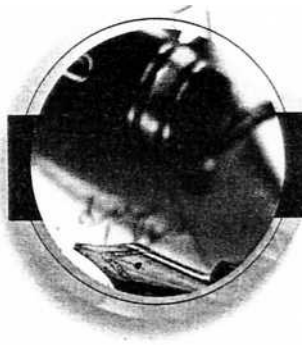




EL CASO DP WORLD Y ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL CONTROL JUDICIAL EN LOS PROCESOS DE PROMOCIÓN A LA INVERSIÓN PRIVADA EN INFRAESTRUCTURA PORTUARIA

Daniel HENOSTROZA DE LA CRUZ^(*)

RESEÑA

I. Sumilla; II. Antecedentes del proceso de amparo; III. Proceso constitucional de amparo iniciado por DPW Canadá; IV. Resolución superior que denegó la medida cautelar; V. Algunas reflexiones sobre el control judicial en los procesos de promoción a la inversión privada en infraestructura portuaria; VI. Conclusión

RESEÑA

El Grupo Económico DP WORLD (constructor y operador del Muelle Sur del Puerto del Callao) inició un Proceso de Amparo a fin que se inaplique a su caso concreto el Decreto Supremo N° 033-2010-MTC, y se permita su participación en el Concurso destinado a elegir al Concesionario que operará en forma exclusiva el denominado "Terminal Norte Multipropósito del Puerto del Callao" (TNMPC). El TNMPC comprende la Infraestructura Portuaria existente y operativa del Primer Puerto del País, y actualmente es administrado por la Empresa Nacional de Puertos - ENAPU S.A.; Empresa Estatal de Derecho Privado cuyo único accionista es el Estado Peruano. En este sentido, teniendo en cuenta la trascendencia de esta resolución judicial en un aspecto de suma importancia para el desarrollo del país, el autor analiza los criterios jurídicos utilizados por la Sala para sustentar su decisión, teniendo en cuenta la normativa de los procesos constitucionales en general, y algunos aspectos específicos de la regulación del Sistema Portuario Nacional.

(*) Abogado. Programa de Alta Especialización en Finanzas y Derecho Empresarial - ESAN, Derecho Administrativo Económico - ESAN, Post Título en Derecho Procesal - PUCP, Especialización en Concesiones. Consultor de instituciones y empresas del Sistema Portuario Nacional.

COMENTARIO

I. SUMILLA

Como es de público conocimiento, el Grupo Económico DP WORLD (constructor y operador del Muelle Sur del Puerto del Callao) inició un Proceso de Amparo a fin que se inaplique a su caso concreto el Decreto Supremo N° 033-2010-MTC, y se permita su participación en el Concurso destinado a elegir al Concesionario que operará en forma exclusiva el denominado “Terminal Norte Multipropósito del Puerto del Callao” (TNMPC). El TNMPC comprende la Infraestructura Portuaria existente y operativa del Primer Puerto del País, y actualmente es administrado por la Empresa Nacional de Puertos - ENAPU S.A.; Empresa Estatal de Derecho Privado cuyo único accionista es el Estado Peruano.

En sede cautelar, el Segundo Juzgado Constitucional de Lima autorizó la participación de la demandante en el proceso de selección, por lo que DP WORLD presentó los sobres para pre-calificar como postor. Esta situación generó una suerte de “suspensión” no declarada del proceso de selección, pues (en contra de lo señalado en el Decreto Supremo N° 033-2010-MTC) se había abierto la posibilidad de que un solo grupo económico opere la totalidad del Primer Puerto del País. Asimismo, se presentó una iniciativa legislativa destinada a que las medidas cautelares referidas a proyectos de infraestructura sean resueltas exclusivamente por jueces del Distrito Judicial de Lima (Proyecto de Ley N° 4655-2010/PE). Sin embargo, mediante resolución emitida en mayoría por la Sala Civil de Vacaciones (que se publica íntegramente en esta Revista), se revocó la resolución cautelar, y se declaró improcedente la medida cautelar solicitada, con lo cual el proceso de selección ha continuado, y culminaría en un plazo no mayor de 30 días.

En este sentido, teniendo en cuenta la trascendencia de esta resolución judicial en un aspecto de suma importancia para el desarrollo del país, seguidamente analizaremos los criterios jurídicos utilizados por la Sala para sustentar su decisión, teniendo en cuenta la normativa de los procesos constitucionales en general, y algunos aspectos específicos de la regulación del Sistema Portuario Nacional.

II. ANTECEDENTES DEL PROCESO DE AMPARO

1. Mediante escrito de fecha 15.12.2008, la empresa DP World AMER B.V. (DPWA), subsidiaria de DP World Ltd. (socio estratégico de DP World Callao, actual concesionario del Muelle Sur del Puerto del Callao), presentó una Iniciativa Privada, sujeta a los alcances del artículo 14° del Decreto Legislativo N° 1012 - Ley Marco de Asociaciones Público Privadas, que tenía por objeto la Modernización del Muelle Norte del Primer Puerto del país, entendiéndose como “Muelle Norte” a los Muelles N° 02, 03, 04, 05 del Puerto del Callao, y a las demás infraestructuras e instalaciones adyacentes.

2. La iniciativa privada de DPWA implicaba la entrega en concesión de toda la infraestructura del Puerto del Callao por un periodo de 30 años, durante el cual DPWA invertiría un monto cercano a los US\$ 1300 millones de dólares americanos, sin financiamiento ni garantías por parte del Estado Peruano.

3. En este sentido, si la Iniciativa de DPWA era DECLARADA DE INTERES para el Estado Peruano, debía efectuarse una publicación en “El Peruano”, dando un plazo de 90 días para que otras empresas interesadas formulen expresiones de interés, luego de lo cual se podían presentar los siguientes escenarios:

3.1. Si se presentaban más iniciativas privadas, debía llevarse a cabo un concurso destinado a seleccionar al grupo empresarial que se encargue de este proyecto de modernización.

3.2. Si no se presentaban otras iniciativas, el Estado Peruano debería adjudicar la realización del Proyecto a DPWA, quien se convertiría en el nuevo titular de la Infraestructura existente en el Puerto del Callao.

4. Es pertinente recalcar que la Iniciativa Privada fue presentada de conformidad a lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1012 - Ley Marco de Asociaciones Público Privadas; norma que establece en su Art.14° que: “las iniciativas privadas tienen el carácter de peticiones de gracia a que se refiere el Artículo 112° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en lo que sea pertinente. En consecuencia, el derecho del proponente se agota con la presentación de la iniciativa privada ante el Organismo Promotor de la Inversión Privada, sin posibilidad de impugnación del pronunciamiento en sede administrativa o judicial”.

5. En consecuencia, si el Estado decidía no acoger el proyecto presentado por DPW, esta decisión era inimpugnabile, pues como señala el Art.112° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, “por la facultad de formular peticiones de gracia, el administrado puede solicitar al titular de la entidad competente la emisión de un acto sujeto a su discrecionalidad o a su libre apreciación”.

6. En consecuencia, al amparo de las normas citadas, que permiten al Estado Peruano decidir, a su sola discreción, si acogía o no esta iniciativa, la iniciativa privada de DPWA (al igual que otras que fueron presentadas respecto de la misma infraestructura), fue declarada de NO INTERES para el Estado Peruano. Sin embargo, pese a que el Estado

Peruano DECLARO DE NO INTERES la iniciativa privada de DPWA, el 21/07/2010 el Consejo Directivo de PROINVERSION aprobó las Bases del Proceso de Promoción de la Inversión Privada del Proyecto “Modernización del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao”, a fin de concesionar los Muelles N° 1,2,3,4,5 y 11 del Terminal Portuario del Callao. Simultáneamente, el 22/07/2010 se publicó el Decreto Supremo N° 033-2010-MTC que establece en su Artículo 1° que: “Para asegurar la competencia en la prestación de los servicios portuarios, en el caso de los puertos donde se prevea la participación de más de un administrador portuario, no podrá participar en los procesos de selección destinados a la entrega en administración del terminal portuario correspondiente, el administrador portuario privado que tenga vínculo contractual con el Estado para administrar infraestructura portuaria de titularidad y uso público en el mismo puerto.(...)”.

7. En este sentido, los efectos prácticos de ambas medidas eran que al Estado Peruano sí le interesaba la Modernización del Muelle Norte, y para ello consideraba necesario realizar un concurso. Sin embargo, en ese concurso no podía participar el proponente de la primera iniciativa privada (DPWA y los demás integrantes de su grupo económico), debido a su condición de Operador (Concesionario) del Muelle Sur. El Decreto Supremo se sustenta expresamente en que “el artículo 61 de la Constitución Política del Perú establece que el Estado facilita y vigila la libre competencia; combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas”, y sobre todo, en que: “en el caso de los puertos, es importante privilegiar la competencia, por cuanto la existencia de más de un operador portuario generará una mayor oferta de servicios portuarios con menores costos para los usuarios y mejor calidad, dinamizándose así el mercado portuario”.

III. PROCESO CONSTITUCIONAL DE AMPARO INICIADO POR DPW CANADA

1. Ante esta situación, con fecha 21/10/2010 DP WORLD CANADA INC (DPW CANADA) inició un Proceso Constitucional de Amparo contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones - MTC (Expediente N° 23585-2010, Segundo Juzgado Constitucional de Lima). Las pretensiones demandadas fueron las siguientes:

1.1. Que se declare inaplicable a DPW CANADA y a cualquier otra empresa integrante del Grupo Económico DPW el Decreto Supremo N° 033-2010-MTC, por resultar lesivo de sus Derechos Fundamentales a la Seguridad Jurídica, a la Igualdad ante la Ley y las Libertades de Empresa e Industria.

1.2. Que se declare que DPW CANADA y cualquier otra Empresa integrante de su Grupo Económico tienen legítimo derecho a participar en el “Concurso de Proyectos Integrales del Proceso de Promoción de la Inversión Privada del Proyecto de Modernización del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao” (en adelante: “Concurso”), desde su inicio, debiendo renovarse todos los actos ya cumplidos a la fecha de interposición de la demanda, y habilitarse a la demandante para formular consultas y observaciones a las Bases del mismo, presentar documentos de pre-calificación y propuestas técnico-económicas. En suma, **el objeto de la demanda era la realización de un nuevo**

Concurso, con plena participación de las Empresas del Grupo Económico DPW desde el inicio del mismo.

2. Simultáneamente, DPW CANADA solicitó una medida cautelar genérica⁽¹⁾ consistente en la suspensión temporal de los efectos del Decreto Supremo N° 033-2010-MTC al caso específico de la demandante y de las demás empresas integrantes de su Grupo Económico, y que se permita su participación en el Concurso. Como ya lo hemos indicado, la medida cautelar fue concedida en primera instancia, pero luego fue declarada improcedente por la Sala de Vacaciones.

IV. RESOLUCIÓN SUPERIOR QUE DENEGÓ LA MEDIDA CAUTELAR

1. El Decreto Supremo N° 033-2010-MTC es una norma legal autoaplicativa

1.1. En principio, la Sala desestimó las alegaciones del demandado, en el sentido que el Decreto Supremo N° 033-2010-MTC no podía ser cuestionado vía proceso de amparo, sino a través de un Proceso de Acción Popular⁽²⁾. En efecto, la Sala consideró que el Decreto Supremo en cuestión es una norma legal autoaplicativa (es decir, una norma de aplicación inmediata e incondicionada, a partir de su entrada en vigencia), y por tanto, **“resulta procedente la vía procedimental del amparo, en razón que la norma en si misma constituye un acto contrario a los derechos fundamentales (...), tratándose el Decreto Supremo N° 033-2010-MTC**

(1) Código Procesal Civil, Artículo 629°.- Medida cautelar genérica.- Además de las medidas cautelares reguladas en este Código y en otros dispositivos legales, se puede solicitar y conceder una no prevista, pero que asegure de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva.

(2) De acuerdo con los artículos 76° y 81° del Código Procesal Constitucional, “la demanda de acción popular procede contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen, siempre que infrinjan la Constitución o la ley, o cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley, según el caso. (...). Las sentencias fundadas recaídas en el proceso de acción popular podrán determinar la nulidad, con efecto retroactivo, de las normas impugnadas. En tal supuesto, la sentencia determinará sus alcances en el tiempo. Tienen efectos generales y se publican en el Diario Oficial El Peruano.

de una norma autoaplicativa, en razón que tiene incidencia directa sobre la esfera subjetiva de la solicitante”.

1.2. Al respecto, es oportuno precisar que el Art.3° de la Ley N° 28237 - Código Procesal Constitucional, permite iniciar un Proceso de Amparo contra una Norma Legal Autoaplicativa, entendiéndose como tal a aquella “cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada”.

1.3. Precisamente, este es el caso del Decreto Supremo cuestionado, pues el mismo prohíbe, de manera incondicionada e inmediata, que participe en los procesos de selección destinados a la entrega en administración del terminal portuario correspondiente, el administrador portuario privado que tenga vínculo contractual con el Estado para administrar infraestructura portuaria de titularidad y uso público en el mismo puerto. En consecuencia, coincidimos con el criterio de la Sala, en el sentido que la Acción de Amparo sí es procedente en este caso concreto, pues como lo ha señalado el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 7320-2005-AA/TC, la procedencia del Proceso Constitucional de Amparo “está supeditada a que la norma legal a la cual se le imputa el agravio sobre un derecho fundamental se trate de una norma operativa o denominada también de eficacia inmediata; esto es, aquella cuya aplicabilidad no se encuentre sujeta a la realización de algún acto posterior o a una eventual reglamentación legislativa, en la medida que adquiere su eficacia plena en el mismo momento que entra en vigencia”. En tal caso, y siempre que éstas

normas afecten directamente derechos subjetivos constitucionales, el amparo sí podrá prosperar, no sólo porque de optarse por una interpretación literal del inciso 2) del artículo 200° de la Constitución Política del Estado se dejaría en absoluta indefensión al particular afectado por un acto legislativo arbitrario; sino, además, porque tratándose de una limitación del derecho de acceso a la justicia constitucional, éste no puede interpretarse en forma extensiva, sino con una orientación estrictamente restrictiva, esto es, en el sentido más favorable a la plena efectividad del derecho a obtener una decisión judicial que se pronuncie respecto de su pretensión”.

1.4. Ahora bien, tratándose de un Proceso de Amparo contra una norma legal autoaplicativa, la apelación contra la resolución que concedió la medida cautelar debió ser concedida con efecto suspensivo, pues el artículo 15° del Código Procesal Constitucional⁽³⁾ establece en estos casos una excepción a la regla general que dispone que la apelación de una medida cautelar en sede constitucional es concedida sin efecto suspensivo. En este sentido, llama la atención que la resolución reporte en su parte introductoria que la apelación fue concedida sin efecto suspensivo, pese a que existe una norma expresa que dispone lo contrario.

2. La legitimidad para obrar activa en el proceso constitucional de amparo

2.1. Seguidamente la Sala analizó la legitimidad para obrar activa de la empresa demandante, determinando lo siguiente:

(3) Código Procesal Constitucional, Art.15°, Medidas Cautelares.- Se pueden conceder medidas cautelares y de suspensión del acto violatorio en los procesos de amparo, hábeas data y de cumplimiento, sin transgredir lo establecido en el primer párrafo del artículo 3° de este Código. Para su expedición se exigirá apariencia del derecho, peligro en la demora y que el pedido cautelar sea adecuado o razonable para garantizar la eficacia de la pretensión. Se dictan sin conocimiento de la contraparte y la apelación sólo es concedida sin efecto suspensivo; salvo que se trate de resoluciones de medidas cautelares que declaren la inaplicación de normas legales autoaplicativas, en cuyo caso la apelación es con efecto suspensivo.

a) La demandante DP World (CANADA) no ha acreditado su vinculación con el Grupo Económico DPW, y tampoco presentó sus Credenciales para Precalificación en el Concurso, a pesar de que la resolución cautelar se lo permitía de manera expresa. Efectivamente, la empresa que intervino en el acto de presentación de credenciales fue DP WORLD FZE, y no DP World (CANADA), por lo que, a criterio de la Sala, la inacción de esta última empresa “ha provocado que la medida cautelar no sea idónea a la finalidad que persigue y además carezca de verosimilitud del derecho (*fumus boni iuris*) así como de la existencia de un peligro en la demora (*periculum in mora*)”.

b) La demandante DP World (CANADA) Inc. no precisa cuales son las personas jurídicas que integrarían el Grupo Económico DPW, y tampoco demuestra la existencia del mismo, por lo que la solicitud cautelar no es procedente; siendo de agregar que tampoco se ha acreditado que dichas empresas estén imposibilitadas de interponer la demanda judicial en forma directa.

2.2. Como se puede apreciar, la Sala determinó que DP World (CANADA) carecía de legitimidad para obrar activa, pues pese a haber alegado en su demanda que era una empresa afectada con el Decreto Supremo N° 033-2010-MTC, no presentó las credenciales de pre-calificación en el Concurso, a pesar de que la resolución cautelar se lo permitía de manera expresa. En otras palabras, a criterio de la Sala, el hecho que la demandante no haya utilizado el mecanismo procesal que ella misma solicitó, y que le permitía evitar un perjuicio irreparable para los derechos alegados en la demanda, denota que en el fondo no está siendo afectada con la norma legal impugnada, y por tanto, no está legitimada para demandar en la vía del amparo.

2.3. En este orden de ideas, es pertinente recordar que el Art.39° del Código Procesal Constitucional establece que “el afectado es la persona legitimada para interponer el proceso de amparo”, y que la afectación a los derechos fundamentales “no tiene que concretarse necesariamente en un desconocimiento del derecho, sino que se dará, también, cuando se menoscabe o se obstaculice, aunque sea indirectamente, su ejercicio”⁽⁴⁾.

2.4. Bajo estas premisas, como explica LUIS CASTILLO CORDOVA, la legitimidad para obrar activa en un Proceso de Amparo quedará demostrada cuando “sea indubitable que quien se dice afectado sea el verdadero titular del derecho supuestamente agredido”, para lo cual “el juez que califica la demanda constitucional debe enjuiciar en un primer momento -y entre otras cosas- que de las instrumentales anexadas a la demanda, se concluye fehacientemente la titularidad por parte del demandante del derecho constitucional que va a ser discutido. No debe existir sombra de duda con respecto a la titularidad del derecho constitucional de quien se dice agraviado o afectado”⁽⁵⁾.

2.5. En este contexto, desde una perspectiva procesal, la legitimidad para obrar activa de la demandante DP World (CANADA) hubiera quedado demostrada de manera indubitable, si esta empresa (y no otra de las que forman parte del Grupo Económico DPW) hubiera presentado sus credenciales en la etapa de pre-calificación, pues de esta forma su conducta procesal hubiera sido coherente con la afectación de los derechos invocada en la demanda.

2.6. Es más, desde nuestro punto de vista, la legitimidad para obrar activa de la demandante hubiera quedado demostrada de manera feha-

(4) GONZALES PEREZ, Jesús, “Derecho Procesal Constitucional”, Ed. Civitas, Madrid, 1980, p. 305.

(5) CASTILLO CORDOVA, Luis, “Comentarios al Código Procesal Constitucional”, Ed. Ara, Lima, 2004, p. 582 (el subrayado es nuestro).

ciente e indiscutible si la demanda y la solicitud cautelar hubiesen sido presentadas por la Empresa que suscribió la Iniciativa Privada para la Modernización del Muelle Norte (DP World AMER B.V. - DPWA), pues ésta se encontraba directamente involucrada con los hechos que sirvieron de sustento a la pretensiones demandadas.

2.7. De otro lado, la Sala ha señalado que no se ha acreditado de manera fehaciente la existencia del Grupo Económico DPW, ni la relación de empresas que lo conforman, por lo que, desde su punto de vista, se debía declarar la improcedencia de la medida cautelar, pues adicionalmente:

a) La demandante DP World (CANADA) no demostró estar actuando en representación de las empresas integrantes del Grupo Económico DPW, ni estar actuando en defensa de derechos difusos. Estos últimos son concebidos por el Tribunal Constitucional como aquellos que “vinculan a título de derecho subjetivo a cualquier persona, grupo humano o sector de la sociedad” (Expediente N° 0921-2003-AA/TC), y por tanto, su defensa en la jurisdicción constitucional “ha hecho nacer un nuevo tipo de amparo, denominado amparo colectivo” (Expediente N° 0221-1997-AA/TC).

b) La demandante DP World (CANADA) tampoco demostró estar actuando como “pro-

curadora oficiosa”⁽⁶⁾ de las empresas integrantes del Grupo Económico DPW, por lo que no era posible dictar una medida cautelar a favor de empresas que no habían sido debidamente identificadas e incorporadas en el Cuaderno Principal del Proceso de Amparo.

2.8. En este sentido, la Sala ha declarado la improcedencia de la solicitud cautelar, al haber constatado la ausencia de una de las Condiciones de la Acción, como es la **Legitimidad para Obrar del Demandante**. Es evidente que esta decisión trasciende del Cuaderno Cautelar en el que ha sido dictada, y va a incidir en el pronunciamiento que se emita sobre el fondo de la controversia, pues si a criterio del Órgano Jurisdiccional, el demandante no ha demostrado su legitimidad para obrar, podría declararse la Invalidez de la Relación Procesal en la Etapa de Saneamiento Procesal⁽⁷⁾, o la Improcedencia de la Demanda interpuesta, en el momento en que se emita la sentencia⁽⁸⁾.

V. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL CONTROL JUDICIAL EN LOS PROCESOS DE PROMOCIÓN A LA INVERSIÓN PRIVADA EN INFRAESTRUCTURA PORTUARIA

1. El caso en comentario ha puesto de relieve una vez más, un conjunto de temas controvertidos que exceden los alcances del presente artículo, y que resultan de suma importancia, pues

(6) Código Procesal Constitucional, Artículo 41°.- Procuración Oficiosa.- Cualquier persona puede comparecer en nombre de quien no tiene representación procesal, cuando esta se encuentre imposibilitada para interponer la demanda por sí misma, sea por atentado concurrente contra la libertad individual, por razones de fundado temor o amenaza, por una situación de inminente peligro o por cualquier otra causa análoga. Una vez que el afectado se halle en posibilidad de hacerlo, deberá ratificar la demanda y la actividad procesal realizada por el procurador oficioso.

(7) Código Procesal Constitucional, Art.53°, Trámite.- (...). Si se presentan excepciones, defensas previas o pedidos de nulidad del auto admisorio, el Juez dará traslado al demandante por el plazo de dos días; con la absolución o vencido el plazo para hacerlo, dictará un Auto de Saneamiento Procesal en el que se anule lo actuado y se dé por concluido el proceso, en el caso de que se amparen las excepciones de incompetencia, litispendencia, cosa juzgada y caducidad. La apelación de la resolución que ampare una o más de las excepciones propuestas es concedida con efecto suspensivo. La apelación de la resolución que desestima la excepción propuesta es concedida sin efecto suspensivo.

(8) Código Procesal Civil, Art.121°.- (...). Mediante la sentencia el Juez pone fin a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal.

lo que está en juego es la Modernización de la Infraestructura de Transporte necesaria para el Desarrollo Nacional, que es, definitivamente, un asunto de Interés Público. En ese sentido, uno de los temas que ha merecido diversos comentarios es la iniciativa contenida en el Proyecto de Ley N° 4655-2010-PE, que ha propuesto modificar el Art.51° del Código Procesal Constitucional, a fin que los Jueces de Lima sean competentes para conocer los procesos de amparo dirigidos contra normas autoaplicativas de alcance nacional y aquellas que involucren la paralización de una concesión para la ejecución de obras de infraestructura básica de alcance nacional, entre otros supuestos. Al respecto, los comentarios se han centrado principalmente en la desventaja que implicaría para un litigante de provincia tener que movilizarse hasta la Capital para iniciar un proceso judicial en defensa de sus derechos fundamentales⁽⁹⁾, y en la necesidad de que los cambios en la regulación de las medidas cautelares no se limiten al aspecto normativo, sino que se inscriban en un proceso de reforma integral del sistema de justicia⁽¹⁰⁾. Desde nuestro punto de vista, sin perjuicio de los comentarios que se han formulado, nos parece adecuado que se intente diseñar un estatuto normativo que brinde mayores herramientas al Poder Judicial para una adecuada equiparación entre los derechos individuales y el Interés Público. Sin embargo, no creemos que el objetivo de dicho estatuto deba orientarse a limitar o restringir el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, pues en la práctica es perfectamente posible que dentro de un proceso de promoción a la inversión privada se vulneren derechos fundamentales o se emitan actos administrativos nulos, y en esos casos sería válido y legítimo que el afectado pueda acudir al

Poder Judicial (en la vía constitucional, o a través de un proceso contencioso administrativo), para que se determine si efectivamente existe o no una vulneración de sus derechos.

2. Otro aspecto a dilucidar está referido a los posibles efectos jurídicos de una hipotética sentencia judicial que, en última y definitiva instancia, declare fundada la demanda de DP World (CANADA). En este supuesto deberíamos preguntarnos si la sentencia a emitirse podría dejar sin efecto (o no) la Concesión del Terminal Norte, pues es muy probable que la Buena Pro sea otorgada mucho antes de que el proceso judicial concluya. En este contexto, consideramos que en la hipótesis de un pronunciamiento jurisdiccional estimatorio de la demanda, se abrirían dos posibles escenarios:

2.1. El primer escenario es que el Órgano Jurisdiccional considere que la violación de los derechos fundamentales es susceptible de restablecimiento. En este supuesto serían de aplicación los artículos 3° y 55°, incisos 2° y 3° del Código Procesal Constitucional, que establecen que la sentencia debería declarar inaplicable la norma (e decir, el Decreto Supremo N° 033-2010-MTC) al caso concreto de la demandante, y al mismo tiempo, la nulidad del numeral de las Bases que impide la participación de la empresa demandante en el proceso de selección. En este supuesto, el Órgano Jurisdiccional podría disponer la realización de un nuevo Concurso, con la participación de la accionante, pues la sentencia debería restablecer a la empresa agraviada en el pleno goce de sus derechos constitucionales, **“ordenando que las cosas**

(9) C.f.r., el ensayo: Proyecto de Ley que busca centralizar en Lima medidas cautelares vinculadas a proyectos de inversión privada. ¿El remedio peor que la enfermedad?, de LILIA RAMIREZ VARELA, publicado en: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=469>.

(10) C.f.r., el artículo: “Mas cautela con las cautelares”, de SAMUEL ABAD YUPANQUI, en el Diario El Comercio, edición del 21/02/2011.

vuelvan al estado en que se encontraban antes de la violación". Como explica LUIS CASTILLO CORDOVA, "si hay que atacar el acto vulnerador del derecho constitucional a fin de conseguir la efectiva y plena vigencia del mismo cuando ha sido vulnerado, entonces se entiende perfectamente la exigencia de que se ordene que regresen las cosas al estado anterior de ocurrida la agresión (...). Este retorno debería significar la restitución del agraviado en pleno goce de sus derechos constitucionales, suspendido temporalmente por el acto agresor"⁽¹¹⁾.

2.2. El segundo escenario es que el Organo Jurisdiccional considere que, habiendo concluido el Concurso, la violación de los derechos fundamentales ha devenido en irreparable. En este supuesto serían de aplicación el artículo 1° del Código Procesal Constitucional, que establece que "el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22° del presente Código". En este supuesto, el Organo Jurisdiccional no dispondría la realización de un nuevo Concurso. Sin embargo, para algunos autores, la sentencia estimatoria podría generar algunas consecuencias jurídicas, pues esta resolución "no es simbólica pues sirve para hacer valer una pretensión indemnizatoria ante el Poder Judicial"⁽¹²⁾.

3. Una tercera cuestión a analizar es si la emisión del Decreto Supremo N° 033-2010-MTC es suficiente para garantizar la Libre Competencia en el Puerto del Callao. En la actualidad, si bien el TNMPC es administrado por ENAPU S.A., existe una gran cantidad de servicios portuarios que son prestados por una pluralidad de empresas en condiciones de Nibre Competencia. Así lo indica el Plan Nacional de Desarrollo Portuario (aprobado por Decreto Supremo N° 006-2005-MTC⁽¹³⁾), al precisar que: "La actual normativa que regula las actividades portuarias en el Perú (Ley del Sistema Portuario Nacional y su Reglamento) está basada en la libre prestación de los servicios portuarios. El Estado, a través de los organismos competentes, tiene establecidas normas administrativas específicas que regulan el otorgamiento de licencias de operación ó autorizaciones para la prestación de los servicios portuarios. Las competencias de los organismos gubernamentales solo están orientadas a lograr el ordenamiento, control y supervisión administrativo-empresarial y a la supervisión y control de la libre y sana competencia en la prestación de estos servicios en los puertos, no interviniendo en asuntos comerciales ni empresariales, dado que estos aspectos se regulan por la oferta y demanda del mercado" (el subrayado es nuestro).

4. Asimismo, el Plan Nacional de Desarrollo Portuario señala que: "Los servicios de estiba y desestiba, agenciamiento de naves, agencias de aduanas y practicafe -por el número de competidores- se consideran que son presta-

(11) CASTILLO CORDOVA, Luis, "Comentarios al Código Procesal Constitucional", Ed. Ara, Lima, 2004, p. 672.

(12) PEREZ TREMP, Pablo, "Comentario al artículo 55 de la LOTC", citado por ABAD YUPANQUI, Samuel, "El Proceso Constitucional de Amparo", Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p.116.

(13) La Ley N° 27943, Ley del Sistema Portuario Nacional, señala en su artículo 4.1. que: "El Plan Nacional de Desarrollo Portuario es el documento técnico normativo elaborado por la Autoridad Portuaria Nacional que tiene como objetivo orientar, impulsar, ordenar, planificar y coordinar el desarrollo, modernización, competitividad y sostenibilidad del Sistema Portuario Nacional. Este Plan es aprobado por Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Transportes y Comunicaciones en el marco de la política del Sector Transportes y Comunicaciones".

dos con alta intensidad competitiva”; lo que ha motivado que, ante el inminente advenimiento de la concesión, las empresas que actualmente participan en el Mercado de Servicios Portuarios hayan manifestado sus reservas respecto a dicho proceso, entre otras razones, porque la concesión determinaría que el futuro Operador del Muelle Norte sea el único prestador de los servicios portuarios que actualmente son brindados por una pluralidad de empresas⁽¹⁴⁾.

VI. CONCLUSIÓN

Como se puede apreciar, la resolución judicial materia del presente comentario es solo “la punta de un iceberg” conformado por un conjunto de variables económicas y jurídicas, que deberían ser analizadas con serenidad y rigor, a fin que los procesos de promoción a la inversión privada en materia de Infraestructura Portuaria redunden en el máximo beneficio para los intereses del país.

(14) Cfr. el Comunicado de la Asociación Peruana de Operadores Portuarios -ASPPOR, publicado en el Diario “El Comercio”, del 02/03/2011, en el que se propone que los Muelles destinados a la operación de carga no contenedorizada (que es el 47% de la carga movilizada por el Puerto del Callao) “pueden ser entregados a uno o más operadores, o pueden seguir siendo administrados por ENAPU”.