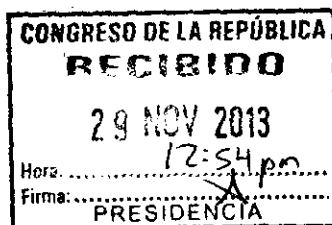
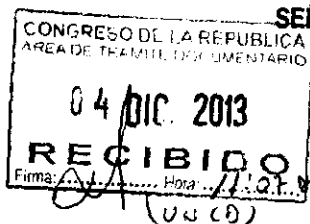


04954

00019120

**Asunto:**

Pone en conocimiento de la Presidencia del Consejo Directivo del Congreso de la República la presunta comisión del Delito Contra La Administración Pública – Delito cometido por funcionarios públicos – Abuso de Autoridad, Incumplimiento de Deberes de Función y Negociación Incompatible.

SEÑOR PRESIDENTE DEL CONSEJO DIRECTIVO DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA

ROBERTO EDMUNDO ANGULO ÁLVAREZ, Congresista de la República con Documento Nacional de identidad N° 06283911, con domicilio real y procesal en Av. Abancay N° 251 de esta ciudad, a Ud. con respeto digo:

I. PETITORIO:

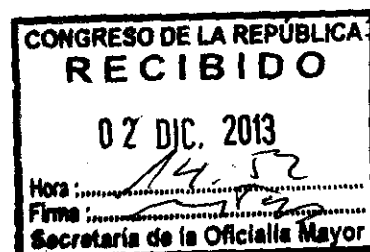
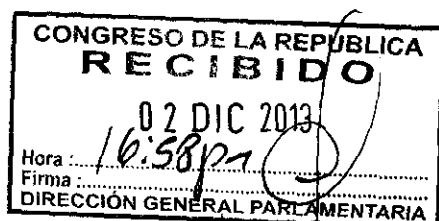
Que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 89° del Reglamento del Congreso de la República y actuando de conformidad con lo previsto por los artículos 99° y 100° de la Constitución Política vigente, acudo a vuestro despacho, solicitando se investigue los hechos que paso a detallar en los fundamentos fácticos de la presente, formulando denuncia penal contra el ex ministro de Transportes y Comunicaciones **ENRIQUE JAVIER CORNEJO RAMIREZ** por Delito Contra la Administración Pública, en la modalidad de Abuso de Autoridad, Incumplimiento de Deberes Funcionales y Negociación Incompatible, ilícitos tipificados en los artículos 376°, 377° y 399° del Código Penal en agravio del Estado.

- DATOS DEL DENUNCIADO:**

ENRIQUE JAVIER CORNEJO RAMIREZ, ex ministro de Transportes y Comunicaciones en el período comprendido desde el 29 de noviembre de 2008 al 28 de julio de 2011, con domicilio en Calle Genaro Castro Iglesias N° 245-, Urb. Aurora, Miraflores.

II. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO:**REGIMEN CONSTITUCIONAL Y LEGAL DIFERENCIADO DE LAS CONCESIONES**

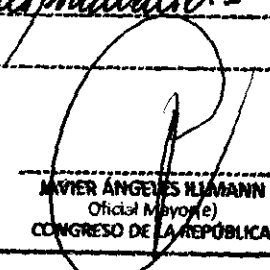
- 1.1 La presente denuncia versa sobre el proceso de concesión del Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao, y la contravención por parte del denunciado funcionario conjuntamente con PROINVERSION Y APN, de expresas normas constitucionales como el Artículo 73, que consagra que los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles, y normas legales referidas a la soberanía marítimo portuaria del Perú, los objetivos estratégicos de modernización y desarrollo, establecidos en la Ley N° 27943 (Ley del Sistema Portuario Nacional), su Reglamento, Decreto Supremo N° 003-2004-MTC, y en el Plan Nacional de Desarrollo Portuario, incluyendo, la eventual afectación al administrador público portuario (ENAPU).
- 1.2 El Decreto Supremo N° 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 normatividad vigente; su Reglamento, el Decreto Supremo N° 060-96-PCM,

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
ÁREA DE TRÁMITE DOCUMENTARIO

ACUSACIÓN N° 188
FECHA 04/12/13
HORA 15:00 PM
FIRMA [Firma]

PRESIDENCIA DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA			
Asesoría ☒		Secretaría ☐	
Trámite: Regular ☒		Urgente ☐	
Pase a:		Despacho Parlamentario ☐	
Oficiatía Mayor ☒	Comisiones ☐	Protocolo ☐	
DGA ☐		Otro ☐	
Acciones:			
Conocimiento y Fines ☒	Aprobado ☐	Coordinación ☐	
Elaborar oficio ☐	Archivo ☐	Opinión ☐	
Proyectar respuesta ☐	Informe ☐	Otro ☐	
Observaciones:			



PROVEIDO: 019120	FECHA: 2.12.2013
PASE: Dirección Genl. Parlamentaria	
PARA: Trámite correspondiente.	
 JAVIER ÁNGEL ILLAMÁN Oficial Mayor (e) CONGRESO DE LA REPÚBLICA	

DIRECCIÓN GENERAL PARLAMENTARIA		URGENTE ☐ IMPORTANTE ☐
Oficiatía Mayor ☐	DGP ☐	Atender ☐
DGA ☐	Serv. Auxiliares ☐	Tramitar ☒
Comisiones ☐	Enlace Gob. Reg. ☐	Conocimiento y Fines ☐
Relatoría, Agenda ☐	Despacho Parlam. ☐	Opinión ☐
Asesorías ☐	Diario de los Debates ☐	Proyectar respuesta ☐
Proy. y Seguridad ☒	Biblioteca ☐	Ayuda memoria ☐
		Elaborar informe ☐
		Conformidad ☐
		Otro ☐

*Expedir como documento
de este tipo.*

JOSE VABANTO VALDIVIESO
 Director General Parlamentario (e)
 CONGRESO DE LA REPÚBLICA

así como el impacto que han tenido sobre los objetivos de desarrollo, modernización y competitividad del Sistema Portuario Nacional y de ENAPU como administrador público portuario.

1.3 En el ámbito Constitucional, la Constitución Política de 1993 establece el marco jurídico constitucional de las concesiones, diferenciado entre “concesiones de los recursos naturales” y “concesiones de los bienes de uso público”:

- i) El Artículo 66° de la Constitución Política, consagra que la **concesión de los recursos naturales** tienen una naturaleza y tratamiento especial, es así, que sólo por ley orgánica se fijan las condiciones de utilización y de su otorgamiento a particulares, la concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

A nivel legislativo, la Ley N° 26821, Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales en su Artículo 23° señala lo siguiente:

“Artículo 23°.- La concesión, aprobada por las leyes especiales, otorga al concesionario el derecho para el aprovechamiento sostenible del recurso natural concedido, en las condiciones y con las limitaciones que establezca el título respectivo.

La concesión otorga a su titular el derecho de uso y disfrute del recurso natural concedido y, en consecuencia, la propiedad de los frutos y productos a extraerse. Las concesiones pueden ser otorgadas a plazo fijo o indefinido. Son irrevocables en tanto el titular cumpla las obligaciones que esta Ley o la legislación especial exijan para mantener su vigencia.

Las concesiones son bienes incorpóreales registrables. Pueden ser objeto de disposición, hipoteca, cesión y reivindicación, conforme a las leyes especiales. El tercero adquirente de una concesión deberá sujetarse a las condiciones en que fue originariamente otorgada. La concesión, su disposición y la constitución de derechos reales sobre ella, deberán inscribirse en el registro respectivo”.

- ii) En tanto, el Artículo 73 de la Constitución Política señala que los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles, admite la **concesión de los bienes de uso público** a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento.

A nivel legislativo, el Decreto Supremo 059-96-PCM, Texto Unico 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, en su Artículo 13° señala:

“Artículo 13°.- La concesión sobre bienes públicos no otorga un derecho real sobre los mismos. Sin embargo, en estos casos, el contrato de concesión constituirá título suficiente para que el concesionario haga valer los derechos que dicho contrato le otorga frente a terceros, en especial el de cobrar las tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de las inversiones. En estos supuestos, el concesionario podrá explotar el o los bienes objeto de la concesión por cuenta propia o por medio de terceros, quedando siempre como único responsabilidad frente al Estado”.

(Art. 6 del D.Leg. N° 758, modificado de conformidad con el D.Leg. N° 839)

1.4 Abundando, la Ley N° 27943 Ley del Sistema Portuario Nacional (LSPN) que en sus artículos establece:

"Artículo 1°.- Objeto y finalidad: La ley tiene por finalidad **promover el desarrollo y la competitividad de los puertos, así como **facilitar el transporte multimodal, la modernización de las infraestructuras portuarias y el desarrollo de las cadenas logísticas en las que participan los puertos** ".**

"Artículo 21°.- Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público OSITRAN.

21.1 Corresponde a OSITRAN **regular el sistema tarifario de los mercados en los que no hay libre competencia (...)** y **supervisar el cumplimiento de los contratos de concesión de acuerdo a las leyes vigentes.**

Sus funciones y responsabilidades las ejercerá procurando la eficiencia de las actividades y servicios portuarios (...) en defensa de los usuarios finales. Para ello incide en la competitividad internacional de los Puertos y propende a que los costos y tarifas guarden concordancia y los conceptos se homologuen con los que se cobren internacionalmente en los puertos más competitivos del mundo ".

PRINCIPALES HECHOS DEL PROCESO DE CONCESIÓN DEL T.P. CALLAO

- 1.4** El 09 de Marzo de 2005, mediante Decreto Supremo 006-2005-MTC se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo Portuario (PNDP), en el cual, numeral 9.2 in fine, se faculta a la Autoridad Portuaria Nacional ser el ente responsable de las normas y directivas a tomar para el proceso de promoción de la Inversión en los terminales portuarios descritos en el referido Plan Nacional, donde está incluido el Terminal Portuario del Callao.
- 1.5** Con fecha 16 de julio de 2010 se publicó el acuerdo del Consejo Directivo de PROINVERSIÓN por el cual se aprobó el Plan de Promoción de la Inversión Privada del Proyecto "Modernización del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao".
- 1.6** Mediante Acuerdo del Consejo Directivo de PROINVERSIÓN de fecha 21 de julio de 2010 se aprobaron las Bases del Concurso de Proyectos Integrales para la entrega en concesión del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao.
- 1.7** El 18 de enero de 2011 se publicó el Decreto de Urgencia N° 001-2011, modificado por el artículo 1 del Decreto de Urgencia N° 002-2011, mediante el cual se declaró de necesidad nacional y ejecución prioritaria por parte de PROINVERSIÓN, entre otros, el proyecto de promoción de la inversión privada vinculado a la concesión del Terminal Norte Multipropósito del Callao.
- 1.8** Con fecha 01 de abril de 2011, se adjudicó la Buena Pro del Concurso de Proyectos Integrales para la Concesión del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao al Consorcio APM TERMINALS CALLAO, integrado por APM Terminals B.V., Callao Port Holdings B.V. y Central Portuaria S.A.C., quienes constituirán la sociedad concesionaria denominada APM Terminals Callao S.A. para que actúe como contraparte del Ministerio de Transportes y Comunicaciones en el Contrato de Concesión del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao.

1.9 Principales infracciones normativas detectadas en el Concurso de Proyectos Integrales para la Concesión del TP Callao

- Ley del Sistema Portuario Nacional N° 27943
- Decreto Supremo 059-96-PCM T.U.O. de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al Sector Privado de las obras publicas de Infraestructura y de Servicios Públicos
- Decreto Supremo N° 060-96-PCM Reglamento del Decreto Supremo del T.U.O. de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al Sector Privado de las obras publicas de Infraestructura y de Servicios Públicos
- Ley 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General.
- Decreto Legislativo 1012 – Asociaciones Público – Privadas
- Decreto Legislativo 1022 – Modifica la Ley de Puertos

INCONDUCTA FUNCIONAL IMPUTADA A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS COMO CONSECUENCIA DE LA PRIVATIZACIÓN DEL TERMINAL MUELLE NORTE DEL CALLAO (2011)
ENTREGADO A APM TERMINALS

2. ACTOS ARBITRARIOS: MEDIANTE CIRCULARES SE MODIFICAN LAS BASES DEL DENOMINADO "Concurso de Proyectos Integrales del Proceso de Promoción de la Inversión Privada del Proyecto de Modernización del Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao.

2.1 El TUO de las Bases en el Concurso de Proyectos Integrales para la Concesión del Terminal Portuario del Callao, establece entre otras, las siguientes definiciones:

- **1.2.10 BASES:** "Presente documento que contiene los aspectos administrativos, procedimientos y condiciones, incluidos sus nexos, Formularios, Apéndices y las **Circulares** que expida el Comité, **fijando los términos bajo los cuales se desarrollará el presente Concurso y la concesión**".
- **1.2.11 CIRCULARES:** "Son todas las directivas emitidas por escrito por el Comité, sean de efectos específicos o generales, con el fin de **completar, aclarar, interpretar o modificar el contenido de estas Bases**, otra Circular o absolver consultas formuladas por quienes estén autorizados para ello conforme a estas Bases".

Asimismo, en diferentes puntos de las Bases establece lo siguiente:

- 1.4.2 Toda modificación a las presentes Bases será comunicada, a través de **Circulares** a los Postores o a los Postores Precalificados, de acuerdo a lo establecido en el Numeral 3.1.3.1. Los **cambios** que impliquen **modificaciones sustanciales** a las Bases, contarán con la **opinión favorable de la APN**.
- 1.7.3 En caso de **contradicción** entre lo previsto en estas Bases y lo estipulado en alguno de sus anexos, **primará lo previsto en las Bases**, salvo que en los anexos se haya señalado expresamente, en forma clara e inequívoca, que su **contenido modifica lo previsto en las Bases**. En todos los casos, los contenidos de las "enmiendas" y **Circulares** a que se hace referencia en estas Bases, **predominan sobre las disposiciones de las Bases** aunque no se manifieste expresamente.

3.1.3.4 Las **Circulares** emitidas por el Comité formarán parte integrante de estas Bases, siendo, en consecuencia, jurídicamente **vinculantes para todos los Postores y Postores Precalificados**.

- 2.2 El funcionario denunciado conjuntamente con otros funcionarios, al reglamentar los procedimientos especiales creados y regulados como tales por ley expresa, como el presente caso, deben observar y respetar escrupulosamente la ley y los principios generales del derecho administrativo, estos procedimientos especiales se rigen supletoriamente por la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General; es decir que ésta Ley tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general.

Dentro del ordenamiento jurídico nacional, la existencia de Principios Jurídicos entraña la aparición de postulados medulares y rectores con el objetivo de servir de guías para toda acción administrativa. Estos tienen dos características inherentes que les son inmodificables:

- a) Preeminencia sobre el resto del ordenamiento jurídico al cual se refiere.
- b) Poseer un dinamismo potencial sobre la base de las cualidades de elasticidad, expansión y proyección, que le hacen aplicable a cualquier realidad presente o futura para la cual el legislador no ha previsto una regla expresa a la que sea necesario dar un sentido afirmativo.

- 2.3 Los principios del procedimiento administrativo son elementos que el legislador ha considerado básicos para encausar, controlar y limitar la actuación de la administración y de los administrados en todo procedimiento, sirven como *“criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento, como parámetros para la generación de otras disposiciones administrativas de carácter general, y para suplir los vacíos en el ordenamiento administrativo”*. Es así que el Artículo IV de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, entre otros, consagra los siguientes principios del procedimiento administrativo:

“1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas”.

“1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo”.

“1.4. Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido”.

"1.5. Principio de imparcialidad.- Las autoridades administrativas actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándoles tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general".

"1.15. Principio de predictibilidad.- La autoridad administrativa deberá brindar a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que a su inicio, el administrado pueda tener una conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que se obtendrá".

- 2.4 Contrastado el Concurso de Proyectos Integrales para la Concesión del TP Callao con el "principio de legalidad" de manera manifiesta se evidencia que el funcionario denunciado, en su calidad de Ministro de Transportes y Comunicaciones, conjuntamente con Jorge Alejandro León Ballén, ex Director Ejecutivo de PROINVERSIÓN y Frank Thomas Boyle Alvarado, Presidente del Directorio de la APN, quienes han incurrido en abuso de sus funciones, y en grave contravención del texto expreso de la ley, desnaturalizaron la esencia misma del concurso, toda vez que han consentido y autorizado que a través del Comité de Proinversión en Proyectos de Infraestructura Portuaria –PROPUERTOS-, sin mayor justificación y fundamentación técnica, se aprueben 34 CIRCULARES con las cuales se modifica sustancialmente, entre otros, las Bases, el Cronograma, el Proyecto de Contrato de Concesión y Modificación de Tarifas, desvirtuando su esencia y sus propios objetivos, a saber:

CONCEPTO	MODIF. BASES	MODIF. CRONOGRAMA	MODIF. PROYECTO DE CONTRATO	MODIF. TARIFAS
CIRCULARES N°	5,9,10,28, y 23	2,3,7,19, y 25	1,2,8,11,21,24, y 30	26

- 2.5 Los criterios expuestos en los párrafos precedentes coinciden con los del Tribunal Constitucional en su sentencia N° 01387-2009-PA/TC del 11-May-2009, en el proceso de amparo formulado por Consorcio DHMONT & CG&MSAC contra PROINVERSION, que en su considerando 13 considera:

- **"...que en lo referido a todo lo actuado en el proceso requisitos de precalificación, absolución de consultas, resumen ejecutivo de iniciativa privada, contienen no solo los requisitos que deben de cumplir los terceros interesados para participar en el proyecto de inversión, sino que también los parámetros que PROINVERSION debe someterse para realizar la evaluación de dicho procedimiento y así tomar una definición. Por este motivo, hacer caso omiso a las normas que ella misma establece (PROINVERSION) como Organismo Promotor de la Inversión Privada o sustraerse a su cumplimiento, contraviene el Principio de Legalidad y el Derecho al Debido Proceso al cual deben encontrarse siempre sometidos todos los Órganos que Integran la Administración Pública "**

- 2.6 El funcionario denunciado, conjuntamente con PROINVERSION Y APN, jamás permitieron se realice una valorización real de los bienes entregados al concesionario ganador, como bienes de la concesión (Entregados a través del Contrato de Concesión) y de los bienes entregados por ENAPU S.A. (a través del Contrato de Asociación y Participación) tanto de los bienes tangibles, como intangibles incluidos la cartera de clientes (Contratos de Cesión de Derechos y de Posición Contractual), a fin de identificar si el porcentaje del 17.01 % que por concepto de utilidades consignado en el Contrato de Asociación en Participación, es un porcentaje que refleje el real y verdadero aporte realizado por ENAPU a la Concesionaria, y asimismo si el monto por el cual se concesionó el Terminal Norte Multipropósito del Callao (\$ 749 Millones de Dólares) reflejó una

auténtica proyección en ganancias para el Estado Peruano en el plazo de 30 años de la Concesión. No existe, ni se conoce los Estudios Técnicos, Económicos y Financieros que sirvieron de sustento y justificación a esta fallida Concesión de nuestro principal Terminal Portuario.

- 2.7 Por los fundamentos expuestos concluimos que el funcionario denunciado en algunos casos abusando de sus funciones y en otros incumpliendo sus deberes funcionales ha perjudicado al Estado y afectado al administrador público portuario, ENAPU S.A, quien se encuentra actualmente en una virtual QUIEBRA TECNICA, en razón que de empresa pública encargada de la administración de los puertos públicos, con la concesión de sus operaciones en el Terminal Portuario del Callao, pierde aproximadamente el 85 % de sus ingresos, hecho que la conduce a una irremediable quiebra técnica, debido a la dependencia económica de los once (11) puertos públicos del interior del país, nueve (09) de los cuales son deficitarios y sólo dos (02) conservan sus cuentas en azul, T.P. Salaverry y T.P. San Martín.

AUSENCIA DE ESTUDIOS TECNICOS Y ECONOMICOS QUE SUSTENTEN LA CONCESION DEL TERMINAL PORTUARIO DEL CALLAO Y EL PLAN DE PROMOCION

3. Contravención por parte de PROINVERSION del Decreto Supremo N° 059-96-PCM TUO de las Normas que regulan el Concurso Público para la entrega en Concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios Públicos:

- **“Artículo 6.- Corresponde a la PROMCEPRI:**

1.- *Asumir todas las competencias correspondientes para la entrega en concesión de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, bajo los mecanismos y procedimientos establecidos en el presente Texto Unico Ordenado y su Reglamento”.*

2.- ***Establecer, en base a los estudios técnico-económico y/o definitivos, cuando corresponda, las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, que serán entregados en concesión al sector privado, bajo los mecanismos y procedimientos establecidos en el presente Texto Unico Ordenado y su Reglamento”.***

Esta facultad comprende el determinar si la modalidad bajo la cual se entregará en concesión al sector privado las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos será la de Licitación Pública Especial o la de Concurso de Proyectos Integrales.

3.- ***Aprobar, previamente a su ejecución, el Plan de Promoción de la Inversión Privada relativo a la concesión de una o varias obras públicas de infraestructura o de servicios públicos.***

El plan en referencia será presentado a la PROMCEPRI por el Comité Especial respectivo.

4.- *Analizar, evaluar y aprobar las propuestas que le sometan los Comités Especiales, buscando asegurar la consistencia del proceso.*

5.- *Aprobar su presupuesto y administrar los recursos financieros provenientes del Tesoro Público y de otras fuentes nacionales o internacionales, que se requieran para el cumplimiento de sus funciones.*

6.- *Celebrar todo tipo de convenios, contratos y acuerdos con instituciones nacionales y extranjeras.*

7.- *Las demás funciones que se le asigne mediante Decreto Supremo. (Art.6 del D. Leg. N°839).*

- **“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. El contenido de las bases de que trata la parte pertinente del Reglamento*, es de carácter enunciativo y no limitativo.

*En las referidas bases se determinará el destino y la utilización de los recursos que se puedan generar para el Estado por efecto del otorgamiento de la concesión al sector privado, en aplicación del presente Texto Unico Ordenado***

De no ejecutarse el procedimiento establecido en las bases en los plazos fijados, el Comité Especial respectivo, por propia iniciativa o a solicitud de los interesados, declarará sin efecto la referida Licitación o Concurso”.

(Art.11 del D. Leg. N°839)

**(el texto del Artículo 11 del D. Leg. N°839 dice: "tratan los Artículos19 y 35 del D.S. N°189-92-PCM")*

*** (el texto del Artículo 11 del D. Leg. N°839 dice: "Decreto Legislativo")*

- 3.1 Si bien en la Sesión del 07.07.2010, el Consejo Directivo de PROINVERSION acordó, aprobar el Plan de Promoción de la Inversión Privada, sujetó la eficacia del mismo a la aprobación del referido Plan de Promoción por la APN, así como a la publicación del Decreto Supremo que modifique el Plan Nacional de Desarrollo Portuario en lo referido a la infraestructura objeto del presente acuerdo, lo cual revela que PROINVERSION nunca cumplió con su obligación legal de elaborar los estudios técnicos económicos y legales sustenten la Concesión del Terminal Portuario, y el Plan de Promoción de la Inversión Privada del T.M. Callao.
- 3.2 Por el contrario, el Director Ejecutivo de PROINVERSION ordenó llevar a cabo un proceso de privatización del T.P. Callao, desconociendo los mecanismos y procedimientos establecidos en la ley, por cuanto, no existen ni se conoce la existencia y contenido de Estudios Técnicos, Económicos y Legales que sustenten:
 - i) Las razones por la cuales se descartó la Modalidad de Licitación Pública Especial, sustituyéndola por la Modalidad de Concurso de Proyectos Integrales;
 - i) Las Bases y etapas del Concurso de Proyectos Integrales;
 - ii) El contenido y cumplimiento del Plan de Promoción de la Inversión Privada relativo a la concesión del T.P. Callao.

- **“Artículo 13.- La concesión sobre bienes públicos no otorga un derecho real sobre los mismos.** Sin embargo, en estos casos, el contrato de concesión constituirá título suficiente para que el concesionario haga valer los derechos que dicho contrato le otorga frente a terceros, en especial el de cobrar las tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de las inversiones. En estos supuestos, el concesionario podrá explotar el o los bienes objeto de la concesión por cuenta propia o por medio de terceros, quedando siempre como único responsabilidad frente al Estado”.

(Art.6 del D.Leg.N°758, modificado de conformidad con el D.Leg.N°839).

4. Por el contrario, el Contrato Final de Concesión del Terminal Norte Multipropósito del Callao aprobado mediante Decreto Supremo 016-2011-MTC, establece por ejemplo en el Numeral 10.3.2 (Hipoteca de la Concesión): **“La sociedad concesionaria tiene derecho a otorgar hipoteca... ”;** **cuando la ley expresamente lo prohíbe** y no faculta al concedente, en este caso el Estado

Peruano a que pueda ceder soberanía nacional y/o gravar bienes de uso público. En suma, constituye un grave abuso que el denunciado, conjuntamente con PROINVERSION Y APN, violentando el marco legal expreso, pretendan hipotecar la soberanía marítima portuaria, al permitir que el concesionario privado pueda hipotecar la Concesión como garantía de endeudamiento y después los Acreedores Financieros puedan cambiar al concesionario sin que el Estado pueda negarse por razones de soberanía nacional, lo que además resulta directamente atentatorio del artículo 54 de la Constitución Política del Perú.

- **“Artículo 17.-** Los contratos de concesión podrán contener cláusulas que estipulen la indemnización a la cual tendrá derecho el concesionario en caso que el Estado suspenda, deje sin efecto o modifique la concesión por causal no establecida en los Artículos 38 y 39 del presente Texto Único Ordenado*. Dichas cláusulas indemnizatorias serán garantizadas mediante contrato celebrado entre el Estado y el concesionario, a solicitud de este último.

*El Estado podrá someter las controversias de carácter patrimonial derivadas de las concesiones a las que se refiere el presente Texto Único Ordenado** a arbitraje nacional o internacional, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 63** de la Constitución Política del Perú, aunque no se hubiera celebrado el contrato al que se refiere el párrafo anterior”.*

(Art.5 del D. Lea. N°758, modificado de conformidad con el D. Lea. N°839)

(el texto del Art.5 del D. Lea. N°758 dice:“Decreto Legislativo”).

DESCONOCIMIENTO DE FUNCIONES OTORGADAS POR NORMA DE RANGO LEGAL A OSITRAN, FUNCIONES EXCLUSIVAS DE UN ORGANISMO REGULADOR QUE NO SON DE CARÁCTER DISPONIBLE

5. Por el contrario, el artículo 16.2 del Contrato Final de Concesión del Terminal Norte Multipropósito del Callao aprobado mediante Decreto Supremo 016-2011-MTC, establece que: *“...las partes reconocen que pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a su derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen. En tal sentido no podrán ser materia de arbitraje, las decisiones del REGULADOR u otras entidades que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa, cuya vía de reclamo es la administrativa”.*

- 5.1 La Ley 26917 Ley de Supervisión de la Inversión Privada en infraestructura de Transporte de Uso Público dispone en su artículo 2, la creación de OSITRAN como un organismo público descentralizado que goza de autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera. Además en su artículo 3 establece que *“la misión de OSITRAN es regular el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado”.*

- 5.2 Al conocerse la llamada Versión Final del Contrato y de las Bases de Concesión del también llamado Muelle Norte, la Contraloría debe pronunciarse porque el citado documento pretende violar la Constitución en cuanto a soberanía portuaria, pasar por encima de la ley de creación de ENAPU y finalmente constituir un duopolio que encarecerá los servicios con perjuicio para el país y los empresarios.

- 5.3 OSITRAN (Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura en Transporte de Uso Público) ha hecho un pronunciamiento puntual y preciso, contra el arbitraje que se pretende instaurar en el contrato de concesión, en casos de desacuerdos con sus opiniones técnicas. Dice OSITRAN:
- i) "Al respecto es evidente que las opiniones que le son solicitadas por las partes al organismo regulador no pueden ser llevadas a arbitraje, al constituir este hecho un imposible jurídico, toda vez que OSITRAN no suscribe convenio arbitral alguno con las partes del contrato de Concesión", dice el organismo regulador en documento suscrito por tres de sus gerentes, un asesor legal y cuatro altos funcionarios.
 - ii) Agrega: "Resulta por demás cuestionable entender que mediante contrato se pueda desconocer funciones otorgadas por norma de rango legal a organismos públicos, dado que las funciones exclusivas de un organismo regulador no son aspectos de carácter disponible para las partes de una relación contractual. Por esa razón OSITRAN pide que la Versión Final del contrato de concesión precise expresamente que las materias que puedan ser objeto de arbitraje entre las partes, no incluyen las opiniones del Regulador.
 - iii) "Sin perjuicio de ello, desde ya OSITRAN deja expresa constancia de su negativa en caso a futuro se le pretenda involucrar en procesos arbitrales que tengan como fin (cuestionar) cualquier forma de cumplimiento de las disposiciones y opiniones administrativas expedidas por el Organismo Regulador, en virtud al mérito de sus funciones otorgadas en su ley de creación. Tanto más si es que no ha consentido ni suscrito o intervenido expresa o tácitamente en cláusula arbitral alguna", precisa.
- 5.4 Es preciso mencionar que las opiniones y decisiones de OSITRAN no pueden estar sujetas a un procedimiento de arbitraje, en razón que la Ley N° 26917 crea OSITRAN como un organismo autónomo descentralizado que tiene como misión tutelar los intereses del estado, en razón a ello no se puede por disposición contenida en el Decreto Supremo N° 016-2011-MTC cláusula 16.2 del contrato de concesión, que dichas opiniones para su cumplimiento necesiten ser sujetas a un arbitraje.
- 5.5 Este hecho configura un imposible jurídico toda vez que las opiniones de OSITRAN son de carácter vinculante para las partes que intervienen en los contratos de concesión, entiéndase el suscrito para la explotación del Terminal Norte Multipropósito del Callao, pues por ley se ha establecido su misión. Por otro lado es importante señalar que conforme lo dispone mediante acuerdo entre las partes (acuerdo de voluntades), no se puede dejar de lado disposiciones legales de carácter imperativo y de estricto cumplimiento, como lo son la Ley N° 26917.
- Cabe señalar que OSITRAN mediante Oficio 041-10-SCD-OSITRAN de fecha 30.12.2010 debidamente recepcionado por PROINVERSION, ha informado de tal ilegalidad, expresando su opinión desfavorable para el artículo 16.2, solicitando inclusive que se modifique, documento que nos permitimos adjuntar a la presente denuncia.
- 5.6 Finalmente el artículo 21 al 21.2 de la Ley N° 27943 establece que OSITRAN es el organismos supervisor de la infraestructura de Transportes de Uso Público, por consiguiente corresponde a OSITRAN supervisar el cumplimiento de los contratos de concesión conforme a las leyes vigentes. En tal sentido al tener OSITRAN una calidad de ente regulador con autonomía, no se puede pretender desconocer por una norma de menor jerarquía las funciones propias y de control. En razón a lo expuesto existe una grave contravención a la legal, configurándose una ilegalidad de fondo.

6. **"Artículo 26.-** La convocatoria a Licitación Pública Especial o Concurso de Proyectos Integrales deberá publicarse en el Diario Oficial El Peruano y en dos diarios de circulación nacional, por dos días consecutivos, debiendo mediar entre la segunda publicación y la fecha límite para la presentación de la propuesta, por lo menos treinta (30) días calendario.

En el lugar, día y hora indicados, se realizará el acto con la intervención de un Notario Público designado para tal efecto".*

(Arts. 16 y 18 del D. Leg. N° 758, modificados de conformidad con el D. Leg. N° 839)

**(del texto del Art. 18 del D. Leg. 758 se ha suprimido: "de Licitación Pública Especial")*

- 6.1 Adicionalmente, el artículo 12 de la Ley N° 27943 Ley del Sistema Portuario Nacional, establece los requisitos mínimos que debe contener todo contrato y compromiso portuario, entre ellas: "g) Que establezcan las causas para la revisión de los compromisos contractuales, h) Que garanticen la capacitación y seguridad del trabajador portuario, además el párrafo final del mismo artículo establece que *"cada compromiso contractual portuario antes de ser suscrito por las partes es puesto en conocimiento de la ciudadanía y de la comunidad portuaria, mediante publicación por una vez, y en un plazo de por lo menos 15 días"*.

- 6.2 En realidad, el Decreto Supremo N° 016-2011-MTC que aprueba el contrato de consorcio, no establece en ningún apartado la exigencia legal antes mencionada, además de que de la emisión del Decreto Supremo se advierte que no se ha garantizado la capacitación y seguridad del trabajadores. Por otro lado el artículo 14 del mismo dispositivo legal establece la obligación de facilitar el cumplimiento de la legislación laboral a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, así como de proteger a los trabajadores ante cualquier decisión empresarial. Todas estas obligaciones no se han cumplido por parte de la APN, MTC ocasionando que dicho contrato o cláusulas se vean afectadas de nulidad tanto de fondo como de forma, debido a que finalmente nunca se ha puesto en conocimiento los compromisos contractuales, situación que por el incumplimiento de la forma acarrea nulidad en la emisión de tal acuerdo aprobado mediante Decreto Supremo N° 016-2011-MTC.

- 6.3 Así mismo, con fecha **11 de Julio del 2010**, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones publica el **Decreto Supremo N° 027-2010-MTC**, mediante el cual se modificó el Plan Nacional de Desarrollo Portuario, **para introducir una tercera alternativa** en el literal a.2 del numeral 5.4.3.1 del Plan Nacional de Desarrollo Portuario "Modernización y aseguramiento del crecimiento de la infraestructura portuaria de uso público" respecto a la infraestructura de los muelles 1, 2, 3 y 4, disponiendo que en ellos se establezcan zonas de respaldo de muelles y áreas de almacenaje para contenedores en el puerto del Callao.

Para la promulgación del referido **DS 027-2010-MTC**, la Autoridad Portuaria Nacional y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones **no contaron con la opinión técnica previa del Sector Defensa**, que – de acuerdo a la Décimo Octava Disposición Transitoria y Final de la Ley 27943, Ley de Puertos debe opinar *"en los temas vinculados a la defensa nacional, la seguridad y la protección de la vida humana en las áreas marítima, fluvial y lacustre"*.

- 6.4 En suma, no se ha respetado el procedimiento establecido en el Decreto Supremo N° 032-DE/SG, el cual establece que los bienes inmuebles reservados a favor de los Institutos Armados con fines de Seguridad y Defensa Nacional son intangibles, inalienables e imprescriptibles por su

carácter estratégico; lo cual significa que éstos no pueden ser modificados o alterados sin opinión previa favorable de los institutos armados respectivos, porque su conservación y tutela está directamente relacionada al rol que cumplen en la Defensa y Seguridad Nacional.

IRREGULAR Y LESIVA PRIVATIZACIÓN DEL TERMINAL MULTIPROPÓSITO DEL CALLAO

7. En el caso específico del TP Callao, la aplicación de este modelo de Concurso Público es inexplicable y lesiva a los intereses del país, por cuanto, en el año 2010, Dubai Ports - DPW (operador del Muelle Sur) propuso una Iniciativa Privada para administrar el Muelle Norte, con una inversión de \$1,600 millones de dólares, así como, tomar la carga pasiva de los 1650 jubilados, otorgar a ENAPU un asiento en el Directorio del operador privado y realizar acciones para el mejoramiento de la gestión de ENAPU en todos los demás puertos regionales.
 - 7.1 A su vez, en el mismo año 2010, APM Terminals también presentó su Iniciativa Privada, ofreciendo \$ 1,900 millones de dólares por una concesión de 20 años. Incluso se dispuso que ENAPU participara en la selección del socio estratégico.
 - 7.2 Sin embargo, el Ministro de Transportes y Comunicaciones, PROINVERSION y la APN, desconociendo los estudios e Informe de la consultora VALENCIA PORT que señalaban que el total de la inversión en infraestructura nueva y equipamiento en el TP Callao, a cargo del nuevo operador internacional debía de ser no menor a los US\$ 3,200.00, aprovecharon indebidamente su cargo para acelerar y adjudicar por 30 años la Concesión del Terminal Norte Callao al postor APM Terminals por la irrisoria suma de US\$ 760 millones, lo que representa apenas el 40 % de la oferta formulada por dicho operador a través de una iniciativa privada, además el funcionario denunciado conjuntamente con PROINVERSION Y APN, modificaron la modalidad de inversión privada, planteando una concesión bajo la modalidad de "participación en asociación", estableciendo como "retribución" para ENAPU S.A., la transferencia del 17% de las utilidades operativas anuales, asignación arbitraria que no cuenta un estudio técnico, financiero y legal que sustente su procedencia y adecuada tutela de los intereses del Estado.
8. Finalmente, el alto funcionario denunciado conjuntamente con PROINVERSION Y APN, han incurrido además en los siguientes actos e inconductas funcionales:
 - i) El TP Callao fue incorporado en el proceso de privatización a través de los Decretos de Urgencia 001-2011 y 002-2011, que fueron declarados posteriormente inconstitucionales por el Tribunal Constitucional mediante Sentencia dictada en el Exp. 0004-2011-PI-TC, publicada el 30/09/2011.
 - ii) Se transfirió el patrimonio y los equipos de ENAPU al MTC, para entregarlos a título gratuito al operador privado. A pesar de ser un negocio en marcha con una facturación de más \$100 Millones de Dólares anuales
 - iii) La APN declaró como infraestructura nueva el puerto, para justificar la operación monopólica privada.
 - iv) El Ministro de Transportes, Enrique Comejo abusando y excediéndose en sus atribuciones emite el Decreto Supremo N° 033-2010-MTC impidiendo la participación de DPW, dejando el camino libre sólo para APM. Hoy, el Estado peruano afronta una demanda internacional ante el CIADI por \$ 250 millones de dólares, acusado de competencia desleal.

- v) A dos años de conducir las operaciones del puerto el concesionario no logra el nivel de productividad que dejó ENAPU. La cadena de sobrecostos post portuarios continúa y por lo tanto sigue el usuario asumiendo esos costos superiores a 600 dólares por contenedor, encareciendo sus servicios.
- vi) Se ha transferido equipamiento en propiedad a APM Terminals, que ENAPU sigue pagando, así mismo, más de 12,000 bienes quedaron en una situación de indefinición o en poder del operador sin ser materia de la concesión. }
- vii) El Estado peruano ha tenido que asumir \$ 330 millones de dólares para hacerse cargo de la carga pensionaria de los 1650 cesantes y jubilados, cuyos fondos antes eran provistos por ENAPU.

III. FUNDAMENTOS JURIDICOS DE LA DENUNCIA.

Los presuntos ilícitos cometidos y que se ponen a conocimiento, son los siguientes:

- **“Artículo 376.- ABUSO DE AUTORIDAD**

El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena un acto arbitrario que cause perjuicio a alguien será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.

Si los hechos derivan de un procedimiento de cobranza coactiva, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años”.

- El delito de abuso de autoridad se configura cuando la conducta ilícita guarda relación con el cargo asumido, que presupone el ejercicio de la función pública dentro de las facultades conferidas en el ordenamiento jurídico vigente que determinan la forma y los límites dentro de los cuales puede el funcionario ejercitarlas lícitamente.

- **“Artículo 377.- INCUMPLIMIENTO DE DEBERES FUNCIONALES**

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

- El delito de abuso de autoridad en su modalidad de omisión y rehusamiento o demora de actos funcionales, se configura cuando el funcionario público incurre en actos comprendidos dentro de los verbos rectores mencionados, pero que son propios de su actividad funcional, debiendo su conducta causar perjuicio a alguien.

- **“Artículo 399.- NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**

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 la 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”.

- El delito de negociación incompatible exige que el funcionario público adopte un interés personal en “contratos u operaciones” de carácter económico que se encuentran dentro de la esfera de su competencia, *existiendo coetaneidad entre el ejercicio de su cargo y la negociación. Este*

delito tutela el interés de la colectividad en la imparcialidad de la administración pública y el prestigio de los funcionarios; el actuar interesado del funcionario pone en peligro o lesione la imparcialidad de la administración pública y, en consecuencia, el buen y debido desempeño de las funciones de la administración.

IV. MEDIOS DE PRUEBA Y ANEXOS:

Relación de Documentos del Proceso de Concesión del Proyecto Modernización del Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao, que sustentan la presente denuncia.

- Anexo No. 1: Copia legible de mi documento de identidad.
- Anexo N° 2: Proyecto Referencial del Proyecto "Modernización del Terminal Norte Multipropósito den el Terminal Portuario del Callao ".
- Anexo N° 3: Plan de Promoción de la Inversión Privada del Proyecto.
- Anexo N° 4: Bases del Concurso de Proyectos Integrales del Proceso de Promoción de la Inversión Privada del Proyecto.
- Anexo N° 5: Copia de las Circulares que modifican las Bases del Concurso de Proyectos Integrales.
- Anexo N° 6: Contrato de Concesión.
- Anexo N° 7: Evaluación del Sobre No. 2 – Propuestas Técnicas y Económicas.
- Anexo N° 8: Apertura del Sobre No. 3 y Otorgamiento de la Buena Pro.
- Anexo N° 9: Proceso de Cierre.
- Anexo N° 10: Iniciativa Privada Alternativa de APM de 15/02/2010.
- Anexo N° 11: Iniciativa Privada Alternativa de DUBAI PORT.
- Anexo N° 12: INFORME DEL GRUPO DE TRABAJO ENCARGADO DE LA EVALUACIÓN DE LOS PROCESOS DE CONCESIÓN DE LOS TERMINALES PORTUARIOS DEL CALLAO (MUELLE NORTE) Y PAITA

I. **OTROSI DIGO:** Señor Presidente del Subcomisión de Acusaciones Constitucionales, solicitamos a su Despacho se sirva requerir al Ministerio de Transportes y Comunicaciones y, a PROINVERSIÓN la siguiente información, con la finalidad del esclarecimiento de los hechos imputados, como son:

- i) Solicitar copias de las Actas del Consejo Directivo de PROINVERSION periodo del 2010 al 2011, en las cuales:
 - a) Se aprueban los Estudios Técnicos Económicos y Legales que sustentan la Concesión del Terminal Portuario, y el Plan de Promoción de la Inversión Privada del T.M. Callao.
 - b) El Informe que sustenta las razones por la cuales se descartó la Modalidad de Licitación Pública Especial, sustituyéndola por la Modalidad de Concurso de Proyectos Integrales;
- ii) Solicitar a ENAPU S.A. y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones un informe detallado sobre la actual situación legal de las cuatro obras que fueron ejecutadas en la infraestructura concesionada por el valor de S/. 14'543,095.44, no considerados en el listado de bienes a ser entregados a la Concesionaria APM Terminals, cuyo detalle es el siguiente:

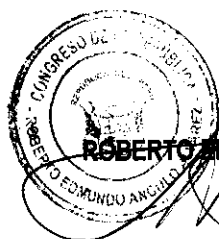
Construcción de acceso de estibadores y jefatura, balanzas	S/. 1'044,699.62
Almacén de residuos sólidos del TP Callao	S/. 412,455.97
Demolición de los Almacenes 7 y 8 y adecuación del patio de contenedores	S/. 9'323,497.49

Construcción de Red de Distribución Sistema eléctrico de seguridad del T.P. Callao	S/. 3'762,442.36
	S/. 14'543,095.44

POR LO EXPUESTO:

A Usted, Señor Presidente del Congreso de la República, solicito se sirva derivar de inmediato esta denuncia a la Sub Comisión de Acusaciones Constitucionales para el trámite reglamentario correspondiente.

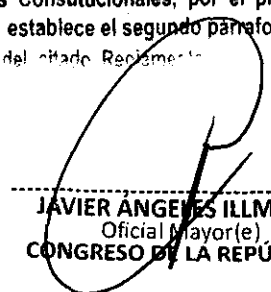
Lima, 28 de noviembre del 2013.

 **ROBERTO DOMUNDO ANGULO ALVAREZ**

CONGRESO DE LA REPUBLICA

Lima, 04 de diciembre de 2013.

Vista la Denuncia Constitucional N° 188, de conformidad con el inciso b) del artículo 89° del Reglamento del Congreso, pase para su calificación a la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales, por el plazo de diez días hábiles que establece el segundo párrafo del inciso c) del artículo 89° del citado Reglamento.


JAVIER ANGELES ILLMANN
 Oficial Mayor(e)
 CONGRESO DE LA REPUBLICA

Adj.: DVD-R con Anexos de la presente denuncia.