

COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN Y CONTRALORÍA
Período Anual de Sesiones 2007-2008

INFORME FINAL

INVESTIGACIÓN SOBRE PRESUNTAS IRREGULARIDADES EN LA CONCESIÓN DE LA “VÍA EXPRESA DEL CALLAO”

Lima, 11 de Marzo de 2008.

“El interés público exige que las entidades del Estado y sus funcionarios actúen con absoluta transparencia en cada uno de los actos del proceso de contratación, garantizando que quien resulte adjudicatario reúna indiscutibles requisitos de solvencia no sólo técnica, sino – sobre todo- moral y ética, ofreciendo a la Administración (y a los usuarios) suficiente confianza sobre su idoneidad para ser merecedor de la condición de concesionario de un servicio público.”

Francisco Eguiguren Praeli, *Los contratos de concesión de servicios públicos y su resolución por razones de interés público*. Mayo de 2001.



Informe Final de la Comisión de
Fiscalización y Contraloría recaído en la
investigación sobre presuntas
irregularidades en la concesión de la "Vía
Expresa del Callao" - RESERVADO

COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN Y CONTRALORÍA

Período Anual de Sesiones 2007-2008

Señor Presidente del Congreso:

En nuestra calidad de miembros de la Comisión de Fiscalización y Contraloría, nos dirigimos a usted y a la Representación Nacional en cumplimiento de lo establecido en el artículo 88º del Reglamento del Congreso, para presentar a su consideración el **INFORME FINAL** de la investigación sobre presuntas irregularidades en la suscripción del Contrato de Concesión, sus respectivas adendas y la ejecución de obras de la denominada "Vía Expresa del Callao", para la cual el Pleno del Congreso otorgó a esta Comisión, facultades de comisión investigadora.

**INFORME FINAL DE LA INVESTIGACIÓN SOBRE PRESUNTAS IRREGULARIDADES
EN LA CONCESIÓN DE LA “VÍA EXPRESA DEL CALLAO”.**

CONTENIDO

	<u>Página</u>
1. INTRODUCCION	10
2. ALCANCES DE LA INVESTIGACIÓN	11
3. MARCO LEGAL	15
4. METODOLOGÍA	17
5. DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN	18
6. LIMITANTES DE LA INVESTIGACIÓN	25
7. ANÁLISIS	26
7.1. IRREGULARIDADES EN LOS PROCESOS DE CONVOCATORIA, RECEPCIÓN Y EVALUACIÓN DE PROPUESTAS DEL CONCURSO DE PROYECTOS INTEGRALES “VÍA EXPRESA DEL CALLAO”	26
7.1.1. SE RATIFICA LA INCOMPETENCIA DE LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DEL CALLAO PARA CONVOCAR Y OTORGAR EN CONCESIÓN EL PROYECTO INTEGRAL DENOMINADO “VÍA EXPRESA DEL CALLAO”, AL 21 DE JUNIO DE 1999; LO CUAL CONSTITUYE UN VICIO INSUBSANABLE QUE ACARREA LA NULIDAD DE LA CONCESIÓN.	26
7.1.2. LAS BASES GENERALES QUE RIGIERON EL CONCURSO DE PROYECTOS INTEGRALES “VÍA EXPRESA DEL CALLAO” NO FUERON APROBADAS, CONSTITUYENDO UN VICIO INSUBSANABLE QUE ACARREA LA NULIDAD DE PLENO DERECHO DEL PROCESO DE CONCESIÓN.	40
7.1.3. EL COMITÉ DE RECEPCIÓN DE PROPUESTAS Y EL COMITÉ DE CONCESIONES ACEPTARON DEL POSTOR “CONSORCIO CCI CONCESIONES PERÚ” DOS CARTAS FIANZAS	46

Página

DE SERIEDAD DE OFERTA QUE NO CUMPLÍAN LOS REQUISITOS
FORMALES EXIGIDOS EN LAS BASES GENERALES,
INCUMPLIENDO ASÍ DESCALIFICARLO AUTOMÁTICAMENTE.

7.1.4. EL COMITÉ DE RECEPCIÓN DE PROPUESTAS Y EL
COMITÉ DE CONCESIONES NO OBSERVARON LOS ESTADOS
FINANCIEROS PRESENTADOS POR "CONCESIONES PERÚ
S.A.C.", PESE A QUE NO CONTABAN CON LOS REQUISITOS
EXIGIDOS EN LAS BASES, INCUMPLIENDO DESCALIFICAR
AUTOMÁTICAMENTE AL POSTOR "CONSORCIO CCI
CONCESIONES PERÚ"

60

7.1.5. EL COMITÉ DE RECEPCIÓN DE PROPUESTAS Y EL
COMITÉ DE CONCESIONES NO OBSERVARON LOS ESTADOS
FINANCIEROS PRESENTADOS POR LAS EMPRESAS ARGENTINAS
"CCI CONSTRUCCIONES S.A." Y "CCI CONCESIONES S.A.",
PESE A QUE NO CONTABAN CON LOS REQUISITOS EXIGIDOS EN
LAS BASES, INCUMPLIENDO DESCALIFICAR AUTOMÁTICAMENTE
AL POSTOR "CONSORCIO CCI CONCESIONES PERÚ"

63

7.1.6. EL COMITÉ DE RECEPCIÓN DE PROPUESTAS Y EL
COMITÉ DE CONCESIONES NO OBSERVARON QUE LAS
EMPRESAS "CCI CONCESIONES S.A." Y "CONCESIONES PERÚ
S.A.C." NO PRESENTARON SUS RESPECTIVOS INDICADORES
FINANCIEROS DEL AÑO 1998, INCUMPLIENDO DESCALIFICAR
AUTOMÁTICAMENTE AL POSTOR "CONSORCIO CCI
CONCESIONES PERÚ"

65

7.1.7. EL COMITÉ DE RECEPCIÓN DE PROPUESTAS Y EL
COMITÉ DE CONCESIONES NO OBSERVARON LAS REFERENCIAS
BANCARIAS PRESENTADAS POR EL "CONSORCIO CCI
CONCESIONES PERÚ", PESE A QUE NO REUNÍAN LOS
REQUISITOS EXIGIDOS EN LAS BASES, INCUMPLIENDO
DESCALIFICARLO AUTOMÁTICAMENTE.

67

Página

7.1.8. EL COMITÉ DE RECEPCIÓN DE PROPUESTAS NO OBSERVÓ LA PROPUESTA DE ESTRUCTURA DE FINANCIAMIENTO PRESENTADA POR EL “CONSORCIO CCI CONCESIONES PERÚ”, PESE A QUE NO REUNÍA LOS REQUISITOS FORMALES EXIGIDOS EN LAS BASES, INCUMPLIENDO DESCALIFICARLO AUTOMÁTICAMENTE.	70
7.2. IRREGULARIDADES EN LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO PREPARATORIO DE CONCESIÓN Y EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN, SUS ACLARACIONES Y ADENDAS	73
7.2.1. EL CONTRATO DE CONCESIÓN SE SUSCRIBIÓ FUERA DEL PLAZO PREVISTO. POR OTRO LADO, SE SUSCRIBIÓ ILÍCITAMENTE UN “CONTRATO PREPARATORIO DE CONCESIÓN” CON CINCO CLÁUSULAS ADICIONALES (TAMBIÉN FUERA DE PLAZO), NO CONTEMPLADOS EN LAS NORMAS Y BASES GENERALES, A FIN DE POSTERGAR INDEBIDAMENTE LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO “DEFINITIVO” DE CONCESIÓN POR MÁS DE 10 MESES, PERMITIENDO A LA EMPRESA CONCESIONARIA, EN ESE LAPSO DE TIEMPO, LOGRAR EL CAPITAL SOCIAL EXIGIDO EN LAS BASES.	73
7.2.2. LOS GERENTES GENERALES DE CONVIAL CALLAO S.A. SUSCRIBIERON ACTOS Y CONTRATOS SIN CONTAR CON LA HABILITACIÓN LEGAL CORRESPONDIENTE A SU CONDICIÓN DE CIUDADANOS EXTRANJEROS, ACARREANDO LA INVALIDEZ DE DICHOS ACTOS Y CONTRATOS, INCLUYENDO EL DENOMINADO “CONTRATO PREPARATORIO DE CONCESIÓN” Y EL CONTRATO DE CONCESIÓN Y SUS ADENDAS	91
7.2.3. EL “CONTRATO PREPARATORIO DE CONCESIÓN” Y SUS CLÁUSULAS ADICIONALES, EL “CONTRATO DE CONCESIÓN”, SUS ADENDAS Y ACLARACIONES, NO CUMPLIERON CON SER APROBADAS POR PROMCEPRI (LUEGO SERIA COPRI Y	96

Página

AHORA PROINVERSION), CONFORME LO DISPONE EL
ARTÍCULO 23º DEL TUO APROBADO POR DECRETO SUPREMO
NO. 059-96-PCM, QUE REGULA EL RÉGIMEN GENERAL DE
CONCESIONES

7.2.4. MEDIANTE ADENDA DEL 21 DE MAYO DE 2004, LA
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DEL CALLAO OTORGÓ GARANTÍA
COMPLEMENTARIA SIN CUMPLIR CON SOLICITAR INFORME
PREVIO DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

97

7.2.5. MEDIANTE ADENDA DEL 10 DE ENERO DE 2005, LA
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DEL CALLAO EXTENDIÓ
ILÍCITAMENTE LA CONCESIÓN A UN TRAMO DE LA RED VIAL
NACIONAL, ADEMÁS, SIN COMPETENCIA, SIN CONCURSO, NI
LICITACIÓN PREVIA OTORGÓ A CONVIAL CALLAO S.A. LA
EXCLUSIVIDAD DE AVISAJE PUBLICITARIO Y EXPLOTACIÓN
COMERCIAL DE DICHO TRAMO ANEXADO Y OTRO DE LA AV.
TOMÁS VALLE.

101

7.2.6. MEDIANTE ADENDA DEL 3 DE MARZO DEL 2006 SE
TRANSFIERE ILÍCITAMENTE A CONVIAL CALLAO S.A., LA
ADMINISTRACIÓN DEL "CANON" QUE PROVENIENTE DE LA
CONCESIÓN CORRESPONDÍA A LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL
DEL CALLAO

105

7.2.7. LAS 5 ADENDAS Y 2 ACLARACIONES SUSCRITAS POR EL
ALCALDE DE LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DEL CALLAO Y EL
GERENTE GENERAL DE CONVIAL CALLAO S.A.
DESNATURALIZARON EL PROYECTO ORIGINAL Y EL CONTRATO
DE CONCESIÓN DE LA "VÍA EXPRESA DEL CALLAO",
QUEBRANDO LA ECUACIÓN ECONÓMICO FINANCIERA EN
PERJUICIO DE LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DEL CALLAO Y
LOS USUARIOS

108

Página

7.3. IRREGULARIDADES EN LA EJECUCIÓN DEL TRAMO "A" DE LA "VÍA EXPRESA DEL CALLAO", SU VALORIZACIÓN Y EMISIÓN DE CERTIFICADOS DE INVERSIÓN	113
7.3.1. EXISTE UNA DIFERENCIA NO EXPLICADA ENTRE EL VALOR DE LA OBRA FÍSICA CONSTRUIDA EN EL TRAMO A DE LA "VÍA EXPRESA DEL CALLAO" Y EL VALOR CONSIGNADO EN LOS "CERTIFICADOS DE INVERSIÓN"	113
7.3.2. LOS "CERTIFICADOS DE INVERSIÓN" SUSCRITOS POR ALPHA CONSULT S.A. Y CONVIAL CALLAO S.A., Y PRESENTADOS AL BANCO FINANCIERO DEL PERÚ, A FIN DE OBTENER SENDOS CRÉDITOS, NO CUMPLEN CON LA FORMALIDAD ESTABLECIDA EN LA ADENDA DEL 21 DE MAYO DE 2004	117
7.3.3. EL COMITÉ DE RECEPCIÓN DE OBRAS NO CUMPLIÓ CON VERIFIAR ADECUADAMENTE LA CONFORMIDAD DE LA SOBRAS EJECUTADAS EN EL TRAMO A DE LA "VÍA EXPRESA DEL CALLAO", PERMITIENDO QUE DIVERSAS OBSERVACIONES INICIALMENTE FORMULADAS POR LA EMPRESA SUPERVIDORA DE OBRA ALPHA CONSULT S.A. NO FUERAN LEVANTADAS, PESE A ELLO, DICHO COMITÉ MANIFESTÓ HABER "CONSTATADO" LA FINALIZACIÓN DE LAS OBRAS Y SU FUNCIONALIDAD, PERMITIENDO EL INICIO DEL COBRO DEL PEAJE	119
7.3.4. SE HAN IDENTIFICADO DIVERSAS IRREGULARIDADES EN EL MANEJO CONTABLE FINANCIERO DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA CONVIAL CALLAO S.A., CON INCIDENCIA TRIBUTARIA	133
7.4. ILEGALIDAD Y DESPROPORCIONALIDAD DEL COBRO DE PEAJE POR EL TRAMO A DE LA "VÍA EXPRESA DEL CALLAO"	141
7.4.1. VERIFICACIÓN DE LEGALIDAD DEL COBRO DE PEAJE POR EL TRAMO A DE LA "VÍA EXPRESA DEL CALLAO".	141

	<u>Página</u>
7.4.2. VERIFICACIÓN DE PROPORCIONALIDAD ENTRE EL MONTO DE PEAJE POR EL TRAMO A DE LA “VÍA EXPRESA DEL CALLAO” Y EL SERVICIO PRESTADO (OBRA CONSTRUIDA)	151
7.5. INCONVENIENCIA DE LA CADUCIDAD DE LA CONCESIÓN POR INTERÉS PÚBLICO, ADOPTADA POR LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DEL CALLAO	154
8. RESPONSABILIDADES PENALES	157
8.1. CONFIGURACIÓN DE TIPOS PENALES, AGRAVANTES Y PENAS ACCESORIAS	157
8.2. CONCURSO IDEAL DE DELITOS, DELITO CONTINUADO Y CONCURSO REAL DE DELITOS	167
8.3. INDIVIDUALIZACIÓN DE RESPONSABILIDADES PENALES	169
9. CONCLUSIONES	196
10. RECOMENDACIONES	212

1. INTRODUCCIÓN

Mediante Oficio N° 2319-2006-2007-DDP-M/CR, de fecha 25 de mayo de 2007, el Oficial Mayor del Congreso comunica que el Pleno del Congreso de la República, en su sesión celebrada el 24 de mayo de 2007, aprobó la Moción de Orden del Día No. 953, por el que se acuerda:

“Otorgar a la Comisión de Fiscalización y Contraloría del Congreso de la República, por el plazo de 45 días útiles, facultades de comisión investigadora, de conformidad con el artículo 88º del Reglamento del Congreso, para que realice las investigaciones relacionadas con las supuestas irregularidades en la suscripción del Contrato de Concesión, sus respectivos addendums y la ejecución de obras de la denominada “Vía Expresa del Callao”, precisando que las investigaciones deben comprender la legalidad y el monto del cobro del peaje que se viene ejecutando en la referida Vía Expresa.”

En cumplimiento del encargo antes referido y en mérito al acuerdo adoptado en mayoría por la Comisión de Fiscalización y Contraloría, mediante Oficio No. 2169/0971/1456A/0354/0951/08/01, de fecha 20 de julio de 2006, el entonces Presidente de la Comisión, presentó el Informe Preliminar pertinente y conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo del inciso a) del artículo 88º del Reglamento del Congreso, solicitó la prórroga del plazo hasta por 120 días útiles adicionales para culminar la investigación.

Posteriormente, mediante Oficio No. 076-2007-2008-DDP-D/CR, de fecha 20 de setiembre de 2007, el Oficial Mayor (e) comunica que el Pleno del Congreso de la República, en su sesión celebrada en la fecha antes

consignada, luego de tomar conocimiento del Oficio No. 2169/0971/1456A/0354/0951/08/01, acordó por unanimidad *“conceder a la Comisión de su Presidencia la ampliación de plazo solicitado para presentar su informe final sobre la investigación para la que se le otorgó facultades de Comisión Investigadora, por el término de ciento veinte (120) días útiles”*.

2. ALCANCES DE LA INVESTIGACIÓN

2.1. Hechos materia de investigación.-

- 2.1.1. El concurso de proyectos integrales “Vía Expresa del Callao” y su otorgamiento en concesión.
- 2.1.2. El contrato preparatorio de concesión, el contrato de concesión, sus aclaraciones y adendas.
- 2.1.3. La ejecución de obras en el Tramo A: valorización y certificados de inversión.
- 2.1.4. Legalidad y monto del cobro de peaje por el Tramo A de la “Vía Expresa del Callao”.
- 2.1.5. La alternativa de caducidad de la concesión adoptada por la Municipalidad Provincial del Callao.

2.2. Personas materia de investigación.-

- 2.2.1. Por la entidad concedente, Municipalidad Provincial del Callao:
 - Alcaldes: Alexander Kouri Bumachar, Pío Salazar Villarán y Félix Moreno Caballero.

- El Comité de Recepción de Propuestas: José Alejandro Talavera Herrera (presidente), Javier Orellana Vilela y Fernando Gordillo Tordoya.
- El Comité de Concesiones: Augusto Dall'Orto Falconí (presidente), Edgar Barriga Calle (presidente), José Augusto Ferreyros García y José Alejandro Talavera Herrera.
- La Comisión de Recepción de Obra - Tramo A: Jorge Villarreal Ruiz (presidente), Magaly Alfaro Muñoz y José Felipa Rejas.
- Funcionarios de la empresa municipal FINVER CALLAO S.A.: Eduardo Sattui Castañeda (ex Presidente Ejecutivo), entre otros.
- Otros funcionarios y asesores participantes: Gerente General Asesoría Jurídica de la entidad, Edwin Flores Torrejón; y Director General de Desarrollo Urbano, Fernando Gordillo Tordoya, entre otros.

2.2.2. Por la empresa concesionaria, Convia Callao S.A.:

- Sus gerentes generales: Mario Ernesto Angel Guasco y Javier Roberto Lowry.
- Sus directores: Oscar Enzo Terraneo, Horacio Roberto De Vita y Carlos Raúl Perez (presidentes); Jorge Eduardo Larregina, José Fernando Castillo Dibós, Federico Aramayo Pinazo, Constantino Geringer, entre otros (miembros).
- Sus accionistas: CCI Construcciones S.A. (argentina), CCI Concesiones S.A. (argentina), CCI Internacional (argentina), CCI Concessoes S.A. (brasileña) CCI Concesiones S.A. (peruana), Concesiones Perú S.A.C.,

Ingenieros Civiles & Contratistas Generales S.A.
(ICCGSA), entre otros.

- Accionistas, directores o ejecutivos de empresas relacionadas: Roberto Dall’Orto Lizárraga, accionista y director de ICCGSA.
- Principales trabajadores: Jorge N. Alfaro, ingeniero residente de obra, entre otros.
- La empresa encargada de elaborar el proyecto técnico original, CVV Asociados S.A.
- La subcontratista Consorcio Vía Expresa del Callao o CONVEC, así como otros contratistas y proveedores.

2.2.3. Por la supervisora de obra, Alpha Consult S.A.:

- Sus directores: Rómulo Jorge Peñaranda Castañeda y César Alberto Peñaranda Castañeda.
- Su gerente general, Fernando Carrillo Morales.
- Principales trabajadores relacionados con las obras en la “Vía Expresa del Callao”: María del Rosario Alvarez Neyra, residente de supervisión, entre otros.

2.2.4. Otras personas naturales y jurídicas participantes o relacionadas.

2.3. Problemática y cuestiones materia de investigación.-

2.3.1. El concurso de proyectos integrales “Vía Expresa del Callao”

2.3.1.1. Determinar si al 21 de junio de 1999 la Municipalidad Provincial del Callao tenía competencia para convocar a concurso y otorgar en concesión el proyecto

denominado “Vía Expresa del Callao”, en la Av. Elmer Faucett.

2.3.1.2. Investigar las presuntas irregularidades que se habrían cometido en la etapa de licitación y adjudicación de la concesión de la “Vía Expresa del Callao”.

2.3.2. El contrato preparatorio de concesión, el contrato de concesión, sus aclaraciones y adendas.

2.3.2.1. Determinar la legalidad del “Contrato preparatorio de concesión” y sus cinco (05) cláusulas adicionales.

2.3.2.2. Investigar las presuntas irregularidades cometidas en la suscripción del contrato de concesión de la “Vía Expresa del Callao”, sus aclaraciones y adendas.

2.3.3. La ejecución de obras en el Tramo A de la “Vía Expresa del Callao”: valorización y certificados de inversión.

2.3.3.1. Investigar las presuntas irregularidades cometidas en la ejecución de las obras del Tramo A, su valorización y la emisión de los correspondientes certificados de inversiones.

2.3.4. Legalidad y monto del cobro de peaje por el Tramo A de la “Vía Expresa del Callao”.

2.3.4.1. Determinar la legalidad del cobro de peaje por el Tramo A de la “Vía Expresa del Callao”, asimismo determinar la proporcionalidad de su monto dentro de la

ecuación económico financiera en la que también participan la Municipalidad Provincial del Callao y los usuarios.

2.3.5. La alternativa de caducidad de la concesión adoptada por la Municipalidad Provincial del Callao.

2.3.5.1. Determinar la conveniencia de la caducidad de la concesión por causal de interés público adoptada por la Municipalidad Provincial del Callao.

3. MARCO LEGAL

- 3.1. Constitución Política del Perú, 1993.
- 3.2. Decreto Legislativo 676, declaran de interés nacional la rehabilitación y el mantenimiento de la red vial del país, del 6 de octubre de 1991.
- 3.3. Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, aprobado por Decreto Supremo No. 059-96-PCM, del 27 de diciembre de 1996, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo No. 060-96-PCM.
- 3.4. Ley No. 23853, Ley Orgánica de Municipalidades (vigente hasta el 27 de mayo de 2003)
- 3.5. Ley No. 27972, Nueva Ley Orgánica de Municipalidades, del 27 de mayo de 2003.
- 3.6. Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aprobado por Decreto Supremo No. 02-94-JUS, y normas modificatorias (vigente

en parte del proceso de concesión, hasta la dación de la Ley 27444, el 11 de abril de 2001).

- 3.7. Ley No. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, publicada el 11 de abril de 2001.
- 3.8. Código de Tránsito y Seguridad Vial, aprobado por Decreto Legislativo 420 (vigente hasta el 24 de julio de 2001)
- 3.9. Ley No. 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, publicada el 8 de octubre de 1999.
- 3.10. Texto Único Ordenado de la Ley de Tributación Municipal (Decreto Legislativo No. 776), aprobado por Decreto Supremo No. 156-2004-EF, del 15 de noviembre de 2004.
- 3.11. Reglamento que regula la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos locales para la Provincia Constitucional del Callao, aprobado por Ordenanza 006-97-MPC, del 27 de mayo de 1997.
- 3.12. Ley No. 27783, Ley de Bases de la Descentralización, del 20 de julio de 2002.
- 3.13. Ley No. 26887, Ley General de Sociedades.
- 3.14. Código Penal, aprobado por Decreto Legislativo 635, publicado el 8 de abril de 1991, y normas modificatorias.
- 3.15. Ley No. 27795, Ley de Demarcación y Organización Territorial.
- 3.16. Código Civil, aprobado por Decreto Legislativo No. 295, publicado el 25 de julio de 1984, y normas modificatorias.
- 3.17. Decreto Legislativo No. 703, Ley de Extranjería.
- 3.18. Decreto Legislativo No. 689, Ley de Contratación de Extranjeros.

- 3.19. Reglamento de Ley de Contratación de Extranjeros, aprobado por Decreto Supremo No. 014-92-TR, modificado por Decreto Supremo No. 023-2001-TR.
- 3.20. Ley No. 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.
- 3.21. Reglamento para la emisión del Informe Previo sobre operaciones de endeudamiento y garantías del Estado, aprobado por Resolución de Contraloría No. 080-2004-CG, del 10 de marzo de 2004.
- 3.22. Ley No. 28112, Ley Marco de la Administración Financiera del Sector Público, del 28 de noviembre de 2003.
- 3.23. Reglamento Nacional de Construcciones, aprobado por Decreto Supremo No. 039-70-VI.
- 3.24. Decreto Supremo No. 030-2001-MTC, del 9 de julio de 2001, que transfiere a la Municipalidad Metropolitana de Lima, el Proyecto Periférico Vial Norte (que incluye el tramo de la Av. Elmer Faucett, desde el Óvalo 200 Millas hasta su intersección con la Av. Tomás Valle).
- 3.25. Decreto Legislativo No. 701, contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia.
- 3.26. Decreto Legislativo No. 813, Ley Penal Tributaria.

4. METODOLOGÍA

La metodología en esta etapa de la investigación ha consistido en la toma de declaraciones de las personas naturales y representantes de personas jurídicas, públicas y privadas participantes y/o relacionadas. Asimismo se ha realizado la indagación y recaudación de información a través de

pedidos cursados a las instituciones involucradas, así como a instituciones especializadas como colegios profesionales, etc.

Finalmente se ha realizado el cruce de la información recibida y el análisis de los hechos y el análisis jurídico correspondiente.

Cabe señalar que en este Informe Final se ha integrado la etapa investigatoria desarrollada por la Comisión de Fiscalización y Contraloría durante el período anual de sesiones 2006-2007.

5. DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN

5.1. Recopilación de información

(La relación detallada de pedidos formulados y documentos recibidos se adjunta en Anexo, en 35 folios)

5.1.1. Pedidos formulados.-

Periodo Anual de Sesiones 2006-2007:	29
Periodo Anual de Sesiones 2007-2008:	92
Total	121

5.1.2. Documentos recibidos.-

Periodo Anual de Sesiones 2006-2007:	46
Periodo Anual de Sesiones 2007-2008:	91
Total	137

5.2. Sesiones celebradas¹

Se ha integrado a la presente investigación las sesiones desarrolladas, sobre el particular, en el período anual de sesiones 2006-2007, que son las siguientes:

1. Sesión Extraordinaria del viernes 13 de abril de 2007;
2. Sesión Extraordinaria del lunes 16 de abril de 2007;
3. Sesión Extraordinaria del viernes 20 de abril de 2007;
4. Sesión Extraordinaria del viernes 27 de abril de 2007;
5. Sesión Extraordinaria del lunes 7 mayo de 2007;
6. Sesión Extraordinaria del lunes 21 de mayo de 2007;
7. Sesión Ordinaria del martes 29 de mayo de 2007;
8. Sesión Extraordinaria del viernes 1 de junio de 2007;
9. Sesión Ordinaria del martes 5 de junio de 2007;
10. Sesión Extraordinaria del viernes 8 de junio de 2007; y
11. Sesión Extraordinaria del jueves 19 de julio de 2007.

La investigación se ha continuado en el presente período anual de sesiones 2007-2008, a través de las siguientes sesiones:

1. Sesión Extraordinaria del viernes 9 de noviembre de 2007;
2. Sesión Ordinaria del martes 13 de noviembre de 2007;
3. Sesión Extraordinaria del lunes 3 de diciembre de 2007;
4. Sesión Extraordinaria del miércoles 12 de diciembre de 2007;
5. Sesión Extraordinaria del miércoles 16 de enero de 2008;
6. Sesión Extraordinaria del miércoles 23 de enero de 2008;
7. Sesión Ordinaria del martes 11 de marzo de 2008.

¹ La transcripción de cada una de las sesiones forma parte integrante del presente Informe Final.

5.3 Declaraciones recibidas²

- 5.3.1. En la Sesión Extraordinaria de la Comisión, del viernes 13 de abril de 2007, prestó su declaración **Javier Roberto Lowry**, Gerente General de Convial Callao S.A., empresa concesionaria de la Vía Expresa del Callao.
- 5.3.2. En la Sesión Extraordinaria de la Comisión, del lunes 16 de abril de 2007, continuó su declaración **Javier Roberto Lowry**, Gerente General de Convial Callao S.A., empresa concesionaria de la Vía Expresa del Callao.
- 5.3.3. En la Sesión Extraordinaria de la Comisión, del viernes 20 de abril de 2007, prestó su declaración **José Fernando Castillo Dibós**, Director de Convial Callao S.A. y representante de Concesiones Perú S.A.C. y de ICCGSA.
- 5.3.4. En la Sesión Extraordinaria de la Comisión, del viernes 27 de abril de 2007, prestó su declaración **Félix Moreno Caballero**, Alcalde de la Municipalidad Provincial del Callao, la entidad concedente.
- 5.3.5. En la Sesión Extraordinaria de la Comisión, del lunes 7 mayo de 2007, prestó su declaración **Edwin Flores Torrejón**, ex Jefe de la Oficina General de Asesoría Jurídica de la Municipalidad Provincial del Callao, la entidad concedente.

Asimismo prestó su declaración **Fernando Gordillo Tordoya**, ex Director General de Desarrollo Urbano de la Municipalidad Provincial del Callao, la entidad concedente.

² La transcripción de cada una de las sesiones forma parte integrante del presente Informe Final.

5.3.6. En la Sesión Extraordinaria de la Comisión, del lunes 21 de mayo de 2007; prestó su declaración **Alexander Kouri Bumachar**, ex Alcalde de la Municipalidad Provincial del Callao, la entidad concedente.

5.3.7. En la Sesión Extraordinaria de la Comisión, del viernes 1 de junio de 2007, prestó su declaración **Fernando Carrillo Morales**, Gerente General Adjunto de Alpha Consult S.A., la empresa supervisora de la obra Vía Expresa del Callao.

5.3.8. En la Sesión Extraordinaria de la Comisión, del viernes 8 de junio de 2007, prestó su declaración **María del Rosario Alvarez Neyra**, ingeniera Residente de Supervisión de la obra Vía Expresa del Callao.

Asimismo, prestó su declaración, en representación del Banco Financiero, su Gerente General, **Esteban Hurtado Larrea**, apoyado por el Nelson Antonio Bertoli Bryce, Gerente de Asesoría Legal, y acompañado por Aldo Gotelli Gonzales, Gerente de Banca Empresas.

5.3.9. En la Sesión Extraordinaria de la Comisión, del viernes 09 de noviembre de 2007, prestó su declaración **Augusto Dall'Orto Falconí**, ex Presidente del Comité de Concesiones para el Concurso Público de Proyectos Integrales "Vía Expresa del Callao" (Jun-Nov 1999) y socio fundador de BADALLSA.

Asimismo, prestó su declaración **Luís Eduardo Sattui Castañeda**, ex Presidente de Finver Callao S.A., acompañado del señor **Carlos**

Damián Acuña Cosio, quien sería Supervisor de Cumplimiento del Contrato de Concesión.

- 5.3.10. En la Sesión Extraordinaria de la Comisión, del martes 3 de diciembre de 2007, la señora **Laura Calderón Regjo**, Superintendente Nacional de Administración Tributaria, informó los avances de la fiscalización sobre los contribuyentes Convial Callao S.A., Consorcio Vía Expresa del Callao o CONVEC, y Javier Roberto Lowry Gazzini.

Posteriormente, en la misma sesión, se recibió la declaración del señor **Félix Moreno Caballero**, actual Alcalde de la Municipalidad Provincial del Callao, así como la declaración del señor **Javier Roberto Lowry Gazzini**, Gerente General de la sociedad concesionaria Convial Callao S.A.

- 5.3.11. En la Sesión Extraordinaria de la Comisión, del miércoles 12 de diciembre de 2007, prestó su declaración el señor **Edwin Flores Torrejón**, ex Gerente General de Asesoría Jurídica de la Municipalidad Provincial del Callao (1998-2004) y posteriormente “asesor externo” (2006).

Asimismo, prestó su declaración en la misma sesión, el señor **Jorge Villarreal Ruiz**, Gerente General de Transportes de la Municipalidad Provincial del Callao, ex Presidente del Comité de Recepción de Obra - Tramo A, ex miembro de la Comisión Administradora del Canon para Microcréditos, y ex miembro de la Comisión Evaluadora del Contrato de Concesión de la “Vía Expresa del Callao”.

5.3.12. En la Sesión Extraordinaria de la Comisión, del 16 de enero de 2008, presto su declaración el señor **Edgar Santiago Barriga Calle**, ex Presidente del Comité de Concesiones del Concurso Proyectos Integrales “Vía Expresa del Callao”, socio fundador de BADALLSA y director de CV Projet S.A.C.

Asimismo, prestó su declaración el **Williams Antonio Pedro Kouri Bumachar**, accionista, director y gerente general de Packplast S.R.L., Packprint S.R.L., Plastifenicia S.A., e Inversiones YenK S.A.C., entre otras.

5.3.13. En la Sesión Extraordinaria de la Comisión, del 23 de enero de 2008, prestó su declaración el señor **José Alejandro Jesús Talavera Herrera**, ex Presidente del Comité de Recepción de Propuestas, ex miembro del Comité de Concesiones y socio accionista de Plastifenicia S.A. e Inversiones YenK S.A.C.

Asimismo, prestó su declaración el señor **Mario Hernán Revoredo Castañón**, Presidente del Directorio de Finver Callao S.A. y Presidente de la Comisión Evaluadora del Contrato de Concesión, quien estuvo acompañado del señor **Luís Ponce Mendoza Núñez**, asesor de Finver Callao S.A. y miembro de la mencionada Comisión Evaluadora.

5.4. Levantamiento del secreto bancario

En el desarrollo de las investigaciones y en ejercicio de las facultades otorgadas por el Pleno conforme al artículo 97º de la Constitución y 88º

del Reglamento del Congreso, la Comisión de Fiscalización y Contraloría en su Sesión Ordinaria del 29 de mayo de 2007, acordó levantar el secreto bancario y la reserva tributaria de las 58 personas naturales y jurídicas relacionadas con la concesión y ejecución de la Vía Expresa del Callao.

Posteriormente, en su sesión ordinaria del 17 de julio de 2007, la Comisión de Fiscalización y Contraloría, acordó el levantamiento del secreto bancario de una lista complementaria de personas naturales y jurídicas.

Por último, en su quinta sesión ordinaria, continuada el 13 de noviembre de 2007, a pedido del señor congresista Edgard Reymundo Mercado, esta Comisión acordó levantar, adicionalmente, el secreto bancario del ciudadano Carlos Damián Acuña Cosío.

El análisis detallado de la información recepcionada, producto del levantamiento del secreto bancario antes descrito, se acompaña en Anexo.

5.4. Levantamiento de la reserva tributaria

Respecto a la información tributaria de 58 personas naturales y jurídicas solicitada a la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, el 11 de julio de 2007 se ha recepcionado en el despacho de la Comisión, el Oficio No. 00154-2007-SUNAT/100000, adjuntando 9 cajas con 14,072 folios y 2 disquetes. Esta ha sido evaluada y procesada. La información relevante se comenta en el desarrollo del Análisis del presente informe.

6. LIMITANTES DE LA INVESTIGACIÓN

6.1. Complejidad de la investigación.- Una de las limitantes de la investigación fue la naturaleza multidisciplinaria de los hechos materia de investigación que demandaron un análisis igualmente multidisciplinario, pues concurrieron en éstos, aspectos técnicos de ingeniería, económicos, contables y tributarios, asimismo, de Derecho de las concesiones, Derecho administrativo, Derecho tributario, Derecho laboral y societario, Derecho constitucional, Derecho civil, Derecho penal, etc. Todo lo cual no solamente demandó más horas-hombre para el análisis integral y final de los hechos materia de investigación, sino que también se tuvo que recurrir a la cooperación de diversas instituciones, principalmente de la Contraloría General de la República, SBS y SUNAT, que en mayor o menor medida brindaron la colaboración solicitada.

6.2. Demora en las respuestas.- Otra limitante de la investigación ha sido el excesivo aplazamiento en la atención de los pedidos de información formulados por la Comisión, tanto en el caso de instituciones públicas como instituciones privadas, ante lo cual debieron formularse diversas reiteraciones, y en su caso establecerse plazos perentorios bajo el apercibimiento de hacer efectivos los apremios y responsabilidades administrativas y/o penales previstos en la Constitución Política, el Reglamento del Congreso y el Código Penal. Todo lo cual obstaculizó el análisis temprano e integral de los hechos materia de investigación.

6.3. Maniobras dilatorias.- Otra limitante de la investigación fueron las reiteradas acciones dilatorias empleadas por diversos investigados para la entrega de la información solicitada de manera completa e idónea. Debiendo referirse en este aspecto, principalmente, a la empresa concesionaria Convia Callao S.A., a través de su gerente general Javier

Roberto Lowry Gazzini, quien al requerírsele la información contable de la empresa y tras haber solicitado un plazo ampliatorio, finalmente señaló no poder proporcionar la información debido a que se encontraría en poder de SUNAT por efectos de una acción de fiscalización; no obstante, posteriormente fue desmentido por la propia Superintendente Nacional de Administración Tributaria, quien en sesión de esta Comisión señaló que la información estaba a disposición de SUNAT, pero no estaba ni incautada, ni inmovilizada, por lo era totalmente factible su reproducción y entrega a la Comisión. Finalmente, con los apercibimientos del caso, la información fue remitida recientemente, el 8 de febrero pasado, en tres cajas con documentos, postergando y obstaculizando de esta manera un análisis adecuado de dicha información.

7. ANÁLISIS.-

7.1. IRREGULARIDADES EN LOS PROCESOS DE CONVOCATORIA, RECEPCIÓN Y EVALUACIÓN DE PROPUESTAS DEL CONCURSO DE PROYECTOS INTEGRALES "VÍA EXPRESA DEL CALLAO"

7.1.1. SE RATIFICA LA INCOMPETENCIA DE LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DEL CALLAO PARA CONVOCAR Y OTORGAR EN CONCESIÓN EL PROYECTO INTEGRAL DENOMINADO "VÍA EXPRESA DEL CALLAO", AL 21 DE JUNIO DE 1999; LO CUAL CONSTITUYE UN VICIO INSUBSANABLE QUE ACARREA LA NULIDAD DE LA CONCESIÓN.

7.1.1.1. La primera conclusión del Informe Preliminar aprobado por la Comisión de Fiscalización y Contraloría durante el período anual de sesiones 2006-2007, el 19 de julio de 2007, fue el siguiente:

“La Municipalidad Provincial del Callao, a la fecha de convocatoria del concurso de proyectos integrales para la entrega en concesión del diseño, construcción y explotación de la Vía Expresa del Callao en un tramo de la Av. Elmer Faucett, esto es al 21 de junio de 1999, no contaba con las atribuciones y competencia para emitir dicho acto administrativo. Conforme a lo dispuesto en la Primera y Segunda Disposición Final del Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, aprobado por Decreto Supremo No. 059-96-PCM, dicha competencia correspondía a la PROMCEPRI (que luego fuera COPRI y ahora PROINVERSION). Por dicho vicio insubsanable el acto administrativo que constituye la convocatoria deviene en nulo, al igual que los actos posteriores, incluyendo la suscripción del contrato de concesión y sus adendas. (...)”

7.1.1.2. Con dicha conclusión del Informe Preliminar aprobado por la Comisión de Fiscalización y Contraloría, coinciden tanto la Contraloría General de la República como el reconocido Estudio Gherzi Abogados.

7.1.1.3. En efecto, mediante Oficio No. 735-2007-CG/VC, del 23 de octubre de 2007, la Contraloría General de la República remite el Informe Especial No. 172-2007-CG/OEA, resultante del Examen Especial efectuado a la Concesión de la “Vía Expresa del Callao”, que en sus Fundamentos de Hecho señala lo siguiente:

***“1. LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DEL CALLAO DECIDIÓ
DAR EN CONCESIÓN LA VÍA EXPRESA DEL CALLAO SIN
CONTAR CON LA COMPETENCIA RESPECTIVA***

(...)

... se desprende que a través de los Decretos Supremos Nos. 059 y 060-96-PCM se otorgó competencia y funciones a las municipalidades para que entreguen en concesión al sector privado las obras de infraestructura y de servicios públicos; sin embargo, la misma norma sustrae específicamente de dicha competencia, la concesión de obras públicas de infraestructura referidas a vías urbanas, interprovinciales e interdistritales; es decir, no es de competencia municipal la concesión de este tipo de obras públicas.”

7.1.1.4. Por su lado, el Estudio Gherzi Abogados S. Civil R. L., consultor especializado contratado por la Municipalidad Provincial del Callao, a través de su informe de fecha 31 de agosto de 2007 concluye en lo siguiente:

“1.1. LA MUNICIPALIDAD no es competente para la entrega en concesión de la denominada VÍA EXPRESA DEL CALLAO. En consecuencia, el Concurso de Proyectos Integrales para otorgar la Concesión de la denominada VÍA EXPRESA DEL CALLAO y EL CONTRATO resultan nulos al haber sido convocado por un órgano incompetente.”

7.1.1.5. No obstante, a través de sus declaraciones brindadas a esta Comisión y a la Contraloría General de la República, tanto el ex Alcalde como el ex Gerente General de Asesoría Jurídica de la Municipalidad Provincial del Callao, Alexander Kouri Bumachar³ y Edwin Flores

³ Ver carta s/n de fecha 26 de septiembre de 2007, de Alexander Kouri Bumachar, remitida a la Contraloría General de la República (Auditor Encargado: Luís Manuel Sánchez Rutti), mediante la cual, en su calidad de ex Alcalde Provincial del Callao, formula su descargo ante los hallazgos comunicados por el órgano de control.

Torrejón⁴ han señalado que la acción municipal de convocatoria y otorgamiento en concesión se sustentó en las siguientes normas legales:

- a) El artículo 192º, inciso 4 de la Constitución Política (actual artículo 195º, inciso 5), que a su entender, otorgaría “competencia exclusiva” a las municipalidades, para organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales “de su circunscripción”.
- b) Ley No. 23853, anterior Ley Orgánica de Municipalidades (vigente desde el 9 de junio de 1984 hasta el 27 de mayo de 2003), artículos 3º, 10º inciso 8), 53º, 55º y 69º, que en su conjunto otorgarían a las municipalidades la facultad de otorgar concesiones para obras de infraestructura y servicios públicos locales; y
- c) Ordenanza Municipal No. 006-97-MPC, del 27 de mayo de 1997, que aprueba el “Reglamento que regula la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos locales” en la Provincia Constitucional del Callao.

7.1.1.6. Al respecto, es preciso analizar cada una de las normas antes referidas a fin de determinar si las mismas otorgaban por sí, competencia a la Municipalidad Provincial del Callao para convocar y otorgar en concesión la “Vía Expresa del Callao”.

7.1.1.7. Con relación al artículo 192º, inciso 4 de la Constitución Política (actual artículo 195º, inciso 5), su texto era el siguiente:

⁴ Ver carta s/n de fecha 11 de julio de 2007, de Edwin Flores Torrejón, remitida a la Contraloría General de la República (Auditor Encargado: Luís Manuel Sánchez Rutti), mediante la cual, en su calidad de ex Gerente General de Asesoría Jurídica de la Municipalidad Provincial del Callao, formula su descargo ante los hallazgos comunicados por dicho órgano de control. Asimismo, la transcripción de su declaración ante esta Comisión, en la sesión extraordinaria de fecha 12 de diciembre de 2007.

Antes de reforma por Ley N° 27680 (7 de marzo de 2002)	Después de reforma por Ley N° 27680 (7 de marzo de 2002)
“Artículo 192.- Atribuciones de las Municipalidades <i>Las municipalidades tienen <u>competencia</u> para:</i> (...) 4. Organizar, reglamentar y administrar los <u>servicios públicos locales de su responsabilidad.</u>” (El resaltado y subrayado es nuestro)	“Artículo 195.- Los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y <u>la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo.</u> Son <u>competentes</u> para: (...) 5. Organizar, reglamentar y administrar los <u>servicios públicos locales de su responsabilidad.</u>” (El resaltado y subrayado es nuestro)

7.1.1.8. Como se observa, la norma contenida en el artículo 192º, inciso 4 de la Constitución Política (actual artículo 195º, inciso 5), no se refiere a “competencia exclusiva”, sino a “competencia” en término genérico, debiéndose desarrollar por ley en qué casos esta será exclusiva y en cuáles otros, compartida o delegable, como en efecto lo desarrollan la Ley de Bases de la Descentralización, la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, la Ley Orgánica de Municipalidades y para el caso específico, el Texto Único Ordenado de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras de infraestructura y de servicios públicos, aprobado por Decreto Supremo No. 059-96-PCM, que constituye una norma especial.

7.1.1.9. Por otro lado, se observa que la norma constitucional tampoco se refiere a los servicios públicos de la “circunscripción” municipal, sino a los servicios públicos que son de “responsabilidad” de la municipalidad. “Circunscripción” y “responsabilidad” son dos conceptos distintos.

Mientras que “circunscripciones”, conforme a la Ley No. 27795, Ley de Demarcación y Organización Territorial, son las divisiones político-administrativas en que se organiza un territorio, por ejemplo, el ámbito territorial y geográfico en que se constituyen regiones, departamentos, provincias o distritos; “responsabilidad” es sinónimo de competencia o encargo. Así, no todos los servicios públicos de la circunscripción serán responsabilidad de la municipalidad. Los ejemplos más claros se dan en el caso de la telefonía o suministro de electricidad. En ese sentido, es la ley la que determina los servicios públicos que son de responsabilidad de la municipalidad y los que no (Ver acápite anterior sobre “competencia”).

7.1.1.10. Con relación a la Ley No. 23853, anterior Ley Orgánica de Municipalidades (vigente desde el 9 de junio de 1984 hasta el 27 de mayo de 2003), el artículo 10º, inciso 8) y el 69º no corresponden. Los realmente relevantes son el 53º y 55º, cuyo textos son los siguientes:

“Artículo 53.-

Los servicios públicos locales pueden prestarse por cualesquiera de las siguientes modalidades siempre que se asegure el interés de los usuarios, la eficiencia del servicio y el adecuado control municipal:

(...)

3.- Por empresas estatales o privadas mediante concesión.(...)”

“Artículo 55.-

Pueden otorgarse concesiones para la construcción y aprovechamiento de obras destinadas a fines recreativos, deportivos y similares, playas de estacionamiento u otros servicios públicos, forestación y reforestación de acuerdo con los planes urbanos.

La concesión puede autorizar el reembolso de la inversión mediante los rendimientos de la obra o el aprovechamiento racional de los recursos naturales generados, según el caso.”

7.1.1.11. Como se puede observar, las disposiciones contenidas en los artículos 53º y 55º de la Ley 23853, Ley Orgánica de Municipalidades, - vigente durante el proceso de concesión, desde su convocatoria, licitación, adjudicación e inclusive su contratación- son de naturaleza genérica en cuanto se refiere a la concesión de servicios públicos, debiendo este aspecto ser regulado por normas especiales, tal es el caso del ya mencionado Decreto Supremo No. 059-96-PCM y la misma Ordenanza Municipal No. 006-97-MPC que, como explicaremos *infra*, no se contraponen, sino que se complementan. Y por último, en el supuesto negado de aquella y éstas se vean afectadas por el *síndrome de incompatibilidad*, debería aplicarse el principio de especialidad que nace de la regla latina «*lex specialis derogat legem generalem*», que implica una relación de especie a género, resolviéndose el conflicto a favor de la ley especial. Como puntualiza el constitucionalista español Javier Pérez Royo⁵, profesor de la Universidad de Sevilla, la ley especial es aquella que deroga una ley general o que sustrae una parte de la materia de la norma general para someterla a una reglamentación diversa. Se trata, por tanto, del tránsito de una regla más amplia (que abarca un cierto género) a una regla derogatoria menos amplia (que abarca una especie de dicho género).

7.1.1.12. Con relación a la Ordenanza Municipal No. 006-97-MPC, que aprueba el “Reglamento que regula la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos

⁵ PÉREZ ROYO, Javier; *Curso de Derecho Constitucional*; Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.; Madrid, 1996.

locales” en la Provincia Constitucional del Callao, es preciso resaltar lo señalado en su sexto considerando que motiva y fundamenta su aprobación, su tenor es el siguiente:

“Que, de acuerdo a la Ley de Promoción de la Inversión Privada en Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos, Decreto Legislativo N° 839 y al Decreto Supremo N° 059-96-PCM, en su Segunda Disposición Final, señalan que las Municipalidades ejercen las competencias y las funciones para promover la inversión privada en Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos que pueden ser otorgadas en concesión al sector privado;” (El subrayado es nuestro)

7.1.1.13. Como se observa, a través de dicha ordenanza la Municipalidad Provincial del Callao desarrolla sus competencias y funciones en materia de concesión de obras de infraestructura y de servicios públicos, en el marco de lo dispuesto en la Segunda Disposición Final del Decreto Supremo No. 059-96-PCM, la misma que se limita a sí misma por la Primera Disposición Final del mismo cuerpo normativo. El texto de estas dos disposiciones es el siguiente:

“Primera.- Tratándose de las obras públicas de infraestructura referidas a vías urbanas interprovinciales e interdistritales, la entrega en concesión al sector privado por parte de la **PROMCEPRI**⁶, bajo los mecanismos que establece este Texto

⁶ Por Ley No. 27111, del 16 de mayo de 1999, se transfirió la Comisión de Promoción de Concesiones Privadas (PROMCEPRI) a la Comisión de Promoción de la Inversión Privada (COPRI); y por Decreto Supremo No. 27-2002-PCM, del 25 de abril del 2002, COPRI y otras instituciones fueron absorbidas por la Dirección Ejecutiva del Fondo de Promoción de la Inversión Privada (FOPRI), que a partir de entonces pasó a denominarse Agencia de Promoción de la Inversión (PROINVERSIÓN).

Único Ordenado, deberá efectuarse mediando una coordinación con las Municipalidades respectivas.(...).”

“Segunda.- Las Municipalidades ejercen la competencia y las funciones a que se refieren el primer párrafo del Artículo 5 y los numerales 1, 2 y demás pertinentes del Artículo 6 de este Texto Único Ordenado, en relación a la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos de competencia municipal distintas a las mencionadas en la Disposición anterior. (...).”

(El resaltado y subrayado es nuestro)

7.1.1.14. En virtud de lo señalado por las disposiciones referidas, a través de la Ordenanza No. 006-97, la Municipalidad Provincial del Callao regula sus competencias y funciones en materia de concesiones, pero en el marco de lo dispuesto en la Segunda Disposición Final del Decreto Supremo No. 059-96-PCM, la misma que en concordancia con la Primera Disposición Final del mismo cuerpo normativo, sustrae explícitamente del ámbito de competencia de las municipalidades a las *obras públicas de infraestructura referidas a vías urbanas interprovinciales e interdistritales*.

7.1.1.15. Sobre el particular, Proinversión, mediante el Informe Legal No. 695-2007-OAJ-LHP, remitido a esta Comisión mediante Oficio No. 234-2007/DE-DCAS/PROINVERSION de fecha 18 de diciembre de 2007, coincide con lo anteriormente expuesto, señalando lo siguiente:

“6. Mediante Decreto Supremo No. 059-96-PCM, Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de la obras públicas de

infraestructura y de servicios públicos y su Reglamento Decreto Supremo No. 060-96-PCM, se otorgó a las Municipalidades competencias y funciones para promover, diseñar y conducir los procesos de inversión privada en obras públicas de infraestructura y de servicios públicos de su competencia que podían ser otorgadas en concesión al sector privado. Sin embargo, tratándose de las obras públicas de infraestructura referidas a vías urbanas interprovinciales e interdistritales, se dispuso que la entrega en concesión al sector privado estaría a cargo de PROINVERSION, debiendo efectuarse mediando una coordinación con las Municipalidades respectivas.”

7.1.1.16. Es decir, la Ordenanza No. 006-97-MPC regula el otorgamiento en concesión de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos locales en la Provincia Constitucional del Callao, en desarrollo de lo dispuesto en la Segunda Disposición Final del Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo No. 059-96-PCM (ver sexto considerando de la ordenanza), inclusive se autodenomina “Reglamento”, pero conforme a la misma Disposición Final en la que se motiva, dicho “Reglamento” no le habilita competencia a la Municipalidad Provincial del Callao para concesionar *vías urbanas interprovinciales e interdistritales*, pues ellas estaban sustraídas de su ámbito competencial.

7.1.1.17. Cabe añadir, sobre el caso específico, que la Av. Elmer Faucett es claramente una vía interprovincial e interdistrital que inicia en el distrito de San Miguel, en la provincia de Lima y continúa por los distritos de Bellavista, Carmen de la Legua y el Cercado del Callao, en la Provincia Constitucional del Callao, razón por la cual se encontraba sustraída del ámbito de competencia municipal para su concesión. Sobre el particular, es necesario subrayar lo anotado por la Contraloría General de la

República en su Informe No. 172-2007-CG/OEA, donde señala lo siguiente:

“...el Plan Urbano Director del Callao 1995-2010 en la lámina IV.2.2 señala a la Av. Faucett como un corredor vial de transporte interprovincial y de carga; además la califica como Vía Expresa y Semi Expresa, la cual geográficamente va desde el cruce con la Av. Gambeta (Provincia Constitucional del Callao) hasta el cruce con la Av. La Marina (Provincia de Lima), siendo así una vía que cruza las provincias de Lima y Callao por lo que en su condición de vía interprovincial, no era competencia de la Municipalidad Provincial del Callao concesionar una parte de esta vía, ya que conforme lo señala el Reglamento Nacional de Construcciones (Decreto Supremo No. 039-70-VI), una avenida o vía expresa es concebida como un ‘sistema continuo en su estructura’, y no puede partirse en tramos como lo ha realizado la Municipalidad al dar en concesión sólo una parte de la Av. Faucett que va desde el Óvalo Las Américas (acceso al Aeropuerto) hasta la Av. Venezuela.”

(El agregado es nuestro)

7.1.1.18. En virtud de lo expuesto, tenemos que las normas señaladas por el ex Alcalde y por el ex Gerente General de Asesoría Jurídica de la Municipalidad Provincial del Callao, Alexander Kouri Bumachar y Edwin Flores Torrejón, no habilitan ha dicho municipio con la competencia necesaria para convocar y concesionar un tramo de la Av. Elmer Faucett, como en efecto se hizo por Resolución de Alcaldía No. 000180, del 21 de junio de 1999. Situación que debió ser advertida por la Oficina General de Asesoría Jurídica del la municipalidad, a cargo, precisamente, de Edwin Flores Torrejón.

7.1.1.19. Al respecto, el Reglamento de Organización y Funciones (ROF) de la Municipalidad Provincial del Callao, aprobado por Edicto No. 000002-95, señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 35º. La Oficina General de Asesoría Jurídica es el órgano de asesoramiento responsable de dirigir, ejecutar y evaluar la interpretación y aplicación de la legislación vigente (...)

ARTÍCULO 36º. Son funciones de la Oficina General de Asesoría Jurídica las siguientes: a. Asesorar a los Órganos de Gobierno y demás dependencias de la Municipalidad Provincial, en asuntos de carácter jurídico-legal. (...)

7.1.1.20. Por otro lado, también resulta necesario analizar el argumento expresado en el informe de fecha 10 de octubre de 2007, de la Comisión de Evaluación del Contrato de Concesión de la “Vía Expresa del Callao”, creada en la Municipalidad Provincial del Callao por Resolución de Alcaldía No. 000351 del 30 de mayo de 2007 (en adelante la “Comisión de la Municipalidad del Callao”), la que señala lo siguiente:

“I. ALTERNATIVAS POSIBLES A LA PÉRDIDA DE VIGENCIA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN (NULIDAD, CADUCIDAD Y RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO)

1.1. NULIDAD:

(...)

- ...es preciso tener en consideración que tratándose de un conflicto entre competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o las leyes orgánicas que delimiten los ámbitos

propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales; lo que correspondería es el ejercicio de un proceso competencial conforme lo establece el artículo 109 del Código Procesal Constitucional.

- Nos explicamos. Tratándose del conflicto entre dos normas con rango de ley (Decreto Supremo No. 059-96-PCM –TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LAS NORMAS CON RANGO DE LEY QUE REGULAN LA ENTREGA EN CONCESIÓN AL SECTOR PRIVADO DE LAS OBRAS PÚBLICAS DE INFRAESTRUCTURA Y DE SERVICIOS PÚBLICOS- y la Ordenanza No. 006 expedida por la Municipalidad Provincial del Callao –REGULA LA ENTREGA EN CONCESIÓN AL SECTOR PRIVADO DE LAS OBRAS PÚBLICAS DE INFRAESTRUCTURA Y DE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES-), correspondería en calidad de legitimado activo al Poder Ejecutivo la interposición de la respectiva demanda competencial ante el Tribunal Constitucional.”

7.1.1.21. Lo que en síntesis propone la mencionada Comisión de la Municipalidad del Callao es que el Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo No. 059-96-PCM y la Ordenanza No. 0006-97-MPC se encontrarían afectadas por el denominado “*síndrome de incompatibilidad*”, y que por tanto, dicha antinomia estaría generando un conflicto de competencias entre el Poder Ejecutivo y la Municipalidad Provincial del Callao que debería ser resuelto por el Tribunal Constitucional.

7.1.1.22. La antinomia o conflicto normativo es la existencia de situaciones en las que dos o más normas que tienen similar objeto, prescriben soluciones incompatibles entre sí, de modo tal que el cumplimiento o aplicación de una de ellas acarrearía la violación de la

otra, ya que la aplicación simultánea de ambas resulta imposible. El Tribunal Constitucional⁷ ha señalado lo siguiente:

“...puede definirse la antinomia como aquella situación en que dos normas pertenecientes al mismo orden jurídico y con la misma jerarquía normativa, son incompatibles entre sí, debido a que tienen el mismo ámbito de validez.”

7.1.1.23. Sin embargo, para el caso que nos ocupa y conforme a lo expuesto en los párrafos precedentes, no nos encontramos ante una antinomia. El Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo No. 059-96-PCM y la Ordenanza No. 0006-97-MPC no se encuentran afectados por el denominado “*síndrome de incompatibilidad*”, por el contrario, como se ha podido observar, dichas normas se complementan y relacionan armónicamente en la unidad sistémica de nuestro ordenamiento jurídico, existiendo plena compatibilidad entre las competencias que en ellas se establecen y desarrollan, conforme se desarrolla en los acápites 7.1.1.12 y siguientes.

7.1.1.24. En virtud de lo analizado, la Comisión rechaza que exista incompatibilidad normativa entre el Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo No. 059-96-PCM y la Ordenanza No. 0006-97-MPC; y por tanto, rechaza también que exista un conflicto de competencias entre el Poder Ejecutivo y la Municipalidad Provincial del Callao. Tanto una como otra norma son extremadamente claros en este aspecto y no admite distinta interpretación.

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente No. 005-2003-AI/TC, fundamento jurídico No. 4.

7.1.1.25. En consecuencia de todo lo expuesto anteriormente, la Comisión ratifica la falta de competencia de la Municipalidad Provincial del Callao para convocar y otorgar en concesión el Proyecto Integral “Vía Expresa del Callao” en que se concluyó en el Informe Preliminar de fecha 19 de julio del 2007. Asimismo, se integra lo señalado por el Estudio Gherzi Abogados en cuanto que,

“LA MUNICIPALIDAD al convocar a un Concurso de Proyectos Integrales para otorgar la Concesión de la denominada VIA EXPRESA DEL CALLAO, sin contar con la competencia correspondiente originó un vicio que es causal de nulidad de pleno derecho conforme se establecía en el inciso a) del Art. 43º del D.S. No. 002-94-JUS y por ende, todos los demás actos posteriores incluido EL CONTRATO devienen en nulos.”⁸

7.1.2. LAS BASES GENERALES QUE RIGIERON EL CONCURSO DE PROYECTOS INTEGRALES “VÍA EXPRESA DEL CALLAO” NO FUERON APROBADAS, CONSTITUYENDO UN VICIO INSUBSANABLE QUE ACARREA LA NULIDAD DE PLENO DERECHO DEL PROCESO DE CONCESIÓN.

7.1.2.1. Previo al análisis del tema enunciado, cabe señalar que por metodología nos vamos ha abstraer del vicio insubsanable que hemos desarrollado en el tema anterior (7.1.1): la falta de competencia de la Municipalidad Provincial del Callao para convocar y otorgar en concesión la “Vía Expresa del Callao”, la misma que acarrea la nulidad de pleno

⁸ Debemos de manifestar que incluso en la ley vigente, la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley No. 27444, se establece también como causal de nulidad de pleno derecho del acto administrativo, el defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, que conforme a dicho texto legal, lo constituye también la competencia, por lo que, si un acto administrativo es emitido por una entidad incompetente también es nulo de pleno derecho conforme a la actual legislación de procedimientos administrativos.

derecho no sólo del decreto de convocatoria, sino de todo el proceso, actos y contratos posteriores inclusive.

7.1.2.2. Con dicha advertencia pasaremos a explicar que las bases de los Concursos de Proyectos Integrales contienen, cuando menos, los lineamientos generales del proyecto y el sistema de evaluación para determinar la propuesta más conveniente y, en caso que el organismo licitante y/o concedente lo considere necesario, en ellas se puede exigir la presentación de información sobre el plazo estimado de vigencia de la concesión, los plazos de ejecución de la obra, las modalidades de explotación del servicio y los niveles tarifarios, entre otros aspectos.

7.1.2.3. Sobre la aprobación de bases, el Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, aprobado por Decreto Supremo No. 059-96-PCM, señala lo siguiente:

“Artículo 23.- Las bases de las Licitaciones Públicas Especiales y de los Concursos de Proyectos Integrales y los Contratos de Concesión correspondientes, serán aprobados por PROMCEPRI.”

7.1.2.4. Por su lado, el Reglamento que regula la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos locales en la Provincia Constitucional del Callao, aprobado por Ordenanza No. 006-97-MPC, señala lo siguiente:

“Artículo 10.- Las bases de la Licitación Pública Especial o del Concurso de Proyectos Integrales serán aprobadas por el Alcalde del organismo municipal concedente.”

7.1.2.5. En ese sentido, tenemos que las Bases Generales del Concurso de Proyectos Integrales, en el ámbito del Decreto Supremo No. 059-96-PCM, debían ser aprobadas por PROMCEPRI (ahora Proinversión). Mientras que en el ámbito de la Ordenanza No. 0006-97-MPC debían ser aprobadas por el Alcalde Municipal.

7.1.2.6. Respecto al caso que nos ocupa, en reiteradas oportunidades esta Comisión ha solicitado a la Municipalidad Provincial del Callao la resolución o decreto que aprueba las Bases Generales del Concurso de Proyectos Integrales “Vía Expresa del Callao”. En atención a uno de los últimos pedidos formulados mediante Oficio No. 1373/08/01, del 15 de enero de 2008, la Comisión ha recibido el Oficio No. 076-2008-MPC-GGDU, del 31 de enero de 2008, adjuntando el Informe No. 0022-2008-MPC-GGDU-GO-JCCE, indicando lo siguiente:

“Mediante el documento de la referencia, la Comisión de Fiscalización y Contraloría del Congreso de la República solicita documentación referente a la Investigación Vía Expresa del Callao – Bases Generales y Otros, de la revisión realizada se informa lo siguiente:

(...)

2. Copia Autenticada de la Resolución de Alcaldía que aprueba las Bases Generales.

Se adjunta la Resolución de Alcaldía No. 00371 que designa al comité de concesiones del Concurso Público de Proyectos Integrales para la ejecución de la Vía Expresa del Callao de fecha 15.11.1999, que es la que se encargó de todo el proceso.”

7.1.2.7. Al respecto, la Resolución de Alcaldía No. 000371, del 15 de noviembre de 1999, acepta la renuncia de Augusto Dall’Orto Falconí a la

presidencia del Comité de Concesiones y lo reemplaza por el ingeniero Edgar Barriga Calle, precisando que los otros dos miembros seguirían siendo el ingeniero José Augusto Ferreyros García y el doctor José Alejandro Talavera Herrera; sin embargo, dicho decreto no aprueba ni se refiere a las Bases Generales del Concurso de Proyectos Integrales.

7.1.2.8. También sobre el tema, durante la sesión extraordinaria celebrada el miércoles 12 de diciembre de 2007, se manifestó lo siguiente:

“El señor PRESIDENTE, ESCUDERO CASQUINO (UPP).- (...)

De acuerdo a la Ordenanza Municipal No. 06 del 97 de la Municipalidad Provincial del Callao en su artículo 10° ‘Las bases de la licitación pública especial o del concurso de proyectos integrales, serán aprobadas por el alcalde del organismo municipal concedente’. ¿Esto fue así?, si no fue así, ¿Por qué no fue así?

El señor EX GERENTE GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA DE LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DEL CALLAO (1998-2004), don Edwin Flores Torrejón.— *En efecto, la ordenanza señala expresamente de que las bases de un proceso de selección orientado al otorgamiento de una concesión, tiene que ser aprobado por una resolución de alcaldía.*

Y respecto a eso quisiera reiterar que no participé en nada que tuvo que ver con el proceso de selección, mi participación se circunscribe a partir de la suscripción del contrato para adelante hasta la suscripción de la tercera addenda⁹. Entonces, yo no podría

⁹ Cabe precisar que dicha afirmación no se ajusta a la verdad de los hechos, pues la Resolución de Alcaldía No. 000180, del 21 de junio de 1999, que convoca a concurso de proyectos integrales, encarga la elaboración de las bases a FINVER CALLAO S.A. e inicia el proceso de concesión, esta visada por Edwin Flores Torrejón en su calidad de Jefe de la Oficina de Asuntos Jurídicos de

precisar las razones del por qué no se hizo, porque no tuve participación ni directa o indirectamente con eso.

Reitero, en efecto, la ordenanza señala que se tuvo que haber aprobado, pero yo desconozco el motivo del por qué no se hicieron, porque yo no participé ni directa ni indirectamente en eso.

Porque, es más, la elaboración de las bases fue encargada a la Empresa Finver Callao, por una resolución de alcaldía y se suponía que a través de ellos o de la comisión respectiva tenían que haber remitido a la municipalidad el proyecto de bases para la aprobación.

Reitero, desconozco los motivos de por qué no lo hicieron o si lo hicieron no sé dónde estará, no puedo dar mayor precisión, porque no tuve participación alguna en ese extremo del proceso de concesión.”

7.1.2.9. En efecto, la Resolución de Alcaldía No. 0006-97-MPC, del 21 de junio de 1999, señala lo siguiente:

“ARTÍCULO SEGUNDO.- Encárguese la elaboración de las Bases del Concurso Público de Proyectos Integrales a la Empresa Fondo Municipal de Inversiones del Callao S.A. – FINVER CALLAO S.A.”

Sin embargo, dicho encargo para la “*elaboración*” de las Bases dado a FINVER CALLAO S.A. no implica la delegación de su aprobación, la cual

la Municipalidad Provincial del Callao (anterior al contrato de concesión, que se suscribió el 9 de febrero de 2001). Por otro lado, en el Acta del Concejo Provincial del Callao, de fecha 24 de febrero del 2006 (mucho después de la suscripción de la tercera adenda, que es de fecha 21 de mayo de 2004), se encuentra registrado que Edwin Flores Torrejón, en su calidad de “asesor externo de la Municipalidad Provincial del Callao, encargado de preparar la documentación jurídica referida a la adenda,...explicó en detalle los alcances de la misma y sugirió que se vote a favor de ella” (en referencia a la adenda suscrita con fecha 3 de marzo del 2006, que traslada el fondo para créditos a microempresarios a la administración de Convial Callao S.A.)

debió haberse realizado conforme a lo explicado en los párrafos precedentes.

7.1.2.10. En este extremo, a manera de referencia, podemos señalar que inclusive en el ámbito de la contratación estatal ordinaria, regulada por el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo No. 083-2004-PCM, se dispone lo siguiente:

“Artículo 25.- Condiciones mínimas de las Bases.-

Las Bases de una Licitación o Concurso Público serán aprobadas por el Titular del Pliego que lo convoca o por el funcionario designado por este último o por el Directorio en el caso de las empresas del Estado...”

7.1.2.11. En virtud de lo anteriormente analizado se advierte que las bases generales que rigieron el concurso de proyectos integrales “Vía Expresa del Callao” no contaron con la aprobación de PROMCEPRI, conforme lo disponía el anteriormente referido artículo 23º del TUO aprobado por Decreto Supremo No. 059-96-PCM. Inclusive, en el supuesto negado de que fuera aplicable para dicho concurso lo dispuesto en la Ordenanza No. 0006-97-MPC, tampoco se contó con la aprobación del Alcalde de la Municipalidad Provincial del Callao.

7.1.2.12. Al respecto, cabe tener en cuenta lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aprobado por Decreto Supremo No. 002-94-JUS, aplicable para el caso en particular, pues estuvo vigente hasta el 11 de abril de 2001, en que entró en vigencia la Ley No. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, que señalaba lo siguiente:

“Artículo 43º.- Son nulos de pleno derecho los actos administrativos: (...)

c) Dictados prescindiendo de las normas esenciales del procedimiento, y de la forma prescrita por la ley.”

7.1.2.13. En consecuencia, la falta de aprobación de las Bases Generales constituye un vicio insubsanable que conforme a lo expresado en el párrafo anterior, acarrea su nulidad de pleno derecho al haberse prescindiendo de la forma prescrita por la ley, extendiéndose dicha nulidad al proceso y a los actos y contratos que se derivaron de aquellas Bases Generales.

7.1.3. EL COMITÉ DE RECEPCIÓN DE PROPUESTAS Y EL COMITÉ DE CONCESIONES ACEPTARON DEL POSTOR “CONSORCIO CCI CONCESIONES PERÚ” DOS CARTAS FIANZAS DE SERIEDAD DE OFERTA QUE NO CUMPLÍAN LOS REQUISITOS FORMALES EXIGIDOS EN LAS BASES GENERALES, INCUMPLIENDO ASÍ DESCALIFICARLO AUTOMÁTICAMENTE.

7.1.3.1. Como hemos señalado previo al análisis de los temas anteriores, por metodología nos vamos a abstraer de los vicios antes desarrollados, los mismos que acarrearán la nulidad de pleno derecho del proceso de concesión y de los actos y contratos que se derivaron de ellos.

7.1.3.2. El Concurso de Proyectos Integrales para la concesión de la “Vía Expresa del Callao”, según sus Bases Generales, constaba de 3 etapas, a saber:

- Primera etapa: Proceso de Recepción de Propuestas;
- Segunda etapa: Proceso de Evaluación de las Propuestas; y

- Tercera etapa: Proceso de Negociación de la Concesión y Contrato.

7.1.3.3. Conforme a las Bases Generales (1.9.1.a), la primera etapa, el Proceso de Recepción de Propuestas, debía desarrollarse de la manera siguiente:

“Las propuestas deberán presentarse en tres sobres o paquetes debidamente cerrados y deberán estar dirigidos a:

FINVER CALLAO S.A.

COMITÉ DE RECEPCIÓN DE PROPUESTAS

VÍA EXPRESA DEL CALLAO

Los tres (03) sobres o paquetes se identificarán mediante rótulos de la siguiente manera: Sobre No. 1: Documentación General; Sobre No. 2: Estudio de Factibilidad Técnica; y Sobre No. 3: Estudio de Factibilidad Económica – Financiera.

*Se recibirá los tres (03) sobres... (en la fecha y hora indicada) en presencia de Notario Público y del Comité de Recepción de Propuestas, **procediendo a la apertura del 1er. Sobre donde se verificará la conformidad y cumplimiento de lo solicitado, que en el caso de no estar conforme se procederá a su descalificación y a la devolución del 2do y 3er sobre del Postor.**”*

7.1.3.4. Asimismo, el numeral 1.11.1, con relación al Proceso de Evaluación de Propuestas, señala lo siguiente:

“El Comité de Adjudicación de Concesiones realizará la evaluación de las propuestas de cada Participante, pudiendo contar con la

ayuda de Asesores Técnicos. Se aplicarán con recto criterio todos los requisitos, formas, procedimientos y factores de evaluación que se describen en los Anexos 1 (Factores de aceptación y de descalificación automática) y 2 de las presentes Bases.

La información del primer sobre o paquete no otorgará puntaje, para establecer el Orden de Mérito de los participantes, porque en este caso solo se evaluará el fiel cumplimiento de todos los documentos requeridos, así como el cumplimiento suficiente de las exigencias y la veracidad de las informaciones contenidas, de modo que el Participante que incumpla alguno de los requisitos mínimos será descalificado automáticamente y no se evaluarán por tanto sus otros sobres (...)

La calificación de la información del primer sobre se efectuará a partir de los factores de aceptación y de no aceptación que se describen en el Anexo 1 de las presentes Bases.”

7.1.3.5. Ello se reitera en lo estipulado en el Anexo 1 (1.0) de las Bases Generales, sobre “FACTORES DE ACEPTACIÓN DEL PRIMER, SEGUNDO Y TERCER SOBRE”, precisando que dichos factores son los siguientes:

*“1.1. **Cumplimiento estricto de todos los documentos solicitados** en las Bases, en el numeral 1.10 (Contenido de las propuestas: primer, segundo y tercer sobre), en cuanto al tipo del documento o denominación del mismo.*

*1.2. **Cumplimiento exacto del contenido de cada documento** de acuerdo a lo indicado en las Bases, en el numeral 1.10 (Contenido*

de las propuestas: primer, segundo y tercer sobre) y *en cuanto a los requisitos de firmas, originales, copias legalizadas y documentos adjuntos y su contenido.*”

(El agregado entre paréntesis, el resaltado y el subrayado es nuestro.)

7.1.3.6. El acápite 2.0 (“**FACTORES DE NO ACEPTACIÓN**”) del mismo Anexo No. 1 de las Bases Generales, agrega que,

***“Será motivo de descalificación automática** del Participante cuando se determine alguno de los factores siguientes:*

***2.1. La omisión de uno cualquiera de los documentos pedidos en las Bases Generales,** en el numeral 1.10 (Contenido de las propuestas: primer, segundo y tercer sobre), *en cuanto al tipo de documento o denominación de los mismos.**

***2.2. El incumplimiento del contenido exacto de cada uno de los documentos,** descritos en el numeral 1.10 de las Bases (Contenido de las propuestas: primer, segundo y tercer sobre), *así como en sus requisitos (...)*”*

Con lo cual se recalca el criterio de cumplimiento estricto y exacto en el acatamiento a las disposiciones de las Bases Generales.

7.1.3.7. Por otro lado, a través de la Absolución de Consultas, el órgano concedente, por intermedio de su Comité de Concesiones, reitera una y otra vez dicho criterio; así, ante diversas consultas de los participantes, respecto a la viabilidad de implementar un plazo para subsanar errores u

omisiones en los documentos a presentar en los sobres 1, 2 o 3, la respuesta siempre fue negativa, como se puede apreciar a continuación:

- Consulta 4 de la empresa CINTRA – Concesiones de Infraestructura de Transporte S.A.:

*“...en la Etapa del Concurso del Proceso de Recepción de Propuestas (sic), establece que si la información presentada por los postores es incompleta estos serán automáticamente descalificados. **Somos de opinión que debería permitirse a los postores en caso exista una información incompleta esta sea subsanada dentro de un plazo determinado por el Comité de Recepción de Propuestas.** En ese sentido se permitiría una mayor competencia de postores y sería en beneficio del Organismo Concedente.”*

La respuesta a la Consulta 4 de CINTRA fue:

“No habrá plazo adicional para subsanaciones.”

- Consulta 15 de la empresa CINTRA – Concesiones de Infraestructura de Transporte S.A.:

*“En el numeral 1.10.2, literal ‘h’, página 16 último párrafo, somos de opinión que **en caso exista algún incumplimiento en los documentos presentados en el primer sobre debería existir un plazo de subsanación** y en ese sentido permitiríamos que exista mayor competencia y sea más transparente el concurso. **Solicitamos se modifique las bases para permitir subsanación de documentos.**”*

La respuesta a la Consulta 15 de CINTRA fue:

“No se concede plazo de Subsanación.”

- Consulta 16 de la empresa CINTRA – Concesiones de Infraestructura de Transporte S.A.:

*“El numeral 1.10.3, también **debería incluirse un plazo de subsanación** a efectos de la propuesta técnica pueda corregir un error involuntario.”*

La respuesta a la Consulta 16 de CINTRA fue:

“No se concede plazo de subsanación.”

- Consulta 19 de la empresa CINTRA – Concesiones de Infraestructura de Transporte S.A.:

*“En el numeral 1.11.1, página 18 (sobre el Primer Sobre), **solicitamos nuevamente que se incluya el concepto de subsanación** en un plazo en caso el postor incumpla con alguno de los requisitos mínimos.”*

La respuesta a la Consulta 19 de CINTRA fue:

“Ver respuestas a Consultas 4, 15 y 16 anteriores (No se concede plazo de subsanación).”

- Consulta 20 de la empresa CINTRA – Concesiones de Infraestructura de Transporte S.A.:

*“En el anexo 1, numeral 2 (Factores de descalificación automática), también somos de la opinión que **debería incluirse e concepto de subsanación** para efectos de poder regularizar los documentos*

que intencionalmente no se hubiesen presentado, salvo la carta fianza que entendemos es un documento indispensable."

La respuesta a la Consulta 20 de CINTRA fue:

"No se concede plazo de subsanación."

**- Consulta 2 de la empresa SUCURSAL DE OBRASCON
HUARTE S.A.:**

"(...) Dado que el Sobre No. 1 la mayoría de documentos a presentarse son de tipo general y no técnicos ¿existe la posibilidad de otorgar un plazo p.e. 48 horas a los postores para subsanar los eventuales errores incurridos en la presentación del Sobre No. 1? En caso de ser afirmativa la respuesta, solicitamos se sirva comunicar los requisitos y plazos con los que contarán los postores para efectuar la referida subsanación de errores."

La respuesta a la Consulta 2 de OBRASCON fue:

"Ver respuesta a consulta 4 CINTRA (No habrá plazo adicional para subsanaciones)."

7.1.3.8. En el marco de dicha rigurosidad, reiterada una y otra vez en las Bases Generales, sus anexos y en la absolución de consultas, se encontraba lo establecido en el literal "c" del numeral 1.10.2. "Contenido del Primer Sobre (Documentos Generales)" de las Bases Generales, que exigía a los participantes presentar:

"Carta Fianza bancaria de Seriedad de Oferta, deberá ser emitida por un Banco de primer orden, como garantía de seriedad de su

*propuesta. Este documento tendrá la condición de (1) **solidaria**, (2) **irrevocable**, (3) **incondicional** y (4) de **realización automática**, (5) con **renuncia expresa al beneficio de excusión**, extendida a favor del Organismo Concedente, por un monto de **US\$ 1'000,000.00** (UN millón de Dólares Americanos), vigente hasta noventa (90) días posteriores a la fecha del concurso, que será (6) **renovable** a solicitud de la Entidad, hasta la fecha de la firma del Contrato.”*

7.1.3.9. Cabe señalar que la carta fianza es el documento valorado extendido por un **fiador** (Banco), mediante el cual se obliga frente al **acreedor** (en nuestro caso el Órgano Concedente: la Municipalidad Provincial del Callao) a cumplir determinada **prestación** (US\$ 1 MM), en **garantía de una obligación ajena** (la seriedad de oferta o propuesta en el Concurso), si esta no es cumplida por el **deudor** (Consorcio CCI Concesiones Perú).

7.1.3.10. La fianza, cabe precisar, es un contrato eminentemente formal que, conforme lo señala el Código Civil en el Título X de su Libro VII: Fuentes de las Obligaciones, se perfecciona entre el acreedor y fiador; así la intención de prestar fianza y los alcances de la obligación deben constar de manera indubitable, esto es, dicha intención debe ser expresa y taxativamente declarada y no puede presumirse¹⁰. Inclusive, tratándose la carta fianza de un documento valorado, le alcanza el principio de literalidad previsto para los títulos valores.

7.1.3.11. Para cumplir dicho requisito, el único postor que se presentó a concurso, el Consorcio CCI Concesiones Perú, presentó cinco (5) cartas fianzas que en total sumaban un monto garantizado de US\$ 1'000,000,

¹⁰ Ver Expediente 3144-87, Corte Superior de Justicia de Lima, Jurisprudencia Civil, p. 105.

que era lo exigido en las Bases. No obstante, dos (2) de dichas cartas fianzas, una de las cuales garantizaba el equivalente al 51% del monto exigido, no cumplían con las condiciones explícitamente solicitadas en las Bases Generales.

7.1.3.12. Analicemos a continuación, desde el punto de vista contractual y del cumplimiento estricto de las condiciones exigidas en las Bases Generales, cada una de las cartas fianzas bancarias presentadas por el Consorcio CCI Concesiones Perú:

CARTAS FIANZAS PRESENTADAS POR POSTOR CCI CONCESIONES PERÚ

Carta Fianza Requisitos Formales	No. 8600039005	No. 8600039002	No. 922162	No. 20/0000248-00	No. 8600040005
<u>Elementos contractuales:</u>					
Fiador (Banco)	CITIBANK	CITIBANK	WIESE	COMERCIO	CITIBANK
Acreedor	MPC	MPC	MPC	MPC	Consorcio CCI Concesiones Perú
Prestación US\$	122,500	122,500	122,500	122,500	510,000
Obligación ajena garantizada	Seriedad de oferta	Seriedad de oferta	Seriedad de propuesta	Seriedad de oferta	Mantenimiento de oferta
Deudor	Consorcio CCI Concesiones Perú	Consorcio CCI Concesiones Perú	Consorcio CCI Concesiones Perú	Consorcio CCI Concesiones Perú	CCI Construcciones S.A.
<u>Condiciones exigidas en Bases:</u>					
Solidaria	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE

Carta Fianza Requisitos Formales	No. 8600039005	No. 8600039002	No. 922162	No. 20/0000248-00	No. 8600040005
Irrevocable	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE
Incondicional	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE
Realización automática	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE
Renuncia expresa beneficio excusión	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	NO CUMPLE
Renovable	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	NO CUMPLE	NO CUMPLE

7.1.3.13. Como se puede apreciar en el cuadro que antecede, uno de los primeros aspectos que podemos advertir es que la Carta Fianza No. 20/0000248-00, extendida por el Banco del Comercio (fiador), no cumple con la condición de “*renovable a solicitud de la Entidad*” que exigen las Bases Generales y que, según lo analizado en los párrafos precedentes, es de estricto y exacto cumplimiento en su contenido, bajo estatuto de constituir un factor de descalificación automática del participante. No obstante, como se desprende del Acta de Reopción de Propuestas, el Comité de Recepción de Propuestas, cuyo presidente era además miembro del Comité de Concesiones, no observó este incumplimiento. El Comité de Concesiones tampoco observó esta carta fianza, ni descalificó automáticamente al postor.

7.1.3.14. El segundo aspecto que podemos advertir del cuadro que antecede es que la Carta Fianza No. 8600040005, extendida por el Citibank N.A. Sucursal de Lima, presentada por el postor Consorcio CCI

Concesiones Perú, no se ajusta a los requisitos formales exigidos en las Bases Generales, específicamente los que se detallan a continuación:

Análisis de Carta Fianza No. 8600040005 - Citibank N.A. Sucursal de Lima

	LO EXIGIDO POR BASES ES:	POSTOR PRESENTÓ:
Acreedor	Municipalidad Provincial del Callao	Consorcio CCI Concesiones Perú
Deudor	Consorcio CCI Concesiones Perú	CCI Construcciones S.A.
Renuncia expresa beneficio excusión	CUMPLE	NO CUMPLE
Renovable	CUMPLE	NO CUMPLE

Como se observa, dos de los elementos contractuales sustanciales (acreedor y deudor) en la carta fianza presentada por el participante, son totalmente diferentes a los exigidos por las Bases y, de otro lado, no cumple con las condiciones de “*renuncia expresa al beneficio de excusión*” y “*renovable a solicitud de la Entidad*”.

7.1.3.15. En tal virtud, conforme al criterio uniformemente expresado tanto en las Bases Generales (*cumplimiento estricto y exacto de los contenidos*) como en la absolución de consultas (*no se concede plazo para subsanación*), dichas omisiones debieron ser observadas por el Comité de Recepción de Propuestas, sin otorgar ningún plazo de subsanación, debiendo descalificar automáticamente al participante Consorcio CCI Concesiones Perú, máxime cuando dicha carta fianza representaba más del 50% del monto que el Concedente solicitaba garantizar.

7.1.3.16. Sin embargo, el Comité de Recepción de Propuestas, conforme se aprecia del Acta de Recepción de Propuestas, consintió, indebida e

ilegalmente, en otorgar al participante un plazo de 24 horas para subsanar las omisiones descritas. El Acta señala literalmente lo siguiente:

“Con relación al Sobre No. 1 relativo a documentos generales exigidos por las bases si bien es cierto que el postor presentó toda la documentación requerida se observó la carta fianza No. de Referencia 8600040005 de fecha 9 de febrero de 2000 por la suma de \$ 510,000.00 (quinientos diez mil y 00/100 dólares americanos), que cumple con todos los requisitos formales para garantizar la seriedad de la oferta con excepción que está dirigida a Consorcio CCI – Concesiones Perú cuando debía ser a la Municipalidad Provincial del Callao, con las condiciones que se señala en el literal c) del numeral 1.10.2 de las bases generales, para cuyo efecto el representante del postor se comprometió que en el término de 24 horas se efectuará la aclaración correspondiente por parte del Banco emisor, disponiendo el Comité que para efectos de la comprobación del término indicado la aclaración debía ser presentada por escrito ante el notario Antonio Vega Erasquin.”

7.1.3.17. Consultado sobre el particular, en sesión extraordinaria celebrada el 23 de enero de 2008, el ex Presidente del Comité de Recepción de Propuestas (y a la vez miembro del Comité de Concesiones), abogado José Alejandro Jesús Talavera Herrera, manifestó a esta Comisión lo siguiente:

***“El señor TALAVERA HERRERA.—** Señor Presidente, gracias por la pregunta, porque creo que eso permite aclarar un tema que es el siguiente:*

La palabra utilizada en la respuesta del señor notario, y en varias de las preguntas que usted ha formulado, es un plazo para subsanar. Eso no corresponde a la realidad.

La carta fianza, que es un título valor, un documento que tiene valor por sí mismo, tal cual fue presentada cumplía con todas las condiciones.

¿Por qué razón se le da 24 o 48 horas para que presente un nuevo documento? Porque tenía un error material.

El error material consistía en lo siguiente: la carta estaba rotulada, dirigida a señores Concesiones Perú, o CCI Concesiones.

Cuando los miembros del Comité recibimos el documento, consideramos que era mucho mejor que esa carta estuviera dirigida al concedente, a la Municipalidad del Callao, y la subsanación no ha tenido que ver, ni con la calidad de la garantía, ni con el monto, ni con las características que las bases establecían en relación a la garantía.

Por eso que, si ustedes pueden comparar que es fácilmente comparable la carta primera, dirigida al postor, y la segunda dirigida al concedente, son idénticas en cuanto a garantía. Lo que pasa es que el rotulado era diferente.

Conforme a una norma que es universalmente aceptada, existe el denominado principio de subsanación dentro del derecho administrativo, y el sentido o la razón de las consultas a las que usted ha aludido, y de las bases, cuando dice que debe descalificarse al postor, es cuando la omisión está referida a un requisito sustantivo.

En este caso, como le expreso, lo que se trataba es que el encabezado de la carta estaba dirigido al postor. Pero el contenido, el valor de la carta como garantía de cumplimiento, porque ese era el sentido de la carta fianza, estaba incólume, no había duda ni del

monto ni de las características que estaban expresamente detalladas en las bases, y mucho menos de que la fianza era una fianza de ejecución inmediata y sin beneficio de excusión, que es como la ley nacional establece que sean las fianzas.

7.1.3.18. Sin embargo, lo manifestado por el abogado Talavera Herrera, ex Presidente del Comité de Recepción de Propuestas es falso. Como se ha analizado en los párrafos precedentes el criterio uniforme del Órgano Concedente fue siempre el de cumplimiento estricto y exacto en el contenido de los documentos exigidos y el de no otorgar ningún plazo de subsanación de cualquier error, omisión o incumplimiento. Por otro lado no sólo se trataba de un error material, sino como veremos a continuación, no se cumplía con diversos elementos sustanciales de la fianza, ni con las condiciones explícitamente exigidas por las Bases. Requisitos formales que se cumplieron posterior al Acto de Recepción de Propuestas, a través de nueva carta fianza extendida por Citibank. Observemos a continuación que no sólo se trato de un error material, sino que la carta fianza presentada, en primera instancia, incumplía gruesamente los requisitos formales exigidos por las bases, y que es totalmente diferente a la finalmente presentada en el plazo indebidamente otorgado de 24 horas.

**CUADRO COMPARATIVO
BASES GENERALES – CARTA FIANZA CITIBANK 1 – CARTA FIANZA CITIBANK 2**

Carta Fianza Requisi- tos Formales	BASES GENERALES	No. 8600040005	No. 8600040005-A
Fiador (Banco)	Banco de primer orden	CITIBANK	CITIBANK
Acreedor	Municipalidad Provincial del Callao	Consorcio CCI Concesiones Perú	Municipalidad Provincial del Callao

Carta Fianza Requisitos Formales	BASES GENERALES	No. 8600040005	No. 8600040005-A
Prestación US\$	1'000,000	510,000	510,000
Obligación ajena garantizada	Seriedad de oferta	Mantenimiento de oferta	Seriedad de oferta
Deudor	Consortio CCI Concesiones Perú	CCI Construcciones S.A.	Consortio CCI Concesiones Perú
Solidaria	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE
Irrevocable	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE
Incondicional	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE
Realización automática	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE
Renuncia expresa beneficio excusión	CUMPLE	NO CUMPLE	CUMPLE
Renovable	CUMPLE	NO CUMPLE	CUMPLE

7.1.3.19. Como se puede observar no se trató solamente de un “*error material*” en el “*rotulado*” o “*encabezado*” de la carta fianza, sino que más de uno de los elementos sustanciales de la fianza (acreedor y deudor) no coincidían con las exigencias de las Bases y, por otro lado, la carta fianza no cumplía con dos de las condiciones exigidas (*renuncia expresa al beneficio de excusión* y *renovable*). Tal es así que todas estas omisiones fueron subsanadas expresamente en la segunda carta fianza.

7.1.4. EL COMITÉ DE RECEPCIÓN DE PROPUESTAS Y EL COMITÉ DE CONCESIONES NO OBSERVARON LOS ESTADOS FINANCIEROS PRESENTADOS POR “CONCESIONES PERÚ S.A.C.”, PESE A QUE NO CONTABAN CON LOS

**REQUISITOS EXIGIDOS EN LAS BASES, INCUMPLIENDO DESCALIFICAR
AUTOMÁTICAMENTE AL POSTOR “CONSORCIO CCI CONCESIONES PERÚ”**

7.1.4.1. Nuevamente advertimos que por metodología, nos abstraeremos de los vicios anteriormente descritos, a fin de analizar de mejor manera el presente tema.

7.1.4.2. El literal “e” del numeral 1.10.2 de las Bases Generales, establece expresamente que los participantes debían acompañar como contenido del Primer Sobre (Documentos Generales),

“e. Copia legalizada por Notario Público de los Estados Financieros del año 1998, debidamente auditados y registrados en CONASEV en caso de las empresas nacionales.

Cuando el Participante sea una asociación o consorcio, cada asociado presentará dichos Estados Financieros (...)”

7.1.4.3. Sobre el particular, en una Absolución de Consulta se confirma la exigencia para las empresas locales y se precisa que no se aceptarán empresas nuevas, sino sólo fusionadas. A continuación se reproduce la consulta y su absolución:

- Consulta 10 de la empresa CINTRA – Concesiones de Infraestructura de Transporte S.A.

“En el literal “e” de la página 14 la copia legalizada por el Notario Público de los Estados Financieros del año 98, tienen que ser debidamente auditados y registrados ante CONASEV. No entendemos por qué tienen que ser registrados ante CONASEV y

además que pasa cuando es una empresa nueva y no existen estados financieros auditados”.

Respuesta a Consulta 10 de CINTRA:

“La presentación de balances auditados y registrados en CONASEV es una exigencia para las empresas locales. Las empresas extranjeras deberán presentar sus balances auditados presentados a la autoridad correspondiente en su país. Sólo se aceptarán empresas nuevas como resultado de una fusión, debiendo presentar balances auditados de cierre de las empresas fusionadas y balance de apertura de la nueva empresa.”

7.1.4.4. En ese sentido, cabe señalar que al Concurso de Proyectos Integrales “Vía Expresa del Callao” se presentó como único postor, el “Consortio CCI Concesiones Perú”, conformado por dos empresas extranjeras y una nacional:

	Consortio CCI Concesiones Perú:	País	Participación
1.	CCI Construcciones S.A.	ARG	49% (empresa líder)
2.	CCI Concesiones S.A.	ARG	2%
3.	Concesiones Perú S.A.C.	PER	49%

7.1.4.5. En el Sobre 1 (Documentos Generales), la empresa local, Concesiones Perú S.A.C. presentó un “BALANCE DE APERTURA AL 06 DE MAYO DE 1999 (NO AUDITADO)”. Documento que no cumplía con los requisitos exigidos en las Bases y las precisiones efectuadas en la Absolución de Consultas, conforme se puede apreciar en el cuadro siguiente:

**Estados Financieros presentados por “Concesiones Perú S.A.C.”
(Test de cumplimiento)**

REQUISITOS SEGÚN BASES	¿CUMPLE?
Copia legalizada por Notario Público	NO
Estados financieros del año 1998, o en caso de ser empresa fusionada, balances de cierre de empresas fusionadas y balance de apertura de nueva empresa. No se aceptan empresas nuevas.	NO, presentó balance de apertura al 6 de mayo de 1999. Se trataba de una empresa nueva, no resultado de fusión, inscrita en Registros Públicos el 20 de mayo de 1999. (Partida 11107929)
Auditado	NO
Registrado en CONASEV	NO

7.1.4.6. No obstante ello, ni el Comité de Recepción de Propuestas, ni el Comité de Concesiones, en su oportunidad, observaron dicho documento y por tanto no cumplieron con descalificar automáticamente al participante Consorcio CCI Concesiones Perú, como lo establecían las Bases Generales, conforme lo hemos analizado *supra*.

7.1.5. EL COMITÉ DE RECEPCIÓN DE PROPUESTAS Y EL COMITÉ DE CONCESIONES NO OBSERVARON LOS ESTADOS FINANCIEROS PRESENTADOS POR LAS EMPRESAS ARGENTINAS “CCI CONSTRUCCIONES S.A.” Y “CCI CONCESIONES S.A.”, PESE A QUE NO CONTABAN CON LOS REQUISITOS EXIGIDOS EN LAS BASES, INCUMPLIENDO DESCALIFICAR AUTOMÁTICAMENTE AL POSTOR “CONSORCIO CCI CONCESIONES PERÚ”

7.1.5.1. El tercer párrafo del literal “e” del numeral 1.10.2 de las Bases Generales, establece expresamente lo siguiente para el contenido del Primer Sobre (Documentos Generales),

“(…) Los participantes extranjeros deberán presentar copia de los Estados Financieros a Junio o Diciembre de 1998”, según corresponda a su país de origen auditados y presentados a la autoridad tributaria. (…)”

7.1.5.2. Dicha exigencia es reiterada en una Absolución de Consulta, de la siguiente manera:

- Consulta 11 de la empresa CINTRA – Concesiones de Infraestructura de Transporte S.A.

“En el literal “e” de la página 14, se establece que los postores extranjeros deben presentar los Estados Financieros debidamente auditados y presentados a la autoridad tributaria. No entendemos por qué este requisito, si de acuerdo a las leyes peruanas no se puede exigir a ninguna empresa copia de las declaraciones juradas del Impuesto a la Renta donde constan los Estados Financieros. En consecuencia solicitamos se retire dicho requisito.”

Respuesta a Consulta 11 de CINTRA:

“Se mantiene lo establecido en las bases.”

7.1.5.3. No obstante ello, la empresas argentinas conformantes del Consorcio CCI Concesiones Perú (CCI Construcciones S.A. y CCI Concesiones S.A.), entre las cuales se encontraba la empresa líder del consorcio, no acompañaron estados financieros con el registro de haber sido presentadas a la autoridad tributaria de su país de origen que, para el caso el caso de la República Argentina, es la Administración Federal de

Ingresos Públicos (AFIP)¹¹, que es la entidad que tiene a su cargo la ejecución de la política tributaria y aduanera en Argentina, creada por Decreto No. 618/97, publicada en el Boletín Oficial de la Nación Argentina el 14 de julio de 1997. Por el contrario, en los estados financieros presentados por dichas empresas sólo se hace referencia a un número de inscripción en la Inspección General de Justicia de la Nación Argentina, que es la institución a cargo del registro comercial en ese país.

7.1.5.4. Sin embargo, nuevamente, ni el Comité de Recepción de Propuestas, ni el Comité de Concesiones, en su debida oportunidad, observaron la deficiencia expuesta en los documentos presentados por el Consorcio CCI Concesiones Perú y, por tanto, tampoco cumplieron con descalificarlo automáticamente, como lo establecían las Bases Generales, conforme lo hemos analizado *supra*.

7.1.6. EL COMITÉ DE RECEPCIÓN DE PROPUESTAS Y EL COMITÉ DE CONCESIONES NO OBSERVARON QUE LAS EMPRESAS “CCI CONCESIONES S.A.” Y “CONCESIONES PERÚ S.A.C.” NO PRESENTARON SUS RESPECTIVOS INDICADORES FINANCIEROS DEL AÑO 1998, INCUMPLIENDO DESCALIFICAR AUTOMÁTICAMENTE AL POSTOR “CONSORCIO CCI CONCESIONES PERÚ”

7.1.6.1. El cuarto párrafo del literal “e” del numeral 1.10.2 de las Bases Generales, señala expresamente lo siguiente para el contenido del Primer Sobre (Documentos Generales),

“(…) Adicionalmente, los participantes nacionales y extranjeros presentarán los siguientes índices financieros del 1998 (sic), debidamente firmados por el Contador General de la Empresa:

¹¹ Ver su portal electrónico: www.afip.gov.ar

- *Índice de Liquidez $\leq$ a 1.00*
Activo Corriente / Pasivo Corriente
- *Índice Patrimonial $\leq$ a 0.25*
Patrimonio Neto / Activo Total

Las Empresas que se presenten en Asociación, los índices Financieros se evaluarán a la Empresa Líder del Consorcio.”

7.1.6.2. Dicha exigencia es confirmada en la siguiente Absolución de Consulta:

- Consulta 10 de la empresa SUCURSAL DE OBRASCON HUARTE S.A.

“Acápiteme 1.10.2, literal e) se prevé que los participantes presentarán sus índices patrimoniales y de liquidez correspondientes a 1998.

(...) Asimismo, se determina que en el caso de las empresas que se presenten en Asociación, los índices financieros evaluarán a la empresa líder del consorcio.

Dado que esta redacción puede dar lugar a confusiones porque podría entenderse que son estos índices los que determina a la empresa líder, y no la participación mayoritaria de determinado socio. Solicitamos aclarar esta disposición en el sentido de precisar que sólo la empresa líder del consorcio será la obligada a presentar los índices financieros (...)”

Respuesta a Consulta 10 de OBRASCON:

“Para el caso de las Asociaciones se evaluará a la empresa líder, que será propuesta por los miembros de la asociación, dicha empresa deberá tener una participación accionaria de por lo menos

de 25% y sólo la empresa líder estará obligada a cumplir con los índices financieros. Todos los asociados presentarán la información solicitada (...)”

7.1.6.3. Entonces, queda claro que la exigencia de presentar los índices financieros de 1998, debidamente firmados por el Contador General, es general para cada una de las empresas asociadas, en el caso de consorcio, pero que solo se evaluaría a la denominada “Empresa líder”.

7.1.6.4. No obstante ello, sólo la empresa líder CCI Construcciones S.A. cumplió con presentar en el Sobre 1, los índices financieros de su empresa, mediante carta y certificación suscritos por el Contador Público Nacional, Luis Hector Lovotrico, con matrícula del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Capital Federal (Argentina) Tº 0020 Fº 098. Las otras asociadas (CCI Concesiones S.A. y Concesiones Perú S.A.C.) no presentaron sus índices financieros.

7.1.6.5. Pese a ello, ni el Comité de Recepción de Propuestas, ni el Comité de Concesiones, cada uno en su respectiva oportunidad, observaron dicha situación, por tanto, tampoco cumplieron con descalificar automáticamente al Consorcio CCI Concesiones Perú, como lo establecían las Bases Generales, conforme lo hemos analizado *supra*. Por el contrario, le brindaron su conformidad y, finalmente, el Comité de Concesiones le adjudicó la concesión de la “Vía Expresa del Callao”.

7.1.7. EL COMITÉ DE RECEPCIÓN DE PROPUESTAS Y EL COMITÉ DE CONCESIONES NO OBSERVARON LAS REFERENCIAS BANCARIAS PRESENTADAS POR EL “CONSORCIO CCI CONCESIONES PERÚ”, PESE A QUE NO REUNÍAN LOS

**REQUISITOS EXIGIDOS EN LAS BASES, INCUMPLIENDO DESCALIFICARLO
AUTOMÁTICAMENTE.**

7.1.7.1. Conforme al acápite 1.10.2., literal g), de las Bases Generales,

“Los participantes nacionales o extranjeros deberán presentar referencias bancarias de entidades que cumplan lo siguiente:

- *Bancos nacionales o sucursales de Bancos extranjeros de primer orden, legalmente establecidos en el Perú bajo la supervisión de las Superintendencia de Banca y Seguros.*
- *Bancos extranjeros con corresponsalía acreditada en el Perú.*

Estas referencias deberán comprobar la capacidad del Participante de lograr el financiamiento en relación con la inversión necesaria del proyecto y sus requisitos.”

7.1.7.2. La referencia bancaria es el documento que extiende un banco respecto de su cliente, en la que podría señalar entre otros aspectos, desde cuando es cliente, su experiencia o comportamiento como cliente frente al banco (cumplimiento de pagos), entre otros. El banco extiende a solicitud del cliente la Referencia Bancaria hacia un tercero. Como referencia, podemos citar lo absuelto por el Comité Especial de Promoción de la Inversión Privada de las Tierras del Proyecto Especial Chavimochic, que señaló lo siguiente:

“Las cartas de referencia bancaria deben indicar que la entidad financiera avala o certifica la experiencia de los interesados, en el buen manejo de las operaciones financieras.”

7.1.7.3. El Consorcio CCI Concesiones Perú, para cumplir con el requisito antes descrito presentó:

- Una carta del Banco de la Provincia de Buenos Aires – Departamento de Informaciones, señalando que CCI Construcciones S.A. *se encuentra vinculada a la Casa Central de nuestra Institución Bancaria desde 1998* (un año antes del concurso), *operando con la Gerencia de Crédito Mayorista -Banca Corporativa-, registrando buen concepto y cumplimiento;*
- Una carta del Banco Río Negro (Buenos Aires), señalando que CCI Construcciones S.A. *opera con nuestra Entidad desde hace aproximadamente 5 años, habiendo cumplido hasta la fecha con las obligaciones contraídas; y finalmente,*
- Una carta del Banco de Crédito del Perú, dirigido al “Consorcio CCI – Concesiones Perú”, señalando que *estaría dispuesta a participar en la estructuración del financiamiento por US\$ 35’000,000 requerido para el proyecto en referencia, pero sujeta a la aprobación de las autonomías crediticias correspondientes, las cuales se basarán en la revisión y evaluación final de las condiciones bajo las cuales se adjudicaría el proyecto, así como de las garantías y coberturas requeridas, de acuerdo a las políticas internas de nuestra institución.*

7.1.7.4. Sin embargo, cabe observar que en el caso de los bancos extranjeros, no se advierte o se ha acreditado que a la fecha del concurso contaban con sucursal o corresponsalía en el país y, de otro lado, con relación al banco nacional, de su comunicación no se logra *comprobar la capacidad del Participante de lograr el financiamiento en relación con la inversión necesaria del proyecto, pues se encuentra en condicional.*

7.1.7.5. No obstante ello, ni el Comité de Recepción de Propuestas, ni el Comité de Concesiones tuvieron reparos brindar su conformidad sobre dichos documentos presentados por el postor, pese a que el Comité de concesiones, conforme a lo establecido en el numeral 1.2. del Anexo 2 de las Bases Generales, contaba con la facultad de verificar la información presentada, para lo cual el participante se encontraba obligado a prestarle las facilidades necesarias.

7.1.8. EL COMITÉ DE RECEPCIÓN DE PROPUESTAS NO OBSERVÓ LA PROPUESTA DE ESTRUCTURA DE FINANCIAMIENTO PRESENTADA POR EL “CONSORCIO CCI CONCESIONES PERÚ”, PESE A QUE NO REUNÍA LOS REQUISITOS FORMALES EXIGIDOS EN LAS BASES, INCUMPLIENDO DESCALIFICARLO AUTOMÁTICAMENTE.

7.1.8.1. Previamente, recordemos algunas disposiciones de las Bases Generales que sustentan taxativamente el criterio de cumplimiento estricto y exacto en los documentos y su contenido solicitados para el Primer, Segundo y Tercer Sobres que debían presentar los participantes al Concurso de Proyectos Integrales “Vía Expresa del Callao”:

Bases Generales, numeral 1.9.1, literal a):

“Primera Etapa: Proceso de Recepción de Propuestas

(...) A las propuestas cuyo primer sobre está conforme se procederá a la apertura del 2do y 3er sobre únicamente para verificar que toda la información solicitada está completa para su posterior evaluación.

Los postores que hubieran presentado la información incompleta serán automáticamente descalificados, procediéndose a la devolución de todos sus documentos, de tal forma que solamente

se procederá a la evaluación posterior de los postores que tengan toda su documentación completa.”

Bases Generales, Anexo I, numeral 1.0

“1.0- FACTORES DE ACEPTACIÓN

1.1 Cumplimiento estricto de todos los documentos solicitados en las Bases, en el numeral 1.10, en cuanto al tipo del documento o denominación del mismo.

1.2 Cumplimiento exacto del contenido de cada documento de acuerdo a lo indicado en las Bases, en el numeral 1.10 y en cuanto a los requisitos de firmas, originales, copias legalizadas y documentos adjuntos y su contenido.”

Bases Generales, Anexo I, numeral 2.0

“2.0- FACTORES DE NO ACEPTACIÓN

Será motivo de descalificación automática del Participante cuando se determine alguno de los factores siguientes:

2.1 La omisión de uno cualquiera de los documentos pedidos en las Bases Generales, en el numeral 1.10, en cuanto al tipo de documentos o denominación de los mismos.

2.2 El incumplimiento del contenido exacto de cada uno de los documentos, descritos en el numeral 1.10, de las Bases, así como en sus requisitos (...)”

7.1.8.2. En ese marco, uno de los documentos exigidos para el Tercer Sobre (Propuesta Económica) era el siguiente:

Bases Generales, numeral 1.10.4, literal d:

“Estructura del financiamiento propuesto, con Carta del participante, con firma del Representante Legal, legalizada por

Notario Público, comprometiéndose al financiamiento del monto total de inversión del Eje Vial materia de este Concurso..., adjuntando toda la información del trámite bancario realizado y de las garantías ofrecidas.”

7.1.8.3. Conforme se aprecia de los documentos entregados por el participante “Consortio CCI Concesiones Perú”¹², correspondientes al Sobre 3 (Propuesta Económica), en lo referente a “Estructura de Financiamiento Propuesto”, éstos no cumplían con los siguientes requisitos formales:

**Estructura de Financiamiento Propuesto, presentada por el
participante “Consortio CCI Concesiones Perú”
(Test de cumplimiento de requisitos)**

REQUISITOS FORMALES	CUMPLIMIENTO
Carta del participante	NO acompaña. Sólo se consigna una nota de remisión a lo expresado en otros documentos.
Con firma del representante legal, legalizada por Notario Público	NO cumple. No hay carta, ni firma legalizada del representante legal.
Compromiso de financiamiento del monto total de inversión	NO cumple. No hay carta, ni expresión del compromiso requerido.

¹² Documentación remitida a esta Comisión tanto por la Contraloría General de la República como por la empresa concesionaria Convia Callao S.A., como Anexo 12 del Informe Especial No. 240-2007-CG/OEA y mediante carta s/n del 16 de abril de 2007, respectivamente.

REQUISITOS FORMALES	CUMPLIMIENTO
Adjuntando toda la información del trámite bancario realizado y de las garantías ofrecidas	NO cumple. Anotación remite a carta del Banco de Crédito del Perú dirigida al Consorcio, en que señala que dicha institución <i>“...estaría dispuesta a participar en la estructuración del financiamiento... sujeta a la aprobación de las autonomías crediticias correspondientes..., de acuerdo a las políticas internas de nuestra institución.”</i> No adjunta mayor información del trámite bancario realizado y garantías ofrecidas.

7.1.8.4. No obstante, conforme se desprende del acta correspondiente, el Comité de Recepción de Propuestas incumplió con observar dichas deficiencias en el contenido del Sobre 3, incumpliendo descalificar automáticamente al “Consortio CCI Concesiones Perú” conforme lo señalan las Bases Generales en el numeral 1.9.1, literal a.

7.2. IRREGULARIDADES EN LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO PREPARATORIO DE CONCESIÓN Y EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN, SUS ACLARACIONES Y ADENDAS

7.2.1. EL CONTRATO DE CONCESIÓN SE SUSCRIBIÓ FUERA DEL PLAZO PREVISTO. POR OTRO LADO, SE SUSCRIBIÓ ILÍCITAMENTE UN “CONTRATO PREPARATORIO DE CONCESIÓN” CON CINCO CLÁUSULAS ADICIONALES (TAMBIÉN FUERA DE PLAZO), NO CONTEMPLADOS EN LAS NORMAS Y BASES GENERALES, A FIN DE POSTERGAR INDEBIDAMENTE LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO “DEFINITIVO” DE CONCESIÓN POR MÁS DE 10 MESES, PERMITIENDO A LA EMPRESA CONCESIONARIA, EN ESE LAPSO DE TIEMPO, LOGRAR EL CAPITAL SOCIAL EXIGIDO EN LAS BASES.

7.2.1.1. **(Plazo para suscribir el Contrato de Concesión)** Siempre, por una cuestión metodológica¹³, realizaremos el siguiente análisis desde el supuesto negado de que el caso que nos ocupa se encontraba bajo el régimen municipal de concesiones previsto para la Provincia Constitucional del Callao, en el “*Reglamento que regula la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos locales*”, aprobado por Ordenanza No. 006-97-MPC, del 27 de mayo de 1997.

7.2.1.2. De acuerdo a lo señalado en el artículo 36º, concordado con los artículos 30, 29 y 28 de dicha Ordenanza No. 006, el Contrato de Concesión debía suscribirse dentro de los 15 días siguientes a la fecha en que quedó consentida la Resolución de Adjudicación. Es decir 20 días, computando los 5 días previstos para poder apelar la resolución, luego de lo cual, de no mediar impugnación, esta queda consentida.

7.2.1.3. En efecto, el artículo 36º del Reglamento aprobado por Ordenanza No. 006 precisa que son de aplicación para el procedimiento de Concurso de Proyectos Integrales, entre otros, el artículo 30º, el mismo que deriva al segundo párrafo del artículo 29º y este, a su vez, debe concordarse con el artículo 28º, como podemos observar a continuación:

“Artículo 30.- El contrato de concesión se suscribirá dentro del plazo indicado en el ultimo párrafo del artículo anterior (artículo 29º), *conforme a la proforma que obre en el expediente (...)*”

“Artículo 29.- (Último párrafo) Dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha en que haya quedado consentida la Resolución de Adjudicación, el organismo municipal concedente

¹³ Abstrayéndonos de la nulidad de la concesión analizada y sustentada en los ítems precedentes.

procederá a devolver a los postores no ganadores la garantía de presentación."

"Artículo 28.- Los postores podrán interponer recurso de apelación contra la Resolución de Adjudicación dentro de los cinco (5) días siguientes de su publicación, que será resuelto de segunda y última instancia administrativa por el Alcalde del organismo municipal concedente (...)"

7.2.1.4. El último párrafo del artículo 30º del Reglamento aprobado por Ordenanza No. 006, precisa las consecuencias de no suscribir el Contrato de Concesión en el plazo previsto.

"Artículo 30.- (Último párrafo) Si dentro del indicado plazo, el concesionario no suscribe el contrato, perderá su derecho a la Adjudicación de la concesión. En ese caso, el organismo municipal concedente ejecutará la garantía de presentación, y adjudicará la concesión al postor que ocupó el segundo lugar. Si el postor que ocupó el segundo lugar no suscribe el contrato dentro de los cinco (5) días siguientes de la fecha de la notificación de la nueva resolución de Adjudicación, el organismo municipal concedente ejecutará la garantía de presentación y convocará a nueva Licitación.

7.2.1.5. Pero, asimismo, cabe señalar que también las Bases Generales establecían una fecha límite para la negociación y suscripción del Contrato de Concesión, este era el 30 de abril del 2000.

Bases Generales, numeral 1.9,

“c.- Tercera Etapa: Proceso de Negociación de la Concesión y Contrato

El proceso de negociación del Contrato de Concesión tendrá como fecha límite para su firma el día 30 de Abril del 2000, debiéndose publicar la Resolución de Adjudicación de la Concesión que aprueba la firma del mencionado Contrato, en el diario ‘El Peruano’ el día 15 de Abril del 2000, para suscribirlo en la fecha que se acuerde en la negociación, pero sin sobrepasar la fecha límite que es el día 30 de Abril del 2000.”

No obstante, frente a lo establecido por el Reglamento aprobado por Ordenanza No. 006, esta disposición queda relegada.

7.2.1.6. Es decir, considerando que la Resolución de Adjudicación de la Concesión se publicó en el Diario Oficial “El Peruano” el día martes 29 de febrero del 2000, el plazo de 20 días¹⁴ (5 días para consentida la resolución + 15 días adicionales) para suscribir el Contrato se vencía indefectiblemente el martes 28 de marzo del 2000.

7.2.1.7. No obstante ello, el Contrato de Concesión de la “Vía Expresa del Callao” se suscribió el 9 de febrero de 2001. Es decir, excediendo el plazo establecido por la norma en que se sustentó dicho proceso de concesión en más de 10 meses. A dicha fecha, el adjudicatario había perdido su derecho a la adjudicación. La Municipalidad Provincial del Callao, entonces a cargo de su alcalde Alexander Martín Kouri Bumachar, incumplió la misma norma en que sustentó para otorgar la concesión (Ordenanza No. 006), incumplió ejecutar la Carta Fianza de Seriedad de

¹⁴ Conforme al artículo 50° del Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aprobado por Decreto Supremo No. 02-94-JUS (entonces vigente), “Siempre que no se exprese otra cosa, cuando los plazos se señalen por días, se entiende que éstos son hábiles, excluyéndose del cómputo los feriados (...)”

Propuesta, ascendente a US\$ 1'000,000, e incumplió convocar a nueva licitación.

7.2.1.8. (Suscripción del “Contrato Preparatorio de Concesión”)

Con fecha 30 de marzo del 2000, el entonces Alcalde de la Municipalidad Provincial del Callao, Alexander Martín Kouri Bumachar, y el entonces Gerente General de Conviaal Callao S.A., Mario Ernesto Angel Guasco, suscribieron un documento denominado “Contrato Preparatorio de Concesión”, cuyo objeto es el siguiente:

“...las partes se obligan a celebrar un futuro Contrato Definitivo de Concesión, en un plazo máximo de noventa (90) días, computados a partir de la suscripción del presente contrato (...)”

7.2.1.9. Posteriormente, se suscribieron hasta cinco *Cláusulas Adicionales* a dicho *Contrato Preparatorio*, cuyo único objeto fue postergar la suscripción del “*Contrato Definitivo de Concesión*” por más de 10 meses, hasta el 9 de febrero del 2001.

7.2.1.10. Dicho “*Contrato Preparatorio de Concesión*” y sus *cláusulas adicionales*, fueron suscritas, por cierto, también fuera del plazo fijado en la Ordenanza No. 006, el mismo que se vencía, como hemos analizado *supra*, el día martes 28 de febrero del 2000. Dicho “*Contrato Preparatorio*” se suscribió el 30 de marzo del 2000, cuando el concesionario ya había perdido su derecho de adjudicación y, por tanto, la Municipalidad debió haber convocado a nueva licitación.

7.2.1.11. Pero, dicho “*Contrato Preparatorio*” causo especial interés en la Comisión, debido a que no se encontró su sustento legal, ni en el régimen general de concesiones regulado por el TUO aprobado por Decreto

Supremo No. 059-96-PCM, por cierto, ni en el régimen municipal regulado por el Reglamento aprobado por Ordenanza No. 006-97-MPC, ni en las Bases Generales respectivas.

7.2.1.12. Ante esta situación, en sesión extraordinaria celebrada el 12 de diciembre de 2007, esta Comisión recibió la declaración del ex Gerente General de Asesoría Jurídica de la Municipalidad Provincial del Callao, Edwin Flores Torrejón, cuyo visto bueno, por cierto, aparece en la margen izquierda de cada una de las páginas del *Contrato Preparatorio*. Sobre el particular, se expresó lo siguiente:

“El señor PRESIDENTE, ESCUDERO CASQUINO (UPP).— (...) Tenemos la Ordenanza Municipal 06-97, reglamento que regula la entrega en concesión al sector privado las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos locales en la Provincia del Callao.

En el artículo 30° el contrato de concesión se suscribirá dentro del plazo indicado en el último párrafo del artículo anterior, 15 días siguientes a la fecha en que haya quedado consentida la resolución de adjudicación.

Si dentro del indicado plazo el concesionario no suscribe el contrato perderá su derecho a la adjudicación de la concesión.

La resolución de adjudicación tiene fecha 28 de febrero del 2000 se notificó al Consorcio CCI Concesiones Perú con fecha 6 de marzo del 2000 y sin embargo, el contrato recién se suscribió el 9 de febrero, pero del año siguiente el 2001.

Quisiéramos saber desde su punto de vista por qué ocurrió esto, no se ajusta a la norma, ¿es así?

El señor EX GERENTE GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA DE LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DEL CALLAO (1998-2004), don Edwin Flores Torrejón.— Bueno, en ese caso en particular no existe norma que establezca un plazo perentorio para la suscripción del contrato (¿?), en este caso en particular nos regimos por lo que establecía las bases que daba un plazo perentorio para la suscripción del contrato a partir del consentimiento de la adjudicación de la buena pro (¿?).¹⁵

(...) Es por ello, que nosotros en virtud a lo dispuesto en el artículo 1417 del Código Civil determinamos suscribir un contrato preparatorio en el que ya se establecían determinadas condiciones que iban a estar contenidas en el contrato de concesión y que se inició el proceso de negociación para la suscripción del contrato.

Este artículo en particular aplicado de manera supletoria en este caso, reitero, no existe o no existía en ese entonces una legislación expresa que establecía en un plazo perentorio para la suscripción del contrato (¿?), es que se iniciaron las negociaciones y para la elaboración del contrato definitivo y como usted, reitera, se suscribió en febrero del año siguiente, sin que exceda el plazo del año que textualmente establece el artículo 1417 del Código Civil.

(...) El señor PRESIDENTE, ESCUDERO CASQUINO (UPP).—
Para complementar, me gustaría que pudiera precisar el fundamento legal del contrato preparatorio.

¿Este contrato de concesión, según su interpretación, es civil o es administrativo? (...)

¹⁵ Esta primera declaración evidencia falta de manejo de la materia, pues como hemos analizado en los párrafos precedentes, no sólo la Ordenanza No. 006 contemplaba un plazo perentorio para la suscripción del Contrato de Concesión, sino también en las Bases Generales se contemplaba un plazo perentorio, aunque diferente al primero.

El señor EX GERENTE GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA DE LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DEL CALLAO (1998-2004), don Edwin Flores Torrejón.— (...) Como reitero, las normas sobre concesiones no establecen un plazo perentorio o no establecen un procedimiento específico para la suscripción del contrato. En virtud a eso, de manera supletoria se aplicó lo dispuesto en el artículo 1417° del Código Civil, que establecía que se pueden suscribir contratos preparatorios hasta por el plazo máximo de un año para luego suscribir un contrato definitivo.

En este caso, no se excedió el plazo de un año. Se suscribió mucho antes.

El señor PRESIDENTE.— No ha contestado. ¿El contrato de concesión, según su interpretación, es de naturaleza civil o de naturaleza administrativa?

El señor EX GERENTE GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA DE LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DEL CALLAO (1998-2004), don Edwin Flores Torrejón.— Administrativa.

7.2.1.13. Entonces, conforme a la declaración del entonces Asesor Jurídico de la Municipalidad Provincial del Callao, el sustento legal para la suscripción del documento denominado “Contrato Preparatorio de Concesión” fue la aplicación supletoria del Código Civil, en particular de su artículo 1417°. Aunque en realidad los contratos preparatorios se encuentran regulados a lo largo de todo el Título V (artículos 1414° - 1425°) del Libro VII: Fuente de las Obligaciones del Código Civil.

7.2.1.14. Por tanto, es preciso analizar si dicho extremo del Código Civil es aplicable supletoriamente o no al procedimiento y a los contratos de concesión. Lo cual hacemos a continuación.

7.2.1.15. La aplicación supletoria de las disposiciones del Código Civil se encuentra regulado en el artículo IX de su Título Preliminar, cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo IX.- Aplicación supletoria del Código Civil

Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza.”

7.2.1.16. Al respecto, el ponente del Título Preliminar del Código Civil, el desaparecido doctor José León Barandiarán¹⁶, nos explica que,

*“Representa el art. IX una noción de integración jurídica, en el **jus privatum**, es decir, con el derecho positivo **privado** nacional, dándole una armonía y coherencia fundamentales, pudiendo recordarse a Savigny cuando dijera que el derecho positivo se complementa a sí propio en virtud de su fuerza orgánica. Justificadamente se atribuye un rango superior al derecho civil, también denominado común, como el **derecho madre** del cual se han disgregado todas las ramas del **derecho privado**.”*

7.2.1.17. Entonces tenemos que originariamente, dicha disposición regulaba la aplicación supletoria del Código Civil ante los vacíos y deficiencias que se encuentren en otras disciplinas del derecho privado, que con el desarrollo de la vida social y económica empezó a subdividirse en varias ramas especializadas de Derechos que relacionan a las personas entre sí, pero que tienen como tronco base al Derecho Civil. No

obstante, cabe reconocerlo, como lo hace el profesor Marcial Rubio Correa¹⁷, La aplicación supletoria opera en otras disciplinas del Derecho, especial pero no únicamente del Derecho privado.

7.2.1.18. ¿Pero, cuándo aplicar o no aplicar supletoriamente las disposiciones del Código Civil? Como referencia podemos hacer nuestra la siguiente fórmula explicada en la jurisprudencia española¹⁸:

“La aplicación del Código Civil a materias regidas por leyes especiales exige:

- a) existencia de ley especial cuyo vacío haya de suplirse conforme a este artículo;*
- b) que la ley especial adolezca de oscuridades o insuficiencias;*
- c) que antes de acudir al Código Civil debe acudirse al criterio de analogía si la ley especial a aplicar lo permite”*

7.2.1.19. Adicionalmente, la misma norma contenida en el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil establece una autolimitante que es advertida de la siguiente manera por el profesor Marcial Rubio Correa¹⁹:

¹⁶ Ponencia del Título Preliminar del Código Civil a cargo de José León Barandiaran. En: REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. (1988) *Código Civil. IV Exposición de Motivos y Comentarios*.

¹⁷ Comentario de Marcial Rubio Correa al artículo IX del Código Civil. En: *Código Civil Comentado*. Gaceta Jurídica, 2007, pág. 67 y 68.

¹⁸ Sentencia del 14/11/51, 6/12/63, Santos Briz, Jaime, Código Civil, Comentarios y Jurisprudencia. (España), p. 7.

¹⁹ Comentario de Marcial Rubio Correa al artículo IX del Código Civil. En: *Código Civil Comentado*. Gaceta Jurídica, 2007, pág. 67 y 68.

“Sin embargo, el Código establece un requisito para la función de suplencia del Derecho civil consistente éste en que no haya incompatibilidad de naturaleza entre el ámbito civil y el de aquellas normas dentro de las cuales va a ser aplicada la disposición civil como supletoria. Es una previsión correcta porque, en caso de haber incompatibilidad, estaríamos aplicando una norma asistemática en un campo en el que no puede dar resultados razonables.”

7.2.1.20. En tal sentido, para el caso en particular debemos abocarnos a determinar lo siguientes aspectos:

- a) establecer si las normas especiales sobre concesiones cuentan con vacío, ambigüedad o insuficiencia respecto al plazo de suscripción del Contrato de Concesión, que permita la celebración de un *Contrato Preparatorio* en aplicación supletoria del Código Civil, como lo señala el ex Gerente General de Asesoría Jurídica de la Municipalidad, Edwin Flores Torrejón; y
- b) establecer si dicha aplicación supletoria es compatible con la naturaleza administrativa del procedimiento y contrato de concesión.

7.2.1.21. Respecto al primer aspecto, la Ordenanza No. 006 establece taxativamente el plazo en que debe suscribirse el contrato de concesión. Como se ha analizado previamente, *supra*, el contrato de concesión debía suscribirse *“dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha en que haya quedado consentida la Resolución de Adjudicación”* (artículos 36º, 30º y 29º), que sumados a los cinco (5) días previstos para poder impugnar dicha resolución, nos da el plazo de 20 días, que se vencieron

indefectiblemente el día martes 28 de marzo del 2000. Por tanto la norma especial sobre concesiones, en que se sustentó la propia Municipalidad Provincial del Callao, no presentaba vacío, ambigüedad, ni insuficiencia que haga necesaria la aplicación supletoria del Código Civil.

7.2.1.22. Para el segundo aspecto, debemos precisar previamente que el acto de adjudicación de concesión, así como el procedimiento licitatorio previo y el contrato de concesión que de ellos se deriva, que hacen un todo denominado procedimiento de concesión, tienen naturaleza eminentemente administrativa, por cuanto participa una persona jurídica estatal, su objeto esta constituido por un fin público o propio de la Administración y contienen, explícita o implícitamente, cláusulas exorbitantes a favor del Estado. Siendo ello así, su regulación corresponde a las normas y principios del Derecho Público.

7.2.1.23. Entonces, la determinación de incompatibilidad o no de las disposiciones del Código Civil (particularmente la posibilidad de celebrar o no un contrato preparatorio) con la naturaleza administrativa del procedimiento de concesión pasan por determinar la compatibilidad entre los principios del Derecho Civil y los del Derecho Administrativo para el caso en particular.

En efecto, como lo señala el profesor Marcial Rubio Correa²⁰,

"...los conjuntos y sub-conjuntos jurídicos (a los que se suele llamar ramas o sub-ramas) se diferencian entre sí no sólo (ni básicamente) por la redacción y contenido de sus normas (cosa que eventualmente puede influir en tal diferenciación), sino

²⁰ RUBIO CORREA, Marcial. (1988) *Título Preliminar*. Cuarta edición, Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. III, PUCP.

fundamentalmente por los principios que los informan en cada caso. Cuando éstos principios sean incompatibles, entonces estaremos en el supuesto de la excepción contenida en la parte final del artículo IX."

7.2.1.24. En ese sentido, es particularmente importante centrarnos en el principio de legalidad.

7.2.1.25. Al respecto, Roberto Dromi²¹ señala lo siguiente:

"El principio de legalidad es la columna vertebral de la actuación administrativa y por ello puede concebirse como externo al procedimiento, constituyendo simultáneamente la condición esencial para su existencia."

7.2.1.26. Si bien es cierto para el derecho privado, el principio de legalidad opera conforme a lo dispuesto en el literal a, del numeral 24 del artículo 2º de la Constitución, *"Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe."* Debe tenerse en cuenta que, en un régimen constitucional y democrático, en el Sector Público (donde el poder se ostenta por una delegación del pueblo) opera el principio inverso, según el cual "lo no permitido, es prohibido".

7.2.1.27. En efecto, el principio de legalidad explica que si en el Derecho privado la capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción, en el Derecho público la relación es precisamente a la inversa, ya que en resguardo de la libertad individual y derechos de los ciudadanos, la ley no asigna a cada sujeto de derecho, ámbito y fin predeterminado, más bien

²¹ DROMI, Roberto. (2005) *Derecho Administrativo*. Tomo II, editoriales Gaceta Jurídica y Ciudad Argentina, Lima, pág. 458.

sus aptitudes se determinan por proposiciones positivas, declarativas y marginalmente limitativas. Pero, las competencias de la Administración Pública mantienen una situación precisamente inversa, ya que debiendo su creación y subsistencia a la ley, por ende, siempre debe contar con una norma que le señale su campo atributivo que lógicamente no puede ser ilimitado.

Con acierto se señala, entonces, que mientras los sujetos de derecho privado, pueden hacer todo lo que no está prohibido, los sujetos de derecho público sólo pueden hacer aquello que le sea expresamente facultado. En otras palabras, no basta la simple relación de no contradicción. Se exige, además, una relación de subordinación. Es decir, que para la legitimidad de un acto administrativo es insuficiente el hecho de no ser ofensivo a la ley. Este debe ser realizado con base en alguna norma permisiva que le sirva de fundamento.²²

7.2.1.28. Para el caso que nos ocupa, podemos concluir que la aplicación de las disposiciones del Código Civil respecto a contratos preparatorios no es compatible con el principio de legalidad que impera en la naturaleza administrativa del procedimiento de concesión, puesto que no existe norma permisiva en el régimen general de concesiones (Decreto Supremo No. 059-96-PCM), ni en el régimen municipal (Ordenanza No. 006-97-MPC), para la celebración de tales “contratos preparatorios”.

7.2.1.29. Si bien es cierto, la utilidad práctica de los contratos preparatorios es indiscutible en el ámbito privado, cuando por dificultades u obstáculos de hecho o derecho, no sea factible o conveniente concluir un contrato. En el ámbito público ello no es así, habida cuenta que la

²² Ver MORÓN URBINA, Juan Carlos (2005) *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*.

Administración no puede suscribir actos o contratos que la ley no le permita expresamente. Es el caso del “*Contrato Preparatorio de Concesión*” suscrito entre la Municipalidad Provincial del Callao y Convia! Callao S.A.. Por tanto en este caso la aplicación supletoria del Código Civil resulta incompatible con el principio de legalidad, más aún cuando la norma en que se sustentó dicho procedimiento, la Ordenanza No. 006-97-MPC, sanciona la no suscripción del contrato en el plazo establecido, con la pérdida del derecho a la adjudicación por parte del concesionario, y obliga al concedente a convocar a nueva licitación (Artículo 30º).

7.2.1.30. En virtud de lo expuesto y conforme a lo establecido en el artículo 43º, inciso b) del Texto Único Ordenado de la Ley de Normas General de Procedimientos Administrativos, aprobado por Decreto Supremo No. 02-94-JUS, el “*Contrato Preparatorio de Concesión*” así suscrito es nulo de pleno derecho por ser su suscripción contraria a la Constitución y las leyes, además de contener un imposible jurídico (prorrogar la suscripción del Contrato de Concesión para lo cual había un plazo preestablecido).

7.2.1.31. **(El motivo del “Contrato Preparatorio”)** Pero el incumplimiento por parte de la Municipalidad Provincial del Callao, de declarar la pérdida del derecho de adjudicación de Convia! Callao S.A., el incumplimiento de ejecutar la Carta Fianza de Seriedad de Propuesta ascendente a US\$ 1'000,000, y la omisión de convocar a nueva licitación, se debe examinar a la par de los acontecimientos societarios en la empresa concesionaria Convia! Callao S.A.

7.2.1.32. En primer lugar, tengamos claro los efectos inmediatos del “Contrato Preparatorio” suscrito y sus cinco (5) cláusulas adicionales:

Efectos del Contrato Preparatorio y sus Cláusulas Adicionales

ACTO O CONTRATO	FECHA DE SUSCRIPCIÓN / PUBLICACIÓN	SUSCRIPCIÓN DE CONTRATO CONCESIÓN	
		PLAZO	FECHA MÁXIMA
Resolución de otorgamiento de concesión	29 FEB 2000 (publicación)		
“Contrato Preparatorio Concesión”	30 MAR 2000	90 días	30 JUN 2000 aprox.
Cláusula adicional 1	6 JUN 2000	60 días más	30 AGO 2000 aprox.
Cláusula adicional 2	29 AGO 2000	30 días más	28 SEP 2000
Cláusula adicional 3	21 SEP 2000	30 días más	28 OCT 2000
Cláusula adicional 4	24 OCT 2000	60 días más	27 DIC 2000
Cláusula adicional 5	19 DIC 2000	43 días más	9 FEB 2001
Contrato de Concesión (“definitivo”)	9 FEB 2001		

7.2.1.33. Como se observa, el objeto del *Contrato Preparatorio* y sus *cláusulas adicionales* fue postergar hasta en seis (6) oportunidades la suscripción del Contrato de Concesión (definitivo), que finalmente se suscribió el 9 de febrero del 2001.

7.2.1.34. Pero resultan especialmente relevantes tres hechos societarios de la empresa concesionaria, de los que ha tomado conocimiento esta Comisión a través del Libro Actas de la Junta General de Accionistas, remitido por Convial Callao S.A. mediante Carta No. CE-333/07 del 15 de noviembre de 2007. Los mismos que son los siguientes:

7.2.1.35. Con fecha 10 de agosto del 2000 se reunió la Junta General de Accionistas de Convial Callao S.A. a fin de aumentar su capital social. Al respecto, su Presidente, Mario Ernesto Angel Guasco, señaló,

“...que como era conocido por los asistentes, era necesario proceder a aumentar el capital de la sociedad por nuevos aportes a fin de cumplir con el contrato que suscribiría en breve la sociedad con el Municipio del Callao. Al efecto, señaló que el aumento debería ascender a S/. 41'000,000 quedando en consecuencia incrementado el capital social de S/. 1'000,000 a la suma de S/. 42'000,000, cuyas acciones podían ser pagadas en un 25%.

7.2.1.36. Dicho aumento de capital quedó aprobado y en consecuencia la composición accionaría quedó de la siguiente manera:

ACCIONISTA	CANTIDAD DE ACCIONES	PARTICIPACIÓN
CCI Construcciones S.A.	20'580,000	49 %
CCI Concesiones S.A.	10'920,000	26 %
Concesiones Perú S.A.C.	10'500,000	25 %
Total	42'000,000	100 %

7.2.1.37. Sin embargo, el 1º de septiembre del 2000 se volvió a reunir la Junta General de Accionistas de Convial Callao S.A., informando su Presidente, Mario Ernesto Angel Guasco,

“...que hasta la fecha Concesiones Perú S.A.C. no cumplió con el mínimo establecido por la Ley²³ para los fines de la suscripción de

²³ El Artículo 52 de la Ley No. 26887, Ley General de Sociedades señala: “Suscripción y pago del capital.- Para que se constituya la sociedad es necesario que tenga su capital suscrito totalmente y cada acción suscrita pagada por lo menos en una cuarta parte. Igual regla rige para los aumentos de capital que se acuerden.”

las acciones que ésta compañía suscribiera en la citada Junta (del 10 de agosto del 2000).”

Y luego señaló,

“...que conforme a lo que se había expresado no podía declararse aumentado el capital social de la sociedad...”

En vista de ello,

“Los accionistas... acordaron por unanimidad declarar sin efecto el citado aumento de capital social y se comprometieron a la búsqueda de algún otro socio para que pudiera cumplirse con este propósito, oportunidad en que se acordaría el aumento de capital pretendido.”

7.2.1.38. Finalmente, el 5 de enero del 2001 se reúne nuevamente la Junta General de Accionistas de Convia Callao S.A. y logra el aumento de capital a S/. 42'000,000, con la intervención de la empresa Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S.A. (ICCGSA). Así queda S/. 1'000,000 íntegramente suscrito y pagado, y S/. 41'000,000 íntegramente suscrito y pagado en 25 %; quedando la composición accionaria como sigue:

Estructura accionaria de Convia Callao S.A.

Aumento de Capital inscrito el 1 de febrero de 2001

ACCIONISTA	CANTIDAD DE ACCIONES	PARTICIPACIÓN
CCI Construcciones S.A.	20'580,000	49 %
CCI Concesiones S.A.	10'920,000	26 %
Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S.A.	10'010,000	23.83 %

ACCIONISTA	CANTIDAD DE ACCIONES	PARTICIPACIÓN
Concesiones Perú S.A.C.	490,000	1.17 %
Total	42'000,000	100 %

7.2.1.39. En consecuencia, recién el 5 de enero de 2001 se logra aumentar el capital social de la empresa Convial Callao S.A. al mínimo requerido para la suscripción del Contrato de Concesión. Dicho aumento de capital fue elevado a Escritura Pública el 31 de enero del 2001 y el título se presentó a Registros Públicos recién el 1º de febrero de 2001.

7.2.1.40. Dichos hechos societarios manifiestan que al término del plazo para suscribir el contrato de concesión previsto en la Ordenanza No. 006-97-MPC, esto es al martes 28 de marzo del 2000, la empresa adjudicataria, Convial Callao S.A. no contaba con el capital social mínimo requerido, puesto que a dicha fecha era de S/. 1'000,000 íntegramente suscrito, pero pagado sólo en un 25 %, cuando el mínimo requerido era el equivalente a US\$ 12'000,000 (S/. 42'000,000). Por tanto se encontraba imposibilitado para suscribir el contrato de concesión. La Municipalidad debió haber ejecutado la Carta Fianza de Seriedad de Oferta y convocado a nuevo concurso. Pero, por el contrario, suscribió ilícitamente un documento denominado "*Contrato Preparatorio de Concesión*", así como cinco (5) *cláusulas adicionales*, con lo cual se postergó la suscripción del contrato de concesión hasta en seis (6) oportunidades, hasta el 9 de febrero del 2001, fecha en que finalmente se suscribió un documento denominado "*Contrato de Concesión*".

7.2.2. LOS GERENTES GENERALES DE CONVIAL CALLAO S.A. SUSCRIBIERON ACTOS Y CONTRATOS SIN CONTAR CON LA HABILITACIÓN LEGAL CORRESPONDIENTE A SU CONDICIÓN DE CIUDADANOS EXTRANJEROS,

ACARREANDO LA INVALIDEZ DE DICHOS ACTOS Y CONTRATOS, INCLUYENDO EL DENOMINADO “CONTRATO PREPARATORIO DE CONCESIÓN” Y EL CONTRATO DE CONCESIÓN Y SUS ADENDAS.

7.2.2.1. Conforme a lo señalado en el artículo 188.1 de la Ley No. 26887, Ley General de Sociedades, el Gerente General de una sociedad, por su sólo nombramiento, tiene la atribución de celebrar y ejecutar los actos y contratos ordinarios correspondientes del objeto social.

7.2.2.2. Sin embargo, cuando se trata de ciudadanos extranjeros, debe aplicarse de manera conjunta, lo dispuesto en el Decreto Legislativo No. 689 y los Decretos Supremos No. 014-92-TR y 023-2001-TR, Ley de Contratación de Extranjeros (LCE) y su reglamento (RLCE).

7.2.2.3. En efecto, el artículo 2º de la LCE establece lo siguiente:

***“Artículo 2º.-** La contratación de trabajadores extranjeros está sujeta al régimen laboral de la actividad privada y a los límites que establece la presente Ley y sus servicios están comprendidos en el régimen laboral de la actividad privada. El contrato de trabajo y sus modificaciones deben ser autorizados por la Autoridad Administrativa de Trabajo (Ministerio de Trabajo).”*

El contenido entre paréntesis es nuestro.

7.2.2.4. Y mucho más explícito es el último párrafo del artículo 1º del RLCE, que señala:

***“Artículo 1º.-** (Último párrafo) El personal (extranjero) sólo podrá iniciar la prestación de servicios (en nuestro caso debemos*

referirnos a los servicios gerenciales) (i) aprobado el respectivo contrato de trabajo y (ii) obtenida la calidad migratoria habilitante.

El subrayado y el contenido entre paréntesis es nuestro.

7.2.2.5. Más aún el artículo 14.e) del RLCE contiene la obligación de consignar en los contratos de trabajo del personal extranjero, "Que la aprobación del contrato no autoriza a iniciar la prestación de servicios hasta que no se cuente con la calidad migratoria habilitante, otorgada por la autoridad migratoria correspondiente, bajo responsabilidad del empleador". El subrayado es nuestro.

7.2.2.6. Por lo expuesto, conforme a nuestra legislación, un ciudadano extranjero no puede prestar servicios gerenciales y ejercer atribuciones tales como celebrar y ejecutar actos y contratos ordinarios correspondientes al objeto de una sociedad anónima o representar procesalmente a la empresa, hasta no contar con:

- (i) contrato de trabajo aprobado por la Autoridad Administrativa de Trabajo, y
- (ii) obtener la calidad migratoria habilitante (visa de Trabajador).

La carencia de estos requisitos implica la falta de capacidad legal del omiso.

7.2.2.7. En el caso que nos ocupa, diversos actos y contratos fueron celebrados por los ciudadanos argentinos Mario Ernesto Ángel Guasco y Javier Roberto Lowry Gazzini, ambos en su calidad de Gerente General de Convia! Callao S.A. Dichos actos y contratos se detallan a continuación:

**Actos y contratos suscritos por
Gerentes Generales de Convial Callao S.A.**

	ACTO O CONTRATO	FECHA DE SUSCRIPCIÓN	GERENTE GENERAL DE CONVIAL CALLAO S.A. QUE SUSCRIBIÓ
1.	Contrato preparatorio de concesión;	30 MAR 2000	Mario Ernesto Guasco
2.	Cláusula adicional al contrato preparatorio de concesión;	6 JUN 2000	Mario Ernesto Guasco
3.	Cláusula adicional al contrato preparatorio de concesión;	29 AGO 2000	Mario Ernesto Guasco
4.	Cláusula adicional al contrato preparatorio de concesión;	21 SEP 2000	Mario Ernesto Guasco
5.	Cláusula adicional al contrato preparatorio de concesión;	24 OCT 2000	Mario Ernesto Guasco
6.	Cláusula adicional al contrato preparatorio de concesión;	19 DIC 2000	Mario Ernesto Guasco
7.	Contrato de concesión;	9 FEB 2001	Mario Ernesto Guasco
8.	Adenda al contrato (adenda 1);	15 FEB 2002	Javier Lowry Gazzini
9.	Aclaración a adenda del contrato (adenda 2);	20 FEB 2002	Javier Lowry Gazzini
10.	Adenda al contrato (adenda 3);	22 MAY 2002	Javier Lowry Gazzini
11.	Acta de toma de posesión y entrega de bienes;	20 MAR 2003	Javier Lowry Gazzini
12.	Aclaración a adenda del contrato (adenda 4);	7 AGO 2003	Javier Lowry Gazzini
13.	Adenda al contrato (adenda 5);	21 MAY 2004	Javier Lowry Gazzini
14.	Adenda al contrato (adenda 6);	10 ENE 2005	Javier Lowry Gazzini
15.	Adenda al contrato (adenda 7).	3 MAR 2006	Javier Lowry Gazzini

7.2.2.8. Sin embargo, conforme al Informe No. 004-2007-IN-1601-UARCH, de la Dirección de Migraciones y Naturalización (DIGEMIN) del Ministerio del Interior, el ciudadano argentino Mario Ernesto Ángel Guasco sólo figura con calidades migratorias de Turista y de Negocios, entre abril de 1998 y febrero de 2002 (cuando salió del país, sin registrar retorno hasta enero del 2007).

7.2.2.9. Según el mismo informe, el ciudadano argentino Javier Roberto Lowry Gazzini figura con calidades migratorias de Turista y de Negocios entre noviembre del 2000 y junio del 2005. Recién a partir del 19 de septiembre de 2005 figura con calidad migratoria de Trabajador.

7.2.2.10. De lo expuesto, se concluye que los actos y contratos enumerados en el cuadro precedente, hasta la Adenda al contrato de concesión del 10 de enero del 2005, designado con el número 14 en el mencionado cargo, el Contrato de Concesión inclusive son ineficaces, por haber sido suscritos por parte de Convial Callao S.A., por ciudadanos extranjeros que conforme a la Ley General de Sociedades y la Ley de Contratación de Extranjeros, carecían de capacidad legal para celebrar actos y contratos en representación de la sociedad, pues actuaron en su calidad de Gerente General sin contar con contrato de trabajo aprobado por la Autoridad Administrativa de Trabajo y sin contar con la calidad migratoria habilitante (visa de Trabajador).

7.2.2.11. La Adenda al Contrato de Concesión de fecha 3 de marzo de 2006 sí fue suscrita por parte de Convial Callao, por agente representante capaz, por cuanto el Gerente General que suscribió, Javier Roberto Lowry Gazzini, a esa fecha ya contaba con visa de Trabajador, cuando menos a partir del 19 de septiembre de 2005. No obstante, dado que conforme a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 224º del Código Civil, lo accesorio (la adenda) corre la suerte de lo principal (el contrato de concesión), aquella también se ve perjudicada por la ineficacia de los actos que la antecedieron.

7.2.3. EL “CONTRATO PREPARATORIO DE CONCESIÓN” Y SUS CLÁUSULAS ADICIONALES, EL “CONTRATO DE CONCESIÓN”, SUS ADENDAS Y ACLARACIONES, NO CUMPLIERON CON SER APROBADAS POR PROMCEPRI (LUEGO SERIA COPRI Y AHORA PROINVERSION), CONFORME LO DISPONE EL ARTÍCULO 23º DEL TUO APROBADO POR DECRETO SUPREMO No. 059-96-PCM, QUE REGULA EL RÉGIMEN GENERAL DE CONCESIONES.

7.2.3.1. El artículo 23º del Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos (régimen general de concesiones, aplicable al presente caso, según lo analizado en el primer punto), aprobado por Decreto Supremo No. 059-96-PCM, señala lo siguiente:

“Artículo 23.- Las bases de las Licitaciones Públicas Especiales y de los Concursos de Proyectos Integrales y los Contratos de Concesión correspondientes, serán aprobados por las PROMCEPRI. (...)”

7.2.3.2. Supuesto que no se cumple en el caso del Contrato de Concesión de la “Vía Expresa del Callao”, sus adendas y aclaraciones, así como en el documento denominado “*Contrato Preparatorio de Concesión*” y sus cláusulas adicionales, de acuerdo a la documentación e información obrante en el seno de esta Comisión.

7.2.3.3. De acuerdo a ello, la situación expuesta constituye un vicio más que acarrea la nulidad de pleno derecho de dichos actos y contratos, por no guardar la forma prescrita por la ley.

7.2.4. MEDIANTE ADENDA DEL 21 DE MAYO DE 2004, LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DEL CALLAO OTORGÓ GARANTÍA COMPLEMENTARIA SIN CUMPLIR CON SOLICITAR INFORME PREVIO DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

7.2.4.1. El artículo 22º de la Ley No. 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, contiene la siguiente disposición:

“Artículo 22.- Atribuciones

Son atribuciones de la Contraloría General, las siguientes:

(...)

l) Informar previamente sobre las operaciones, fianzas, avales y otras garantías que otorgue el Estado, inclusive los proyectos de contrato, que en cualquier forma comprometa su crédito o capacidad financiera, sea que se trate de negociaciones en el país o en el exterior.

(...)

y) Regular el procedimiento, requisitos, plazos y excepciones para el ejercicio del control previo externo a que aluden los literales j), k) y l) del presente artículo... emitiendo la normativa pertinente que contemple los principios que rigen el control gubernamental.”

7.2.4.2. En desarrollo de dicho mandato legal, mediante Resolución de Contraloría No. 080-2004-CG, publicada el 10 de marzo de 2004, la Contraloría General de la República aprueba el “Reglamento para la emisión del Informe Previo sobre las operaciones de endeudamiento y garantías del Estado”, el mismo que dispone lo siguiente:

“Artículo 3.- Alcance

Se encuentran dentro del alcance del presente Reglamento, salvo los casos de excepción contemplados en las Disposiciones Complementarias del presente Reglamento, los siguientes:

(...)

3.2. Las operaciones, garantías, fianzas, avales y proyectos de contrato que otorguen las entidades sujetas al ámbito del Sistema Nacional de Control, que no estando previstas en el numeral anterior, comprometan su crédito o capacidad financiera, sea que se trate de operaciones efectuadas en el país o en el exterior realizadas sin el aval del Gobierno Nacional, mayores a un (1) año.

Para los efectos del presente Reglamento entiéndase que se compromete el crédito o la capacidad financiera, cuando se incrementa el stock y servicio de la deuda pública, se reduce el patrimonio del Estado o se genera un pago contingente para el mismo, derivadas de operaciones financieras y no financieras.”

“Artículo 5.- Requerimiento del Informe Previo

En todos los casos mencionados en el Artículo 3 del presente Reglamento, las entidades deberán gestionar ante la Contraloría General de la República (en adelante Contraloría), la emisión del Informe Previo correspondiente, antes de proceder a la aprobación de dichas operaciones y suscripción de los contratos respectivos.

En concordancia con el carácter previo de la actuación de la Contraloría, no se podrá solicitar la emisión del informe, en vías de regularización. Los casos de omisión serán evaluados vía control posterior, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiera lugar.

La forma y requisitos de presentación serán los que se establecen en el presente Reglamento.”

7.2.4.3. En ese sentido, el artículo 7º del referido Reglamento precisa los documentos que en el caso de los Gobiernos Locales que requieran realizar directamente operaciones de endeudamiento interno sin aval del Gobierno Nacional u otras operaciones previstas en el Artículo 3º antes referido también, debían adjuntar a su solicitud de informe previo correspondiente a la Contraloría.

7.2.4.4. Para el caso que nos ocupa, es de advertir la Adenda al Contrato de Concesión de la “Vía Expresa del Callao” que con fecha 21 de mayo de 2004 suscribieron la Municipalidad Provincial del Callao y la empresa concesionaria Convia! Callao S.A., que entre otros aspectos, en su cláusula Sexta, implementa una garantía complementaria a favor de accionistas de la concesionaria o financistas, sobre la base de documentos contable-negociables denominados “Certificados de Inversión”.

7.2.4.5. Sin embargo, de acuerdo al Informe No. 172-2007-CG/OEA de la Contraloría General de la República, la Municipalidad Provincial del Callao no cumplió con solicitar el informe previo a que nos hemos referido párrafos arriba, en consecuencia, la Municipalidad no cumplió con remitir ninguno de los documentos que se especifican debían acompañar a dicha solicitud, como se analiza a continuación:

	REQUISITOS SOLICITUD DE INFORME PREVIO (Art. 7, Res. Contraloría No. 080-2004-CG)	M.PROV.CALLAO
1.	Solicitud del Alcalde, acompañando acta que de cuenta de la aprobación del Concejo Municipal	NO REMITE

	REQUISITOS SOLICITUD DE INFORME PREVIO (Art. 7, Res. Contraloría No. 080-2004-CG)	M.PROV.CALLAO
2.	Informe Técnico Favorable de la Oficina de Proyectos de Inversión	NO CORRESPONDE
3.	Evaluación de la entidad financiera que otorga el préstamo	NO CORRESPONDE
4.	Informe Legal Favorable de la Oficina de Asesoría Legal	NO REMITE
5.	Informe Financiero Favorable de la Oficina de Presupuesto y Planificación	NO REMITE
6.	Proyecto de contrato, debidamente suscritos y visados por el funcionario competente	NO REMITE
7.	Informe Legal, emitiendo opinión favorable respecto al citado proyecto	NO REMITE
8.	Documentación que sustente dichos informes	NO REMITE

7.2.4.6. En consecuencia la aludida Adenda de fecha 21 de mayo de 2004, cuando menos su cláusula Sexta, se suscribió en clara contravención del inciso l) del artículo 22º la Ley No. 27785 y su Reglamento aprobado por Resolución de Contraloría No. 080-2004-CG, publicada el 10 de marzo de 2004, lo cual, en concordancia con lo previsto en el inciso 1 del artículo 10º de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, constituye un vicio que causa su nulidad de pleno derecho.

7.2.4.7. En efecto, la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General precisa que,

“Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias. (...)”

7.2.5. MEDIANTE ADENDA DEL 10 DE ENERO DE 2005, LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DEL CALLAO EXTENDIÓ ILÍCITAMENTE LA CONCESIÓN A UN TRAMO DE LA RED VIAL NACIONAL, ADEMÁS, SIN COMPETENCIA, SIN CONCURSO, NI LICITACIÓN PREVIA OTORGÓ A CONVIAL CALLAO S.A. LA EXCLUSIVIDAD DE AVISAJE PUBLICITARIO Y EXPLOTACIÓN COMERCIAL DE DICHO TRAMO ANEXADO Y OTRO DE LA AV. TOMÁS VALLE.

7.2.5.1. Mediante adenda al Contrato de Concesión de la “Vía Expresa del Callao”, suscrita el 10 de enero de 2005, la Municipalidad Provincial del Callao y la empresa concesionaria Convial Callao S.A., acuerdan lo siguiente:

“TERCERA: ...REDETERMINACIÓN DEL TRAMO A

(...) Por lo tanto de conformidad a lo dispuesto en los numerales 9.4 y 14.2 del Contrato, el CONCEDENTE, resuelve:

(...)

c) Extender el Tramo A (Río Rímac - Óvalo de las Américas: Acceso Aeropuerto) hasta el Óvalo 200 Millas, por lo tanto de ahora en más cuando nos refiramos a ese tramo debe entenderse como: Tramo A: Río Rímac-Óvalo 200 Millas (Prog. 3+000 – Prog. 8+900)”

“CUARTA: OBRAS ADICIONALES TRAMO A

Por el hecho de haber sido redefinido el Tramo A al correspondiente entre las Progresivas 3+000 a 8+900:

El CONCESIONARIO deberá ejecutar dentro del plazo previsto para los trabajos correspondientes al Tramo A del Addendum de 21 MAY 2004, las siguientes Obras Adicionales:

- a. Bacheo del Pavimento entre progresivas 4+740 y 5+620*
- b. Bacheo del Pavimento del Óvalo de las Américas: Acceso Aeropuerto*
- c. Remodelación de la Av. Faucett desde el Óvalo de las Américas: Acceso Aeropuerto (intersección Tomás Valle) hasta Óvalo 200 Millas, de tal forma que este tramo quede integrado a la Vía Expresa, consistente en:*
 - i) Bacheo*
 - ii) Pavimentación de los retornos*
 - iii) Conformación y homogenización de los canteros centrales, construyendo los sardineles correspondientes*
 - iv) Parquización de los canteros centrales*
 - v) Señalización horizontal*
 - vi) Señalización vertical*

A solicitud de la Municipalidad Provincial del Callao (CONCEDENTE), el CONCESIONARIO se hace cargo de los trabajos de parquización descritos, no teniendo por ello compensación alguna.

La Municipalidad Provincial del Callao (CONCEDENTE), por su parte, se compromete a hacerse cargo del mantenimiento de los sectores parquizados."

"SEXTA: CONSECUENCIAS

(...)

III. Se extiende el derecho de exclusividad del avisaje publicitario y de la explotación comercial marginal que actualmente tiene el CONCESIONARIO, según lo previsto en el CONTRATO y en los Addendums, a los tramos: (a) Av. Faucett desde Prog. 5+620 hasta Prog. 8+900; y (b) Av. Tomás Valle dentro de la jurisdicción de la Municipalidad Provincial del Callao, tramos en los cuales debe hacerse cargo del mantenimiento de rutina luego del comienzo del cobro de peaje, tal lo dispuesto por el Addendum del 21 MAYO 2004.”

7.2.5.2. No obstante, el tramo de la Av. Elmer Faucett, desde el mencionado Óvalo 200 Millas hasta la intersección con la Av. Tomás Valle (ingreso Aeropuerto) formaba parte de la Red Vial Nacional, en el marco del Proyecto Especial Periférico Vial Norte, conforme a la Resolución Ministerial Nº 276-99-MTC-15.02, del 5 de julio de 1999:

“Artículo 1.- La RUTA 001. Carretera Longitudinal de la Costa o Panamericana, está conformada por la siguiente Ruta Nacional, la misma que integra la Red Vial Nacional:

Variante Norte:

d) Callao: Puerto del Callao - Av. Manco Cápac - Av. Huáscar - Av. Atalaya - Av. Néstor Gambetta - Av. Elmer Faucett - Empalme Av. Elmer Faucett, desde el Ovalo 200 Millas hasta la Av. Tomás Valle; y Lima: Empalme Av. Elmer Faucett - Av. Naranjal - Panamericana Norte - Intersección Av. Túpac Amaru - Av. Víctor Raúl Haya de la Torre - Av. Condorcanqui - Av. El Sol - Calle Los Alamos - Intersección Autopista Ramiro Prialé - Av. Separadora Industrial - Intersección Carretera Central – Empalme Panamericana Sur. (...)”

7.2.5.3. Siendo ello así, la titularidad del tramo que nos importa recaía sobre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Sin embargo, como lo advierte el mismo Ministerio en recientes informes remitidos a esta Comisión con Oficio No. 0287-2008-MTC/01, del 21 de febrero de 2008, por medio del Decreto Supremo No. 030-2001-MTC, del 9 de julio del 2001 (anterior a la adenda), la titularidad del referido Proyecto Especial Periférico Vial Norte se transfirió a la Municipalidad Metropolitana de Lima, hasta la actualidad.

7.2.5.4. Por tanto, nuevamente sin la competencia correspondiente, las autoridades de la Municipalidad Provincial del Callao dieron en concesión a Convial Callao S.A., sin concurso ni licitación previos, un tramo sobre el cual no tenía, ni tiene titularidad, autorizando inclusive, su explotación por medio de la exclusividad de avisaje publicitario y de toda otra forma comercial que el concesionario vea conveniente.

7.2.5.5. En consecuencia, la adenda suscrita con fecha 10 de enero de 2005, cuando menos sus cláusulas Tercera, Cuarta y Sexta, glosadas *supra*, se encuentra afectada por un vicio que acarrea su nulidad de pleno derecho.

7.2.5.6. En efecto, dicha nulidad se sustentan en las siguientes disposiciones de la Ley N. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General:

“TERCERA (Disposición Complementaria y Final).- Integración de procedimientos especiales

La presente Ley es supletoria a las leyes, reglamentos y otras normas de procedimiento existentes en cuanto no la contradigan o

se opongan, en cuyo caso prevalecen las disposiciones especiales.”

“Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

(...)

2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.”

“Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

1. Competencia.- Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado...”

7.2.6. MEDIANTE ADENDA DEL 3 DE MARZO DEL 2006 SE TRANSFIERE ILÍCITAMENTE A CONVIAL CALLAO S.A., LA ADMINISTRACIÓN DEL “CANON” QUE PROVENIENTE DE LA CONCESIÓN CORRESPONDÍA A LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DEL CALLAO.

7.2.6.1. Por adenda de fecha 15 de febrero del 2002, entre otros aspectos, se modifica el carácter gratuito de la concesión y se *“transforma en onerosa, debiendo abonar el Concesionario un CANON que se destinará exclusivamente a la constitución de un fondo fiduciario para promover el desarrollo de microemprendimientos regionales.”*

7.2.6.2. Dicho *CANON* consistió en un abono fijo anual de S/. 360,000, dividido en 12 cuotas mensuales y consecutivas de S/. 30,000, a partir del segundo mes calendario completo contado a partir del comienzo del cobro del peaje. Según la misma adenda,

“c) FONDO FIDUCIARIO:

Con los recursos provenientes del CANON, se crea un FONDO FIDUCIARIO, sin fines de lucro, para el DESARROLLO DE MICROEMPRESARIOS REGIONALES (FF-PDMR). La Administración del FF-PDMR estará a cargo de un tercero independiente, elegido de común acuerdo entre el CONCEDENTE y el CONCESIONARIO.”

7.2.6.3. Dicho Fondo serviría para el otorgamiento de préstamos hasta por S/. 35,000 a individuos o microempresas radicadas dentro de la jurisdicción de la Municipalidad Provincial del Callao que desarrollen actividades comerciales e industriales.

7.2.6.4. No obstante, posteriormente, mediante adenda de fecha 3 de marzo del 2006, se modifica la modalidad de administración de dicho *CANON*, en consecuencia, según la referida adenda,

“...dicho canon dejará de constituirse en fondo fiduciario a ser administrado por un tercero independiente, y, será depositado en una cuenta especial intangible a nombre del CONCESIONARIO, en una entidad bancaria de su elección. Por consiguiente, los recursos del Canon no constituyen fondos públicos, su administración y asignación quedan sujetos a la decisión, cuenta y riesgo del Consorcio Convial Callao S.A...”

7.2.6.5. Dicha adenda contraviene, cuando menos, las siguientes disposiciones legales:

7.2.6.6. Ley No. 27783, Ley de Bases de la Descentralización, del 20 de julio del 2002:

“Tercera (Disposición Complementaria).- Definición y distribución de los recursos de la privatización y concesiones
Todos los recursos que efectivamente se perciban, como consecuencia de los procesos de privatización y concesiones, constituyen recursos públicos.”

7.2.6.7. Ley No. 28112, Ley Marco de la Administración Financiera del Sector Público, del 28 de noviembre del 2003:

“Artículo 18.- Presupuestos institucionales
La totalidad de los ingresos y gastos públicos deben estar contemplados en los presupuestos institucionales aprobados conforme a ley, quedando prohibida la administración o gerencia de fondos públicos, bajo cualquier otra forma o modalidad. Toda disposición en contrario es nula de pleno derecho.”

7.2.6.8. Por tanto, dicha adenda resulta nula de pleno derecho por aplicación directa de la última parte del artículo 18º de la Ley No. 28112 y por aplicación del inciso 1 del artículo 10 de la Ley No. 27444:

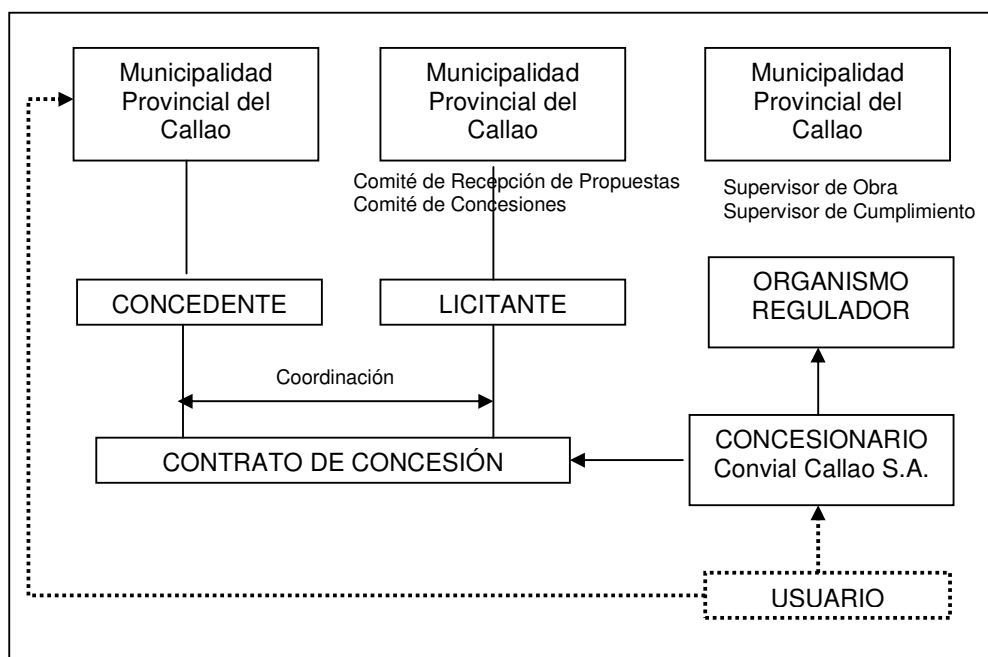
“Artículo 10.- Causales de nulidad
Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

(...)

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.”

7.2.7. LAS 5 ADENDAS Y 2 ACLARACIONES SUSCRITAS POR EL ALCALDE DE LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DEL CALLAO Y EL GERENTE GENERAL DE CONVIAL CALLAO S.A. DESNATURALIZARON EL PROYECTO ORIGINAL Y EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE LA “VÍA EXPRESA DEL CALLAO”, QUEBRANDO LA ECUACIÓN ECONÓMICO FINANCIERA EN PERJUICIO DE LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DEL CALLAO Y LOS USUARIOS.

7.2.7.1. Previamente, identifiquemos a los participantes de la relación contractual que nos ocupa, pero debemos advertir que, habida cuenta que el Contrato de Concesión, por su propia naturaleza, no se agota en las partes, estamos incorporando a un agente adicional: el “Usuario”.



7.2.7.2. En segundo lugar debemos referirnos al concepto de ecuación económico financiera de la concesión. Al respecto, el profesor Gaston Jèze²⁴ señala que,

“El contrato de concesión es, esencialmente, un contrato de buena fe. Cuando se perfecciona, se realiza una ecuación financiera. La equidad quiere que ella se mantenga al variarse ciertos elementos ‘favorables’ al concesionario si, en otros elementos ‘desfavorables’, hay modificaciones no previstas.

7.2.7.3. Haciendo referencia a una resolución del Consejo de Estado francés, Jèze manifiesta que,

“Es... esencia misma de todo contrato de concesión, procurar y realizar en la medida de lo posible un equilibrio entre las ventajas que se otorgan al concesionario y las cargas que se le imponen... Los beneficios consentidos al concesionario y las cargas que se le imponen, deben equilibrarse para que constituyan la contrapartida de los beneficios probables y de las pérdidas previstas. En todo contrato de concesión está también implicada, como un cálculo, la honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que de él se exige. Ese cálculo de equivalencia es esencial al contrato...

7.2.7.4. No obstante, el derecho al equilibrio económico financiero no es exclusivo del concesionario, sino que también concurren en él, el concedente, y no sólo ambas partes contractuales, sino que debe incorporarse a un agente muy importante que se relaciona con los

²⁴ Ver JÈZE, Gaston. (2007) *Servicios públicos y contratos administrativos*. Volumen 3, Editorial Jurídica Universitaria S.A.

anteriores, que es el “Usuario y Consumidor”. Y vamos a citar nuevamente al maestro Jèze, quien señala:

“El Estado no puede desinteresarse del servicio público (u obra pública)... una vez concedido. Se concede, sin duda, pero no por ello deja de ser un servicio público. La concesión representa una delegación, es decir una forma de gestión indirecta, y no equivale a un abandono, o a una cesión. El Estado siendo garante de la ejecución del servicio (o de la obra) con relación al conjunto de ciudadanos, sigue siendo de la seguridad pública que puede verse comprometida por una ejecución inhábil del servicio (u obra). Sigue siendo también responsable del orden público que puede perturbar una ejecución incompleta o torpe.”

7.2.7.5. En ese sentido, el equilibrio económico financiero no sólo debe funcionar para el concesionario, sino también para el concedente, pero especialmente para el usuario y consumidor.

7.2.7.6. Examinemos rápidamente el análisis costo-beneficio de las adendas y aclaraciones al Contrato de Concesión de la “Vía Expresa del Callao”.

Análisis costo-beneficio por agentes participantes de las adendas y aclaraciones al Contrato de Concesión “Vía Expresa del Callao”

ADENDA Y/O ACLARACIÓN	A FAVOR DE CONVIAL CALLAO S.A.	A FAVOR DE LA MPC / USUARIOS
15 FEB 2002 (Adenda)		1. Cambio a onerosa – Canon que se pagará 2 meses después de iniciar peaje – Programa de Microcréditos.
15 FEB 2002 (Adenda)	1. Redondeo de tarifa a S/. 0.50 o S/. 1 inmediato superior.	

ADENDA Y/O ACLARACIÓN	A FAVOR DE CONVIAL CALLAO S.A.	A FAVOR DE LA MPC / USUARIOS
15 FEB 2002 (Adenda)	2. MPC se compromete a eliminación de IGV para peaje.	
15 FEB 2002 (Adenda)		2. Compromiso de implementar programa de mejoramiento de hospital San José y de educación vial.
15 FEB 2002 (Adenda)	3. Concesionario se limitará a construir parte de obra sin impedimentos, luego de lo cual se autorizará peaje.	
15 FEB 2002 (Adenda)	4. MPC garantiza acuerdos comerciales de Concesionario con publicidad, gasolineras, parking, etc	
20 FEB 2002 (Aclaración)	5. Aclara que MPC garantiza continuidad de acuerdos comerciales de publicidad, parkings, gasolineras, fase food, etc. celebrados por Concesionaria, pese a resolución de contrato por responsabilidad de esta.	
22 MAY 2002 (Adenda)	6. Suspende ejecución de intersección Av. Faucett y Av. Venezuela	
22 MAY 2002 (Adenda)	7. Ratifica que Concesionaria se limitará a construir obra sin impedimentos, luego de lo cual se le autorizará cobro de peaje	
7 AGO 2003 (Aclaración)	8. Habilita silencio administrativo positivo (luego de 7 días hábiles) para aprobación y autorización de garantías	
7 AGO 2003 (Aclaración)	9. Ratifica autorización para Project Finance	
21 MAY 2004 (Adenda)	10. Implementa Garantía Complementaria de MPC a favor de accionistas de concesionaria y financistas, sobre base de certificados de inversión	
21 MAY 2004 (Adenda)		3. Concesionario se obliga a mantenimiento de tramo entre Aeropuerto y Ov. 200 Millas, y Av. Tomás Valle, jurisdicción de MPC, una vez iniciado cobro de

ADENDA Y/O ACLARACIÓN	A FAVOR DE CONVIAL CALLAO S.A.	A FAVOR DE LA MPC / USUARIOS
		peaje.
21 MAY 2004 (Adenda)	11. Obras se reconfiguran en tres tramos: A, B y C, invirtiéndose orden de ejecución (originariamente era de Av. Venezuela hacia Aeropuerto)	
21 MAY 2004 (Adenda)	12. Habilitado el Tramo A, la Concesionaria podrá cobrar automáticamente 66.66% de peaje.	
10 ENE 2005 (Adenda)	13. Posterga obras en Ov. Las Américas (acceso Aeropuerto)	
10 ENE 2005 (Adenda)	14. Suspende construcción de puente volteo sur (Alt. Av. El Olivar)	
10 ENE 2005 (Adenda)	15. Extiende Tramo A de concesión hasta Ov. 200 Millas y se extiende exclusividad de avisaje publicitario y explotación comercial	4. Extiende Tramo A de concesión hasta Ov. 200 Millas y se definen obras en dicho anexo
10 ENE 2005 (Adenda)	16. MPC ratifica autorización de cobro de 50% peaje, automáticamente finalizado Tramo A	
10 ENE 2005 (Adenda)	17. Culminado Tramo B se autorizará cobro 100% peaje	
10 ENE 2005 (Adenda)	18. Se incluirá semáforo en cada vía de cobro de peaje, para configurar infracción de tránsito. MPC cobrará junto con multa, el valor de peaje	
10 ENE 2005 (Adenda)		5. Exoneración de peaje a favor de FFAA y FFPP, bomberos, ambulancias, vehículos oficiales, de mantenimiento y limpieza MPC
3 MAR 2006 (Adenda)	19. Administración y asignación de Canon pasan a decisión cuenta y riesgo de Convial Callao S.A. Se precisa que no constituyen fondos públicos	

7.2.7.7. Cómo observamos, de un análisis cuantitativo simple, es fácil apreciar el comparativo de costo beneficio de 19 modificaciones o

acciones a favor del Concesionario, frente a 5 a favor de la Municipalidad y el usuario (79.1 % frente a 20.9 %).

7.2.7.8. Esta situación, adicionada a la que más adelante se desarrollará respecto a la falta de equidad y proporcionalidad en el cobro de peaje, evidencian la falta de idoneidad y eficiencia en las soluciones contractuales adoptadas por la entonces gestión a cargo de la Municipalidad Provincial del Callao.

7.2.7.9. A todo ello hay que agregar que las adendas suscritas, paralelamente han significado la modificación del diseño geométrico de la propuesta inicial. En ese sentido, la Contraloría General de la República²⁵ ha estimado que la diferencia entre el Presupuesto de la Propuesta Económica y el “Presupuesto Ejecutado-Proyectado con obras suspendidas” es de US\$ 2’020,226.87; y con el “Presupuesto Ejecutado-Proyectado sin obras suspendidas” es de hasta US\$ 9’468,186.01.

7.3. IRREGULARIDADES EN LA EJECUCIÓN DEL TRAMO “A” DE LA “VÍA EXPRESA DEL CALLAO”, SU VALORIZACIÓN Y EMISIÓN DE CERTIFICADOS DE INVERSIÓN

7.3.1. EXISTE UNA DIFERENCIA NO EXPLICADA ENTRE EL VALOR DE LA OBRA FÍSICA CONSTRUIDA EN EL TRAMO A DE LA “VÍA EXPRESA DEL CALLAO” Y EL VALOR CONSIGNADO EN LOS “CERTIFICADOS DE INVERSIÓN”.

²⁵ Ver Anexo 53 del Informe No. 172-2007-CG/OEA: Cuadro de cálculo aproximado de los montos dejados de invertir en las obras modificadas o suspendidas.

7.3.1.1. La Contraloría General de la República viene realizando un peritaje para determinar el valor real de la obra que ha la fecha no ha sido concluida ni entregada a esta Comisión.

7.3.1.2. El Gerente General de Convial Callao Javier Roberto Lowry Gazzini, sobre la base de documentos denominados “Certificados de Inversión”, ha declarado en esta Comisión, en sesión extraordinaria celebrada el 16 de abril de 2007, que en el Tramo A se habría invertido US\$ 16'000,000 más el Impuesto General a las Ventas.

7.3.1.3. Sobre el particular, esta Comisión recibió la declaración del entonces Gerente General de Desarrollo Urbano, **Fernando Gordillo Tordoya**, en su sesión extraordinaria celebrada el 7 de mayo de 2007, en el siguiente sentido:

“Respecto al costo. Insisto. Esto, el contrato que tenemos es un contrato de concesión, no es un contrato por ejecución de la vía, es un contrato por todo el servicio, incluido mantenimiento, financiamiento, elaboración del proyecto, pago de IGV, etcétera.

Entonces, no podemos, digamos, tener la idea de que lo que se está cobrando como peaje pretende revertir solamente lo ejecutado en la obra vial que es tres millones 250 mil; 275 mil, porque adicionalmente mencioné que hay otros tres millones y pico, tres millones 400 por reubicación de redes; hay otro costo del proyecto, hay otro costo producto de las casetas, hay otro costo por las oficinas.

O sea, ellos tienen acá 5 ó 6 años, y tienen todo un gasto que está previsto en el contrato.”

7.3.1.4. La Contraloría General de la República ha remitido, mediante Oficio No. 1753-2007-CG/DC, del 26 de junio de 2007, copia de documentos con la denominación “Certificado de Inversión”, numerados del 1 al 15 (Mayo 2004 – Julio 2005), suscritos por Javier Roberto Lowry, como Gerente General de Convial Callao S.A. y Fernando Carrillo Morales, como Gerente General de Alpha Consult S.A. Asimismo, ha remitido el “Certificado de Inversión” No. 24, correspondiente a Abril 2006. Este último consigna el monto de US\$ 18'331,592.23 en el rubro “Inversión acumulada a la fecha”. Mientras que el No. 15, consigna en el mismo rubro, la cantidad de US\$ 16'346,110.47.

7.3.1.5. Al respecto, también es pertinente señalar que el “RESUMEN DE INVERSIÓN REFERENCIAL DE OBRA CORRESPONDIENTE DESDE EL 15-07-04 AL 31-07-05”, elaborada por la empresa supervisora de obra, Alpha Consult S.A., consigna en el rubro “Costo referencial – Tramo A – Incluido GGU (16.48%) Mes de Julio 05, el monto de US\$ 3'768,296.48.

7.3.1.6. Asimismo, es pertinente tener en cuenta el costo promedio por kilómetro de carretera en el caso de las vías nacionales concesionadas. Habida cuenta que el Tramo A de la Vía Expresa tiene 1.8 Km. (sin considerar el tramo anexado desde el Óvalo 200 Millas hasta la intersección con la Av. Tomás Valle) y por el se cobra S/. 1.50 (que corresponde al cambio de US\$ 0.35 más redondeo a S/. 0.5 inmediato superior en aplicación de Adenda del 15 FEB 2002). Examines los valores que nos muestra el cuadro siguiente:

Costo por kilómetro de carretera concesionada

EE.PP.	Proyecto Vial	Tramo	Región	Longitud (km.) (1)	Presupuesto Referencial (US\$) (2)	Costos promedio por kilómetro (US\$) (3)=(2)/(1)
Concesionaria IIRSA Norte S.A.	Corredor Vial Eje Multimodal Amazonas Norte, Paíta - Yurimaguas	Tarapoto-Yurimaguas	Selva	114	72´168.000 al 31/05/2005	633,052.63
Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 2 S.A.	Tramo 2	Urcos-Inambari	Sierra / Selva	300	221´060,209.17 al 30/09/2004	736,867.36
Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 3 S.A.	Tramo 3	Inambari Iñapari	Selva	403.20	279´304,990.74 al 30/09/2004	692,720.71
Intersur Concesiones	Tramo 4	Azangaro Inambari	Sierra/ Selva	305.90	180´373,562.92 al 30/09/2004	589,648.78
Concesión Canchaque S.A.	Empalme 1B	Buenos Aires-Canchaque	Costa/ Sierra	56.067	26´937,744.70 al 28/02/2006	480,456.32
Concesionaria del Sur	Azangaro-Juillaca Puertos de Ilo y Matarani	Humajalso Pte. Gallatini	Sierra	56.29	24´665,555.28	438,202.73
		Via Evitamiento Azángaro	Sierra	6.20	6´050,900.95	975,951.77
Norvial	Ancón-Huacho-Patilvica	Sección 1	Costa	14.50	8´104,800.00 al 31/01/2003	558,951.72
		Sección 3	Costa	19.76	10´406,880 al 31/01/2003	526,663.97
COSTO PROMEDIO POR KILÓMETRO CONCESIONES NACIONALES						

Fuente: Informe No. 067-07-GS-GAL-OSITRAN / Comisión de Fiscalización y Contraloría CR

7.3.2. LOS “CERTIFICADOS DE INVERSIÓN” SUSCRITOS POR ALPHA CONSULT S.A. Y CONVIAL CALLAO S.A., Y PRESENTADOS AL BANCO FINANCIERO DEL PERÚ, A FIN DE OBTENER SENDOS CRÉDITOS, NO CUMPLEN CON LA FORMALIDAD ESTABLECIDA EN LA ADENDA DEL 21 DE MAYO DE 2004.

7.3.2.1. La cláusula 6.7 de la Adenda al Contrato de Concesión de fecha 21 de mayo de 2004, señala que,

“6.7. Los Certificados de Inversión serán instrumentos técnicos contables avalados por el propio CONCEDENTE, quien garantiza ante terceros la inversión efectuada por EL CONCESIONARIO con las características de enajenables y de hipotecables ante cualquier entidad crediticia, tal como lo contempla el CONTRATO en el Artículo 6.2, emitiendo a los efectos, una copia Negociable de cada Certificado de Inversión.”

7.3.2.2. Por otro lado, la Cláusula 6.6 precisa lo siguiente,

“6.6. EL CONCEDENTE emitirá mensualmente los Certificados de Inversión.”

7.3.2.3. Por el verbo “emitir”, el Diccionario de la Real Academia Española señala:

“Producir y poner en circulación papel moneda, títulos o valores, efectos públicos, etc.”

7.3.2.4. Como fuera que tanto de la cláusula 6.7. y 6.6., así como del significado del verbo “emitir”, se entiende al “Certificado de Inversión” como un documento valorado, negociable inclusive, le alcanza por

extensión el principio de literalidad previsto en la Ley General de Títulos Valores, por tanto para su validez, requiere que se cumplan las formalidades previstas en las cláusulas antes referidas.

7.3.2.5. De las copias alcanzadas a esta Comisión tanto por la Contraloría General de la República como por la empresa supervisora Alpha Consult S.A., se advierte que los documentos titulados “Certificados de Inversión” no han sido emitidos por el concedente, es decir por la Municipalidad Provincial del Callao, sino que del 1º al 14º, están suscritos por Javier Roberto Lowry, en su calidad de Gerente General de Convia Callao S.A.²⁶, y por Fernando Carrillo Morales, en su calidad de Gerente General de Alpha Consult S.A. El “Certificado de Inversión” No. 24, que se acompaña en el expediente del segundo crédito del Banco Financiero del Perú, sólo aparece la firma de Javier Roberto Lowry, en su calidad de Gerente General de Convia Callao S.A.

7.3.2.6. Por tanto dichos documentos no reúnen los requisitos formales par constituir en los “Certificados de Inversión” a que se refiere la Cláusula Sexta de la Adenda de fecha 21 de mayo de 2004, pese a lo cual han sido utilizados para la obtención de hasta 2 créditos del Banco Financiero del Perú (por US\$ 3 MM y US\$ 2MM), y por otro lado, vienen utilizados por Convia Callao S.A., como sustento de la inversión que habrían realizado en el Tramo A de la “Vía Expresa del Callao”.

7.3.2.7. HECHO ADICIONAL.- Cabe resaltar el hecho de que para la segunda operación de crédito entre Convia Callao S.A. y el Banco Financiero del Perú, por US\$ 2'000,000, aprobado el 18 de julio de 2006,

²⁶ Ya hemos analizado su incapacidad y falta de representación para suscribir actos y contratos en nombre de Convia Callao S.A., debido a la carencia hasta septiembre del 2005, de contrato de trabajo aprobado por la Autoridad Administrativa de Trabajo y calidad migratoria habilitante.

aquel solicitó y éste aceptó el desembolso de US\$ 500,000 a favor de la contratista CONVEC (“Consortio Vía Expresa del Callao”) por concepto de servicios prestados en la construcción del Tramo B, no obstante que dicho consorcio conformado por ICCGSA y CCI Concesiones S.A. (ambos accionistas de Convial Callao S.A., se constituyó posteriormente, al igual que el contrato de obra entre CONVEC y Convial Callao, y que conforme a lo expresado en Carta CE-203/07, del 22 de junio de 2007, de Convial Callao S.A., a dicha fecha CONVEC no ha prestado servicio alguno o realizado obra alguna.

7.3.3. EL COMITÉ DE RECEPCIÓN DE OBRAS NO CUMPLIÓ CON VERIFIAR ADECUADAMENTE LA CONFORMIDAD DE LA SOBRAS EJECUTADAS EN EL TRAMO A DE LA “VÍA EXPRESA DEL CALLAO”, PERMITIENDO QUE DIVERSAS OBSERVACIONES INICIALMENTE FORMULADAS POR LA EMPRESA SUPERVIDORA DE OBRA ALPHA CONSULT S.A. NO FUERAN LEVANTADAS, PESE A ELLO, DICHO COMITÉ MANIFESTÓ HABER “CONSTATADO” LA FINALIZACIÓN DE LAS OBRAS Y SU FUNCIONALIDAD, PERMITIENDO EL INICIO DEL COBRO DEL PEAJE.

7.3.3.1. En el siguiente cuadro se observa las observaciones que no fueron levantadas por Convial Callao S.A., las que obtuvieron respuesta ambigua, entre otras:

Nº	OBSERVACION SUPERVISORA DE OBRA, ALPHA CONSULT S.A.	RESPUESTA CONCESIONARIA CONVIAL CALLAO S.A.
OBSERVACIONES GENERALES		
1.	<u>La supervisión no tiene conocimiento del proyecto ejecutivo desarrollado a nivel de detalle aprobado por la Municipalidad del</u>	El proyecto se encuentra aprobado por el Concedente (¿?)

Nº	OBSERVACION SUPERVISORA DE OBRA, ALPHA CONSULT S.A.	RESPUESTA CONCESIONARIA CONVIAL CALLAO S.A.
	<u>Callao, solo tenemos conocimiento del anteproyecto del tramo "A" contenido en la Adenda al Contrato de Concesiones del 10.0105, el que reemplaza a los anteriores.</u>	
2.	Referente a los trabajos del tramo "A" ejecutados hasta la fecha, la Supervisión de Obra deja constancia que ha venido efectuando controles de calidad con la documentación que cuenta que son las Especificaciones Técnicas del proyecto inicial y la información alcanzada por el Concesionario que consta de Planos del área a ejecutar cuyos detalles en algunos sectores se encuentran incompletos. Las observaciones de la Supervisión referente al control de calidad son de conocimiento del Concesionario a través de los Controles de Calidad que la Supervisión efectúa de acuerdo a lo solicitado.	Nuestro contrato de Concesión nos obliga al autocontrol de calidad por la responsabilidad del mantenimiento de las obras a lo largo del contrato de Concesión. Si las mismas fallaran a lo largo del período concesional, deberemos asumir su reparación. A su vez, toda y cada una de nuestras acciones tienen el sustento técnico correspondiente y se encuentran contenidas en las Memorias Técnicas del Contrato.
3.	<u>El concesionario hasta la fecha no ha alcanzado a la Supervisión el sustento técnico de los diseños ejecutados, no existe expediente técnico actualizado que considere las modificaciones del proyecto.</u>	<u>(No levanto observación)</u>
4.	Con relación a las Vías Auxiliares (vías libres), la Supervisión manifiesta que de acuerdo a lo estipulado en el artículo 7.7 del Contrato de Concesión, el Concesionario no está obligado a efectuar el mantenimiento de las Vías libres, por lo tanto la ejecución de las Vías Auxiliares deberán ser concordantes con el artículo 7.2 del contrato de concesión y cualquier modificación de su diseño inicial deberá ser autorizada por el Concedente en concordancia al artículo 7.12 del contrato de concesión. La Supervisión a la fecha	El Concedente ha solicitado a esta Concesionaria que asuma el mantenimiento de las calzadas colectoras durante el periodo de concesión, solicitud a la cual esta Empresa ha accedido formalmente.

Nº	OBSERVACION SUPERVISORA DE OBRA, ALPHA CONSULT S.A.	RESPUESTA CONCESIONARIA CONVIAL CALLAO S.A.
	no ha aprobado ninguna modificación de diseño por carecer de sustentos técnicos. Se solicita al Concesionario Convial Callao S.A. alcanzar a la Supervisión copia del documento en la cual la Municipalidad del Callao autorice las modificaciones ejecutadas. (ver Asientos N°394 Y N°395 del Cuaderno de Obra)	
5.	<u>El Concesionario hasta la fecha no ha presentado un Calendario de Avance de Obra detallado por partidas.</u>	Al margen de disentir en la afirmación de esa Supervisión, la realidad es que al día de la fecha el Tramo A se encuentra concluido, habilitado y cumpliendo el fin para el cual fue proyectado y se ha construido dentro del plazo previsto en el Contrato salvo las tareas afectadas pro falta de liberación del Derecho de Vía que no es nuestra responsabilidad. (¿?)
OBSERVACIONES ESPECÍFICAS: VÍA PRINCIPAL: ZONA DE PEAJE:		
6.	<u>Falta la colocación de la carpeta asfáltica en un espesor de 2", solo se ha colocado un espesor de 2", el diseño presentado por el Concesionario para el tramo "A" contempla colocar una carpeta de 4".</u>	Tal lo pactado en el Contrato de Concesión, CONVIAL CALLAO S.A. es responsable del mantenimiento de la carpeta asfáltica y del comportamiento del paquete estructural, independientemente de los espesores que construyera. (¿?)
7.	Faltan los ensayos de deflectometría y rugosidad a nivel de carpeta asfáltica.	Nuestra Empresa se compromete a continuar con los mismos hasta completarlos a la mayor brevedad.
8.	No se ha concluido con la construcción de los muros laterales con su debida malla de seguridad (zona administrativa y auxiliar derecha)	Los mismos serán concluidos a la brevedad
9.	Falta terminar la colocación y acabado de Puentes Peatonales (no tienen malla de seguridad, pintura, verificación de pozos de tierra etc.)	Al día de la fecha se ha concluido con el montaje de todos los puentes peatonales incluido el adicional construido en la Estación de Peaje.

Nº	OBSERVACION SUPERVISORA DE OBRA, ALPHA CONSULT S.A.	RESPUESTA CONCESIONARIA CONVIAL CALLAO S.A.
		Las veredas están prácticamente terminadas y los detalles de acabado se vienen desarrollando y resultan de poca monta.
10.	Falta terminar con las veredas de acceso y salida a los puentes peatonales.	Al día de la fecha se ha concluido con el montaje de todos los puentes peatonales incluido el adicional construido en la Estación de Peaje. Las veredas están prácticamente terminadas y los detalles de acabado se vienen desarrollando y resultan de poca monta.
11.	Faltan pintado de sardineles	Se está concluyendo
12.	Falta terminar con ejecución de New Jersey Central	Tarea concluida
13.	<u>Las Oficinas administrativas se han modificado a una construcción pre-fabricada, no tenemos conocimiento de la aprobación por parte de la Municipalidad de esta modificación.</u>	<u>(No levanto observación)</u>
14.	La supervisión no tiene conocimiento del proyecto de instalaciones y equipamiento colocado en la zona de peaje (se le solicito al Concesionario mediante carta N° 150-2005/AC)	En la reunión del día 15 de Julio, mencionada mas arriba, fue entregada a Uds. la Memoria Técnica de los sistemas e instalaciones de cobro de peaje. Si desean ampliación y/o explicación in situ, estamos a vuestra disposición.
15.	<u>Falta la reubicación de línea de Alta Tensión existente ubicada en plena plaza de peaje.</u>	Tal como figura en la documentación contractual, por información de la Empresa Edelnor, esa línea de Alta Tensión no debía reubicarse. No obstante, se han iniciado gestiones ante la Empresa Electricidad mencionadas para lograr su reubicación en un futuro cercano.
16.	<u>Falta la eliminación de postes de media tensión de la empresa Edelnor</u>	La Empresa Telmex colocó en postes de Edelnor sus instalaciones de fibra óptica luego de firmado nuestro Contrato, con el compromiso de desplazarla a su cargo en el momento en que se lo requiera dicha empresa. No es responsabilidad de este

Nº	OBSERVACION SUPERVISORA DE OBRA, ALPHA CONSULT S.A.	RESPUESTA CONCESIONARIA CONVIAL CALLAO S.A.
		Concesionario el corrimiento de estas instalaciones, no obstante y en forma provisional para evitar demoras inmedibles en el tiempo estamos tratando con ambas empresas para que procedan a liberar la zona en cuestión de esas instalaciones a la brevedad posible, asumiendo nosotros los costos derivados de esos trabajos, por lo que reservamos nuestro derechos. Al mismo tiempo, hacemos notar que los postes en cuestión se encuentran señalizados y no condicionan el normal funcionamiento de las calzadas principales.
17.	<u>Reubicación de Cables de la Empresa Telmex, que se encuentran colgados sobre los postes de media tensión de la empresa Edelnor.</u>	(No se levanto observación)
18.	<u>No se ha reubicado la línea de Agua que va desde la Av. Quilca y empalma a cruzada ubicada en plena zona de peaje.</u>	Teniendo en cuenta que la Obra está concluida, debe inferirse que los servicios que interferían las obras fueron reubicados. (¿?)
19.	<u>No se ha reubicado la red de alcantarillado, que pasa en la zona de peaje, teniendo en consideración que el peaje se ha construido sobre un material de relleno.</u>	Teniendo en cuenta que la Obra está concluida, debe inferirse que los servicios que interferían las obras fueron reubicados. (¿?)
20.	<u>No se ha reubicado la red de telefonía.</u>	Teniendo en cuenta que la Obra está concluida, debe inferirse que los servicios que interferían las obras fueron reubicados. (¿?)
PUENTE QUILCA:		
21.	No se ha reubicado la red de alcantarillado que colinda con el Pilar Central del Pte. Quilca solicitada de manera reiterada por la Supervisión, ni se ha efectuado la reparación de la filtración existente que afecta a la cimentación del pilar Central.	Idem anterior, (no fue necesario) (¿?)

Nº	OBSERVACION SUPERVISORA DE OBRA, ALPHA CONSULT S.A.	RESPUESTA CONCESIONARIA CONVIAL CALLAO S.A.
22.	Falta completar señalización (vertical y horizontal)	La señalización horizontal se ha completado. En cuanto a la señalización vertical, sugerimos nos indique a su buen criterio que faltaría para completar la misma.
23.	Falta terminar el empotramiento del muro mesa de H=05.50m (ver Plano Tensar 12 de 15), no se ha alcanzado a la Supervisión el diseño (detalle) refrendado por el proyectista.	Tarea concluida.
VÍA PRINCIPAL DERECHA:		
24.	<u>Falta la colocación de la carpeta asfáltica en un espesor de 2", solo se ha colocado un espesor de 2", el diseño presentado por el Concesionario para el tramo "A" contempla colocar una carpeta de 4"</u>	Tal lo pactado en el Contrato de Concesión, CONVIAL CALLAO S.A. es responsable del mantenimiento de la carpeta asfáltica y del comportamiento del paquete estructural, independientemente de los espesores que construyera. (¿?)
25.	Falta los ensayos de deflectometría y rugosidad a nivel de carpeta asfáltica.	Nuestra Empresa se compromete a continuar con los mismos hasta completarlos a la mayor brevedad.
26.	<u>Falta terminar la Vía Principal Derecha pasando el puente Quilca (Berma lateral) (la cimentación de los guardavías colocados en este tramo se encuentran sin confinamiento)</u>	Nuestra Empresa ha construido el máximo ancho posible de calzada dentro de Derecho de Vía que el Concedente ha otorgado. EL CONCEDENTE redeterminó la ubicación de la Calzada Colectora derecha a requerimiento de los vecinos y ello sólo permite desarrollar la obra correspondiente a la Calzada Principal derecha tal como se la construyó. No es responsabilidad de este Concesionario esta observación. (¿?)
27.	<u>Falta construir accesos a vía auxiliar derecha (zona de la estación de servicios)</u>	Estas obras se construirán en el momento en que Osinerg apruebe la construcción de las estaciones de Servicios.
28.	<u>Falta puente peatonal de Estación de Servicios</u>	Estas obras se construirán en el momento en que Osinerg apruebe la construcción de las estaciones de Servicios.

Nº	OBSERVACION SUPERVISORA DE OBRA, ALPHA CONSULT S.A.	RESPUESTA CONCESIONARIA CONVIAL CALLAO S.A.
29.	Falta terminar con New Jersey Central frente al Centro Aerocomercial hasta el Ovalo del Aeropuerto	Tarea concluida
30.	Falta ejecutar el New Jersey lateral con su malla de protección	De acuerdo al perfil tipo aprobado debe construirse baranda lateral tipo Flex Beam. Sólo está previsto ejecutar baranda lateral tipo New Jersey en la zona de Areas de Servicios, estando concluidas en las obras correspondientes a estas áreas, las que se construirán cuando contemos con la autorización de Osinerg.
31.	Falta la eliminación de postes de media tensión de la empresa Edelnor	Ya respondido (igual que respuesta a observación 16)
32.	Falta la reubicación de Cables de la Empresa Telmex, que se encuentran colgados sobre los postes de media tensión de la empresa Edelnor.	Ya respondido (¿?)
33.	Falta acabado en Puentes Peatonales (no tienen malla de seguridad, pintura, etc.)	Ya respondido (¿?)
34.	Falta concluir los paraderos en cada puente peatonal, no se ha alcanzado a la Supervisión los diseños solicitados	Los paraderos están concluidos, sólo restan instalar algunos refugios.
35.	Las Bermas laterales no han sido conformadas, se esta efectuando trabajos de asfaltado en algunos sectores, sobre la superficie deteriorada.	Tares concluida
36.	<u>No se ha reubicado la red de telefonía, sus buzones se encuentran tapados por la carpeta asfáltica.</u>	Ya respondido (¿?)
37.	Falta concluir la señalización horizontal y vertical	Se encuentran concluidos los trabajos de señalización vertical y se está concluyendo con la señalización horizontal, quedando por ejecutar escasos metros.
38.	Puente Peatonal Nescafé (Aeropuerto), falta concluir la ejecución de la compatibilización	Si bien la zona a la que se refiere se encuentra dentro de la zona en la cual el Concedente ha dejado en

Nº	OBSERVACION SUPERVISORA DE OBRA, ALPHA CONSULT S.A.	RESPUESTA CONCESIONARIA CONVIAL CALLAO S.A.
	con nuevo diseño geométrico de la Vía Expresa, los paraderos existentes no son funcionales, se forman embotellamientos.	suspenso los trabajos (es decir, fuera del tramo A), se ha ordenado el paradero y el tránsito peatonal para superar los congestionamientos de tránsito vehicular y de peatones que históricamente se han presentado en esa zona y que no son generados por nuestra obra. Por lo tanto haremos los máximos esfuerzos para mejorar los aspectos por Uds. sugeridos pero esto bajo ningún aspecto puede ser condicionante para la Recepción del Tramo A. (¿?)
39.	Falta ejecutar el Proyecto de Iluminación de la Vía Principal, (el Concesionario solo ha alineado algunos postes existentes), la Supervisión no tiene conocimiento del Proyecto de iluminación	Por tratarse de alumbrado público, para todas las obras de iluminación, ya sea la zona de Peaje, Puente Quilca, Calzada Principales o calzadas colectoras, fue contratada la Empresa Edelnor, la que ha diseñado y construido las instalaciones respectivas de acuerdo a sus Normas y a la compatibilidad con las redes de suministro de energía con que la misma cuenta en cada sector.
40.	Poste de iluminación ubicado frente a centro Aerocomercial en New Jersey central se encuentra inclinado.	<u>Se procederá a su verticalización.</u>
VÍA PRINCIPAL IZQUIERDA:		
41.	Falta la colocación de la carpeta asfáltica en un espesor de 2" solo se ha colocado un espesor de 2" el diseño presentado por el Concesionario para el tramo "A" contempla colocar una carpeta de 4".	Ya respondido (¿?)
42.	Falta los ensayos de deflectometría y rugosidad a nivel de carpeta asfáltica.	Ya respondido
43.	Falta concluir accesos a vía auxiliar izquierda (acceso a la zona de estación de servicios.	Ya respondido (¿?)

Nº	OBSERVACION SUPERVISORA DE OBRA, ALPHA CONSULT S.A.	RESPUESTA CONCESIONARIA CONVIAL CALLAO S.A.
44.	Falta ejecutar el New Jersey lateral con su malla de protección.	Ya respondido
45.	<u>Falta terminar con diseño y ejecución de los paraderos en cada puente peatonal, el nivel de la vereda existente a la altura del puente peatonal "Sarandaja" con respecto al nivel de la vía auxiliar izquierda es de 1 mt aprox. No da continuidad al cruce peatonal que debe pasar por la vía auxiliar izquierda.</u>	(No se levanto observación)
46.	<u>Las Bermas laterales no han sido conformadas, se esta efectuando trabajos de asfaltado en algunos sectores, sobre la superficie deteriorada.</u>	Ya respondido (¿? ¡!)
47.	Falta concluir con la señalización horizontal y vertical.	Ya respondido
48.	Falta ejecutar el Proyecto de Iluminación de la Vía Principal, (el Concesionario solo ha alineado algunos postes existentes), la Supervisión no tiene conocimiento del Proyecto de Iluminación.	Ya respondido (¿?)
VÍAS AUXILIARES: VÍA AUXILIAR DERECHA:		
49.	El Concesionario indicó que el diseño de pavimentos de las Vías Auxiliares es el mismo que el presentado para la vía principal; la Supervisión señala que no tiene conocimiento del sustento del diseño de pavimentos considerando tráfico pesado.	Ya respondido (¿?)
50.	Falta la colocación de la carpeta asfáltica en un espesor de 2", solo se ha colocado un espesor de 2", el diseño presentado por el Concesionario para el tramo "A" contempla colocar una carpeta de 4"	Ya respondido (¿?)
51.	Falta los ensayos de deflectometría y rugosidad a nivel de carpeta	Ya respondido

Nº	OBSERVACION SUPERVISORA DE OBRA, ALPHA CONSULT S.A.	RESPUESTA CONCESIONARIA CONVIAL CALLAO S.A.
	asfáltica	
52.	La vía Auxiliar Derecha se ha construido por tramos, se esta aprovechando las vías existentes sin conocimiento de la Supervisión de la verificación del diseño.	Ya respondido (¿?)
53.	<u>El diseño geométrico de las vías auxiliares no corresponde a Normas de Diseño Vial Urbano (empalmes de vías existentes con vías nuevas ejecutadas).</u>	<u>El Proyecto se ha adaptado a las limitaciones que la falta de liberación de traza han permitido, no siendo responsabilidad de este Concesionario ese impedimento.</u>
54.	<u>La supervisión no tiene conocimiento del diseño de paraderos ni cruces peatonales semaforizados.</u>	<u>Los paraderos y cruces peatonales se encuentran en cada puente peatonal, estando previsto la colocación de semáforos, los que hasta ser instalados por el proveedor serán reemplazados por apoyo policial de igual modo como se está haciendo actualmente en cada cruce peatonal. (¿?)</u>
55.	Falta concluir con las veredas y sardineles.	Esta tarea se ha realizado casi en su totalidad,. Estamos ajustando detalle con vecinos y usuarios. (¿?)
56.	<u>Falta adaptar diseño de veredas, puentes peatonales, paraderos para uso de minusválidos.</u>	(No se levantó observación)
57.	Falta concluir la vía auxiliar derecha en: • Esquina de Auxiliar de Av. Quilca con Aux. de Av. Faucett pasando el Pte. Quilca (veredas a nivel de la pista, falta suavisar la curva de volteo, falta sardineles, etc). • Desde Av. Quilca hasta Jr. Jorge Chavez, cuadras correspondiente al Asentamiento Humano Aeropuerto (se esta utilizando vía existente) suavizar empalme con vía auxiliar nueva. • Falta tramo correspondiente al Grifo Revoredo, (Esquina Faucett con Av. El Olivar) • Falta terminar volteo en Av. Quilca en el comienzo de la rampa de ingreso al puente	Tarea concluida . Aprovechamos para destacar que la zona para concluir estos trabajos nos fue entregada con restricciones por el CONCEDENTE el día jueves <u>14 de julio de 2005.</u>

Nº	OBSERVACION SUPERVISORA DE OBRA, ALPHA CONSULT S.A.	RESPUESTA CONCESIONARIA CONVIAL CALLAO S.A.
	Quilca. - Talma, Centro Aerocomercial, su ingreso (entrada y salida de vehículos) interrumpen el tráfico de la Vía Auxiliar Derecha, se recomienda reubicar su ingreso. - Falta ejecutar zona de estación de servicios.	
58.	Falta concluir la Señalización	Ya contestado
59.	Falta Semaforización, la Supervisión no tiene conocimiento del Proyecto de Semaforización	Ya contestado (¿?)
60.	Falta terminar el proyecto de Iluminación, se está manteniendo en algunos sectores la iluminación existente, se solicita la verificación de las instalaciones que esté de acuerdo a las exigencias del proyecto inicial.	Tarea concluida. (¿?)
61.	Falta ejecutar el New Jersey lateral con su malla protección.	Ya contestado
VÍA AUXILIAR IZQUIERDA:		
62.	El Concesionario indicó que el diseño de pavimentos de las Vías Auxiliares es el mismo que el presentado para la vía principal, la Supervisión señala que no tiene conocimiento del sustento del diseño de pavimentos considerando tráfico pesado.	Ya contestado (¿?)
63.	Falta la colocación de la carpeta asfáltica en un espesor de 2", solo se ha colocado un espesor de 2", el diseño presentado por el Concesionario para el tramo "A" contempla colocar una carpeta de 4".	Ya contestado (¿?)
64.	La Vía Auxiliar Izquierda se ha construido por tramos, se esta aprovechando las vías existentes sin conocimiento de la Supervisión de la verificación del diseño.	Ya contestado (¿?)

Nº	OBSERVACION SUPERVISORA DE OBRA, ALPHA CONSULT S.A.	RESPUESTA CONCESIONARIA CONVIAL CALLAO S.A.
65.	La Supervisión no tiene conocimiento del diseño de paraderos ni cruces peatonales semaforizados.	Ya contestado (¿?)
66.	<u>No ha sido alcanzado el sustento técnico del diseño de pavimento ejecutado teniendo en cuenta el tráfico pesado en zona de Asentamiento Humano 200 Millas calles las Brisas Huanchaco.</u>	<u>Ya contestado (¿?)</u>
67.	Falta concluir las veredas y sardineles.	Ya contestado
68.	Falta sardineles de confinamiento en calle Las Brisas	Tarea concluida
69.	<u>Falta adaptar diseño de veredas, puentes peatonales, paraderos para uso de minusválidos.</u>	<u>(No se levanto observación)</u>
70.	Falta concluir Señalización	Ya contestado
71.	Falta Semaforización, la Supervisión no tiene conocimiento del Proyecto de Semaforización.	Ya contestado (¿?)
72.	Falta terminar el proyecto de Iluminación en calle Huanchaco, <u>se está manteniendo en algunos sectores la iluminación existente</u> , se solicita la verificación de las instalaciones que esté de acuerdo a las exigencias del proyecto inicial.	Ya contestado (¿?)
73.	Falta ejecutar el New Jersey lateral con su malla de protección.	Ya contestado
ADICIONAL DE LA ADENDA AL CONTRATO DE CONCESIÓN DEL 10.01.05:		
74.	<u>Ovalo de la Américas – Ovalo 200 Millas: La Supervisión no tiene conocimiento del Expediente Técnico correspondiente a este tramo adicional.</u>	<u>Nuestra Empresa ha cumplido con creces lo pactado en la Addenda mencionada, dado que se trata de trabajos de mantenimiento de rutina en la calzada. (¿?)</u>

Nº	OBSERVACION SUPERVISORA DE OBRA, ALPHA CONSULT S.A.	RESPUESTA CONCESIONARIA CONVIAL CALLAO S.A.
75.	La Supervisión deja constancia que hasta la fecha se han ejecutado en la vía principal trabajos de fresado, carpeta nivelante en ciertas progresivas del tramo, 4 volteos que ha indicado a la Municipalidad del Callao sardineles, arborización de la berma central y marcas en el pavimento en el tramo correspondiente.	Se trata de una aseveración de la Supervisión que ratifica lo actuado por Convial Callao S.A. No es una observación.
76.	<u>Los trabajos de reparación del pavimento (fresado, carpeta nivelante) han sido ejecutados en base a una planilla de metrados y se encuentran incompletos con relación a la citada planilla. No se ha realizado los trabajos de tratamiento de fisuras, parchado profundo indicadas en la citada planilla; además no ha sido alcanzado a la Supervisión, el sustento técnico correspondiente.</u>	<u>(No se levanto observación)</u>
77.	Falta Señalización Vertical (Señales Informativas y Reglamentarias)	Tareas concluidas
78.	Falta Señalización Horizontal en cruces Peatonales.	Tareas concluidas
79.	Falta Paraderos.	No están previstos. Los trabajos son de mantenimiento rutinario sobre la calzada.
	---	Conclusión de Convial Callao S.A.: Por lo tanto, <u>entendemos que nuestra Empresa dentro del alcance de sus responsabilidades contractuales ha subsanado las observaciones por ustedes planteadas.</u> A la fecha el Tramo A de la Vía Expresa del Callao se encuentra habilitado en su totalidad cumpliendo el fin para el cual fue proyectado y contratado bajo el régimen de Concesión

7.3.3.2. No obstante, aquellas dichas observaciones no levantadas por la concesionaria, o respondidas de manera ambigua, es importante resaltar, por otro lado, lo previsto en el artículo 50º del Reglamento aprobado por Ordenanza No. 006-97-MPC, que es la norma en que las autoridades municipales señalan que se sustentaron para la concesión que nos ocupa. Dicha disposición regula el sub-procedimiento de recepción de obras:

*“**Artículo 50.-** El concesionario deberá solicitar al Comité de Recepción de Obras la autorización para la puesta en servicio de la obra, con una anticipación no menor de quince (15) días a la fecha programada para la mencionada puesta en servicio.*

Presentada la solicitud, el Comité de Recepción de Obras citará al concesionario para la inspección de las obras.

Comprobado el estado satisfactorio de las obras e instalaciones y su adecuación a los proyectos y demás estipulaciones técnicas aprobadas, se levantará un acta que será firmada por el concesionario y los miembros del Comité de Recepción de Obras. El Comité de Recepción de Obras expedirá la Resolución que autoriza la puesta en servicio de las obras, la cual será publicada en el Diario Oficial El Peruano y en el diario encargado de los avisos judiciales de la Provincia Constitucional del Callao.

Si las obras o instalaciones se encontraren incompletas o defectuosas, se hará constar en el acta correspondiente una descripción detallada de las omisiones o defectos observados. El

Comité de Recepción de Obras expedirá una Resolución que señale nuevo plazo para la terminación o subsanación de las obras, sin perjuicio de las penalidades por incumplimiento previstas en el contrato de concesión. El concesionario no podrá poner en servicio definitivo la obra hasta que dichas omisiones o defectos sean subsanados a satisfacción del Comité de Recepción de Obras.”

7.3.3.3. En el caso en particular, el Comité de Recepción de Obras no expidió la Resolución que autoriza la puesta en servicio de las obras del Tramo A de la “Vía Expresa del Callao”, por tanto no se cumplió con su publicación en el Diario Oficial “El Peruano”, ni en el diario encargado de los avisos judiciales de la Provincia Constitucional del Callao, por tanto la habilitación efectuada no se realizó con la formalidad prevista en la norma, lo cual la afecta con vicio que acarrea su nulidad de pleno derecho.

7.3.4. SE HAN IDENTIFICADO DIVERSAS IRREGULARIDADES EN EL MANEJO CONTABLE FINANCIERO DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA CONVIAL CALLAO S.A., CON INCIDENCIA TRIBUTARIA.

A consecuencia, entre otros aspectos, de las presuntas irregularidades en el manejo contable financiero de la concesionaria Convial Callao S.A. descritos en el Informe de Consultoría *Due Dilligence* elaborado por CENTRUM CATÓLICA, esta Comisión levantó la reserva tributaria de la empresa concesionaria Convial Callao S.A. y solicitó a SUNAT que ejerza una acción de fiscalización específica, a fin de verificar dichas irregularidades. Producto de dichas acciones se ha obtenido la siguiente información parcial:

1. Impuesto a la Renta – reparos a la pérdida tributaria declarada²⁷:

CONCEPTO	IMPORTE
Gasto por consumo de servicios telefónico sustentados con recibos emitidos por Telefónica Móviles SAC a nombre del señor Javier Roberto Lowry, que se reparan por constituir gastos personales del gerente general	S/. 10,477.17
Gastos sustentados con comprobantes de pago emitidos por Asociaciones Peruana de Caminos con RUC 20198949834 (alquiler de un stand) y Serviban S.A. con RUC 20106903230 (por servicios de transferencias de dinero) al no haberse acreditado la necesidad del gasto.	S/.5,719.45
Gastos no sustentados con comprobantes de pago y que además no se ha acreditado la necesidad de haber incurrido en ellos	S/. 61,036.96
Pagos por concepto de alquiler de oficina sustentados con recibos simples que no constituyen comprobantes de pago aceptados tributariamente.	S/. ,30,573.56
Aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones y retenciones del impuesto a la renta de Quinta Categoría relacionados a las remuneraciones del señor Javier Roberto Lowry Gazzini provisionados contablemente como gastos, no correspondiendo su deducción por ser de cargo del trabajador.	S/. 57,101.00
Sanciones administrativas fiscales correspondientes a intereses sobre tributos adeudados y multa no deductibles para efectos del Impuesto a la Renta.	S/. 34,676.48
Provisión como gastos de vacaciones del personal y del señor Javier Roberto Lowry Gazzini, no deductibles para efectos del Impuesto a la Renta al no haber sido pagadas hasta el vencimiento de la presentación de la Declaración Anual a la Renta del ejercicios 2002.	S/. 24,719.92

²⁷ Ver Artículo 37° del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta aprobado por Decreto Supremo No. 179-2004-EF, que señala que las deducciones deben obedecer a gastos que sean necesarios para producir y mantener la fuente, éstos deberán ser normales para la actividad que genera la renta gravada, así como cumplir con criterios tales como razonabilidad en relación con los ingresos del contribuyente, generalidad para aguinaldos, bonificaciones, servicios de salud, etc. para personal, entre otros.

CONCEPTO	IMPORTE
Devolución préstamos CCI Construcciones S.A. y Devolución Préstamos CCI Construcciones –HSBC BANK, contabilizados como gastos no sustentados con comprobantes de pago, no habiéndose acreditado la necesidad del gasto.	S/. 53,925.00
Gastos por pasajes aéreos emitidos a nombre de los señores Oscar Terraneo , García Baldizzone y Eduardo klecha, no habiéndose acreditado la necesidad del gasto ni la vinculación de la empresa con dichas personas ni de que manera estos gastos han contribuido a la generación rentas ni al mantenimiento de la fuente de renta .	S/.8,207.19
Gastos por concepto de alojamiento y gastos diversos por los señores Oscar Terreneo, Horacio de Vita, Armando García Baldizzone, Juan Klecha y Jorge Alfaro, por los cuales no se ha acreditado una vinculación entre dichas personas y la empresa y no se ha sustentados la necesidad del gasto y no se determina de que manera estos gastos han contribuido a la generación de ingresos y al mantenimiento de la fuente de Renta.	S/. 7,922.49
Gastos de ejercicios anteriores cuya provisión y pago no ha sido acreditado que fueron realizados en el ejercicio que se deducen como gastos.	S/. 3,684.31
Gastos por consumos de alimentos en restaurantes y otros establecimientos, adquisición de víveres, licores y buffets, por los cuales no ha acreditado que personas realizaron los consumo, a quienes estuvo destinados los bienes adquirido, la necesidad del gasto y de que manera han contribuido a la generación de ingresos y manteniendo de la fuente de Renta.	S/. 45,013.35
Resultado por Exposiciones a la Inflación (REI) deducidos en exceso como pérdida, con respecto al REI contabilizado.	S/.48,693.00
Ingresos financieros por concepto de “Intereses sobre préstamos otorgados” y “Ganancias por diferencia de cambio”, contabilizados y no declarados	S/. 304,719.38
Gastos por servicios telefónicos y suministro de energía eléctrica, cuyos recibos se encuentran a nombre de terceros, no habiéndose sustentados mediante contrato de alquiler con firma legalizada notarialmente que dichos servicios son de cargo del contribuyente	S/. 31,148.31

CONCEPTO	IMPORTE
Mayores gastos consignados en la Declaración Pago Anual del Impuesto a la Renta del ejercicio 2002 Form. 0680 N° 0043712024 presentado el 08/08/2003, no sustentados con libros contables ni con comprobantes de pago, que se obtiene de la comparación de los gastos declarados frente a los gastos contabilizados.	S/.3,953.64
TOTAL REPAROS	S/.731,571.21

2. Omisiones al pago de las retenciones del impuesto a la renta de quinta categoría por las remuneraciones pagadas en el año 2002, al señor Javier Roberto Lowry Gazzini.

MES DE PAGO	CONCEPTO DE PAGO	IMPORTE REMUNERACION PAGADA US \$	T.C.	IMPORTE REMUNERACION PAGADA S/.	IMPUESTO A LA RENTA NO DOMICILIADO 30%.
Ene-02	REMUNERACION DICIEMBRE 2001	5,000.00	3.457	17,285.00	
Ene-02	REMUNERACION ENERO 2002	5,000.00	3.467	17,335.00	
	TOTAL ENERO 2002	10,000.00		34,620.00	10,386.00
Mar-02	REMUNERACION FEBRERO 2002	5,000.00	3.460	17,300.00	
Mar-02	REMUNERACION MARZO 2002	5,000.00	3.453	17,265.00	
	TOTAL MARZO 2002	10,000.00		34,565.00	10,370.00
Jun-02	A CUENTA REMUNERACION ABRIL 2002	3,000.00	3.511	10,533.00	
	TOTAL ABRIL 2002	3,000.00		10,533.00	3,160.00
Jul-02	A CUENTA REMUNERACION MAYO 2002	3,000.00	3.537	10,611.00	
	TOTAL MAYO 2002	3,000.00		10,611.00	3,183.00
Ago-02	CANCELACION REMUNERACION ABRIL 2002	1,000.00	3.592	3,592.00	
Ago-02	CANCELACION REMUNERACION MAYO 2002	1,000.00	3.537	3,537.00	

MES DE PAGO	CONCEPTO DE PAGO	IMPORTE REMUNERACION PAGADA US \$	T.C.	IMPORTE REMUNERACION PAGADA S/.	IMPUESTO A LA RENTA NO DOMICILIADO 30%.
Ago-02	CANCELACION JUNIO 2002	3,000.00	3.615	10,845.00	
	TOTAL AGOSTO 2002	5,000.00		17,974.00	5,392.00
Sep-02	A CUENTA DE REMUNERACION JUNIO 2002	1,000.00	3.613	3,613.00	
Sep-02	REMUNERACION JULIO 2002	4,000.00	3.647	14,588.00	
Sep-02	REMUNERACION AGOSTO 2002	4,000.00	3.647	14,588.00	
Sep-02	A CUENTA REMUNERACION SETIEMBRE 2002	2,200.00	3.647	8,023.00	
Sep-02	CANCELACION REMUNERACION SETIEMBRE 2002	1,800.00	3.639	6,550.00	
	TOTAL SETIEMBRE 2002	13,000.00		47,362.00	14,209.00
Nov-02	A CUENTA REMUNERACION OCTUBRE 2002	3,000.00	3.614	10,842.00	
	TOTAL NOVIEMBRE 2002	3,000.00		10,842.00	3,253.00
Dic-02	CANCELACION REMUNERACION OCTUBRE 2002	1,000.00	3.517	3,571.00	
Dic-02	A CUENTA REMUNERACION NOVIEMBRE 2002	2,000.00	3.537	7,074.00	
Dic-02	CANCELACION REMUNERACION NOVIEMBRE 2002	2,000.00	3.514	7,028.00	
	TOTAL DICIEMBRE 2002	5,000.00		17,619.00	5,286.00
	TOTAL AÑO 2002	52,000.00		184,126.00	55,239.00

3. Omisiones al pago del Impuesto Extraordinario de Solidaridad (IES) aportaciones a Essalud y aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones (SNP) por las remuneraciones del señor Javier Roberto

Lowry Gazzini que en el año 2002 ejerció el cargo de Gerente General.

PERIO DO TRIBU TRIO 2002	CONCEPTOS	REMUNE RACION SEGÚN CONTRA TO US\$	IMPORTE DE REMUNE RACION S/.	ESSALUD 9%	SNP 13 %	IES 2%	TOTAL S/.
ENE	Sueldo Ing. J. Lowry Enero 2002	5,000	17,380	1,564	2,259	348	4,171
FEB	Sueldo Ing. J. Lowry Feb-2002	5,000	17,370	1,563	2,258	347	4,168
MAR	Sueldo Ing. J. Lowry Marz-2002	5,000	17,265	1,554	2,244	345	4,143
ABR	Sueldo Ing. J. Lowry Abr-2002	4,000	13,752	1,238	1,788	275	3,301
MAY	Sueldo Ing. J. Lowry May-2002	4,000	13,852	1,247	1,801	277	3,325
JUN	Sueldo Ing. J. Lowry Jun-2002	4,000	14,032	1,263	1,824	281	3,368
JUL	Sueldo Ing. J. Lowry Julio 2002	4,000	14,148	1,273	1,839	283	3,395
AGO	Sueldo Ing. J. Lowry ago-2002	4,000	14,460	1,301	1,880	289	3,470
SET	Sueldo Ing. J. Lowry Set-2002	4,000	14,588	1,313	1,896	292	3,501
OCT	Sueldo Ing. J. Lowry Oct-2002	4,000	14,432	1,299	1,876	289	3,464
NOV	Sueldo Ing. J. Lowry Nov-2002	4,000	14,104	1,269	1,834	282	3,385
DIC	Sueldo Ing. J. Lowry Dic- 2002	4,000	14,068	1,266	1,829	281	3,376
	TOTAL	51,000	179,451	16,150	23,328	3,589	43,067

4. Resumen de deuda tributaria determinada a raíz de acción de fiscalización solicitada por la Comisión de Contraloría y Fiscalización del Congreso de la República:

CONCEPTO	TRIBUTOS / MULTA	INTERÉS	TOTAL
1. Resoluciones de Determinación por omisiones al pago de la retención del Impuesto a la renta por rentas pagadas a personas jurídicas no domiciliadas	S/.5,339.00	S/. 6,808.00	S/.12,147.00
2. Resoluciones de Determinación por omisiones al pago de las retenciones del Impuesto a la renta de quinta categoría por las remuneraciones pagadas al señor Javier Roberto Lowry Gazzini	S/.55,239.00	S/.79,483.00	S/.134,722.00
3. Resoluciones de Determinación por omisiones al pago de las aportaciones a Essalud por las remuneraciones del señor Javier Roberto Lowry Gazzini	S/.16,150.00	S/.23,286.00	S/.39,436.00
4. Resoluciones de Determinación por omisiones al pago de las aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones (SNP) por las remuneraciones del señor Javier Roberto Lowry Gazzini.	S/.23,328.00	S/.33,636.00	S/.56,964.00
5. Resoluciones de Determinación por omisiones al pago del Impuesto Extraordinario de Solidaridad (IES) por las remuneraciones del señor Javier Roberto Lowry Gazzini	S/.3,589.00	S/.5,174.00	S/.8,763.00

CONCEPTO	TRIBUTO / MULTA	INTERÉS	TOTAL
6. Resoluciones de Multa por no retener el Impuesto a la Renta por pagos a personas jurídicas no domiciliadas – Numeral 13 del artículo 177º del Texto Unico Ordenado (TUO) del código Tributario	S/.1,601.00	S/.2,048.00	S/.3,649.00
7. Resoluciones de ,Multa por no incluir en la base imponible (rentas de 5ta categoría) de la declaración pago PDT remuneraciones el pago de remuneraciones del señor Javier Roberto Lowry Gazzini – Numeral 1 del artículo 178º de Texto Unico Ordenado (TUO) del Código Tributario	S/.27,621.00	S/.39,696.00	S/.67,317.00
8. Resoluciones de Multa por no retener el Impuesto a la Renta de quinta categoría por las remuneraciones pagadas al señor Javier Roberto Lowry Gazzini – Numeral 13 del artículo 177º del Texto Unico Ordenado (TUO) del Código Tributario	S/.16,573.00	S/.23,865.00	S/.40,438.00
9. Resoluciones de Multa por no incluir en la base imponible (aportaciones a Essalud) de la declaración pago PDT remuneraciones, las remuneraciones del señor Javier Roberto Lowry Gazzini – Numeral 1 del artículo 178º del Texto Único Ordenado (TUO) del Código Tributario	S/.8,079.00	11,664.00	S/.19,743.00
10. Resoluciones de Multa por no incluir en la base imponible (aportaciones al SNP) de la declaración pago PDT remuneraciones, las remuneraciones del señor Javier Roberto Lowry Gazzini – Numeral 1 del artículo 178º del Texto Unico Ordenado (TUO) del	S/.11,666.00	S/.16,846.00	S/.28,512.00

CONCEPTO	TRIBUTO / MULTA	INTERÉS	TOTAL
Código Tributario			
11. Resoluciones de Multa por no retener las aportaciones al SNP de las remuneraciones del señor Javier Roberto Lowry Gazzini – Numeral 13 del artículo 177º del Texto Unico Ordenado (TUO) del Código Tributario.	S/.6,998.00	S/.10,097.00	S/.17,095.00
12. Resoluciones de Multa por no incluir en la base imponible (IES) de la declaración pago PDT remuneraciones, las remuneraciones del señor Javier Roberto Lowry Gazzini Numeral 1 del artículo 178º del Texto Unico Ordenado (TUO) DEL Código Tributario	1,799.00	S/.2,597.00	S/.4,396.00
13. Resolución de Multa por otras Infracciones administrativas	S/.44,365.00	S/.2,628.00	S/.46,993.00
TOTAL	S/.222,347.00	S/.257,828.00	S/.480,172.00

7.4. ILEGALIDAD Y DESPROPORCIONALIDAD DEL COBRO DE PEAJE POR EL TRAMO A DE LA “VÍA EXPRESA DEL CALLAO”

7.4.1. VERIFICACIÓN DE LA LEGALIDAD DEL COBRO DE PEAJE POR EL TRAMO A DE LA “VÍA EXPRESA DEL CALLAO”.

7.4.1.1. En este extremo del análisis debemos advertir que existe una discusión doctrinaria acerca de la naturaleza jurídica del peaje, pues para algunos constituye un precio público, mientras que para otros tiene

naturaleza tributaria, no existiendo uniformidad en este último caso respecto a si se trata de una tasa, contribución o impuesto.

7.4.1.2. El Tribunal Fiscal se ha pronunciado, al respecto, de la siguiente manera:

- **Resolución No. 2901-2 del Tribunal Fiscal**, que resuelve el Recurso de Queja presentado por la Empresa de Transportes General José de San Martín S.A. en contra del Concejo Provincial de Pisco:

“(...) Pero en rigor el asunto sustantivo es definir si el peaje es o no una tasa. Y ocurre que según el artículo 4 del Decreto Supremo 015-93-TTC, de 05.05.93²⁸, el peaje es una tarifa, cuya cobranza la puede efectuar entidades privadas cuando presten el servicio, y cuyo monto se decide en base a los estudios técnico-económicos del caso.

En consecuencia no siendo de carácter tributario la queja formulada, no procede que el tribunal se avoque a su conocimiento.”

- **Resolución No. 0501-5-2004 del Tribunal Fiscal**, que resuelve el Recurso de Queja presentado en contra de la Municipalidad Metropolitana de Lima:

²⁸ Cabe advertir que dicha norma no señala en ninguno de sus extremos que el peaje sea una tarifa. La norma se limita a disponer que “Las tarifas de peaje que se cobren serán fijadas por el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, previos los estudios técnico-económicos, necesarios que permitan definir su monto”. En este contexto la norma se refiere a tarifa como la tabla de sumas de dinero que se debe pagar por peaje, no define a este último. Por tanto, en este caso, el Tribunal Fiscal parte de una premisa equivocada.

“(…) Que tal como se aprecia, una de las diferencias entre precio público y tasa se encuentra en la naturaleza del servicio estatal, es decir serán tasas en tanto los servicios sean inherentes a la soberanía del Estado, lo cual implica que tales servicios no podrían ser prestados por particulares, situación que no ocurre en el caso del peaje.

(…)

Que tal como se observa, el cobro del peaje no corresponde a un servicio inherente al Estado pues no sólo es factible de delegarse sino que puede asumir una finalidad lucrativa, características ajenas a los tributos.

(…)

Que de acuerdo con lo expuesto se concluye que por las características que asume, el peaje no tiene naturaleza tributaria, por lo que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 101º del Código Tributario, no compete a este Tribunal pronunciarse respecto de la queja presentada por el cobro de peaje del Puente Villa realizado por EMAPE. (…)”

7.4.1.3. Pero dicha posición también cuenta con basamento en el derecho positivo. Así, encuentra sustento en lo dispuesto en la Segunda Disposición Transitoria y Final del Decreto Supremo No. 064-2000-EF, que modifica apéndices del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo, su Reglamento, y emite disposiciones complementarias, que señala:

“Segunda.- Precisase que el monto por concepto de peaje que corresponde a los concesionarios de obras públicas no constituye tributo sino la retribución por un servicio que presta el

concesionario al usuario del mismo, el cual se encuentra comprendido dentro del ámbito de aplicación del Impuesto General a las Ventas e Impuesto de Promoción Municipal. (...)”

7.4.1.4. Sobre lo expuesto, cabe tener presente, en primer lugar, el ámbito de vigor normativo de las resoluciones del Tribunal Fiscal, el cual se encuentra delimitado en el artículo 154º del Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado por Decreto Supremo No. 135-99-EF, de la siguiente manera:

“Artículo 154.- JURISPRUDENCIA DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA

*Las resoluciones del Tribunal Fiscal que interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de normas tributarias, así como las emitidas en virtud del Artículo 102º, **constituirán jurisprudencia de observancia obligatoria para los órganos de la Administración Tributaria**, mientras dicha interpretación no sea modificada por el mismo Tribunal, por vía reglamentaria o por Ley. En este caso, en la resolución correspondiente el Tribunal Fiscal señalará que constituye jurisprudencia de observancia obligatoria y dispondrá la publicación de su texto en el Diario Oficial. (...)”*

7.4.1.5. En ese sentido, cabe reflexionar si las resoluciones antes glosadas i) interpretan de modo expreso y con carácter general el sentido de una norma tributaria; ii) der ser el caso, cuál es la norma tributaria interpretada; y iii) si la obligatoriedad de dichas resoluciones puede trascender fuera de los órganos de la Administración Tributaria.

7.4.1.6. Por otro lado, con relación a la “precisión” (que implica interpretación legislativa) realizada por el Poder Ejecutivo, mediante Decreto Supremo No. 064-2000-EF, debemos resaltar la opinión del reconocido tributarista Alberto Quimper Herrera²⁹, quien señala que,

“10.4.- La Segunda Disposición Transitoria y Final del Decreto Supremo No. 064-2000-EF carece de virtualidad jurídica para interpretar las leyes; de donde resulta que no es lícito apoyarse en ella para sostener que el peaje no tiene naturaleza tributaria, considerando que se trata de una norma de rango reglamentario, esto es infralegal, que no debe, por tanto, transgredir ni desnaturalizar lo establecido en la ley.

7.4.1.7. Comparte dicha opinión el constitucionalista Elvito Rodríguez Domínguez³⁰, quien sobre el particular expresa lo siguiente:

*“4. En la misma línea, considero que la segunda Disposición Final del Decreto Supremo No. 064-2000-EF -primer párrafo- es **inconstitucional**, por las siguientes razones:*

- a) Porque no existe relación contractual entre los usuarios y el Estado, menos con el concesionario, se trata de prestaciones dispuestas por el Estado, en ejercicio de su potestad tributaria que le confiere la Constitución;*
- b) Porque este Decreto Supremo es reglamentario del Impuesto General a las Ventas, por lo que excede la potestad reglamentaria que confiere al Presidente de la República el*

²⁹ Ver carta del doctor ALBERTO QUIMPER HERRERA, remitida a la Comisión de Fiscalización y Contraloría con fecha 11 de enero de 2008.

³⁰ Ver carta del doctor ELVITO RODRIGUEZ DOMINGUEZ, remitida a la Comisión de Fiscalización y Contraloría con fecha 30 de enero de 2008.

inciso 8) del artículo 118º de la Constitución, que debe ejercerla sin transgredir ni modificar las leyes.

c) Porque el concesionario al cobrar el peaje, lo hace por delegación del Estado, por tanto, las relaciones jurídicas del concesionario son con el Estado, al igual que las relaciones jurídicas del usuario; no existiendo relación jurídica entre el concesionario y el usuario.

5. Siendo el primer párrafo del Decreto Supremo antes mencionado, inconstitucional, puede inaplicarse en cada caso concreto, conforme, conforme lo dispone el artículo 51º de la Constitución”

7.4.1.8. A ello sólo queda añadir, que la interpretación legislativa, según la Constitución, es atribución exclusiva del Parlamento, conforme al Artículo 102º de nuestra Carta Fundamental, que señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 102º.- Son atribuciones del Congreso:

*1. Dar leyes y resoluciones legislativas, así como **interpretar**, modificar o derogar las existentes (...).”*

7.4.1.9. Pero, sobre el tema de fondo, debemos destacar lo señalado otro extremo de la opinión remitida por el doctor Alberto Quimper Herrera³¹, cuando señala que,

“10.3.- Como quiera que las normas del Presupuesto General de la República forman parte del bloque de constitucionalidad, por implicar el desarrollo de lo dispuesto en los Arts. 77º y 78º de la

³¹ Ver carta del doctor ALBERTO QUIMPER HERRERA, remitida a la Comisión de Fiscalización y Contraloría con fecha 11 de enero de 2008.

Constitución del Estado, consignándose en ellas invariablemente, año a año, al peaje como ingreso tributario, tanto del Gobierno Central como de los Gobiernos Locales, ninguna ley que no pertenezca al bloque de constitucionalidad puede desvirtuar la naturaleza tributaria del peaje.

(...)

10.5.- El contrato de concesión de servicios públicos carece de eficacia jurídica para determinar el monto y la forma en que debe cobrarse el peaje a los usuarios de las obras viales, estando a la naturaleza tributaria de aquel, razón por la cual su implantación y cobro sólo puede tener origen en el poder de imperio de que está investido el Estado para crear tributos.”

7.4.1.10. Asimismo, cabe resaltar la opinión del constitucionalista Elvito Rodríguez Domínguez, que señala lo siguiente:

“2. En cuanto a la naturaleza jurídica del peaje, debemos tener en cuenta:

- a) Que la Constitución en ninguno de sus artículos se refiere al concepto de tributo. El artículo 74 se refiere a la jerarquía de las normas jurídicas que pueden crear, modificar o derogar, o establecer exoneración de tributos. A continuación especifica la norma jurídica que sirve para los fines antes indicados respecto a aranceles y tasas, pero tampoco establece el concepto de arancel y tasa; y luego regula la competencia de los gobiernos regionales y municipales en esta materia.*
- b) El Código Tributario, en su artículo II, recoge el concepto doctrinario de tributo, definiendo las especies que comprende: que consiste en el pago que debemos efectuar al Estado, sin ninguna contraprestación directa (Impuesto), por beneficios*

*derivados de la realización de obras públicas o actividades estatales (Contribución) o por la prestación de un servicio público individualizado en el contribuyente (Tasa). Entre las **Tasas**, están los **Derechos**, que son las Tasas que se pagan por la prestación de un servicio administrativo público o el uso o aprovechamiento de bienes públicos.*

- c) Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, **PEAJE**, Derecho de Tránsito. El jurista Guillermo Cabanellas en su ‘Diccionario de Derecho Usual’, dice que, **PEAJE**, ‘en concepto amplio, derecho de tránsito como impuesto por el paso a través de caminos, canales o puentes, realícenlo las personas por sí solas o con caballerías o vehículos, lleven éstos carga o vayan vacío’.*
 - d) Desde el punto de vista objetivo y fáctico, es decir, lo que se percibe, el peaje es un pago que se realiza por el uso de una vía pública, cada vez que se la usa.*
 - e) En atención a lo anteriormente expuesto, a mi criterio, el **PEAJE** es un **TRIBUTO**. Puede discutirse si es una **CONTRIBUCIÓN** o una **TASA** en la modalidad de **DERECHOS**, pero no hay duda de que su existencia fáctica responde a las características del tributo.*
- 3. Siendo el **PEAJE** un **TRIBUTO**, su creación, modificación, extinción o exoneración esta sujeta a los parámetros del artículo 74 de la Constitución, en los distintos niveles de gobierno.”*

7.4.1.11. En ese sentido, podemos señalar que los criterios sobre el particular no son uniformes, tanto así que la directiva del Instituto Peruano de Derecho Tributario³², ha expresado lo siguiente:

³² Ver carta del Presidente del Instituto Peruano de Derecho Tributario, doctor Luis Carlos Rodrigo Mazuré, remitida a la Comisión de Fiscalización y Contraloría, con fecha 7 de noviembre de 2007.

“...El Instituto está conformado actualmente por ciento setenta asociados activos, todos los cuales podrían tener y de hecho tienen, opiniones divergentes respecto de cada tema específico del derecho tributario... Por tanto... nos es imposible pronunciarnos institucionalmente sobre un tema específico –como es el tema materia de consulta (naturaleza jurídica del peaje)-, sin que dejáramos de incurrir en falta de excedernos en las facultades que gozamos con arreglo a nuestro mandato.”

7.4.1.12. En ese sentido, se reitera lo anteriormente expresado, no hay un criterio uniforme sobre la naturaleza jurídica del peaje, aunque por los argumentos expuestos *supra*, la balanza se inclina hacia su naturaleza tributaria. En tal sentido, corresponde al Congreso de la república, conforme a la atribución prevista en el inciso 1) del artículo 102º de la Constitución, glosado, precisar la naturaleza jurídica que corresponde al peaje recaudado directamente por el Estado y el recaudado a través de concesionarios.

7.4.1.13. Sin embargo, para el caso concreto no nos ocuparemos de la naturaleza tributaria o no del peaje, basta con reiterar todas las irregularidades que constituyen vicios nulificantes del proceso y contrato de concesión, pero, por si no fuera suficiente, cabe recordar que el Comité de Recepción de Obras incumplió expedir la Resolución que autoriza la puesta en servicio de las obras del Tramo A de la “Vía Expresa del Callao”, por tanto tampoco se cumplió con su publicación en el Diario Oficial “El Peruano”, ni en el diario encargado de los avisos judiciales de la Provincia Constitucional del Callao, por tanto la habilitación efectuada no se realizó con la formalidad prevista en la norma, lo cual la afecta dicho acto con vicio insubsanable que acarrea su nulidad de pleno derecho, ya

que contraviene lo dispuesto en el artículo 50º del Reglamento aprobado por Ordenanza No. 007-97-MPC, que sirvió de sustento para el proceso patrocinado por la Municipalidad Provincial del Callao. Todo lo cual era condición para inicio del cobro de peaje en el Tramo A de la “Vía Expresa del Callao”.

7.4.1.14. El artículo 50º del Reglamento aprobado por Ordenanza No. 007-97-MPC, señala lo siguiente:

*“Artículo 50.- (...) Comprobado el estado satisfactorio de las obras e instalaciones y su **adecuación a los proyectos y demás estipulaciones técnicas aprobadas**, se levantará un acta que será firmada por el concesionario y los miembros del Comité de Recepción de Obras. **El Comité de Recepción de Obras expedirá la Resolución que autoriza la puesta en servicio de las obras, la cual será publicada en el Diario Oficial El Peruano y en el diario encargado de los avisos judiciales de la Provincia Constitucional del Callao.**”*

7.4.1.15. Dicha disposición debe concordarse con lo estipulado en la cláusula 13.1 del Contrato de Concesión, que señala lo siguiente:

*“XIII. SISTEMA DE EXPLOTACIÓN DE TARIFAS U OTROS
13.1 La fecha de inicio de la Explotación es el día que EL CONCESIONARIO reciba la autorización de puesta en servicio expedida por el Comité de Recepción de Obras (...)”*

7.4.2. VERIFICACIÓN DE PROPORCIONALIDAD ENTRE EL MONTO DE PEAJE POR EL TRAMO A DE LA “VÍA EXPRESA DEL CALLAO” Y EL SERVICIO PRESTADO (OBRA CONSTRUIDA).

7.4.2.1. Conforme a lo dispuesto en la cláusula 13.2 del Contrato de Concesión suscrito por la Municipalidad Provincial del Callao y Convia! Callao S.A., el 9 de febrero del 2001, precisa que,

“13.2. La Tarifa a cubrir para vehículos categoría 1 (autos, combis, pick ups, vehículos livianos de dos ejes y ruedas simples) el equivalente a US\$ 0.71 (setentiún centavos de dólar americano), incluido el Impuesto General a las Ventas correspondiente, redondeado a dos decimales.”

7.4.2.2. Posteriormente, mediante adenda del 10 de enero del 2005, se autoriza automáticamente al cobro del 50 % de la tarifa del peaje, una vez culminada las obras del Tramo A.

7.4.2.3. Previamente, mediante adenda del 15 de febrero del 2002, se acordó que,

“...al transformarla en nuevos soles al cambio correspondiente del mercado libre se le practicará un redondeo para facilitar el manejo del dinero por los usuarios a S/. 0.50 nuevo sol o nuevo sol entero (0.00), inmediato superior al resultado de la conversión.”

7.4.2.4. En ese sentido, de un razonamiento básico se puede desprender lo siguiente:

(Previo: No se considera el tramo Ov. 200 Millas-Ov. Las Américas donde no se han hecho trabajos de vía expresa y está remunerado con exclusividad de avisaje y explotación comercial.)

- El tamaño de la “Vía Expresa del Callao” es 5.5 Km. aprox.
- La tarifa de peaje por el uso de la vía completa es US\$ 0.71.

- El tamaño del Tramo A es 1.8 Km. aprox.
- La tarifa de peaje por el uso del Tramo A es US\$ 0.35 (50% de tarifa completa)

* En aplicación del cambio a S/. y redondeo acordado por Adenda del 15FEB02, la tarifa queda en S/. 1.50.

Entonces, no resulta proporcional que por el uso del 32% (1.8 Km.) de la obra pública, el usuario el 50% de la tarifa del peaje (US\$ 0.35), la misma que inclusive se ve aumentada por el cambio y redondeo que ya se ha explicado.

7.4.2.5. Con la finalidad de verificar la proporcionalidad del monto de peaje por el Tramo A de la “Vía Expresa del Callao”, observemos el monto del peaje que se cobra en otras concesiones, la que se recuda en las vías administradas por el MTC, y el peaje promedio que se exige en otros países de la región, en los cuadros siguientes:

EN CONCESIÓN (por 100 Km. aprox.)	Tarifa Vehículo Ligeros (por unidad) S/.	Tarifa Vehículo Pesados (por eje) S/.
Carretera Ancón – Huacho – Pativilca (NORVIAL)	5.783	5.783
Carretera Arequipa – Matarani (CONCAR)	5.00	4.00
Carretera Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica (COVIPERU)	5.50	5.50
Carretera Paita – Yurimaguas (IIRSA NORTE)	5.50	5.50
Promedio aproximado Concesiones nacionales	5.44	

Fuente: Informe No. 067-07-GS-GAL-OSITRAN

AMBITO MTC (por 100 Km. aprox.)	Vehículos Ligeros (por unidad) S/.	Vehículos de transporte pesado de carga y pasajeros (por eje) S/.
PROVIAS NACIONAL	7.50	6.50

Fuente: Informe No. 201-2007-MTC/20

AMÉRICA LATINA (por 100 Km. promedio)	Ligero US\$	2 ejes US\$
ARGENTINA	0.90	1.78
CHILE	4.14	7.16
COLOMBIA	3.06	3.46
ECUADOR	4.00	8.00
Promedio América Latina	3.02	
(TC: 2.95)	S/. 8.90	

Fuente: MTC / Informe No. 067-07-GS-GAL-OSITRAN

	Vehículo ligero
Promedio de tarifa de peaje nacional y América Latina (cada 100 Km.)	S/. 7.28
A 1.8 Km corresponde :	S/. 0.13

7.4.2.6. El cálculo matemático y comparativo nos demuestra que la tarifa de S/. 1.50 por 1.8 Km. es excesivamente superior a las tarifas promedios nacional y de América Latina en 1,053.84 %. Por tanto, existe una evidente desproporcionalidad en la tarifa del peaje exigido actualmente, en perjuicio de los usuarios, que ni siquiera podría ser justificada por algún mecanismo de subsidio cruzado³³, ya que este no existe para esta concesión.

7.5. INCONVENIENCIA DE LA CADUCIDAD DE LA CONCESIÓN POR INTERÉS PÚBLICO, ADOPTADA POR LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DEL CALLAO

7.5.1. La Comisión de Evaluación del Contrato de Concesión de la “Vía Expresa del Callao” presentó en su Informe Final a la Municipalidad Provincial del Callao, las siguientes alternativas de solución:

1	Nulidad	Concuerda con: - Informe Preliminar de Comisión de Fiscalización del Congreso - Informe Parcial de Contraloría General - Informe de Estudio GHERSI
2	Resolución por incumplimiento	
3	Caducidad de la concesión	Opción que finalmente recomienda la Comisión Evaluadora y acepta la MPC.

³³ Ver: BONIFAZ, José Luis; URRUNAGA, Roberto y WAKEHAM, Jennifer (2002) *Financiamiento privado e impuestos: el caso de las redes viales en el Perú*. Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico (CIUP) y Consorcio de Investigación Económica y Social (CIES), Lima.

7.5.2. Examinemos desde una aproximación económica, cada una de dichas alternativas:

	NULIDAD	RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO (Cláusulas 15.6 y 15.14)	CADUCIDAD (Cláusulas 15.4 y 15.12)
Gastos de reparación de deficiencias en la obra		SÍ (monto a determinar)	
Garantía de Fiel Cumplimiento		US\$ 1.5 MM	SE DEVUELVE
Gastos para continuar construcción de obra (US\$ 45 MM menos US\$ 24 MM)		US\$ 21 MM	
Valor contable de obras (según certificados de inversión)			US\$ 18 MM
Endeudamiento Garantizado Permitido (Bco. Financiero)			US\$ 5 MM
Obligaciones laborales de Convial			SÍ (monto a determinar)
Indemnización por daños y perjuicios	SÍ (monto a determinar)		
Devolución de peaje indebidamente recaudado	US\$ 13 MM aprox.		
Continuación de cobro de peaje (6 meses adicionales)			US\$ 3 MM aprox.
TOTAL APROX.	US\$ 13 MM	US\$ 22.5 MM	US\$ 26 MM

7.5.3. Añadamos al análisis la probabilidad estimada de éxito:

	PRETENSIÓN / ESTRATEGIA	BENEFICIO	PROBABILIDAD DE ÉXITO ESTIMADO
1.	NULIDAD + INDEMNIZACIÓN + DEVOLUCIÓN PEAJE	A FAVOR DE LA MPC: Indemnización por daños y perjuicios a favor de la MPC + US\$ 10 MM por demanda de devolución de peaje indebidamente recaudado + Recuperación precautelatoria de vía + Cese de peaje	85 %
2.	RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO (Cláusulas 15.6 y 15.14)	A FAVOR DE LA MPC: US\$ 22.5 MM + Gastos de reparación de deficiencias en la obra	55 %
3.	CADUCIDAD (Cláusulas 15.4 y 15.12) + CONTRADEMANDA INDEMNIZACIÓN	A FAVOR DE CONVIAL CALLAO S.A.: US\$ 26 MM + Obligaciones laborales de Convial + Se devuelve Garantía de Fiel Cumplimiento.-	20 % (Pérdida para MPC)

7.5.4. Por lo expuesto, es explícitamente claro lo inconveniente que resulta la medida adoptada por la actual gestión de la Municipalidad Provincial del Callao, favorable para la concesionaria Convial Callao S.A. y perjudicial tanto para el municipio como para los usuarios.

7.5.5. Conforme a lo sustentado en todos los puntos anteriores, esta Comisión se ratifica en la total conveniencia de exigir por la vía judicial, la nulidad del proceso y contrato de concesión materia de investigación.

8. RESPONSABILIDADES PENALES.-

8.1. CONFIGURACIÓN DE TIPOS PENALES, AGRAVANTES Y PENAS ACCESORIAS.-

8.1.1. Los hechos expuestos, a los que ha llegado la Comisión, importarían la posible comisión de los siguientes actos ilícitos tipificados y penados en el Código Penal. Y que deberán ser investigados y sancionados en sede judicial:

8.1.2. Delitos contra la Administración Pública:

8.1.2.1. Usurpación de función pública (artículo 361º, CP)

“...el que ejerce funciones correspondientes a cargo diferente del que tiene, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de siete años, e inhabilitación de uno a dos años conforme al artículo 36º, incisos 1 y 2.”

8.1.2.2. Abuso de autoridad (artículo 376º, CP)

“El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena, en perjuicio de alguien, un acto arbitrario cualquiera, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.”

8.1.2.3. Incumplimiento de deberes funcionales (artículo 377º, CP)

“El funcionario público que, ilegalmente, omite, rehusa o retarda algún acto de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta días-multa.”

8.1.2.4. Colusión (artículo 384º, CP)

"El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años."

8.1.2.5. Malversación (artículo 389º, CP)

"El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años."

Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres años ni mayor de ocho años."

8.1.2.6. Aprovechamiento indebido del cargo (artículo 397º, CP)

"El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años."

Tipo vigente hasta el 6 de octubre de 2004, cuando entró en vigencia el siguiente texto:

"Artículo 399.- Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo

El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal."

8.1.3. Delitos contra el Patrimonio:

8.1.3.1. Estafa (Artículo 196º, CP)

"El que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años."

8.1.3.2. – Fraude en la Administración de Personas Jurídicas - Administración fraudulenta (Artículo 198, CP)

"Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años el que, en su condición de fundador, miembro del directorio o del consejo de administración o del consejo de vigilancia, gerente, administrador o liquidador de una persona jurídica, realiza, en perjuicio de ella o de terceros, cualquiera de los actos siguientes:

1. Ocultar a los accionistas, socios, asociados o terceros interesados, la verdadera situación de la persona jurídica, falseando los balances, reflejando u omitiendo en los mismos beneficios o pérdidas o usando cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables.

2. Proporcionar datos falsos relativos a la situación de una persona jurídica. (...)"(*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 3 de la Ley N° 28755, publicada el 06 junio 2006, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 198.- Administración fraudulenta

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años el que, en su condición de fundador, miembro del directorio o del consejo de administración o del consejo de vigilancia, gerente, administrador, auditor interno, auditor externo o liquidador de una persona jurídica, realiza, en perjuicio de ella o de terceros, cualquiera de los actos siguientes:

1. *Ocultar a los accionistas, socios, asociados, auditor interno, auditor externo, según sea el caso o a terceros interesados, la verdadera situación de la persona jurídica, falseando los balances, reflejando u omitiendo en los mismos beneficios o pérdidas o usando cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables.*

2. *Proporcionar datos falsos relativos a la situación de una persona jurídica. (...)"*

8.1.4. Delitos contra el Orden Económico:

8.1.4.1. Abuso de poder económico (Artículo 232º, CP)

"El que, infringiendo la ley de la materia, abusa de su posición monopólica u oligopólica en el mercado, o el que participa en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios, con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años, con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36º, incisos 2 y 4."

DECRETO LEGISLATIVO Nº 701, contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia

"Artículo 2.- La presente Ley es de aplicación a todas las personas naturales o jurídicas, sean de derecho público o privado, que realicen actividades económicas. Se aplica también a las personas que ejerzan la dirección o la representación de las empresas, instituciones o entidades en cuanto éstas participen en la adopción de los actos y las prácticas sancionadas por esta Ley."

"Artículo 6.- Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia.

Son prácticas restrictivas de la libre competencia:

(...) e) La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros...;

(...) i) *El establecimiento, la concertación o la coordinación de las ofertas o de la abstención de presentar ofertas en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas.*

j) Otros casos de efecto equivalente."

"Artículo 19. *El ejercicio de la acción penal es de oficio. Cuando la Comisión estimara que se ha infringido el artículo 232 del C.P. pondrá tal hecho en conocimiento del Ministerio Público."*
(Modificado por el numeral 8 de la Segunda Disposición Modificatoria y Derogatoria del Decreto Legislativo N° 957)

8.1.5. Delitos contra el Orden Financiero:

8.1.5.1. Financiamiento por medio de información fraudulenta (Artículo 247º, CP)

"El usuario de una institución bancaria, financiera u otra que opera con fondos del público que, proporcionando información o documentación falsas o mediante engaños obtiene créditos directos o indirectos u otro tipo de financiación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa.

(...) Los accionistas, asociados, directores, gerentes y funcionarios de la institución que cooperen en la ejecución del delito, serán reprimidos con la misma pena señalada en el párrafo anterior y, además, con inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4."

8.1.6. Delitos contra la Tranquilidad Pública

8.1.6.1. Asociación ilícita (artículo 317, CP)

“El que forma parte de una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos será reprimido por el sólo hecho de ser miembro de la misma, con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años. (...)”

8.1.7. Delitos contra la Fe Pública

8.1.7.1. Falsificación de documentos (artículo 427, CP)

“El que hace, en todo o en parte, un documento falso o adultera uno verdadero que pueda dar origen a derecho u obligación o servir para probar un hecho, con el propósito de utilizar el documento, será reprimido, si de su uso puede resultar algún perjuicio, con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de diez años y con treinta a noventa días-multa si se trata de un documento público, registro público, título auténtico o cualquier otro transmisible por endoso o al portador y con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años, y con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa, si se trata de un documento privado.

El que hace uso de un documento falso o falsificado, como si fuese legítimo, siempre que de su uso pueda resultar algún perjuicio, será reprimido, en su caso, con las mismas penas.”

8.1.7.2. Falsedad genérica (artículo 438, CP)

"El que de cualquier otro modo que no esté especificado en los Capítulos precedentes, comete falsedad simulando, suponiendo, alterando la verdad intencionalmente y con perjuicio de terceros, por palabras, hechos o usurpando nombre, calidad o empleo que no le corresponde, suponiendo viva a una persona fallecida o que no ha existido o viceversa, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años."

8.1.8. Delitos tributarios:

8.1.8.1. Defraudación Tributaria (Ley Penal Tributaria, Decreto Legislativo No. 813)

***"Artículo 1.-** El que, en provecho propio o de un tercero, valiéndose de cualquier artificio, engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, deja de pagar en todo o en parte los tributos que establecen las leyes, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 5 (cinco) ni mayor de 8 (ocho) años y con 365 (trescientos sesenta y cinco) a 730 (setecientos treinta) días-multa."*

***"Artículo 4.-** La defraudación tributaria será reprimida con pena privativa de libertad no menor de 8 (ocho) ni mayor de 12 (doce) años y con 730 (setecientos treinta) a 1460 (mil cuatrocientos sesenta) días-multa cuando:*

- a) Se obtenga exoneraciones o inafectaciones, reintegros, saldos a favor, crédito fiscal, compensaciones, devoluciones, beneficios o incentivos tributarios, simulando la existencia de hechos que permitan gozar de los mismos.*
- b) Se simule o provoque estados de insolvencia patrimonial que imposibiliten el cobro de tributos una vez iniciado el procedimiento de verificación y/o fiscalización."*

8.1.9. Asimismo, es necesario tener presente la circunstancia agravante por condición del sujeto activo, prevista en el artículo 46-A del Código Penal:

“Artículo 46-A.- Circunstancia agravante por condición del sujeto activo

Constituye circunstancia agravante de la responsabilidad penal si el sujeto activo se aprovecha de su condición de... autoridad, funcionario o servidor público, para cometer un hecho punible...

En estos casos el Juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, no pudiendo ésta exceder de treinta y cinco años de pena privativa de libertad. (...)”

Dicho artículo se incorporó al Código Penal por Ley No. 26758, publicada el 14 de marzo de 1997, y el texto glosado se mantuvo invariable tras la modificación realizada al artículo por Decreto Legislativo No. 982, publicado el 22 julio 2007.

8.1.10. Y de igual manera, debe tenerse presente la siguiente pena accesoria prevista en el artículo 426º del Código Penal, para funcionarios públicos:

“Artículo 426.- Inhabilitación

Los delitos previstos en los Capítulos II y III de este Título, serán sancionados, además, con pena de inhabilitación de uno a tres años conforme al artículo 36, incisos 1 y 2.”

8.1.11. Finalmente, debe tenerse en cuenta la siguiente medida, prevista en el artículo 105 del Código Penal:

“Artículo 105.- Medidas aplicables a las personas jurídicas

Si el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, el Juez deberá aplicar todas o algunas de las medidas siguientes:

1. Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no excederá de cinco años.

2. Disolución y liquidación de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité.

3. Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años.

4. Prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.

La prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. La prohibición temporal no será mayor de cinco años.

Cuando alguna de estas medidas fuera aplicada, el Juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores de la persona jurídica hasta por un período de dos años.

El cambio de la razón social, la personería jurídica o la reorganización societaria, no impedirá la aplicación de estas medidas."

8.2. CONCURSO IDEAL DE DELITOS, DELITO CONTINUADO Y CONCURSO REAL DE DELITOS

Por último, cabe señalar que resulta pertinente tener presente para el caso que nos ocupa las siguientes instituciones del Derecho penal que se han recogido en nuestro Código Penal:

• Concurso ideal de delitos

"Artículo 48.- Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá con la que establezca la pena más grave.

Las penas accesorias y medidas de seguridad podrán ser aplicadas aunque sólo estén previstas en una de esas disposiciones."()*

(*) Artículo modificado por el Artículo 3 de la Ley No. 28726, publicada el 09 mayo 2006, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 48.- Concurso ideal de delitos

Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá hasta con el máximo de la pena más grave, pudiendo

incrementarse ésta hasta en una cuarta parte, sin que en ningún caso pueda exceder de treinta y cinco años."

- **Delito continuado**

*"**Artículo 49.-** Cuando varias violaciones de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, serán considerados como un sólo delito continuado y se sancionarán con la pena correspondiente al más grave. Si con dichas violaciones, el agente hubiera perjudicado a una pluralidad de personas, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave.*

La aplicación de las anteriores disposiciones quedará excluida cuando resulten afectados bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal pertenecientes a sujetos distintos."

- **Concurso real de delitos**

*"**Artículo 50.-** Cuando concurren varios hechos punibles que deben considerarse como otros tantos delitos independientes, se impondrá la pena del delito más grave, debiendo el Juez tener en cuenta los otros, de conformidad con el artículo 48." (*)*

(*) Artículo modificado por el Artículo 3 de la Ley N° 28730, publicada el 13 mayo 2006, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 50.- Concurso real de delitos

Cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes, se sumarán las penas privativas de libertad que fije el juez para cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo

exceder de 35 años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua se aplicará únicamente ésta."

8.3. INDIVIDUALIZACIÓN DE RESPONSABILIDADES PENALES.-

Como consecuencia de las indagaciones realizadas, de los testimonios recibidos, del análisis expuesto en los párrafos precedentes y la deliberación realizados respecto de la evidencia disponible en el seno de la Comisión, se ha podido constatar la presunta responsabilidad de las siguientes personas, en razón de la participación que se indica les habría correspondido:

8.3.1. ALEXANDER KOURI BUMACHAR, ex Alcalde de la Municipalidad Provincial del Callao, y los funcionarios que resulten responsables

8.3.1.1. Presuntamente responsable, en su calidad de autor, del delito contra la Administración Pública, en su modalidad de **USURPACIÓN DE FUNCIÓN PÚBLICA**, previsto en el artículo 361º del Código Penal, con la agravante prevista en el artículo 46º-A de la misma norma sustantiva, debiéndole corresponder pena privativa de la libertad no mayor a 9 años y 4 meses, más pena accesoria de inhabilitación hasta por 2 años para el ejercicio de función, cargo o comisión, aunque provenga de elección popular, asimismo, inhabilitación para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público; al haber suscrito la Resolución de Alcaldía No. 000180, del 21 de junio de 1999, que convoca al Concurso de Proyectos Integrales "Vía Expresa del Callao" e inicia el correspondiente proceso de concesión, sin corresponder al cargo que ostentaba de Alcalde Provincial.

Se configuraría el mismo tipo penal, por haber suscrito la Adenda al Contrato de Concesión de la "Vía Expresa del Callao", de fecha 10 de enero de 2005, por el que extiende dicha concesión a un tramo de la Red Vial Nacional que originariamente era competencia del Ministerio de Transportes y Comunicaciones pero que a partir del 2001, por Decreto Supremo No. 030-2001-MTC, su titularidad se transfirió a la Municipalidad Metropolitana de Lima.

8.3.1.2. Presuntamente responsable, en su calidad de autor, del delito contra la Administración Pública, en su modalidad de **INCUMPLIMIENTO DE DEBERES FUNCIONALES**, previsto en el artículo 377º del Código Penal, con la agravante y pena accesoria previstas en los artículos 46º-A y 426º de la misma norma sustantiva, debiéndole corresponder pena privativa de libertad no mayor de 2 años y 8 meses, e inhabilitación hasta por 3 años para el ejercicio de función, cargo o comisión, aunque provenga de elección popular, asimismo, inhabilitación para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público; por haber incumplido declarar la pérdida del derecho de adjudicación del Consorcio CCI Concesiones Perú (Convial Callao S.A.) al no haber suscrito el contrato de concesión en el plazo previsto en el Reglamento aprobado por Ordenanza No. 006-97-MPC, asimismo, por haber incumplido ordenar ejecutar la Garantía de Seriedad de Propuesta (cartas fianzas por US\$ 1'000,000) y convocar a nueva licitación.

8.3.1.3. Presuntamente responsable, en su calidad de autor, del delito contra la Administración Pública, en su modalidad de **COLUSIÓN**, previsto en el artículo 384º del Código Penal, con la agravante y pena accesoria previstas en los artículos 46º-A y 426º de la misma norma sustantiva, debiéndole corresponder pena privativa de libertad no mayor a 20 años, e inhabilitación hasta por 3 años para el ejercicio de función,

cargo o comisión, aunque provenga de elección popular, asimismo, inhabilitación para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público; por haber suscrito por razón de su cargo de Alcalde Provincial y en defraudación de la Municipalidad Provincial del Callao:

1. El documento denominado “Contrato Preparatorio de Concesión”, de fecha 30 de marzo del 2000, que posterga indebidamente por 90 días la suscripción del contrato definitivo de concesión;
2. La cláusula adicional del 6 de junio del 2000, que posterga por indebidamente 60 días adicionales la suscripción del contrato definitivo de concesión;
3. La cláusula adicional del 29 de agosto del 2000, que posterga indebidamente por 30 días adicionales la suscripción del contrato definitivo de concesión;
4. La cláusula adicional del 21 de septiembre del 2000, que posterga indebidamente por 30 días adicionales la suscripción del contrato definitivo de concesión;
5. La cláusula adicional del 24 de octubre del 2000, que posterga indebidamente por 60 días adicionales la suscripción del contrato definitivo de concesión;
6. La cláusula adicional del 19 de diciembre del 2000, que posterga indebidamente por 43 días adicionales la suscripción del contrato definitivo de concesión;
7. El contrato de concesión de la “Vía Expresa del Callao” con la empresa Convial Callao S.A., de fecha 9 de febrero del 2001, fuera del plazo establecido en las Bases Generales y en el Reglamento aprobado por Ordenanza Municipal No. 006-97-MPC;
8. La adenda al contrato de concesión de fecha 21 de mayo de 2004, por el que la Municipalidad Provincial del Callao, sobre

la base de certificados de inversión, otorga garantía complementaria a favor de accionistas y financistas de la concesionaria Convial Callao S.A., sin solicitar informe previo a la Contraloría General de la República, conforme a lo dispuesto en la Ley No. 27785 y la Resolución de Contraloría No. 080-2004-CG;

9. La adenda al contrato de concesión de fecha 10 de enero de 2005, que extiende indebidamente la concesión a un tramo de la Red Vial Nacional y otorga a Convial Callao S.A. la exclusividad de avisaje publicitario y explotación comercial de un tramo de la Av. Tomás Valle inclusive, sin concurso, ni licitación previa;
10. La adenda al contrato de concesión de fecha 3 de marzo de 2006, que transfiere a Convial Callao S.A. la administración del “canon” proveniente de la concesión de la “Vía Expresa del Callao” y declara que dichos recursos no constituyen fondos públicos;
11. Las adendas y aclaraciones de fecha 15 de febrero de 2002, 20 de febrero de 2002, 22 de mayo de 2002, 7 de agosto de 2003, adicionalmente a las ya mencionadas que implementan suspensión o postergación de obras y modificaciones en general, que quiebran el equilibrio económico financiero de la concesión en perjuicio de la Municipalidad Provincial del Callao y los usuarios.

8.3.1.4. Presuntamente responsable, en su calidad de autor, del delito contra la Administración Pública, en su modalidad de **MALVERSACIÓN**, previsto en el artículo 389º del Código Penal, con la agravante y pena accesoria previstas en los artículos 46º-A y 426º de la misma norma sustantiva, debiéndole corresponder pena privativa de libertad no mayor a

10 años y 8 meses, más pena accesoria de inhabilitación hasta por 3 años para el ejercicio de función, cargo o comisión, aunque provenga de elección popular, asimismo, inhabilitación para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público, por haber suscrito la adenda al Contrato de Concesión de fecha 3 de marzo del 2006, que transfiere los fondos del “canon” proveniente de la concesión de la “Vía Expresa del Callao”, con el agravante de que éstos debían ser destinados a un programa de desarrollo de microempresarios residentes en la Provincia Constitucional del Callao, a Convia! Callao S.A., quedando su *“administración y asignación... sujetos a la decisión, cuenta y riesgo”* de dicha empresa concesionaria.

8.3.1.5. Presuntamente responsable, en su calidad de autor, del delito contra la Administración Pública, en su modalidad de **APROVECHAMIENTO INDEBIDO DEL CARGO**, previsto en el artículo 397º del Código Penal, con la agravante y pena accesoria previstas en los artículos 46º-A y 426º de la misma norma sustantiva, debiéndole corresponder pena privativa de libertad no mayor a 6 años y 8 meses, e inhabilitación hasta por 3 años para el ejercicio de función, cargo o comisión, aunque provenga de elección popular, asimismo, inhabilitación para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público; habida cuenta que a través de las resoluciones, actos y contratos suscritos en razón de su cargo de Alcalde de la Municipalidad Provincial del Callao, se evidencia que orientó su interés en función personal para procurar el provecho de la concesionaria Convia! Callao S.A., resultando que ni el Municipio, ni los vecinos se encontraban representados por dicho sujeto especial, ni éste cumplió con las obligaciones a su cargo.

8.3.1.6. Presuntamente responsable del delito contra la Administración Pública, en su modalidad de **ABUSO DE AUTORIDAD**, previsto en el

artículo 376º del Código Penal, con la agravante y pena accesoria previstas en los artículos 46º-A y 426º de la misma norma sustantiva, debiéndole corresponder pena privativa de libertad no mayor a 2 años y 8 meses, más pena accesoria de inhabilitación hasta por 3 años para el ejercicio de función, cargo o comisión, aunque provenga de elección popular, asimismo, inhabilitación para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público; por suscribir abusando de sus atribuciones y de manera arbitraria, las resoluciones, actos y contratos que se han detallado en la sección “Análisis” del presente Informe Final, en perjuicio del Municipio del Callao y los usuarios.

8.3.1.7. Presunto responsable del delito contra el Orden Económico, en su modalidad de **ABUSO DE PODER ECONÓMICO (PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA LIBRE COMPETENCIA-DIRECCIONAMIENTO DE PROCESO)**, previsto en el artículo 232º del Código Penal, con la agravante y pena accesoria previstas en los artículos 46º-A y 36º, incisos 2 y 4 de la misma norma sustantiva, debiéndole corresponder pena privativa de la libertad no mayor a 8 años, e inhabilitación hasta por 2 años para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público, asimismo, inhabilitación para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero, profesión, comercio, arte o industria que deben especificarse en la sentencia; por participar en su calidad de Alcalde de la Municipalidad Provincial del Callao, en la aplicación por medio de las Bases Generales, de condiciones restrictivas de la libre competencia en el Concurso de Proyectos Integrales “Vía Expresa del Callao”, colocando a unos adquirientes de bases en situación desventajosa frente al “Consortio CCI Concesiones Perú”, no obstante que tales condiciones no se exigirían posteriormente, en las etapas de “Recepción” y “Evaluación” de Propuestas.

8.3.1.8. Presunto responsable del Delito contra el Patrimonio, en su modalidad de **ESTAFA**, previsto en el artículo 196º del Código Penal, con la agravante prevista en el artículo 46º-A de la misma norma, debiéndole corresponder pena privativa de la libertad no mayor a 8 años; por haber a través del incumplimiento de sus deberes funcionales y de la suscripción de diversos actos y contratos, procurado para la empresa concesionaria Convial Callao S.A. un provecho ilícito en perjuicio de la Municipalidad Provincial del Callao y los usuarios de la Av. Elmer Faucett, manteniendo en error a la corporación municipal.

8.3.1.9. Presuntamente responsable del delito contra la Tranquilidad Pública, en su modalidad de **ASOCIACIÓN ILÍCITA**, previsto en el artículo 317º del Código Penal, con la agravante prevista en el artículo 46º-A de la misma norma sustantiva, debiéndole corresponder pena privativa de libertad no mayor a 8 años; por participar en una agrupación de personas, compuesta por funcionarios públicos y particulares, en la comisión de una pluralidad de delitos en agravio de la Municipalidad Provincial del Callao y los usuarios de la Av. Elmer Faucett (“Vía Expresa del Callao”).

8.3.2. EDWIN FLORES TORREJÓN:

8.3.2.1. Presuntamente cómplice en la participación del Delito contra la Administración Pública, en su modalidad de **Usurpación de Función Pública**, previsto en el artículo 361º del Código Penal, por prestar su conformidad para la Resolución de Alcaldía No. 000180, del 21 de junio de 1999, que convoca al Concurso de Proyectos Integrales, por medio de su visto bueno, en su calidad de Director de la Oficina General de Asesoría Jurídica, pese a que la Municipalidad Provincial del Callao, ni su Alcalde Provincial, contaban con competencia para ello. Debiéndole

corresponder igual que al autor, pena privativa de la libertad no mayor a 9 años y 4 meses, más pena accesoria de inhabilitación hasta por 2 años para el ejercicio de función, cargo o comisión, aunque provenga de elección popular, asimismo, inhabilitación para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.

8.3.2.2. Presuntamente responsable del Delito contra la Administración Pública, en su modalidad de **Incumplimiento de Deberes Funcionales**, previsto en el artículo 377º del Código Penal, con la agravante y pena accesoria previstas en los artículos 46º-A y 426º de la misma norma sustantiva, debiéndole corresponder pena privativa de libertad no mayor a 2 años y 8 meses, e inhabilitación hasta por 3 años para el ejercicio de función, cargo o comisión, aunque provenga de elección popular, asimismo, inhabilitación para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público; por visar en señal de conformidad, en su calidad de Director de la Oficina General de Asuntos Jurídicos, la Resolución de Alcaldía No. 000180, del 21 de junio de 1999, sin advertir la falta de competencia de la Municipalidad Provincial del Callao, para convocar y otorgar en concesión el Proyecto Integral “Vía Expresa del Callao” en la Av. Elmer Faucett, de acuerdo a lo previsto en la Primera y Segunda Disposición Final del Decreto Supremo No. 059-96-PCM, siendo precisamente dicha tarea de asesoramiento legal, la principal función de la Oficina a su cargo, conforme lo dispone el Reglamento de Organización y Funciones (ROF) de la Municipalidad Provincial del Callao, aprobado por Edicto No. 000002-95.

Asimismo, por visar, en señal de conformidad, los siguientes actos y contratos:

- El documento denominado “Contrato Preparatorio de Concesión”, sin advertir que contravenía lo dispuesto en el Texto Único

Ordenado aprobado por Decreto Supremo No. 059-96-PCM (régimen general de concesiones), incluso el Reglamento aprobado por Ordenanza Municipal No. 006-97-MPC (régimen municipal de concesiones para al Provincia Constitucional del Callao), y lo dispuesto en el Artículo IX del Título Preliminar del Código Civil, por cuanto la aplicación supletoria de los artículos 1414 y siguientes de dicho código (que regulan los contratos preparatorios) resultan incompatibles con la naturaleza administrativa del procedimiento y contrato de concesión, así como con el principio de legalidad que los rige.

- El contrato de concesión de la “Vía Expresa del Callao”, sin advertir que se había excedido en más de 10 meses el plazo máximo para suscribirlo, debiendo, en consecuencia, haberse declarado la pérdida del derecho de adjudicación del “Consorcio CCI Concesiones Perú” (Convial Callao S.A.), haberse ejecutado la Garantía de Seriedad de Propuesta ascendente a US\$ 1'000,000, y convocado a nueva licitación.
- La adenda al contrato de concesión, de fecha 21 de mayo de 2004, que otorga “garantía complementaria” a favor de accionistas y financistas de la concesionaria Convial Callao S.A., sin advertir la exigencia de solicitar Informe Previo a la Contraloría General de la República, conforme a la Ley No. 27785 y la Resolución de Contraloría No. 080-2004-CG.

Asimismo, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 425º, inciso 3, del Código Penal, por no advertir, en su calidad de “asesor externo de la Municipalidad Provincial del Callao”, que la adenda al Contrato de Concesión, de fecha 3 de marzo de 2006, que transfiere la administración de los fondos del “canon” proveniente de la concesión de la “Vía Expresa del Callao” a la empresa Convial Callao S.A. y declara que aquellos

recursos no constituyen fondos públicos, contraviniendo así la Tercera Disposición Complementaria de la Ley No. 27783, Ley de Bases de la Descentralización y el artículo 18º de la Ley No. 28112, Ley Marco de la Administración Financiera del Sector Público.

8.3.2.3. Presuntamente cómplice en la participación del Delito contra la Administración Pública, en su modalidad de **Colusión**, previsto en el artículo 384º del Código Penal, por coadyuvar en defraudación de la Municipalidad Provincial del Callao, a través de su conformidad y asesoramiento, a la suscripción y/o aprobación de los contratos y adendas que se han referido en el acápite anterior. Debiéndole corresponder igual que al autor, pena privativa de libertad no mayor a 20 años, e inhabilitación hasta por 3 años para el ejercicio de función, cargo o comisión, aunque provenga de elección popular, asimismo, inhabilitación para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.

8.3.2.4. Presuntamente cómplice en la participación del Delito contra la Administración Pública, en su modalidad de **Malversación**, previsto en el artículo 361º del Código Penal, por coadyuvar, en su calidad de “asesor externo de la Municipalidad Provincial del Callao, encargado de preparar la documentación jurídica referida a la adenda”³⁴, a la suscripción de la adenda al Contrato de Concesión, de fecha 3 de marzo de 2006, que transfiere los fondos del “canon” proveniente de la concesión de la “Vía Expresa del Callao”, con el agravante que éstos debían ser destinados a un programa de desarrollo de microempresarios residentes en la Provincia Constitucional del Callao, a Convial Callao S.A., quedando su “administración y asignación... sujetos a la decisión, cuenta y riesgo” de la referida empresa concesionaria. Debiéndole corresponder igual que al autor, pena privativa de libertad no mayor a 10 años y 8 meses, e

³⁴ Conforme al Acta de la Sesión del Concejo Provincial del Callao, de fecha 24 de febrero 2006.

inhabilitación hasta por 3 años para el ejercicio de función, cargo o comisión, aunque provenga de elección popular, asimismo, inhabilitación para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.

8.3.2.5. Presuntamente responsable del delito contra la Administración Pública, en su modalidad de **Aprovechamiento indebido del cargo**, previsto en el artículo 397º del Código Penal, con la agravante y pena accesoria previstas en los artículos 46º-A y 426º de la misma norma sustantiva, debiéndole corresponder pena privativa de libertad no mayor a 6 años y 8 meses, e inhabilitación hasta por 3 años para el ejercicio de función, cargo o comisión, aunque provenga de elección popular, asimismo, inhabilitación para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público; habida cuenta que a través de las resoluciones, actos y contratos visadas en señal de su conformidad, en razón de su cargo de Gerente General de Asesoría Jurídica de la Municipalidad Provincial del Callao y participante en diversas negociaciones relacionadas, se evidencia que orientó su interés en función personal para procurar el provecho de la concesionaria Convial Callao S.A., incumpliendo con las obligaciones a su cargo.

8.3.2.6. Presuntamente cómplice del Delito contra el Patrimonio, en su modalidad de **Estafa**, previsto en el artículo 196º del Código Penal, con la agravante prevista en el artículo 46º-A de la misma norma, por haber coadyuvado, a través del incumplimiento de sus funciones, su conformidad con diversos actos y contratos y su mal asesoramiento externo, a procurar para la empresa concesionaria Convial Callao S.A. un provecho ilícito en perjuicio de la Municipalidad Provincial del Callao y los usuarios de la Av. Elmer Faucett, induciendo a error a la corporación municipal. Debiéndole corresponder igual que al autor, pena privativa de la libertad no mayor a 8 años.

8.3.2.7. Presuntamente responsable del delito contra la Tranquilidad Pública, en su modalidad de **Asociación Ilícita**, previsto en el artículo 317º del Código Penal, con la agravante prevista en el artículo 46º-A de la misma norma sustantiva, debiéndole corresponder pena privativa de libertad no mayor a 8 años; por participar en una agrupación de personas, funcionarios públicos y particulares, en la comisión de una pluralidad de delitos en agravio de la Municipalidad Provincial del Callao y los usuarios de la Av. Elmer Faucett (“Vía Expresa del Callao”).

8.3.3. FERNANDO ENRIQUE GORDILLO TORDOYA, ex Gerente General de Desarrollo Urbano:

8.3.3.1. Presuntamente cómplice en la participación del Delito contra la Administración Pública, en su modalidad de **Usurpación de Función Pública**, previsto en el artículo 361º del Código Penal, por prestar su conformidad para la Resolución de Alcaldía No. 000180, del 21 de junio de 1999, que convoca al Concurso de Proyectos Integrales, por medio de su visto bueno, en su calidad de Director General de Desarrollo Urbano, pese a que la Municipalidad Provincial del Callao, ni su Alcalde Provincial, contaban con competencia para ello. Debiéndole corresponder igual que al autor, pena privativa de la libertad no mayor a 9 años y 4 meses³⁵, más pena accesoria de inhabilitación hasta por 2 años para el ejercicio de función, cargo o comisión, aunque provenga de elección popular, asimismo, inhabilitación para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.

Asimismo, se configura el mismo delito, al rubricar su visto bueno, en señal de conformidad, en la adenda al Contrato de Concesión, de fecha

³⁵ En aplicación de la circunstancia agravante prevista en el artículo 46º-A del Código Penal.

10 de enero de 2005, que extiende el Tramo “A” de la concesión a un tramo de la Red Vial Nacional, originariamente de competencia del Ministerio de Transportes y Comunicaciones pero transferido, a partir del 9 de julio del 2001, a la Municipalidad Metropolitana de Lima.

8.3.3.2. Presuntamente responsable, en su calidad de autor, del delito contra la Administración Pública, en su modalidad de **Incumplimiento de deberes funcionales**, previsto en el artículo 377º del Código Penal, con la agravante y pena accesoria previstas en los artículos 46º-A y 426º de la misma norma sustantiva, debiéndole corresponder pena privativa de libertad no mayor de 2 años y 8 meses, e inhabilitación hasta por 3 años para el ejercicio de función, cargo o comisión, aunque provenga de elección popular, asimismo, inhabilitación para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público; por visar, en señal de conformidad, la Resolución de Alcaldía No. 00180 del 21 de junio de 1999, que convoca a Concurso de Proyectos Integrales para la concesión de la “Vía Expresa del Callao” en un tramo de la Av. Elmer Faucett, sin advertir que dicha vía urbana estaba reconocida como un eje vial interdistrital e interprovincial y por tanto se encontraba sustraída de la competencia de la Municipalidad Provincial del Callao para su entrega en concesión, conforme a la Primera y Segunda Disposición Final del Texto Único Ordenado del Decreto Supremo No. 059-96-PCM. Asimismo, por visar en señal de conformidad la adenda al Contrato de Concesión, de fecha 10 de enero de 2005, que extiende la concesión al tramo de la Av. Elmer Faucett, entre la intersección con la Av. Tomás Valle y el Óvalo 200 Millas, sin advertir que dicho tramo adicional es parte de la Red Vial Nacional, originariamente de competencia del Ministerio de Transportes y Comunicaciones pero que, a partir del 9 de julio del 2001, se transfirió a titularidad de la Municipalidad Metropolitana de Lima.

8.3.3.3. Presuntamente cómplice del Delito contra el Patrimonio, en su modalidad de **Estafa**, previsto en el artículo 196º del Código Penal, con la agravante prevista en el artículo 46º-A de la misma norma, por haber coadyuvado, a través del incumplimiento de sus funciones, su conformidad con diversos actos y contratos, a procurar para la empresa concesionaria Convia Callao S.A. un provecho ilícito en perjuicio de la Municipalidad Provincial del Callao y los usuarios de la Av. Elmer Faucett, induciendo a error a la corporación municipal. Debiéndole corresponder igual que al autor, pena privativa de la libertad no mayor a 8 años.

8.3.3.4. Presuntamente responsable del delito contra la Tranquilidad Pública, en su modalidad de **Asociación Ilícita**, previsto en el artículo 317º del Código Penal, con la agravante prevista en el artículo 46º-A de la misma norma sustantiva, debiéndole corresponder pena privativa de libertad no mayor a 8 años; por participar en una agrupación de personas, funcionarios públicos y particulares, en la comisión de una pluralidad de delitos en agravio de la Municipalidad Provincial del Callao y los usuarios de la Av. Elmer Faucett (“Vía Expresa del Callao”).

8.3.4. FRANCISCO NARREA SAN MIGUEL³⁶,

8.3.4.1. Presuntamente cómplice en la participación del Delito contra la Administración Pública, en su modalidad de **Usurpación de Función Pública**, previsto en el artículo 361º del Código Penal, por prestar su conformidad para la Resolución de Alcaldía No. 000180, del 21 de junio

³⁶ La Comisión no ha podido identificar la rúbrica que aparece en el margen derecho de la Resolución de Alcaldía No. 000180, sobre el sello de Dirección General de Transportes, tampoco la ha podido determinar del listado de funcionarios entregado por la Municipalidad Provincial del Callao remitido a esta Comisión por Oficio No. 391-2007-MPC-GM, en que sólo figura como Director General de Transporte Urbano, Jorge Fernando Villarreal Ruiz, pero a partir del 3 de septiembre de 1999. No figurando su antecesor. No obstante, a través de su Informe Especial No. 172-2007-CG/OEA, la Contraloría General de la República lo ha identificado como “FRANCISCO NARREA SAN MIGUEL”.

de 1999, que convoca al Concurso de Proyectos Integrales, por medio de su visto bueno, en su calidad de Director General de Transportes, pese a que la Municipalidad Provincial del Callao ni su Alcalde contaban con competencia para ello. Debiéndole corresponder igual que al autor, pena privativa de la libertad no mayor a 9 años y 4 meses³⁷, más pena accesoria de inhabilitación hasta por 2 años para el ejercicio de función, cargo o comisión, aunque provenga de elección popular, asimismo, inhabilitación para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.

8.3.5. El Comité de Recepción de Propuestas del Concurso de Proyectos Integrales “Vía Expresa del Callao”: JOSÉ ALEJANDRO JESÚS TALAVERA HERRERA, Presidente; JAVIER ORELLANA VILELA, miembro; y FERNANDO GORDILLO TORDOYA, miembro.

8.3.5.1. Presuntamente coautores del Delito contra la Administración Pública, en su modalidad de **Incumplimiento de Deberes Funcionales**, previsto en el artículo 377º del Código Penal, con la agravante y pena accesoria previstas en los artículos 46º-A y 426º de dicha norma, debiéndoles corresponder pena privativa de la libertad no mayor a 2 años y 8 meses, e inhabilitación hasta por 3 años para el ejercicio de función, cargo o comisión, aunque provenga de elección popular, asimismo, inhabilitación para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público; por omitir descalificar automáticamente al único postor del concurso, el “Consorcio CCI Concesiones Perú”, que presentó la siguiente documentación incompleta o deficiente:

³⁷ En aplicación de la circunstancia agravante prevista en el artículo 46º-A del Código Penal.

- 2 de las 5 cartas fianzas de seriedad de oferta que no reunían los requisitos de forma y de fondo exigidos en el numeral 1.10.2.c de las Bases Generales y seis Absoluciones de Consultas;
- Los estados financiero presentados por la empresa peruana “Concesiones Perú S.A.C.”, que no cumplían los requisitos mínimos exigidos en el numeral 1.10.2.e de las Bases Generales, así como lo precisado en la Absolución de la Consulta No. 10 de CINTRA S.A., pues no se encontraban auditados, ni presentados a CONASEV, ni eran del ejercicio fiscal solicitado;
- Los estados financieros presentados por las empresas argentinas “CCI Construcciones S.A.” y “CCI Concesiones S.A.”, que no cumplían los requisitos mínimos en el numeral 1.10.2.e de las Bases Generales, así como la Absolución de la Consulta No. 11 de CINTRA S.A., pues no acreditaban haber sido presentados a la autoridad tributaria correspondiente, es decir a la Administración Federal de Ingresos Públicos de Argentina;
- La no presentación de los indicadores financieros de la empresa peruana “Concesiones Perú S.A.C.” y la argentina “CCI Concesiones S.A.”, en contravención del numeral 1.10.2.e de las Bases Generales y la Absolución de la Consulta No. 10 de Obrascon Huarte S.A.;
- Las referencias bancarias presentadas por el “Consortio CCI Concesiones Perú” que no reunían los requisitos exigidos en el numeral 1.10.2.g de las Bases Generales, ni eran útiles para el fin para el cual se requirieron;
- La Estructura de Financiamiento Propuesto, que no reunía los requisitos formales exigidos en el numeral 1.10.4.d de las Bases Generales.

8.3.5.2. Presuntamente responsables del delito contra el Orden Económico, en su modalidad de **Abuso de poder económico (prácticas restrictivas de la libre competencia)**, previsto en el artículo 232º del Código Penal, concordante con los artículos 2º y 6º del Decreto legislativo No. 701, con la agravante y pena accesoria previstas en los artículos 46º-A y 36º, incisos 2 y 4 de la misma norma sustantiva, debiéndoles corresponder pena privativa de la libertad no mayor a 8 años, e inhabilitación hasta por 2 años para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público, asimismo, inhabilitación para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero, profesión, comercio, arte o industria que deben especificarse en la sentencia; por participar en su calidad de Presidente y miembros del Comité de Recepción de Propuestas, en la aplicación de condiciones restrictivas de la libre competencia en el Concurso de Proyectos Integrales “Vía Expresa del Callao”, colocando a unos adquirientes de bases en situación desventajosa frente al “Consorcio CCI Concesiones Perú”, al no exigir a éste último las condiciones requeridas en las Bases Generales, permitiéndole su pase a Etapa de Evaluación de Propuestas, sin descalificarlo automáticamente.

8.3.5.3. Presuntamente responsables del delito contra la Tranquilidad Pública, en su modalidad de **Asociación Ilícita**, previsto en el artículo 317º del Código Penal, con la agravante prevista en el artículo 46º-A de la misma norma sustantiva, debiéndoles corresponder pena privativa de libertad no mayor a 8 años; por participar en una agrupación de personas, compuesta por funcionarios públicos y particulares, en la comisión de una pluralidad de delitos en agravio de la Municipalidad Provincial del Callao y los usuarios de la Av. Elmer Faucett (“Vía Expresa del Callao”).

8.3.6. El Comité de Concesiones del Concurso de Proyectos Integrales “Vía Expresa del Callao”: EDGAR BARRIGA CALLE, Presidente; JOSÉ FERREYROS GARCÍA, miembro; y JOSÉ ALEJANDRO JESÚS TALAVERA HERRERA, miembro.

8.3.6.1. Presuntamente coautores del Delito contra la Administración Pública, en su modalidad de **Incumplimiento de Deberes Funcionales**, previsto en el artículo 377º del Código Penal, con la agravante y pena accesoria previstas en los artículos 46º-A y 426º de dicha norma, debiéndoles corresponder pena privativa de la libertad no mayor a 2 años y 8 meses, e inhabilitación hasta por 3 años para el ejercicio de función, cargo o comisión, aunque provenga de elección popular, asimismo, inhabilitación para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público; por omitir descalificar automáticamente en la Etapa de Evaluación de Propuestas, al único postor del concurso, el “Consortio CCI Concesiones Perú”, por presentar la siguiente documentación incompleta o deficiente:

- Cartas fianzas de seriedad de oferta que no reunían los requisitos de forma y de fondo exigidos en el numeral 1.10.2.c de las Bases Generales y seis Absoluciones de Consultas;
- Estados financieros presentados por la empresa peruana “Concesiones Perú S.A.C.”, que no cumplían los requisitos mínimos exigidos en el numeral 1.10.2.e de las Bases Generales, así como lo precisado en la Absolución de la Consulta No. 10 de CINTRA S.A., pues no se encontraban auditados, ni presentados a CONASEV, ni eran del ejercicio fiscal solicitado;
- Estados financieros presentados por las empresas argentinas “CCI Construcciones S.A.” y “CCI Concesiones S.A.”, que no cumplían los requisitos mínimos en el numeral 1.10.2.e de las Bases Generales, así como la Absolución de la Consulta No. 11 de

CINTRA S.A., pues no acreditaban haber sido presentados a la autoridad tributaria correspondiente, es decir a la Administración Federal de Ingresos Públicos de Argentina;

- La no presentación de los indicadores financieros de la empresa peruana “Concesiones Perú S.A.C.” y la argentina “CCI Concesiones S.A.”, en contravención del numeral 1.10.2.e de las Bases Generales y la Absolución de la Consulta No. 10 de Obrascon Huarte S.A.;
- Referencias bancarias presentadas por el “Consortio CCI Concesiones Perú” que no reunían los requisitos exigidos en el numeral 1.10.2.g de las Bases Generales, ni eran útiles para el fin para el cual se requirieron;
- La Estructura de Financiamiento Propuesto, que no reunía los requisitos formales exigidos en el numeral 1.10.4.d de las Bases Generales.

8.3.6.2. Presuntamente responsables del delito contra el Orden Económico, en su modalidad de **Abuso de poder económico (prácticas restrictivas de la libre competencia)**, previsto en el artículo 232º del Código Penal, concordante con los artículos 2º y 6º del Decreto legislativo No. 701, con la agravante y pena accesoria previstas en los artículos 46º-A y 36º, incisos 2 y 4 de la misma norma sustantiva, debiéndoles corresponder pena privativa de la libertad no mayor a 8 años, e inhabilitación hasta por 2 años para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público, asimismo, inhabilitación para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero, profesión, comercio, arte o industria que deben especificarse en la sentencia; por participar en su calidad de Presidente y miembros del Comité de Concesiones, en la aplicación de condiciones restrictivas de la libre competencia en el Concurso de Proyectos Integrales “Vía Expresa del Callao”, colocando a

unos adquirientes de bases en situación desventajosa frente al “Consortio CCI Concesiones Perú”, al no exigir finalmente, a éste último, las condiciones requeridas en las Bases Generales, permitiendo su evaluación, sin descalificarlo automáticamente, para finalmente, otorgarle la concesión.

8.3.6.3. Presuntamente responsables del delito contra la Tranquilidad Pública, en su modalidad de **Asociación Ilícita**, previsto en el artículo 317º del Código Penal, con la agravante prevista en el artículo 46º-A de la misma norma sustantiva, debiéndoles corresponder pena privativa de libertad no mayor a 8 años; por participar en una agrupación de personas, compuesta por funcionarios públicos y particulares, en la comisión de una pluralidad de delitos en agravio de la Municipalidad Provincial del Callao y los usuarios de la Av. Elmer Faucett (“Vía Expresa del Callao”).

8.3.7. El Comité de Recepción de Obras del Tramo A de la “Vía Expresa del Callao”: JORGE VILLARREAL RUIZ, Presidente; MAGALY ALFARO MUÑOZ, miembro; y JOSÉ FÉLIX FELIPA REJAS, miembro.

8.3.7.1. Presuntamente autores del Delito contra la Administración Pública, en su modalidad de **Incumplimiento de Deberes Funcionales**, previsto en el artículo 377º del Código Penal, con la agravante y pena accesoria previstas en los artículos 46º-A y 426º de dicha norma, debiéndoles corresponder pena privativa de la libertad no mayor a 2 años y 8 meses, e inhabilitación hasta por 3 años para el ejercicio de función, cargo o comisión, aunque provenga de elección popular, asimismo, inhabilitación para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público; por omitir *“verificar el Informe de Avance respectivo, en forma total y/o parcial, así como la ejecución de las mismas de*

conformidad con los planos y especificaciones de la Propuesta Técnica y anotaciones del Cuaderno de Obras”, conforme a lo dispuesto en la Resolución de Alcaldía No. 000421 (Municipalidad Provincial del Callao), del 25 de julio de 2005.

8.3.7.2. Presuntamente responsables del delito contra la Fe Pública, en su modalidad de **Falsedad Genérica**, previsto en el artículo 438º del Código Penal, con la agravante del artículo 46º-A de dicho código, debiéndoles corresponder pena privativa de libertad no mayor a 5 años y 4 meses; por suscribir el Acta de fecha 16 de agosto de 2005 en que el Comité de Recepción de Obras declara haber *“constatado... la finalización de las obras y su funcionalidad”*, y posteriormente, en perjuicio de la Municipalidad Provincial del Callao y los usuarios, *“da por recibido y pone en servicio el Tramo ‘A’ de la Vía Expresa del Callao”*.

Cabe señalar que en declaración brindada a esta Comisión en su sesión extraordinaria celebrada el 12 de diciembre de 2007, el señor Jorge Villarreal Ruis Manifestó que *“Solamente nos hemos limitado a recepcionar el informe del supervisor, que señala que la obra del tramo ‘A’ está en condiciones de ser recepcionada, de tal manera que ese tramo es lo que nosotros hemos señalado y teniendo a la vista el contrato y sus adendas respectivas.”*

Posteriormente, preguntado nuevamente si sólo sobre la base del Informe de supervisión elaborado por Alpha Consult S.A. se realizó la entrega del Tramo A, el señor Villarreal, Presidente del Comité de Recepción de Obras, respondió *“Así es, Presidente, porque de acuerdo al contrato la responsabilidad de la supervisión de la obra recaía en Alfa Consult.”*

8.3.7.3. Presuntamente responsables del delito contra la Tranquilidad Pública, en su modalidad de **Asociación Ilícita**, previsto en el artículo 317º del Código Penal, con la agravante prevista en el artículo 46º-A de la misma norma sustantiva, debiéndoles corresponder pena privativa de libertad no mayor a 8 años; por participar en una agrupación de personas, compuesta por funcionarios públicos y particulares, en la comisión de una pluralidad de delitos en agravio de la Municipalidad Provincial del Callao y los usuarios de la Av. Elmer Faucett (“Vía Expresa del Callao”).

8.3.8. MARIO ERNESTO ANGEL GUASCO, ex Gerente General de Convial Callao S.A.

8.3.8.1. Presuntamente cómplice en la participación del Delito contra la Administración Pública, en su modalidad de **Colusión**, previsto en el artículo 384º del Código Penal, por coadyuvar en la defraudación de la Municipalidad Provincial del Callao, a través de la suscripción del “Contrato Preparatorio de Concesión”, de sus cláusulas adicionales y del Contrato de Concesión, los mismos que se han detallado en párrafos anteriores. Debiéndole corresponder igual que al autor, pena privativa de libertad no mayor a 20 años, e inhabilitación hasta por 3 años para el ejercicio de función, cargo o comisión, aunque provenga de elección popular, asimismo, inhabilitación para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público. Adicionalmente, le correspondería la expulsión del país, conforme a lo previsto en el artículo 64 del Decreto Legislativo No. 703, Ley de Extranjería.

8.3.9. JAVIER ROBERTO LOWRY GAZZINI, Gerente General de Convial Callao S.A., así como los directores, ejecutivos y/o profesionales de la sociedad concesionaria que resulten responsables

8.3.9.1. Presuntamente cómplice en la participación del Delito contra la Administración Pública, en su modalidad de **Colusión**, previsto en el artículo 384º del Código Penal, por coadyuvar en la defraudación de la Municipalidad Provincial del Callao, a través de la suscripción de las adendas y aclaraciones al Contrato de Concesión de fechas 15 de febrero del 2002, 20 de febrero del 2002, 22 de mayo de 2002, 7 de agosto de 2003, 21 de mayo de 2004, 10 de enero de 2005 y 3 de marzo de 2006, cuyos efectos específicos se han explicado *in extenso* en los párrafos anteriores precedentes. Debiéndole corresponder igual que al autor, pena privativa de libertad no mayor a 20 años, e inhabilitación hasta por 3 años para el ejercicio de función, cargo o comisión, aunque provenga de elección popular, asimismo, inhabilitación para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público. Adicionalmente, le correspondería la expulsión del país, conforme a lo previsto en el artículo 64 del Decreto Legislativo No. 703, Ley de Extranjería.

8.3.9.2. Presuntamente responsable del Delito contra el Patrimonio, en su modalidad de **Administración Fraudulenta**, previsto en el artículo 198º del Código Penal, debiéndole corresponder pena privativa de la libertad no mayor a 4 años, así como expulsión del país, conforme a lo previsto en el artículo 64 del Decreto Legislativo No. 703, Ley de Extranjería; por ocultar a accionistas y terceros interesados la verdadera situación de la persona jurídica y/o proporcionar datos falsos de la empresa concesionaria Convia Callao S.A. en su calidad de gerente, en perjuicio de ella misma, de la Municipalidad Provincial del Callao y los usuarios, por cuanto no informó su incapacidad legal e insuficiencia en la representación, asimismo por no informar el total de gastos presuntamente no necesarios para mantener la fuente, ascendente a S/. 731,571.21, asimismo que, conforme a las resoluciones de determinación

(tributo+multa+intereses) la empresa concesionaria contaría con una deuda tributaria ascendente a S/ 480,172.00

8.3.9.3. Presuntamente responsable del Delito contra la Fe Pública, en su modalidad de **Falsificación de Documentos**, previsto en el artículo 427º del Código Penal, debiéndole corresponder pena privativa de libertad no mayor a 10 años y hasta 90 días-multa, así como expulsión del país, conforme a lo previsto en el artículo 64 del Decreto Legislativo No. 703, Ley de Extranjería; por haber emitido con su firma hasta 24 “certificados de inversión” que podrían dar origen a derecho u obligación o servir para probar el monto invertido en el Tramo “A”, con el propósito de utilizar tal documento, como en efecto se hizo ante el Banco Financiero del Perú, pese a que la Adenda al Contrato de Concesión de fecha 21 de mayo de 2004, precisa que corresponde al Concedente (Municipalidad Provincial del Callao) la emisión del mencionado documento contable y valorado.

8.3.9.4. Presunto responsable del Delito contra el Patrimonio, en su modalidad de **Estafa**, previsto en el artículo 196º del Código Penal, debiéndole corresponder pena privativa de la libertad no mayor a 6 años; por procurar para sí y Convial Callao S.A., un provecho ilícito en perjuicio del Banco Financiero del Perú, emitiendo para tal fin hasta 24 “certificados de inversión”.

8.3.9.5. Presunto responsable del Delito contra el Orden Financiero, en su modalidad de **Financiamiento por medio de información fraudulenta**, previsto en el artículo 247º del Código Penal, debiéndole corresponder hasta 4 años de pena privativa de libertad y hasta 365 días-multa; por proporcionar “certificados de inversión” apócrifos, así como información sobre una supuesta deuda a la contratista CONVEC, pese a que a la fecha de aprobación del crédito, dicho consorcio no se

encontraba constituido, ni se había celebrado el contrato de obra correspondiente, como se ha explicado en detalle en la sección “Análisis”.

8.3.9.6. Presuntamente responsable del delito contra la Tranquilidad Pública, en su modalidad de **Asociación Ilícita**, previsto en el artículo 317º del Código Penal, debiéndole corresponder pena privativa de libertad no mayor a 6 años, más expulsión del país, conforme al artículo 64º de la Ley de Extranjería; por participar en una agrupación de personas, compuesta por funcionarios públicos y particulares, en la comisión de una pluralidad de delitos en agravio de la Municipalidad Provincial del Callao y los usuarios de la Av. Elmer Faucett (“Vía Expresa del Callao”).

8.3.10. FERNANDO CARRILLO MORALES, ex Gerente General de la empresa supervisora de obra Alpha Consult S.A., así como los directores y/o ejecutivos de la empresa supervisora de obra que resulten responsables.

8.3.10.1. Presuntamente responsable del Delito contra la Fe Pública, en su modalidad de **Falsificación de Documentos**, previsto en el artículo 427º del Código Penal, debiéndole corresponder pena privativa de libertad no mayor a 10 años y hasta 90 días-multa; por haber emitido con su firma hasta 15 “certificados de inversión” que podrían dar origen a derecho u obligación o servir para probar el monto invertido en el Tramo “A”, con el propósito de utilizar tal documento, como en efecto se hizo ante el Banco Financiero del Perú, pese a que la Adenda al Contrato de Concesión de fecha 21 de mayo de 2004, precisa que corresponde al Concedente (Municipalidad Provincial del Callao) la emisión del mencionado documento contable y valorado.

8.3.10.2. Presunto responsable del Delito contra el Patrimonio, en su modalidad de **Estafa**, previsto en el artículo 196º del Código Penal, debiéndole corresponder pena privativa de la libertad no mayor a 6 años; por procurar para Convial Callao S.A., un provecho ilícito (crédito) en perjuicio del Banco Financiero del Perú, emitiendo para tal fin hasta 15 “certificados de inversión”.

8.3.10.3. Presunto cómplice en la participación del Delito contra el Orden Financiero, en su modalidad de **Financiamiento por medio de información fraudulenta**, previsto en el artículo 247º del Código Penal, debiéndole corresponder hasta 4 años de pena privativa de libertad y hasta 365 días-multa; por coadyuvar a proporcionar “certificados de inversión” apócrifo.

8.3.10.4. Presuntamente responsable del delito contra la Tranquilidad Pública, en su modalidad de **Asociación Ilícita**, previsto en el artículo 317º del Código Penal, debiéndole corresponder pena privativa de libertad no mayor a 6 años; por participar en una agrupación de personas, compuesta por funcionarios públicos y particulares, en la comisión de una pluralidad de delitos en agravio de la Municipalidad Provincial del Callao y los usuarios de la Av. Elmer Faucett (“Vía Expresa del Callao”).

8.3.11. ALDO GOTELLI GONZALEZ y HELGA ELÍAS PFLUCKER, funcionarios del Banco Financiero del Perú, y otros funcionarios que resulten responsables.

8.3.11.1. Presuntamente responsables del Delito contra la Fe Pública, en su modalidad de **Uso de Documentos Falsificados**, previsto en el segundo párrafo del artículo 427º del Código Penal, debiéndole corresponder pena privativa de libertad no mayor a 10 años y hasta 90

días-multa; por haber hecho uso de los documentos denominados “certificados de inversión”, como si fuesen legítimos, cuando de su uso puede resultar un perjuicio para el Banco Financiero del Perú y para la Municipalidad Provincial del Callao.

8.3.11.2. Presuntamente responsable del Delito contra el Orden Financiero, en su modalidad de **Cooperación en el Financiamiento por medio de información fraudulenta**, previsto en el último párrafo del artículo 247º del Código Penal, debiéndole corresponder hasta 10 años de pena privativa de libertad, hasta 365 días-multa e inhabilitación para función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular, asimismo, inhabilitación para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público e inhabilitación para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia; por cooperar en el financiamiento por medio de información fraudulenta.

8.3.11.3. Presunto responsable del Delito contra el Patrimonio, en su modalidad de **Estafa**, previsto en el artículo 196º del Código Penal, debiéndole corresponder pena privativa de la libertad no mayor a 6 años; por procurar para Convial Callao S.A., un provecho ilícito (crédito) en perjuicio del Banco Financiero del Perú, induciendo o manteniendo en error a dicha institución, a través de la aceptación de documentos falsos (“certificados de inversión”) e información fraudulenta respecto a la contratista CONVEC.

8.3.11.4. Presuntamente responsable del delito contra la Tranquilidad Pública, en su modalidad de **Asociación Ilícita**, previsto en el artículo 317º del Código Penal, debiéndole corresponder pena privativa de libertad no mayor a 6 años; por participar en una agrupación de personas,

compuesta por funcionarios públicos y particulares, en la comisión de una pluralidad de delitos en agravio de la Municipalidad Provincial del Callao y los usuarios de la Av. Elmer Faucett (“Vía Expresa del Callao”).

9. CONCLUSIONES.-

9.1. Del análisis de los hechos, de la revisión de la documentación y de las declaraciones recibidas en el seno de la Comisión, se han podido constatar las siguientes irregularidades en el procedimiento, contrato y ejecución de la concesión de la “Vía Expresa del Callao”:

9.1.1. El entonces Alcalde de la Municipalidad Provincial del Callao, Alexander Kouri Bumachar convocó y otorgó en concesión un tramo de la Av. Elmer Faucett, en la Provincia Constitucional del Callao, en clara y directa contravención de la Primera y Segunda Disposición Final del Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo No. 059-96-PCM, que regula el régimen general de concesiones de obras de infraestructura y de servicios públicos, que sustraían taxativamente de la competencia de las municipalidades, la concesión de vías urbanas interdistritales e interprovinciales, que *según dicha norma* era competencia de PROMCEPRI (que luego sería COPRI y ahora PROINVERSION)³⁸.

9.1.2. Cabe precisar que ha quedado claro la no existencia de antinomia entre Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo No. 059-96-PCM y el Reglamento aprobado por Ordenanza Municipal

³⁸ Por Ley No. 27111, del 16 de mayo de 1999, se transfirió la Comisión de Promoción de Concesiones Privadas (PROMCEPRI) a la Comisión de Promoción de la Inversión Privada (COPRI); y por Decreto Supremo No. 27-2002-PCM, del 25 de abril del 2002, COPRI y otras instituciones fueron absorbidas por la Dirección Ejecutiva del Fondo de Promoción de la Inversión Privada (FOPRI), que a partir de entonces pasó a denominarse Agencia de Promoción de la Inversión (PROINVERSIÓN).

No. 006-97-MPC, pues no se encuentran afectados por el *síndrome de incompatibilidad*, por el contrario, se complementan armoniosa y sistemáticamente, mientras que uno regula el régimen general de concesiones (al que pertenecía el otorgamiento de vías urbanas interdistritales e interprovinciales), el otro regula el régimen municipal de concesiones de obras de infraestructura y servicios públicos de responsabilidad de la Municipalidad Provincial del Callao, respetando ambos, plenamente, el principio de coherencia normativa.

9.1.3. Las Bases Generales que rigieron el Concurso de Proyectos Integrales para la concesión de la “Vía Expresa del Callao” nunca fueron aprobadas, ni por PROMCEPRI (en contravención del Art. 29 del DS 059-96-PCM), ni por el Alcalde de la Municipalidad Provincial del Callao (en el supuesto negado de que le fuera aplicable el Art. 10 de la Ord. 006-97-MPC).

9.1.4. Dos (2) de las cinco (5) Cartas Fianzas de Seriedad de Propuesta presentadas por el único participante del concurso, el “Consorcio CCI Concesiones Perú”, que equivalían al 63.25 % del monto exigido (US\$ 1'000,000), no reunían los requisitos de forma y de fondo exigidos en las Bases Generales, pese a ello el Comité de Recepción de propuestas aceptó una y concedió, ilícitamente, un plazo para subsanar la otra, omitiendo descalificar automáticamente al postor y permitiendo su pase a Etapa de Evaluación de Propuestas. Por otro lado, el Comité de Concesiones tampoco reparó en aquellas deficiencias y prestó su conformidad para, posteriormente, otorgarle la concesión al referido participante. Todo ello en contravención de los numerales 1.9.1.a, 1.10.2.c y 1.11.1 de las Bases Generales, así como 1.1, 1.2, 2.1 y

2.2 del Anexo 1 de las Bases Generales y seis (6) Absoluciones de Consultas de CINTRA S.A. y Obrascon Huarte S.A., que reiteran el cumplimiento “exacto” y “estricto” de los documentos solicitados y su contenido, así como la determinación de no conceder plazo para subsanaciones, en ningún caso.

9.1.5. La componente nacional del “Consortio CCI Concesiones Perú”, la empresa “Concesiones Perú S.A.C.” (inscrita en Registros Públicos el 20 de mayo de 1999), presentó estados financieros que no reunían ninguno de los requisitos exigidos por las Bases, pese a ello tanto el Comité de Recepción de Propuestas, como el Comité de Concesiones omitieron observar aquellas deficiencias y descalificar automáticamente al postor, por el contrario, posteriormente le otorgaron la concesión. Ello en contravención de los numerales 1.9.1.a, 1.10.2.e y 1.11.1 de las Bases Generales, así como 1.1, 1.2, 2.1 y 2.2 del Anexo 1 de las Bases Generales y la Absolución de la Consulta No. 10 de CINTRA S.A., que precisa que no se aceptarán empresas nuevas, sino resultado de fusión.

9.1.6. Las componentes argentinas del “Consortio CCI Concesiones Perú”, las empresas “CCI Construcciones S.A.” y “CCI Concesiones S.A.” presentaron estados financieros sin la acreditación de haber sido presentados a la autoridad tributaria de su país de origen (que para el caso de la República Argentina es la Administración Federal de Ingresos Públicos –AFIP³⁹), como lo exigían las Bases Generales, no obstante, tanto el Comité de Recepción de Propuestas, como el Comité de Concesiones omitieron realizar las observaciones del caso y descalificar

automáticamente al postor, conforme lo disponen los numerales 1.9.1.a, 1.10.2.e y 1.11.1 de las Bases Generales, asimismo, los numerales 1.1, 1.2, 2.1 y 2.2 del Anexo 1 de las Bases Generales y la Absolución de la Consulta No. 11 de CINTRA S.A., que precisa respecto a los requisitos para empresas extranjeras, que se mantiene lo taxativamente dispuesto en las Bases.

9.1.7. La empresa argentina “CCI Concesiones S.A.” y la nacional “Concesiones Perú S.A.C.”, componentes del “Consortio CCI Concesiones Perú”, no presentaron sus indicadores financieros, como explícitamente lo exigían las Bases Generales, no obstante, tanto el Comité de Recepción de Propuestas, como el Comité de Concesiones omitieron observar este incumplimiento, así como descalificar automáticamente al participante, en abierta contravención de los numerales 1.9.1.a, 1.10.2.e y 1.11.1 de las Bases Generales, asimismo, los numerales 1.1, 1.2, 2.1 y 2.2 del Anexo 1 de las Bases Generales y la Absolución de la Consulta No. 10 de Obrascon Huarte S.A., que precisó que si bien sólo se evaluaría los indicadores de la *empresa líder*, todos los asociados debían cumplir con presentar la información solicitada.

9.1.8. Las referencias bancarias presentadas por el “Consortio CCI Concesiones Perú” no reunían los requisitos exigidos en las Bases Generales, ni eran útiles para el fin para el cual se requirieron, no obstante el Comité de Recepción de Propuestas y el Comité de Concesiones omitieron observarlas y descalificar automáticamente al postor, en contravención de lo dispuesto en los numerales

³⁹ Entidad que tiene a su cargo la ejecución de la política tributaria y aduanera en Argentina, creada por Decreto No. 618/97, publicada en el Boletín Oficial de la Nación el 14 de julio de 1997. (www.afip.gov.ar)

1.9.1.a, 1.10.2.g y 1.11.1 de las Bases Generales, así como 1.1, 1.2, 2.1 y 2.2 del Anexo 1 de las mismas bases.

9.1.9. La “Estructura de Financiamiento Propuesto” presentada por el único participante “Consorcio CCI Concesiones Perú” no reunía los requisitos formales exigidos en las Bases Generales, no obstante, el Comité de Recepción de Propuestas y el Comité de Concesiones omitieron hacer la observación correspondiente y descalificar automáticamente al postor, en contravención de los numerales 1.9.1.a, 1.10.4.d y 1.11.1 de las Bases Generales, así como 1.1, 1.2, 2.1 y 2.2 del Anexo 1 de las mismas Bases.

9.1.10. El Contrato de Concesión se suscribió fuera del plazo previsto en las Bases Generales (30 de abril del 2000) e inclusive fuera del plazo previsto en los artículos 36º, 30º, 29º y 28º del Reglamento aprobado por Ordenanza Municipal No. 006-97-MPC (28 de marzo del 2000), con más de 10 meses de diferencia (el Contrato de Concesión se suscribió con fecha 9 de febrero del 2001), no obstante, el entonces Alcalde de la Municipalidad Provincial del Callao, Alexander Kouri Bumachar, omitió declarar la pérdida del derecho de adjudicación del “Consorcio CCI Concesiones Perú” (Convial Callao S.A.), ejecutar la Garantía de Seriedad de Propuesta (cartas fianzas por US\$ 1'000,000) y convocar a nueva licitación, en contravención de lo dispuesto en las normas antes referidas.

9.1.11. El entonces Alcalde de la Municipalidad Provincial del Callao, Alexander Kouri Bumachar, y el entonces Gerente General de Convial Callao S.A., Mario Ernesto Ángel Guasco, éste último de nacionalidad argentina, suscribieron ilícitamente un documento

denominado “Contrato Preparatorio de Concesión” y cinco (5) *Cláusulas Adicionales*, contraviniendo el Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo No. 059-96-PCM (régimen general de concesiones), incluso el Reglamento aprobado por Ordenanza Municipal No. 006-97-PCM (régimen municipal de concesiones para la Provincia Constitucional del Callao), y lo dispuesto en el Artículo IX del Título Preliminar del Código Civil, por cuanto la aplicación supletoria de los artículos 1414º y siguientes de este último cuerpo normativo (que regulan los contratos preparatorios) resultan incompatibles con la naturaleza administrativa del procedimiento y contrato de concesión, así como con el principio de legalidad que los rige.

9.1.12. El documento denominado “Contrato Preparatorio de Concesión”, así como sus cinco (5) cláusulas adicionales, no cumplieron con ser aprobadas por PROMCEPRI (COPRI/PROINVERSION), contraviniendo el artículo 23º del Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo No. 059-96-PCM, que regula el régimen general de concesiones.

9.1.13. La suscripción ilícita del documento denominado “Contrato Preparatorio de Concesión” (30 de marzo del 2000) y sus cinco (5) *Cláusulas Adicionales* (6 de junio, 29 de agosto, 21 de septiembre, 24 de octubre y 19 de diciembre del 2000) tuvo por objeto postergar indebidamente hasta en seis oportunidades (90, 60, 30, 30, 60 y 43 días respectivamente) la suscripción del Contrato de Concesión (definitivo), a fin de que en ese lapso de tiempo -como se desprende del Libro de Actas de la Junta General de Accionistas- Convial Callao S.A. logre el capital social exigido para la suscripción de aludido contrato (S/. 42'000,000), que en efecto

se realizó mediante Aumento de Capital cuyo título fue presentado a Registros Públicos con fecha 1º de febrero del 2001 (sólo se habría pagado S/. 11'250,000), con lo que ocho días después, el 9 de febrero de 2001, se suscribió el Contrato de Concesión.

9.1.14. Al término del plazo para suscribir el Contrato de Concesión, es decir al martes 28 de marzo del 2000, la empresa adjudicataria Convial Callao S.A. (antes Consorcio CCI Concesiones Perú) se encontraba imposibilitado para suscribir dicho contrato, pues no contaba con el capital social mínimo requerido de S/. 42'000,000, ya que a esa fecha su capital sólo era de S/. 1'000,000 pagado al 25% (S/. 250,000, que representa el 0.59 % del capital mínimo).

9.1.15. Los ciudadanos argentinos, Mario Ernesto Angel Guasco y Javier Roberto Lowry Gazzini suscribieron actos y contratos a nombre de Convial Callao S.A. -incluyendo el Contrato de Concesión de la “Vía Expresa del Callao” y sus adendas-, sin capacidad, ni representación legal, habida cuenta que no contaban con contrato de trabajo aprobado por la Autoridad Administrativa de Trabajo, ni calidad migratoria habilitante, en contravención de lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto Legislativo No. 689, Ley de Contratación de Extranjeros y en el artículo 1º de su Reglamento aprobado por Decreto Supremo No. 014-92-TR, modificado por Decreto Supremo No. 023-2001-TR, en concordancia con el artículo 188.1 de la Ley No. 26887, Ley General de Sociedades.

9.1.16. Mediante adenda al Contrato de Concesión de fecha 21 de mayo de 2004, el entonces Alcalde de la Municipalidad Provincial del Callao, Alexander Kouri Bumachar, otorgó una garantía complementaria a favor de los accionistas y financistas de la

concesionaria Convial Callao S.A., sin solicitar informe previo de la Contraloría General de la República, en contravención de lo dispuesto en el inciso l) del artículo 22º de la Ley No. 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, así como los artículos 3º, 5º y 7º del “Reglamento para la emisión del Informe Previo sobre las operaciones de endeudamiento y garantías del Estado”, aprobado por Resolución de Contraloría No. 080-2004-CG.

9.1.17. Mediante adenda al Contrato de Concesión, de fecha 10 de enero de 2005, el entonces Alcalde de la Municipalidad Provincial del Callao, Alexander Kouri Bumachar, extendió ilícitamente la concesión a un tramo de la Red Vial Nacional (Av. Elmer Faucett, desde la intersección con Av. Tomás Valle hasta Óvalo 200 Millas) de competencia originaria del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y que a partir del 2001, se transfirió su competencia a la Municipalidad Metropolitana de Lima.

9.1.18. Mediante la misma adenda al Contrato de Concesión, de fecha 10 de enero de 2005, el entonces Alcalde de la Municipalidad Provincial del Callao, Alexander Kouri Bumachar, sin competencia, sin concurso, ni licitación previa alguna otorgó ilícitamente a Convial Callao S.A., la exclusividad de avisaje publicitario y explotación comercial del tramo de la Red Vial Nacional referido en el párrafo anterior, así como otro en la Av. Tomás Valle, en contravención del Decreto Supremo No. 030-2001-MTC.

9.1.19. Mediante adenda al Contrato de Concesión del 3 de marzo de 2006, el entonces Alcalde de la Municipalidad Provincial del Callao, Alexander Kouri Bumachar, transfiere ilícitamente a Convial

Callao S.A., la administración del “Canon” proveniente de la concesión de la “Vía Expresa del Callao” y declara que los recursos de dicho “Canon” no constituyen fondos públicos, contraviniendo lo dispuesto en la Tercera Disposición Complementaria de la Ley No. 27783, Ley de Bases de la Descentralización, así como el artículo 18º de la Ley No. 28112, Ley Marco de la Administración Financiera del Sector Público.

9.1.20. Las cinco (5) adendas y dos (2) aclaraciones al Contrato de Concesión de la “Vía Expresa del Callao” desnaturalizaron no sólo dicho contrato, sino también el proyecto original, quebrando la Ecuación Económico Financiera en perjuicio de la Municipalidad Provincial del Callao y los usuarios (en proporción estimada de 80% a favor de la concesionaria Convia! Callao S.A. y 20% para el municipio y usuarios). La Contraloría General de la República ha determinado que las obras eliminadas y suspendidas a través de dichas adendas equivalen a un monto estimado de US\$ 2'000,000 y US\$ 9'000,000, respectivamente.

9.1.21. Existe una diferencia no explicada de aproximadamente US\$ 15'000,000 entre el valor de la obra construida en el Tramo A de la “Vía Expresa del Callao” y el valor consignado en los documentos denominados “Certificados de Inversión”. A la fecha, se encuentra pendiente el peritaje de la Contraloría General de la República sobre la valorización real de las obras.

9.1.22. Los documentos denominados “Certificados de Inversión”, suscritos por Fernando Carrillo Morales, Gerente General de la empresa supervisora de obra Alpha Consult S.A., y por Javier Roberto Lowry Gazzini, Gerente General de Convia! Callao S.A.,

presentados y aceptados por el Banco Financiero del Perú, a fin de obtener créditos por US\$ 3'000,000 y US\$ 2'000,000, y que deberían constituir “Garantía Complementaria” de la Municipalidad Provincial del Callao en favor de los financistas de la concesionaria, son apócrifos, pues no han sido emitidos por la mencionada Municipalidad, en contravención de la formalidad establecida en la Adenda del 21 de mayo de 2004 que crea dichos documentos contables y negociables.

9.1.23. En el marco de la segunda operación de crédito, por US\$ 2'000,000, entre Convial Callao S.A. y el Banco Financiero del Perú, aprobado el 18 de julio de 2006, aquel solicitó y este aceptó desembolsar US\$ 500,000 a favor de CONVEC (“Consortio Vía Expresa del Callao”) por supuestos servicios prestados en la construcción del Tramo B, no obstante que a la aprobación de dicho crédito el consorcio conformado por ICCGSA y CCI Concesiones S.A. (ambos accionistas de Convial Callao S.A.) aún no se había constituido (24 de julio de 2006), ni se había suscrito el contrato de obra (Buenos Aires, 25 de julio de 2006) y que según Carta CE-203/07, del 22 de julio de 2007, a dicha fecha CONVEC no había realizado obra alguna.

9.1.24. El Comité de Recepción de Obras declaró haber constatado la finalización de las obras y su funcionalidad, y da por recibido y pone en servicio el Tramo A de la “Vía Expresa del Callao”, autorizando automáticamente el cobro de peaje en dicho tramo, sin cumplir con verificar el Informe de Avance de obras respectivo, así como la ejecución de las mismas de conformidad con los planos y especificaciones de la Propuesta Técnica y anotaciones del Cuaderno de Obras, en contravención de la Resolución de Alcaldía

No. 000421 de la Municipalidad Provincial del Callao, de fecha 25 de julio de 2005.

9.1.25. El Comité de Recepción de Obras no expidió la Resolución que autoriza la puesta en servicio de las obras, por tanto tampoco se cumplió con su publicación en el Diario Oficial "El Peruano" y el diario encargado de los avisos judiciales de la Provincia Constitucional del Callao (por tanto no existe autorización para el cobro de peaje en el Tramo A de la "Vía Expresa del Callao"), en contravención de lo dispuesto en el artículo 50º del Reglamento aprobado por Ordenanza Municipal No. 006-97-MPC.

9.2. Las veinticinco (25) irregularidades anteriormente enumeradas constituyen vicios insubsanables que acarrearán la nulidad de pleno derecho del procedimiento y el contrato de concesión de la "Vía Expresa del Callao" (incluyendo adendas y aclaraciones), así como de la habilitación para el inicio del cobro de peaje en el Tramo "A" que deviene en indebido.

9.3. Adicionalmente, sólo en el ejercicio fiscal 2002, se ha constatado en la empresa Convial Callao S.A. las siguientes irregularidades con incidencia tributaria (esta pendiente la fiscalización de otros ejercicios):

9.3.1. Reparos a las deducciones para efectos del Impuesto a la Renta de tercera categoría, por no constituir gastos necesarios, normales y razonables para producir y mantener la fuente, hasta por un monto de S/. 731,571.21.

9.3.2. Omisión al pago de retenciones del Impuesto a la Renta de quinta categoría por remuneraciones de Javier Roberto Lowry Gazzini, año 2002, hasta por S/. 55,239.00

9.3.3. Omisión al pago del IES y aportaciones a Essdalud y SNP por remuneraciones de Javier Roberto Lowry Gazzini, año 2002, hasta por S/. 43, 067.

9.3.4. Lo cual ha originado una deuda tributaria determinada (tributo + multa + intereses) ascendente a S/. 480,172.00.

9.4. Con relación al cobro de peaje por el uso del Tramo “A” de la “Vía Expresa del Callao” se ha verificado su ilegalidad, además de los vicios nulificantes del procedimiento y contrato de concesión anteriormente expuestos, por la omisión del Comité de Recepción de Obras que no emitió ni publicó la Resolución que debió autorizar la puesta en servicio de dicho Tramo “A” y a que estaba supeditado el inicio del cobro del peaje, contraviniendo lo dispuesto en la cláusula 13.1 del Contrato de Concesión, en concordancia con el artículo 50º del Reglamento aprobado por Ordenanza No. 006-97-MPC, en que se sustentó la Municipalidad Provincial del Callao.

9.5. Asimismo, se ha verificado la desproporcionalidad de la tarifa del peaje que se cobra por el uso del Tramo “A” de la “Vía Expresa del Callao”⁴⁰, habida que se exige el 50% de la tarifa (US\$ 0.35) por un estimado del 30% de la obra (1.8 Km. aprox.), la misma que se ve incrementada por el efecto del cambio a moneda nacional y el redondeo a

⁴⁰ No se considera el sub-tramo de la Av. Elmer Faucett, desde la intersección con la Av. Tomás Valle hasta el Óvalo 200 Millas, que no contiene obras de vía expresa y que ya se encuentra remunerada por la exclusividad en el avisaje publicitario y la explotación comercial.

S/. 0.50 o S/.1.00 inmediato superior acordado en agravio de los usuarios). Adicionalmente se ha verificado que la tarifa de peaje que se exige por el uso del Tramo “A”, ascendente a S/. 1.50, excede en 1,053.84 % de la tarifa de peaje promedio nacional y de América Latina (calculado en S/. 0.13 para 1.8 Km.).

9.6. Por último se ha determinado la inconveniencia de las medidas adoptadas por la actual gestión del Alcalde Félix Moreno Caballero, a cargo de la Municipalidad Provincial del Callao con relación a la concesión de la “Vía Expresa del Callao”, por cuanto, la resolución del Contrato de Concesión por causal de caducidad (interés público) equivale a una resolución unilateral que conlleva pagos indemnizatorios estimados en US\$ 26'000,000, en perjuicio de dicho municipio, incluyendo la continuación del cobro de peaje por seis (6) meses, hasta mayo del 2008, estimado en un monto de US\$ 3'000,000 en perjuicio de los usuarios. Como lo ha manifestado en su oportunidad esta Comisión, la Contraloría General de la República y diversos abogados especializados, la Municipalidad Provincial del Callao debió solicitar por vía judicial, la nulidad del Contrato de Concesión de la “Vía Expresa del Callao”, acompañada de una solicitud cautelar para el cese inmediato del cobro de peaje.

9.7. Resulta necesario revisar el ordenamiento que rige las concesiones públicas, a fin de mejorar los mecanismos de transparencia y seguridad jurídica, a favor de los usuarios, los inversionistas y el propio Estado, determinando los supuestos en que las adendas desnaturalizan la esencia del Contrato de Concesión.

9.8. Los hechos a los que se ha llegado, así como de las indagaciones realizadas, los testimonios recibidos y el análisis y la deliberación

realizados respecto a la evidencia disponible en el seno de la Comisión, importarían la posible comisión de actos ilícitos tipificados en el Código Penal, así como la presunta responsabilidad penal de las siguientes personas, todo lo cual deberá establecerse, conforme a ley, en sede judicial:

9.8.1. ALEXANDER MARTÍN KOURI BUMACHAR, ex Alcalde de la Municipalidad Provincial del Callao, así como los miembros del Concejo Provincial del Callao y funcionarios que resulten responsables: presuntamente responsable de los delitos de usurpación de función pública (361º CP); incumplimiento de deberes funcionales (377º CP); colusión (384º CP); malversación (389º CP); aprovechamiento indebido del cargo (397º CP); abuso de autoridad (376º CP); abuso de poder económico con prácticas restrictivas de la libre competencia (232º CP)⁴¹; estafa (196º CP); y asociación ilícita (317º CP).

9.8.2. EDWIN FLORES TORREJÓN, ex Gerente General de Asesoría Jurídica y posterior asesor externo de la Municipalidad Provincial del Callao: presuntamente responsable de los delitos de usurpación de función pública – cómplice (361º CP); incumplimiento de deberes funcionales (377º CP); colusión – cómplice (384º CP); malversación – cómplice (361º CP); aprovechamiento indebido del cargo (397º CP); estafa – cómplice (196º CP); y asociación ilícita (317º CP).

9.8.3. FERNANDO ENRIQUE GORDILLO TORDOYA, ex Gerente General de Desarrollo Urbano: presuntamente responsable de los

⁴¹ Se hace contar la reserva de los señores congresistas Javier Velásquez Quesquén (PAP) y Renzo Reggiardo Barreto (GPF) respecto a la presunta configuración de este tipo penal.

delitos de usurpación de funciones – cómplice (361º CP); incumplimiento de deberes funcionales (377º CP); estafa – cómplice (196º CP); y asociación ilícita (317º CP).

9.8.4. FRANCISCO NARREA SAN MIGUEL, ex Director General de Transportes: presuntamente responsable del delito de usurpación de función pública (361º CP).

9.8.5. JOSÉ ALEJANDRO JESÚS TALAVERA HERRERA, JAVIER ORELLANA VILELA y FERNANDO ENRIQUE GORDILLO TORDOYA (Presidente y miembros del Comité de Recepción de Propuestas): presuntamente responsables de los delitos de incumplimiento de deberes funcionales (377º CP); abuso de poder económico – prácticas restrictivas de la libre competencia (232º CP); y asociación ilícita (317º CP).

9.8.6. EDGAR BARRIGA CALLE, JOSÉ FERREYROS GARCÍA y JOSÉ ALEJANDRO JESÚS TALAVERA HERRERA (Presidente y miembros del Comité de Concesiones): presuntamente responsables de los delitos de incumplimiento de deberes funcionales (377º CP); abuso de poder económico – prácticas restrictivas de la libre competencia (232º CP); y asociación ilícita (317º CP).

9.8.7. JORGE VILLARREAL RUIZ, MAGALY ALFARO MUÑOZ y JOSÉ FÉLIX FELIPA REJAS (Presidente y miembros del Comité de Recepción de Obras – Tramo A): presuntamente responsables de los delitos de incumplimiento de deberes funcionales (377º CP); falsedad genérica (438º CP); y asociación ilícita (317º CP).

- 9.8.8. MARIO ERNESTO ANGEL GUASCO, ex Gerente General de Convial Callao S.A., de nacionalidad argentina: presuntamente responsable del delito de colusión – cómplice (384º CP).
- 9.8.9. JAVIER ROBERTO LOWRY GAZZINNI, Gerente General de CONVIAL CALLAO S.A., de nacionalidad argentina, así como los directores y ejecutivos de la sociedad concesionaria que resulten responsables: presuntamente responsables de los delitos de colusión – cómplice (384º CP); administración fraudulenta (198º CP); falsificación de documentos (427º CP); falsificación de documentos (427º CP); estafa (196º CP); financiamiento por medio de información fraudulenta (247º CP); asociación ilícita (317º CP) y defraudación tributaria (Art. 1º, Decreto Legislativo No. 813, Ley Penal Tributaria).
- 9.8.10. FERNANDO CARRILLO MORALES, ex Gerente General de ALPHA CONSULT S.A., así como los miembros del directorio y trabajadores de la supervisora de obra que resulten responsables: presuntamente responsables de los delitos de falsificación de documentos (427º CP); estafa (196º CP); financiamiento por medio de información fraudulenta – cómplice (247º CP); y asociación ilícita (317º CP).
- 9.8.11. ALDO GOTELLI GONZALES y HELGA ELIAS PFLUCKER, funcionarios del Banco Financiero del Perú, así como otros funcionarios de la entidad financiera que resulten responsables: uso de documentos falsificados (427º CP); cooperación en el financiamiento por medio de información fraudulenta (247º CP); estafa (196º CP); y asociación ilícita (317º CP)

10. RECOMENDACIONES.-

- 10.1. Recomendar al Pleno del Congreso de la República, remitir el presente Informe Final a la Fiscal de la Nación, acompañando todos los actuados, a fin de que proceda a iniciar las acciones que correspondan.
- 10.2. Recomendar al Ministerio Público, que en ejercicio de sus facultades y al amparo de lo dispuesto en el artículo 105º del Código Penal, solicite al órgano jurisdiccional competente, la suspensión inmediata de las actividades de la sociedad concesionaria Convial Callao S.A. y de la supervisora de obra Alpha Consult S.A., así como la prohibición definitiva de realizar en el futuro actividades de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se ha cometido, favorecido o encubierto presuntamente los delitos señalados en el Análisis y las Conclusiones del presente informe.
- 10.3. Remitir el presente Informe Final a la Contraloría General de la República para que proceda conforme a sus atribuciones.
- 10.4. Exhortar a la Municipalidad Provincial del Callao que en mérito a los vicios insubsanables expuestos en el presente Informe Final y bajo responsabilidad de sus autoridades, proceda inmediatamente a solicitar en vía judicial, la nulidad de la concesión de la “Vía Expresa del Callao”, a requerir los pagos indemnizatorios que correspondan y a solicitar precautelatoriamente el cese inmediato del cobro de peaje en la

Av. Elmer Faucett, autorizando para el efecto a la Procuraduría Pública a cargo de los asuntos judiciales de dicha corporación edil.

10.5. Recomendar al Pleno del Congreso de la República, la conformación de una comisión especial que se encargue de revisar el marco normativo del régimen general, regional y municipal de concesiones de obras de infraestructura y servicios públicos, con la finalidad de favorecer la transparencia y la gestión eficiente de dicho mecanismo de promoción de la inversión privada (diseño de procesos y contratos, ejecución, etc.) en beneficio del usuario, del inversionista y del mismo Estado⁴², evaluando entre otras, las siguientes propuestas:

- Sistematizar y perfeccionar las normas sustantivas y adjetivas del régimen general de concesiones, a fin de evitar la dispersión normativa.
- Fortalecer las capacidades regionales y municipales en materia de diseño de procesos y contratos de concesión, facultando a Proinversión la dación de directivas marco en dicha materia de su especialidad o la proposición de contratos modelo o estándar para concesiones regionales y municipales.

⁴² Ver RUFIAN LIZANA, Dolores María (2002) *Políticas de concesión vial: análisis de las experiencias de Chile, Colombia y Perú*. Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social (ILPES) y Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) de las Naciones Unidas. Proyecto ILPES/CAF “Marco Regulatorio, privatización y modernización del Estado.

- Fortalecer las capacidades regionales y municipales en materia de regulación, incrementando la acción de los organismos reguladores en dicho ámbito o estableciendo modelos regulatorios marco para los ámbitos regional y municipal.⁴³
- Implementar mecanismos de participación ciudadana o veedurías ciudadanas en los procesos de concesión de ámbito regional y municipal.
- Mejorar la regulación de iniciativas privadas.
- Establecer normas marco para la gestión interna de las sociedades concesionarias: capital social, permanencia de socios promotores, transferencia accionarial, deber de información, etc. Incorporación en contrato o norma, del modelo de estatuto de la sociedad concesionaria.
- Implementar un registro de empresas concesionarias pre-calificadas, que podría estar a cargo de Proinversión, a fin de facilitar la selección por parte de los Gobiernos Regionales y Locales. Asimismo, podría considerarse un sub registro de malos concesionarios.

⁴³ Ver: URRUNAGA, Roberto y BONIFAZ, José (2006) *Regulación y Concesiones*. Consorcio de Investigación Económica y Social (CIES) y Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico (CIUP), Lima.

- Precisar los supuestos en que se desnaturalizan los contratos de concesión por efecto de la suscripción posterior de adendas.

10.6. Recomendar al Ministerio Público iniciar las investigaciones que correspondan respecto a la resolución del Contrato de Concesión de la "Vía Expresa del Callao", por causal de caducidad por interés público, recientemente realizada por la Municipalidad Provincial del Callao, que, conforme se ha señalado en el presente Informe Final, resulta totalmente favorable para la sociedad concesionaria Convia! Callao S.A. y perjudicial para la comuna chalaca y para los usuarios en un monto mínimo estimado de US\$ 26'000,000.

Lima, 11 de marzo de 2008.

ALBERTO ESCUDERO CASQUINO
Presidente

HILDEBRANDO TAPIA SAMANIEGO
Vicepresidente

RENZO REGGIARDO BARRETO
Secretario

Miembros Titulares

JAVIER VELASQUEN QUESQUEN
(PAP)

AURELIO PASTOR VALDIVIESO
(PAP)

MAURICIO MULDER BEDOYA
(PAP)

ELIAS RODRIGUEZ ZA VALETA
(PAP)

JOSÉ ALFONSO MALUSCAN CULQUI
(GPN)

DANIEL ABUGATTAS MAJLUF
(GPN)

VICTOR ISLA ROJAS
(GPN)

EDGARD REYMUNDO MERCADO
(NUPP)

ROSA FLORIAN CEDRON
(UN)

OSWALDO DE LA CRUZ VASQUEZ
(GPF)

MARIO FERNANDO PEÑA ANGULO
(AP)

ESPINOZA SOTO GUSTAVO
(GE)

Miembros Accesitarios

MIGUEL LUIS GUEVARA TRELLES
(PAP)

FABIOLA SALAZAR LEGUIA
(PAP)

JOSE VARGAS FERNANDEZ
(PAP)

MARTHA ACOSTA ZARATE
(GPN)

NANCY OBREGON PERALTA
(GPN)

WERNER CABRERA CAMPOS
(GPN)

JOSE VEGA ANTONIO
(NUPP)

OSWALDO LUIZAR OBREGON
(NUPP)

GUIDO LOMBARDI ELIAS
(UN)

FABIOLA MORALES CASTILLO
(UN)

MARTHA MOYANO DELGADO
(GPF)

CARLOS RAFFO ARCE
(GPF)

VICTOR ANDRES GARCIA BELAUNDE
(AP)

CARLOS ALBERTO TORRES CARO
(GE)