrarse el expediente en el despacho de la especialista.

2. Otra documentación alcanzada por la Contraloría, revisada en los Juzgados Civiles y de los archivos de Proinversión.

2.1 Respecto de los documentos de constitución y existencia de Constructora (o Constructora) Norberto Odebrecht S.A y Graña y Montero S.A.A

" 018891

ESTUDIO
MONROY
ABOGADOS

7

En el Contrato de Ejecución de Obra suscrito el 31 de mayo de 1999 con el Consorcio Chimú para la Rehabilitación de las Obras del Proyecto Especial Chavimochic, se precisó que el referido consorcio está conformado por la Construtora Norberto Odebrecht S.A y G y M S.A

En los cuatro procesos anteriormente indicados el Consorcio Chimú, se apersonó a través de su representante legal, Carlos Alberto Cruz Paredes, mediante poder otorgado por escritura pública de fecha 4 de agosto de 1998. En este documento se aprecia que las dos empresas que conforman el Consorcio otorgan poder al citado representante, precisándose que forman parte del consorcio: a) Construtora Norberto Odebrecht S.A, empresa brasilera y b) G y M S.A. (antes Graña y Montero S.A Contratistas Generales)

A su vez, en la documentación alcanzada por Proinversión se aprecia que uno de los requisitos para ser postor es que las empresas que conforman el Consorcio Concesionario Inambari - Iñapari, presenten documentos que acrediten su constitución. Los documentos presentados fueron los siguientes:

- a) Construtora Norberto Odebrecht S.A presentó su testimonio de constitución como empresa brasilera, debidamente traducido por los Sres. José Alves y Paulo Roberto do Amaral Oliveira con las legalizaciones correspondientes.
- b) Graña y Montero S.A.A. presentó la escritura pública de fecha 12 de agosto de 1996 por la cual Graña y Montero S.A. decide cambiar de denominación social a "Inversiones G y M S.A". Dicha empresa decidió escindirse en dos nuevas

ESTUDIO
MONROY
ABOGADOS

personas jurídicas: b.1) Graña y Montero S.A y b.2) Graña y Montero Inversiones S.A

Asimismo, presentó la escritura pública de fecha 13 de mayo de 1998 por la cual Graña y Montero S.A adopta la forma de sociedad anónima abierta, siendo su nueva denominación Graña y Montero S.A.A

Por otro lado, como producto de las búsquedas registrales de la empresa Constructora Norberto Odebrecht S.A, hemos encontrado varias partidas electrónicas que hacían referencia al registro de mandatos. El nombre que aparecía registralmente era Constructora Norberto Odebrecht S.A., pero se consignaba que el documento respectivo de representación había sido extendido en la República Federativa de Brasil. Asimismo, fueron inscritos en el registro de poderes otorgados por sociedades extranjeras que no tienen sucursal en el país.

Cabe precisar que no se encontró ninguna partida o ficha registral de inscripción de Constructora Norberto Odebrecht S.A. en el Registro de Personas Jurídicas.

En cambio, Graña y Montero S.A.A se encuentra debidamente inscrita en la Partida N° 11028352 del Registro de Personas Jurídicas de Lima, mientras que G y M S.A. se encuentra inscrita en la Partida N° 1106796 del citado registro.

2.2 Respecto de la entidad de las empresas

Con relación al estudio realizado de los documentos citados en el punto anterior podemos afirmar que:

- Quil.*
- a) Constructora Norberto Odebrecht S.A es una empresa brasilera que conformó el Consorcio Chimú y el Consorcio Concesionario Interoceánica Inambari – Iñapari.
 - b) Constructora Norberto Odebrecht S.A. no existe en Perú como Persona Jurídica.
 - c) Si bien en el Registro de Mandatos se establece que quien otorga el mandato es Constructora, consideramos que éste es un error de registro no sólo porque la inscripción hace referencia a la empresa brasilera como poderdante, sino además porque fue inscrito en el Registro de Poderes otorgados por Sociedades Extranjeras que no tienen sucursal en el país.
 - d) Constructora Norberto Odebrecht S.A tiene sucursales en el Perú con la denominación de Constructora Norberto Odebrecht S.A sucursal Perú y Sucursal Lima que no constituyen personas jurídicas independientes.
 - e) G y M S.A. no es la misma persona jurídica que Graña y Montero S.A.A., es decir, ambas tienen personería jurídica propia.

3. ANÁLISIS DE LOS IMPEDIMENTOS DE LAS BASES DEL CONCURSO Y SU RELACIÓN CON LOS CUATRO PROCESOS ANTES CITADOS

3.1 Respecto al impedimento de las bases

Originalmente las bases del concurso establecieron en el punto 5.2.2.4 el siguiente impedimento:

5.2.2 Requisitos Legales:

Adicionalmente, el Postor deberá acreditar el estricto cumplimiento de los siguientes requisitos legales:

5.2.2.4 Que el Postor, sus accionistas o socios o sus integrantes y los accionistas y socios de estos últimos, en el caso que el Postor sea un Consorcio, no tengan proceso judicial, relacionado con materias que razonablemente pudieran dar indicios de falta de idoneidad para la ejecución de las Obras y el mantenimiento de los Tramos Viales del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú -Brasil en el que hubieran sido demandados o reconvenidos por el Estado, PROINVERSIÓN, o el Comité, no tengan impedimento o restricción alguna para contratar con el Estado (...)"

En mérito a dicho dispositivo, se elaboró el Anexo N° 4 denominado Formulario 4: Credenciales para calificación, como parte integrante de las bases, bajo el siguiente formato:

ANEXO N° 4

Formulario 4: CREDENCIALES PARA CALIFICACIÓN

(Referencia Numeral 5.3 de las Bases del Concurso)



Por medio de la presente, declaramos bajo juramento que
(nombre del Postor), así como sus accionistas, socios o integrantes y los
accionistas y socios de éstos últimos, de ser el caso, no tienen:

- a) Proceso judicial o arbitral alguno iniciado por o contra el Estado,
PROINVERSIÓN o el Comité

Por otro lado, las Bases del Concurso establecían que los postores podrán
formular consultas que serán absueltas por el Comité mediante Circulares, las
cuales aclaraban, modificaban o complementaban las Bases y eran
juridicamente vinculantes para los Postores. La regulación respectiva se
encuentra en el punto 3.1.3 que a la letra señala:

3.1.3 Circulares

- 3.1.3.1 Las respuestas del Comité a las consultas formuladas serán
comunicadas mediante Circulares a todos los Postores o Postores
Precalificados, según sea el caso, sin indicar el nombre de quién hizo
la consulta.

Si el Comité, en cualquier momento, considera necesario
aclarar, modificar o complementar las Bases, emitirá una
Circular para tal efecto. Dicha Circular será dirigida a los Agentes
Autorizados y enviada al domicilio común señalado conforme al
Numeral 2.1.4 de las presentes Bases. Todas las Circulares
emitidas estarán disponibles para su revisión en la Sala de Datos.

Luego de la Precalificación de los Postores, las Circulares sólo serán notificadas a los Postores que presentaron Propuestas.

3.1.3.2 Las Circulares emitidas por el Comité formarán parte integrante de estas Bases, siendo, en consecuencia, jurídicamente vinculantes para todos los Postores y Postores Precalificados. (el énfasis es nuestro)"

Pues bien, en mérito al formato antes citado, los postores hicieron dos consultas puntuales que fueron absueltas por las Circulares N° 4 y 20 en el siguiente sentido:



a) La Circular N° 4 realizó las siguientes modificaciones¹:

ANEXO N° 4 Formularios 1 al 7: CREDENCIALES PARA CALIFICACIÓN

Dice:

(Referencia Numeral 5.3 de las Bases del Concurso)

Debe decir:

(Referencia Numeral 5.2.2 de las Bases del Concurso) (sic)

ANEXO N° 4 Formularios 1 al 7: CTREDENCIALES PARA CALIFICACIÓN

Dice:

a) Proceso judicial o arbitral alguno iniciado por o contra el Estado, PROINVERSIÓN o el Comité

Debe decir:

a) Proceso judicial o arbitral alguno iniciado por o contra el Estado. PROINVERSIÓN o el Comité, derivado del incumplimiento de sus obligaciones contractuales. (sic)

¹ Página 5 de la circular

b) La Circular N° 20 realizó las siguientes modificaciones²:

Respuesta:

Ha sido aceptada la propuesta, el Literal a. del Formulario 4 del Anexo 4, queda redactado de la siguiente manera:

- a. Proceso judicial o arbitral alguno iniciado por el Estado, PROINVERSION o el Comité, derivado del incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

El impedimento preciso luego de las dos modificaciones realizadas por las circulares y que eran jurídicamente vinculantes para los postores conforme a las bases, quedó plasmado en la última redacción del referido Anexo N° 4 que los postores debían llenar bajo el siguiente formato:

ANEXO N° 4

Formulario 4: CREDENCIALES PAA CALIFICACIÓN

(Referencia Numeral 5.2.2⁹³ de las Bases del Concurso)

DECLARACIÓN JURADA

Por medio de la presente, declaramos bajo juramento que (nombre del Postor), así como sus accionistas, socios o integrantes y los accionistas y socios de estos últimos, de ser el caso, no tienen:

- a) *Proceso judicial o arbitral alguno iniciado por el Estado, PROINVERSION o el Comité, derivado del incumplimiento de sus obligaciones contractuales*⁹⁴.

² Página 5 de la circular

93 Modificado mediante Circular N° 4

94 Modificado mediante Circulares N° 4 y N° 20

0188981 MONROY
ABOGADOS

En consecuencia, lo que se debe dilucidar es si los cuatro procesos judiciales antes citados configuran el impedimento contenido en la declaración jurada (parte integrante de las bases) que los miembros del Consorcio Concesionario Interoceánica Inambari – Inapari debieron llenar para el otorgamiento de la buena pro.



3.2 Respecto de las finalidades (objetos) de los cuatro procesos judiciales y su relación con el impedimento antes citado

Los cuatro procesos judiciales tienen como finalidad común que las personas encargadas de la supervisión de las obras relacionadas con el Proyecto de Obras Chavimochic indemnicen al Estado por los daños y perjuicios que los supervisores han generado al incumplir con las obligaciones inherentes a sus cargos.

Pese a que todos los procesos tienen una finalidad común, la Contraloría ha dispuesto la presentación de cuatro demandas por separado, porque cada pretensión proviene de títulos distintos. En efecto, como se puede apreciar de los petitorios de las cuatro demandas, cada una hace referencia al incumplimiento de las obligaciones de supervisión pactadas por tramos y conceptos independientes de la obra. En tal sentido, al provenir las obligaciones de contratos distintos presentaron las demandas respectivas de manera independiente porque en cada proceso se determinará si los supervisores incumplieron con sus funciones en las partes y conceptos de la obra que les corresponden.

Ahora bien, emplazado con la demanda Consorcio Ces-Cisa (que intervino en todos los contratos de supervisión, por lo que fue demandado en los cuatro

MONROY
ABOGADOS

procesos), formuló denuncia civil contra Consorcio Chimú conformado por Constructora Norberto Odebrecht S.A y G y M S.A.

Respecto a G y M S.A, hemos señalado en el punto 2.2 del presente informe que no es la misma persona jurídica que Graña y Montero S.A.A., por tanto y toda vez que G y M S.A no fue postora sino lo fue más bien la segunda, a ésta última no le es aplicable, de ninguna manera, el impedimento antes descrito. La primera es integrante del Consorcio Chimú contra quien se dirigió una denuncia civil y por tal fue incorporada en los cuatro procesos, la segunda es integrante del Consorcio Concesionario Interoceánica Inambari – Iñapari quien no tiene nada que ver con los procesos antes citados.

Por otro lado, al haber concluido en el citado punto 2.2 que Constructora Norberto Odebrecht S.A es miembro del Consorcio Chimú y a la vez conforma el Consorcio Concesionario Interoceánica Inambari – Iñapari, lo que deberemos determinar es si el impedimento establecido en el referido Anexo Nº 4 le alcanza.

Como lo señaláramos anteriormente, en los cuatro procesos judiciales Consorcio Ces-Cisa formuló denuncia civil³ para que se incorpore a Consorcio Chimú, porque considera que éste es quien debe devolver el dinero supuestamente cobrado de más.

Sin perjuicio de que consideremos que los jueces no tuvieron que haber aceptado la denuncia civil, porque no se configura los supuestos de hechos

³ La denuncia civil se encuentra regulada en el artículo 102 del Código Procesal Civil que a la letra señala: Artículo 102. El demandado que considere que otra personas, además de él o en su lugar, tiene alguna obligación o responsabilidad en el derecho discutido, debe denunciarlo indicando su nombre y domicilio, a fin de que se le notifique del inicio del proceso.

para su tramitación⁴, al haber sido aceptadas las respectivas denuncias, evaluaremos si la intervención de dicho Consorcio configura el impedimento para que la empresa Construtora Norberto Odebrecht S.A. éste imposibilitada para participar como postor.

El contenido de las pretensiones planteadas por la demandante está claramente delimitado. La Contraloría ha solicitado que el Órgano Jurisdiccional le ampare determinado petitorio, bajo determinados hechos configurantes de su pretensión y ha establecido correctamente los sujetos pasivos de la relación material, según el derecho discutido que pretende le sea tutelado. En efecto, la Contraloría considera que la inexecución de las obligaciones de supervisión, ocasionaron que montos mayores sean reconocidos a favor del Consorcio Chimú. Ello no hubiera ocurrido si los supervisores hubieran cumplido a cabalidad sus funciones, por ello, los daños y perjuicios que dicho incumplimiento ha generado deben ser resarcidos por los directos responsables: "los supervisores"⁵.

⁴ La denuncia civil tiene dos supuestos para su tramitación:

- a) Que el demandado considere que otra persona además de él debe tener obligación o responsabilidad en el derecho discutido
- b) Que el demandado considere que otra persona que en su lugar tiene la obligación o responsabilidad en el derecho discutido

Pues bien, ninguno de los supuestos se configura para que el demandado plantee la denuncia civil porque el derecho discutido consiste en la responsabilidad por inexecución de obligaciones en su calidad de supervisor y el Consorcio Chimú no tiene la calidad de Supervisor sino de Contratista de Obra, por lo tanto no podría tener responsabilidad sobre incumplimiento de funciones que no le corresponde y que es materia del proceso. Es decir, no podría ser condenado a la indemnización conjuntamente con el demandado ("además de él") o subrogarse en la posición de éste y asumir el pago de una indemnización sobre funciones que no le corresponden ("en su lugar")

⁵ Es un elemento configurante del daño es la relación directa entre la persona responsable y el hecho dañoso.

Pues bien, en todas las demandas la Contraloría ha señalado respecto de este requisito lo siguiente:

En este orden de ideas, y para no dejar dudas respecto al daño patrimonial sufrido, se cumple con señalar los elementos del daño:

- c) Es directo, porque se origina en la inexecución de obligaciones inherentes al cargo de servidor o funcionario, cualquiera que sea la naturaleza del vínculo laboral o contractual, siendo el Proyecto Especial Chavimochic y el Estado, directamente afectados por el daño causado.

En ese sentido, el proceso está dirigido contra los supervisores, porque ellos - según la demanda- fueron precisamente quienes incumplieron obligaciones derivadas de su relación contractual con el Estado. Sin embargo, el Estado -la Contraloría- en ningún momento cuestionó o dirigió pretensión alguna contra el Consorcio Chimú, reclamando la ejecución o la responsabilidad derivadas de sus obligaciones contractuales.

Es decir, el Consorcio Chimú integrado por Constructora Norberto Odebrecht S.A, no tiene ningún proceso judicial derivado del incumplimiento de sus obligaciones contractuales, por lo que no se le aplica el impedimento contenido en el referido Anexo N° 4. Cabe recordar que un principio de derecho civil es que las normas restrictivas de derechos no se pueden aplicar extensivamente, por ello, mientras que el supuesto de hecho contemplado en el referido impedimento no encaje con la precisión exigida en la situación jurídica de la empresa constructora, no puede aplicarse a la referida empresa.

En consecuencia, la empresa Constructora Norberto Odebrecht S.A no tiene ningún impedimento para ser postor, debido a que no tiene ningún proceso judicial interpuesto por el Estado derivado del incumplimiento de sus obligaciones contractuales como constructor, ni tampoco el Consorcio Chimú, del cual es integrante.

- II. PROCESO SEGUIDO ANTE EL 14 JECL DONDE EL ESTADO (A TRAVES DE LA CONTRALORÍA) HABRÍA DEMANDADO A UNA DE LAS EMPRESAS CONSTRUCTORAS GANADORAS DE LA BUENA PRO (Exp. No. 17392-2004)

El 9 de marzo del 2004, la Contraloría General de la Republica (en adelante la Contraloría) interpuso una demanda con las siguientes pretensiones:

- a) Petitorio principal: Obligación de hacer contra la Empresa Constructora Norberto Odebrecht S.A – Constructora Norberto Odebrecht Perú S.A. Asociados (en adelante Odebrecht),
- b) Petitorio accesorio: Una indemnización por daños y perjuicios por inajecución de obligaciones contra Raymundo Nonato Trindade, representante Legal de Odebrecht, Samuel Vasconcellos Boggio, representante Legal de la Supervisión Asociación SISA -MOTLIMA, y José Pedro Fernández Jacinto, ex Director de la Supervisión del Proyecto Especial Río Cachi-PERC.

Por resolución No. 01, del 16 de marzo de 2004, el 14 Juzgado Civil de Lima declaró **IMPROCEDENTE LA DEMANDA**. Ante lo resuelto, la Contraloría presentó recurso de apelación, siendo concedido éste con efecto suspensivo, mediante resolución No. 02 del 07 de abril de 2004. Actualmente, el caso se encuentra en trámite en la Segunda Sala Civil (Exp. 410-05). Se ha fijado fecha de vista para el 11 de octubre a las 9 a.m.

Al igual de lo sucedido con el grupo de procesos analizados en la primera parte del presente informe, podemos afirmar que Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Constructora Norberto Odebrecht S.A. son la misma persona jurídica. Sin embargo, es evidente que aquí tampoco se ha configurado el impedimento alegado por Contraloría.

Es importante advertir que la referida resolución No. 02 NO HA SIDO NOTIFICADA a Constructora Norberto Odebrecht S.A. Odebrecht, tal como se desprende de la información recabada en la central de notificaciones, en

ESTUDIO
MONROY
ABOGADOS

cuyo registro sólo figuran como notificados: Raymundo Nonato Trindade Serra, Samuel Vasconcellos Boggio y, naturalmente, la demandante, Contraloría de la Republica. Así también, dicha información ha sido confirmada al revisar los cargos de notificación que obran en autos del expediente judicial (dicha revisión fue realizada en la Segunda Sala Civil), en el cual no figura ningún cargo de notificación dirigida a la citada empresa

En consecuencia (y en concordancia con el segundo de los informes remitidos a Proinversión), no se puede considerar a **Constructora Norberto Odebrecht S.A.** como "sujeto procesado" —menos aún demandado por que evidentemente no ha sido emplazado con la admisión de demanda— en virtud a que no ha sido siquiera notificado con el concesorio de la apelación, es decir, no exista acto jurisdiccional alguno que la haya constituido como parte procesal.

Sin perjuicio de lo expresado, de la revisión de los autos, es evidente que la intención original de la Contraloría era demandar a la citada empresa, sin embargo, por un error elemental en la forma de proponer la demanda, ésta fue dirigida al Sr. Raymundo Nonato Trindade Serra, representante legal de la misma. De esta forma, el Juzgado ha entendido que el Sr. Trindade es el demandado a título personal y, precisamente, bajo esta calidad se ha apersonado al referido proceso.

De esta forma, dado que **Constructora Norberto Odebrecht S.A.** no ha sido notificada con la demanda, ni con acto procesal alguno (principalmente con la referida Res. No. 02), hasta la fecha no puede considerarse "procesada".

Por lo tanto, la información consignada en las Declaraciones Juradas remitidas a Proinversión durante el Concurso contienen información correcta, en razón a que dicha empresa, **no tiene proceso judicial alguno iniciado en su contra por parte del Estado.**

Por lo demás, no es posible, desde ningún punto de vista, que ésta tenga un proceso judicial en su contra, en primer lugar, si en estricto nunca se dirigió demanda contra ella; en segundo lugar, porque no se le ha emplazado con la demanda (por que ésta no se ha admitido) y, por último, porque tampoco se le ha notificado con la resolución que concede el recurso de apelación contra la resolución que declara improcedente la demanda.

Es correcta la información consignada en la declaración jurada complementaria, en el sentido que jamás han sido notificadas, conforme a las normas del Código Procesal Civil, con demanda o concesorio del apelación jurídicamente válida, que surta algún efecto jurídico relacionado con el proceso judicial referido.

Todo lo expuesto conlleva a determinar, sin lugar a dudas, que el impedimento que la Contraloría habría identificado para que Constructora Norberto Odebrecht S.A. sea postor, es también inexistente.

III. CONCLUSIONES

- 3.1 Graña y Montero S.A.A no tuvo ningún impedimento para contratar porque el Estado no le ha interpuesto proceso judicial en su contra.

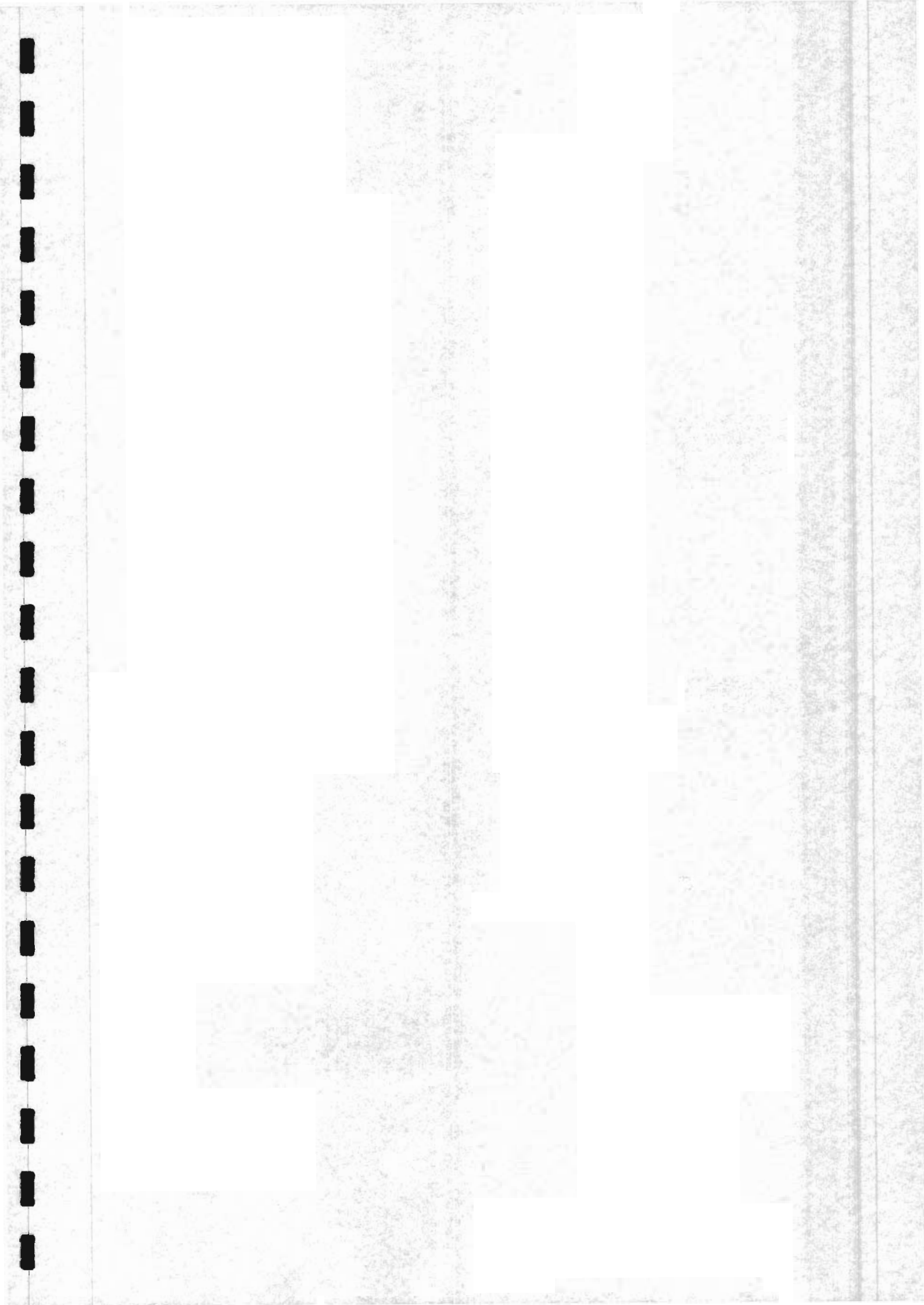
ESTUDIO
MONROY
ABOGADOS

- 3.2 Constructora Norberto Odebrecht S.A., como integrante del Consorcio Chimú, no tiene ningún proceso judicial derivado del incumplimiento de sus obligaciones contractuales con el Estado.
- 3.3 Ninguna de las empresas antes citadas incurren en el impedimento contenido en el referido Anexo 4. Formulario 4.
- 3.4 Constructora Norberto Odebrecht S.A. nunca ha sido notificada con demanda ni, en general, con acto procesal alguno, por lo que resultan correctos los datos consignados en las declaraciones juradas remitidas durante el desarrollo del concurso.

Sin otro particular y agradeciendo la confianza depositada en el Estudio, quedamos de ustedes para la información complementaria que desearan solicitar respecto de los términos del presente informe.

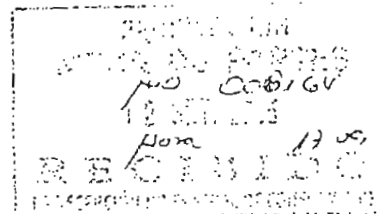
Atentamente,


Juan Monroy Gálvez



Nº 018906

ESTUDIO
MONROY
ABOGADOS



JUAN F. MONROY GÁLVEZ
JUAN JOSÉ MONROY PALACIOS
JOSÉ OMAR CAIRO ROLDAN
ALBERTO SIMONS PINO
SARA TAÍPE CHÁVEZ
RAFAEL VIERA ARÉVALO
IVÁN YAYA ZUMAETA

CALLE ROMA N° 376
LIMA 27 - PERÚ
CENTRAL: (51-1) 421-0594
FAX: (51-1) 421-4994
central@estudiomonroy.com
www.estudiomonroy.com

Lima, 12 de setiembre de 2005

Señores
PROINVERSIÓN
Presente.-

Atn.: Sr. Sergio Bravo Orellana
Presidente del Comité de
PROINVERSIÓN en Proyectos
de Infraestructura y de Servicios
Públicos

Ref.: Oficio N° 295/2005/DEA-
LEG/ PROINVERSIÓN

De nuestra mayor consideración:

Por medio de la presente tenemos el agrado de enviarle nuestra opinión respecto de la consulta que nos hicieron llegar, mediante el oficio de la referencia, sobre el comunicado (Of. N° 802-2005-CG/SGE) remitido a vuestra oficina por el Secretario General de la Contraloría General de la República, en el que se les informó la existencia de un proceso penal tramitado ante el Tercer Juzgado Especializado en lo Penal de Huamanga contra diversos funcionarios y directivos de la empresa **Contratista Norberto Odebrecht S.A.** Cabe agregar que en este proceso se incluyó a la empresa citada como tercero civilmente responsable.

CC 180

PROCESOS PENAL SEGUIDO ANTE EL TERCER JUZGADO
ESPECIALIZADO EN LO PENAL DE HUAMANGA

En el año 1997 se convocó a licitación pública la ejecución del Proyecto Especial Río Cachi, en la que se otorgó la buena pro de la obra Canal de Derivación Apacheta Chocorro a la **Asociación Constructora Norberto Odebrecht S.A.**, sucursal Trujillo y Empresa Norberto Odebrecht Perú S.A. Asociados.

Respecto de dicha obra se hicieron de público conocimiento una serie de irregularidades durante su ejecución. En particular, las denuncias precisan que aquella presenta una serie de fisuras, rajaduras y un pésimo estado de conservación, lo cual se atribuye fundamentalmente a que el espesor del revestimiento del canal no reuniría las especificaciones técnicas que se señalaron en el expediente técnico de la obra: debe ser de 7.5 cm de espesor, sin embargo, se habrían encontrado espesores mucho menores.

En mérito a ello, el representante del Ministerio Público, formalizó denuncia penal (denuncia N° 164-2003-MP-1FPPH) ante el Tercer Juzgado Especializado en lo Penal de Huamanga, entre otros, contra los siguientes miembros de la **Contratista Norberto Odebrecht S.A.** (sic): a) Raymundo Nonato Trindade Serra (Representante legal), b) Ernesto Sa Viera Bajardi (Director de Obra), c) Edward Filiberto Garagorri Huamán (Jefe de Area Comercial), d) Juvenal Ormachea Guzmán (Residente de obra) y e) Javier Chumán Rojas (encargado de ingeniería de obras-control de calidad).

Por su parte, el fiscal provincial penal de Huamanga solicitó que se comprenda a la empresa **Contratista Norberto Odebrecht S.A.** como tercero civilmente responsable.

Posteriormente, por Resolución N° 2 del 19 de mayo de 2003, el Tercer Juzgado Penal de Huamanga, en consonancia con los pedidos atrás señalados, dictó el correspondiente auto de apertura de instrucción por la presunta comisión de los delitos de peculado y estafa durante la ejecución del Proyecto Especial Río Cachi. Además, comprendió a la empresa **Contratista Norberto Odebrecht S.A.** como tercero civilmente responsable.

Llegados a este punto, corresponde hacer una precisión a efectos de evitar mayores confusiones: pese a que el sujeto que debió ser constituido como tercero civilmente responsable es la **Asociación Constructora Norberto Odebrecht S.A.**, sucursal Trujillo y Empresa **Norberto Odebrecht Perú S.A. Asociados**, el Juez ha emplazado a **Contratista Norberto Odebrecht S.A.** Más allá del error material y del eventual vicio procesal que ello supone, para los efectos del presente informe vamos a asumir que se trata de un mismo sujeto de derecho.

Por último, en base a los antecedentes judiciales descritos, el propósito del presente informe es determinar si la **Constructora Norberto Odebrecht S.A.** ha incurrido en el impedimento contenido en las Bases del Concurso para la Ejecución de las Obras y el Mantenimiento de los Tramos Viales del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú-Brasil (en adelante, el Concurso), consistente en que las empresas postoras *no tengan proceso*

judicial iniciado por el Estado derivado de la inejecución de sus obligaciones contractuales:

Lo expresado pareciera no tener coherencia, si previamente no hacemos la siguiente precisión: si bien **Contratista Norberto Odebrecht S.A.** y **Construtora Norberto Odebrecht S.A.** son empresas formalmente distintas, como veremos a continuación, existen claros indicios para considerar que ambas pertenecen a un mismo grupo económico. De este modo, el corolario que se extrae de dicha situación hipotética será, necesariamente, que *cualquier demanda indemnizatoria derivada de una inejecución contractual imputable a la primera de las empresas citadas, lo será también, desde el punto de vista jurídico, respecto de la segunda.* Y éste es precisamente el elemento central objeto de la presente consulta ya que, la verificación de que **Construtora Norberto Odebrecht S.A.** ha sido demandada (de manera directa o a través de empresas que serían parte del mismo grupo económico) por el Estado durante el desarrollo del Concurso, supondrá la configuración de un impedimento legal imputable a dicha empresa y el consecuente vicio del Concurso en el que, ilícitamente, *habría participado.* Veamos a continuación si ello es así.

2. Documentación alcanzada por Proinversión

2.1 Respecto de los documentos de constitución y existencia de Construtora (o Constructora) Norberto Odebrecht S.A.

ESTUDIO
MONROY
ABOGADOS

Uno de los requisitos para ser postor en el Concurso indicado es que las empresas que forman parte del **Consorcio Concesionario Interoceánica Inambari – Iñapari** presenten documentos que acrediten su constitución. En virtud de ello, la **Constructora Norberto Odebrecht S.A.** ha presentado su testimonio de constitución como empresa brasilera, debidamente traducido por los Sres. José Alves y Paulo Roberto do Amaral Oliveira, con las legalizaciones correspondientes.

Por otro lado, de las búsquedas registrales de la empresa **Constructora Norberto Odebrecht S.A.** encontramos varias partidas electrónicas que hacían referencia al registro de mandatos. El nombre que aparecía registralmente era **Constructora Norberto Odebrecht S.A.**, pero se consignaba que el documento respectivo de representación había sido extendido en la República Federativa de Brasil. Asimismo, fueron inscritos en el registro de poderes otorgados por sociedades extranjeras que no tienen sucursal en el país.

Finalmente, debemos señalar que la empresa **Constructora Norberto Odebrecht Perú S.A.** se encuentra registrada en la Ficha N° 89703 del Registro Mercantil de los Registros Públicos de Lima.

2.2 Respecto de la entidad de las empresas. Planteamientos hipotéticos

A pesar de la insuficiencia de información que proveen los documentos citados en el punto anterior, a efectos de absolver adecuadamente la presente consulta, determinando finalmente si se habría configurado algún impedimento que cuestione la validez del Concurso, vamos a trabajar en un

018911

ESTUDIO

MONROY

ABOGADOS

6

plano estrictamente hipotético, utilizando los supuestos más comprometedores, bastante probables, pero hipotéticos al fin y al cabo:

- a) Que Constructora Norberto Odebrecht S.A. es una empresa ^{Quil} brasilera que forma parte del Consorcio Concesionario Interoceánica Inambari - Iñapari, cuya sucursal es integrante de la Asociación Constructora Norberto Odebrecht S.A., sucursal Trujillo y Empresa Norberto Odebrecht Perú S.A. Asociados.
- b) Que Constructora Norberto Odebrecht S.A. no existe en el Perú como Persona Jurídica, por lo tanto no tiene sucursales.
- c) Que si bien en el Registro de Mandatos se establece que quien otorga el mandato es Constructora, consideramos que esto es un error de registro no sólo porque la inscripción hace referencia a la empresa brasilera como poderdante, sino además porque en su momento fue inscrito en el Registro de Poderes otorgados por Sociedades Extranjeras que no tienen sucursal en el país.
- d) Que la sucursal de Trujillo de la Constructora Norberto Odebrecht S.A. no constituye una persona jurídica independiente.
- e) Que Norberto Odebrecht Perú S.A. tiene personería jurídica propia.

3. ANÁLISIS DE LOS IMPEDIMENTOS DE LAS BASES DEL CONCURSO Y SU RELACIÓN CON EL PROCESO PENAL ANTES CITADO

3.1 Respecto al impedimento de las Bases

Originalmente las Bases del Concurso establecieron en el punto 5.2.2.4 el siguiente impedimento:

00 185

71

"5.2.2 Requisitos Legales:

Adicionalmente, el Postor deberá acreditar el estricto cumplimiento de los siguientes requisitos legales:



5.2.2.4 Que el Postor, sus accionistas o socios o sus integrantes y los accionistas y socios de estos últimos, en el caso que el Postor sea un Consorcio, no tengan proceso judicial, relacionado con materias que razonablemente pudieran dar indicios de falta de idoneidad para la ejecución de las Obras y el mantenimiento de los Tramos Viales del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú -Brasil en el que hubieran sido demandados o reconvenidos por el Estado, PROINVERSIÓN, o el Comité, no tengan impedimento o restricción alguna para contratar con el Estado (...)"

En mérito a dicho dispositivo se elaboró el Anexo N° 4 denominado Formulario 4: Credenciales para calificación, como parte integrante de las bases, bajo el siguiente formato:

ANEXO N° 4

Formulario 4: CREDENCIALES PARA CALIFICACIÓN
(Referencia Numeral 5.3 de las Bases del Concurso)

Por medio de la presente, declaramos bajo juramento que
(nombre del Postor), así como sus accionistas, socios o integrantes y los accionistas y socios de éstos últimos, de ser el caso, no tienen:

018913

ESTUDIO
MONROY
ABOGADOS

8

a) Proceso judicial o arbitral alguno iniciado por o contra el Estado, PROINVERSIÓN o el Comité

Por otro lado, las Bases del Concurso establecían que los postores podrán formular consultas que serán absueltas por el Comité mediante Circulares las cuales aclaraban, modificaban o complementaban las Bases y eran jurídicamente vinculantes para los Postores. La regulación respectiva se encuentra en el punto 3.1.3 que a la letra señala:

3.1.3 Circulares

3.1.3.1 Las respuestas del Comité a las consultas formuladas serán comunicadas mediante Circulares a todos los Postores o Postores Precalificados, según sea el caso, sin indicar el nombre de quien hizo la consulta.

Si el Comité, en cualquier momento, considera necesario aclarar, modificar o complementar las Bases, emitirá una Circular para tal efecto. Dicha Circular será dirigida a los Agentes Autorizados y enviada al domicilio común señalado conforme al Numeral 2.1.4 de las presentes Bases. Todas las Circulares emitidas estarán disponibles para su revisión en la Sala de Datos.

Luego de la Precalificación de los Postores, las Circulares sólo serán notificadas a los Postores que presentaron Propuestas.

3.1.3.2 Las Circulares emitidas por el Comité formarán parte integrante de estas Bases, siendo, en consecuencia, jurídicamente vinculantes para todos los Postores y Postores Precalificados. (el énfasis es nuestro)"

Pues bien, en mérito al formato antes citado los postores hicieron dos consultas puntuales que fueron absueltas por las Circulares N° 4 y 20 en el siguiente sentido:

Cu 187

73

- a) La Circular N° 4 realizó las siguientes modificaciones¹:

ANEXO N° 4 Formularios 1 al 7: CREDENCIALES PARA CALIFICACIÓN

Dice:

(Referencia Numeral 5.3 de las Bases del Concurso)

Debe decir:

(Referencia Numeral 5.2.2 de las Bases del Concurso) (sic)

ANEXO N° 4 Formularios 1 al 7: CTREDENCIALES PARA CALIFICACIÓN

Dice:

- a) Proceso judicial o arbitral alguno iniciado por o contra el Estado, PROINVERSIÓN o el Comité

Debe decir:

- a) Proceso judicial o arbitral alguno iniciado por o contra el Estado. PROINVERSIÓN o el Comité, derivado del incumplimiento de sus obligaciones contractuales. (sic)

- b) La Circular N° 20 realizó las siguientes modificaciones²:

¹ Página 5 de la circular

² Página 5 de la circular

ESTUDIO
MONROY
ABOGADOS

Respuesta:

Ha sido aceptada la propuesta; el Liberal a. del Formulario 4 del Anexo 4, queda redactado de la siguiente manera:

- a. Proceso judicial o arbitral alguno iniciado por el Estado, PROINVERSION o el Comité, derivado del incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Luego de las dos modificaciones realizadas por las circulares – jurídicamente vinculantes para los Postores conforme a las Bases– el impedimento quedó plasmado en la última redacción del referido Anexo N° 4 bajo el siguiente formato:

ANEXO N° 4

Formulario 4: CREDENCIALES PAA CALIFICACIÓN
(Referencia Numeral 5.2.2⁹³ de las Bases del Concurso)

DECLARACIÓN JURADA

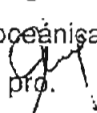
Por medio de la presente, declaramos bajo juramento que (nombre del Postor), así como sus accionistas, socios o integrantes y los accionistas y socios de estos últimos, de ser el caso, no tienen:

- a) *Proceso judicial o arbitral alguno iniciado por el Estado, PROINVERSION o el Comité, derivado del incumplimiento de sus obligaciones contractuales*⁹⁴.

93 Modificado mediante Circular N° 4

94 Modificado mediante Circulares N° 4 y N° 20

ESTUDIO
MONROY
ABOGADOS

En consecuencia, lo que se debe dilucidar es si la inclusión de la empresa Constructora Norberto Odebrecht S.A. como tercero civilmente responsable da lugar al impedimento contenido en la declaración jurada (parte integrante de las Bases) que los miembros del Consorcio Concesionario Interoceánica Inambari – Inapari debieron llenar para el otorgamiento de la buena pro. 

3.2 Respecto de la finalidad (objeto) del proceso penal y su relación con el impedimento antes citado

El proceso penal iniciado contra los miembros de la empresa constructora tiene por finalidad reprimir la presunta comisión de los delitos de peculado y estafa en perjuicio del Estado, durante la ejecución del referido Proyecto. Como producto de ello, el Juez penal ha resuelto abrir instrucción contra aquellos por considerar que existen suficientes indicios de la comisión de los referidos delitos. Sin perjuicio de lo expuesto, dada la naturaleza de los ilícitos penales, es necesario destacar que el proceso sólo se puede desarrollar respecto de personas naturales, excluyéndose así del objeto litigioso a la empresa constructora.

Ahora bien, tal como lo establece el artículo 99³ del Código Penal, nuestro ordenamiento prevé la existencia de sujetos de derecho que sin haber cometido ilícito penal alguno son responsables en el plano civil. En el presente caso se ha incluido como tercero civilmente responsable a la empresa *Contratista Norberto Odebrecht S.A.*

Respecto al tercero civilmente responsable San Martín señala que:

³ Código Penal

Artículo 99.- Procede la acción civil contra los terceros cuando la sentencia dictada en la jurisdicción.

ESTUDIO
MONROY
 ABOGADOS

"Se entiende por *tercero civil obligado* a aquel que, sin haber participado en la comisión del delito responde civilmente por el daño causado. Eduardo Font Serra precisa que esta responsabilidad requiere el cumplimiento de dos requisitos: a) el responsable directo o principal está en una relación de dependencia (el responsable principal no debe actuar según su propio arbitrio, sino sometido aunque sea potencialmente a la dirección y posible intervención del *tercero*); y, b) el acto generador de la responsabilidad haya sido cometido por el dependiente en el desempeño de sus obligaciones y servicios."⁴

Pues bien, al haber establecido (2.2.) de que existen indicios razonables de que Constructora Norberto Odebrecht S.A., como miembro del Consorcio Concesionario Interoceánica Inambari - Iñapari, también conforma directamente o a través de una sucursal) la Asociación Constructora Norberto Odebrecht S.A., sucursal Trujillo y Empresa Norberto Odebrecht Perú S.A. Asociados, lo que debemos determinar es si le alcanza el impedimento establecido en el referido Anexo N° 4.

La falta de una precisa determinación de la empresa involucrada (en puridad, no existe ninguna *Contratista Norberto Odebrecht S.A.*) en el proceso penal como tercero civilmente responsable y la ausencia de una documentación más completa nos obliga a trabajar sobre una nueva hipótesis. En este contexto, en la misma línea de razonamiento expuesto líneas atrás, hemos decidido abordar la más problemática a efectos no sólo de obviar la limitación antes acotada, sino básicamente de realizar una adecuada absolución de la consulta, determinando claramente que, incluso en el peor de los casos, no se ha configurado ningún impedimento que vicie

⁴ SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Lima: Grijley. 2001, pp. 209

la adjudicación otorgada al Consorcio Concesionario Interoceánica Inambari – Iñapari.

La hipótesis es la siguiente: *que pese a la imprecisión del sujeto emplazado como tercero civil, las empresas conformantes de la Asociación, en especial la Constructora Norberto Odebrecht S.A. sucursal Trujillo, se hayan apersonado válidamente al proceso.* Es decir, que la Asociación se haya constituido como parte procesal. 

Como ya apuntamos, la inclusión del tercero civilmente responsable tiene por finalidad condenar al pago de la reparación a aquella persona que si bien no ha participado en la comisión del delito, responde civilmente por el daño causado. Para tales efectos, se debe determinar que: a) el responsable directo o principal está en una relación de dependencia (el responsable principal no debe actuar según su propio arbitrio, sino sometido —aunque sea potencialmente— a la dirección y posible intervención del tercero); y, b) que el acto generador de la responsabilidad haya sido cometido por el dependiente en el desempeño de sus obligaciones y servicios.

A su vez, la obligación de reparación civil del tercero es accesoria al delito que se le imputa a las personas que están bajo su dirección. Es decir, si los miembros de la constructora han cometido los ilícitos penales imputados, los daños que dicho acto ilegal haya producido deberán ser asumidos por el tercero. De esta manera, es claro que en el presente proceso no se pretende determinar si la Constructora Norberto Odebrecht S.A. Sucursal Trujillo (o, en todo caso, Contratista Norberto Odebrecht S.A.) cumplió o no con sus obligaciones contractuales, sino, si es que se han cometido ilícitos penales y si, en tal supuesto, se han

ocasionado daños y perjuicios a los agraviados, respecto de los cuales deberá responder la referida empresa.

En consecuencia, aún cuando se haya apersonado al proceso Constructora Norberto Odebrecht S.A. o una empresa vinculada económicamente a ésta, toda vez que la decisión indemnizatoria no tiene por finalidad la determinación de un concepto derivado de sus obligaciones contractuales, es claro que no se ha configurado ningún impedimento en el Concurso donde aquélla participó como parte del Consorcio Concesionario Interoceánica Inambari - Iñapari. En efecto, el impedimento que aparece en las Bases del Concurso está referido a una demanda del Estado originada en un incumplimiento de carácter contractual (ilícito civil), situación radicalmente distinta de una reparación civil derivada de un ilícito penal.

IV. CONCLUSIONES

- 4.1 Aunque la documentación que se nos ha remitido no permite alcanzar una certeza plena, existen sólidos indicios de que Constructora Norberto Odebrecht S.A. forma parte del mismo grupo económico de la Asociación Constructora Norberto Odebrecht S.A., sucursal Trujillo y Empresa Norberto Odebrecht Perú S.A. Asociados. Sin embargo, ni siquiera la hipótesis de que dicha situación sea real permite afirmar que Constructora Norberto Odebrecht S.A. tiene un proceso judicial derivado del incumplimiento de sus obligaciones contractuales con el Estado.

ESTUDIO
MONROY
ABOGADOS

- 4.2 Como producto de ello, tampoco en este supuesto el Consorcio Concesionario Interoceánica Inambari - Iñapari, conformado por Constructora Norberto Odebrecht S.A. y otra empresa, incurre en el impedimento contenido en el referido Anexo 4. Formulario 4.
- 4.3 Aún en caso en el supuesto de que Constructora Norberto Odebrecht S.A. se haya apersonado al proceso penal, su inclusión como tercero civilmente responsable no configura una pretensión derivada del incumplimiento de sus obligaciones contractuales, sino una reparación civil derivada de un ilícito penal.

Sin otro particular y agradeciendo la confianza depositada en el Estudio, damos por absuelta la consulta y quedamos a su disposición en caso requieran de alguna información u otra precisión complementaria al presente documento.

Atentamente,


Juan Monroy Gálvez