

ACUSACIÓN N° 175  
FECHA 16 de noviembre de 2009  
HORA 13:50 pm FIRMA ef

SUMILLA: Formulo Denuncia por Infracción Constitucional.

SEÑOR PRESIDENTE DE LA SUB COMISION DE ACUSACION CONSTITUCIONAL

ISAAC FREDY SERNA GUZMAN, identificado con DNI N° 21529721 Congresista de la República, con domicilio en Jr. Azángaro N° 468 – 5° piso- Oficina 508- Lima, a Ud. con el debido respeto digo:

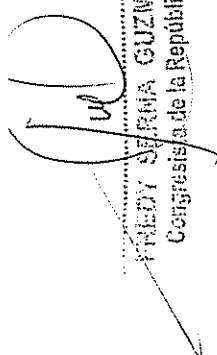
I. PETITORIO:

Que, estando a lo que prescriben los artículos 99° y 100° de la Constitución Política del Perú, y artículo 89° del Reglamento del Congreso de la República, formulo denuncia Constitucional contra: **YEHUDE SIMON MUNARO** ex Presidente del Consejo de Ministros quien domicilia Calle Los Naranjos 125 Urb. Santa Victoria Lambayeque – Chiclayo; **VERÓNICA ZAVALA LOMBARDI** ex Ministra de Transporte y Comunicaciones, quien domicilia en 7131 Arlington RD APT. 237 Bethesda - Maryland y contra **LUIS M. VALDIVIESO MONTANO** ex Ministro de Economía y Finanzas quien domicilia en 3001 Garrison ST NW 2008 Washington D.C. por haber infringido los Artículos 38°, 62° y 118° inciso 1° y 19° de la Constitución Política del Perú, al emitir el Decreto de Urgencia N° 045-2008, en forma ilegal que implícitamente modificó el Contrato de Concesión del Tramo 2 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú Brasil IIRSA - SUR lo cual benefició al Concesionario con inminente perjuicio para el Estado .

II. ANTECEDENTES

2.1.- El proyecto "Corredor Vial Interoceánico Sur Perú – Brasil, IIRSA SUR, fue concesionado al sector privado utilizando el Estudio de Factibilidad, del Proyecto "Interconexión Vial Iñapari Puerto Marítimo del Sur, inscrito en el Banco de Proyectos del Sistema Nacional de Inversión Pública, con Código BP 5103, el cual fue aprobado irregularmente a nivel de factibilidad por Provias Nacional, del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Cabe resaltar que el SNIP solo aprobó el Estudio de Prefactibilidad.

  
ISAAC FREDY SERNA GUZMAN  
Congresista de la República

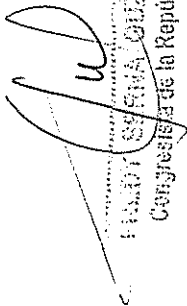
2.2.- El 23 de Junio del 2005 el Comité de Proinversión en Proyectos de Infraestructura y de Servicios Públicos, adjudicó la buena pro para la construcción, conservación y explotación de los tramos viales 2, 3 y 4 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur- Perú-Brasil.

2.3.- El 04 de Agosto del 2005 se suscribieron los Contratos de Concesión para la construcción, conservación y explotación de los tramos 2,3 y 4 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur- Perú-Brasil.

2.4.- El 24 de febrero del 2006 se suscribió la primera Addenda al Contrato de Concesión para los Tramo 2 y 3, y el 01 de Marzo de 2006 se suscribió la primera Addenda para el Tramo 4. Según el contrato original el inicio de las obras se programó para el mes de setiembre de 2006, sin embargo este inicio se adelantó a pedido del Concesionario, siendo la nueva fecha de inicio el 24 de marzo de 2006 para las obras de los tramos 2 y 3 y el 17 de abril de 2006 para las obras del tramo 4 del Proyecto, para lo cual se suscribió la primera addenda a los contratos y se realizó el pago de seis millones de dólares por trabajos de transitabilidad. En esta Addenda, se formalizan los acuerdos tomados con anterioridad a la firma de la Addenda, al declarar que el Concesionario a solicitud del Concedente había iniciado las actividades (Inicio de labores de mantenimiento de la transitabilidad: 08-03-05).

2.5.- El 16-06-06 se suscribió la Segunda Addenda al Contrato de Concesión del Tramo 2 y Tramo 3, en esta addenda se hacen precisiones al ítem c) de la cláusula 8.21 del Contrato, referente al termino "vehículos ligeros" incluido a través de la addenda N° 01, anotando que antes solo especificaba vehículos pesados para la transitabilidad.

2.6.- El 26 de Junio del 2006 se suscribió la Tercera Addenda al Contrato de Concesión de los tramos 2, 3 y 4. La addenda se originó a una solicitud del Concesionario, ante la necesidad de viabilizar la obtención del financiamiento de las obras materia del contrato y así no comprometer sus activos como inicialmente fue propuesto por el Concesionario. Es en esa situación que a través de la addenda se crea el Certificado de Reconocimiento de Derechos de PAO (CRPAO) como instrumento financiero garantizado por el Estado, para ser utilizado por el Concesionario en la obtención del financiamiento de las obras. La tercera addenda se origina en vista que el concesionario no podía cumplir con el cierre financiero en los plazos previstos en el contrato, lo cual significaba la cancelación de la Concesión, es por ello que ante esta situación el Concesionario solicita al Estado una garantía sobre los PAO's para poder realizar su cierre financiero en el plazo previsto de 12 meses después de la firma del contrato, con lo cual se benefició al Concesionario que pudo haber perdido la Concesión de no haberse suscrito esta addenda. Esta addenda modificó el esquema financiero del contrato, puesto que se pasó del PAO a los CRPAO lo que obliga al estado, en el caso de atrasos de pagos, a incurrir en una mayor tasa moratoria.

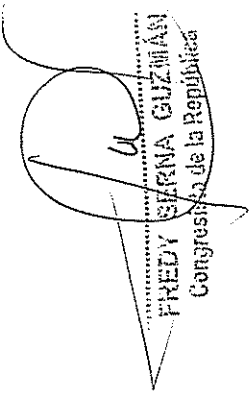
  
FABIO SUFINA GUZMAN  
Congresista de la República

0103

2.7.- El 16 de Julio del 2007 se suscribió la Cuarta Addenda al Contrato de Concesión del tramo 2, relacionado con la viabilidad de las soluciones técnicas. Esta addenda se origina para reemplazar las referencias que se hacen en el Contrato de Concesión respecto al "Proyecto Referencial"; por los términos "Expediente Técnico" o "Proyecto de Ingeniería de Detalle".

2.8.- Del Contrato de Concesión del Tramo 2 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú Brasil IIRSA Sur Urcos – Inambari.

El Contrato de Concesión del Tramo 2 del Corredor Vial Interoceánico Sur Perú Brasil, establecía que el Concesionario estaba obligado a ejecutar las obras de Construcción correspondiente a la Concesión del citado tramo, y que estas serían ejecutadas en 3 etapas. Las obras correspondientes a cada una de las etapas de construcción se ejecutarían en los siguientes plazos:

- 
- Primera etapa: La entrega de las obras se realizarían a más tardar a los 12 meses (doce meses) desde el inicio de la construcción (15 de febrero)
  - Segunda etapa: A mas tardar a los 30 meses (treinta meses) desde el inicio de las obras de la primera etapa.
  - Tercera etapa: A mas tardar a los 48 meses (cuarenta y ocho meses) desde el inicio de las obras de la primera etapa.

Del mismo modo el Contrato en la cláusula 8.23 establecía un "Mecanismo de reconocimiento y compensación de diferencias en metrados del Proyecto Referencial en la Ejecución de obras", llamado también Mecanismo de Reajuste de Metrados. Este mecanismo contemplaba que durante la ejecución de las obras, se podía presentar los siguientes supuestos:

- i.) Variaciones en metrados derivados de diferencias con el Proyecto Referencial.
- ii.) Identificación de Soluciones Técnicas.
- iii.) Diferencias en la partida movimiento de tierras.
- iv.) Ejecución de Subpartidas no consideradas en el Proyecto referencial.

El Contrato establecía que podía existir variaciones en metrados respecto del Proyecto Referencial. En el caso que las variaciones netas representaran mayores metrados a los indicados en el Proyecto Referencial, el Regulador, OSITRAN, procedería a efectuar el ajuste al PAO, por

única vez, el mismo que en ningún caso debería exceder el 10 % del PAO correspondiente a cada etapa.

Sin embargo, el Contrato dejaba la posibilidad de que en caso se excediera el 10 % del PAO para las variaciones netas de mayores metrados correspondientes a cada etapa, el CONCEDENTE tendría la potestad de evaluar las obras ejecutadas, a fin de:

- i) Autorizar la ejecución de las obras pendiente de cada etapa, reconociendo un incremento adicional en el PAO
- ii) Determinar las obras pendientes de cada etapa a ser ejecutadas con el presupuesto existente, en cuyo caso el Concesionario quedaría liberado de toda responsabilidad respecto de las obras pendientes.

Es decir que el CONCEDENTE tenía dos opciones en caso se dieran las situaciones descritas.

Adicionalmente se establecía que las partes de mutuo acuerdo, podían proceder a una revisión de las cláusulas del Régimen Económico del Contrato, para cuyo efecto se requería la opinión del Regulador.

El 21 de Julio del 2008, mediante oficio N° 790-2008-MTC/25, el Concedente en aplicación del literal i) de la cláusula 6.4.A." del Contrato de Concesión, informó la decisión de ajustar el PAO contractual en función de los montos de las variaciones de metrados de las obras de la primera etapa, ejecutados por el Concesionario, manteniendo inalterables los montos de inversión de los PAOS de la Segunda y Tercera etapa.

El 05-11-08 mediante oficio N° 1142-2008-MTC/25 el Concedente, en el marco de la cláusula 6.4.A.2 del Contrato de Concesión, informó al regulador OSITRAN su decisión de reducir las obras pendientes a ser ejecutadas con el presupuesto del PAO de la tercera etapa. Para tal efecto las variaciones netas de metrado correspondientes a la segunda etapa se pagarían de acuerdo al cronograma de pagos de esa etapa con recursos del presupuesto del PAO de la tercera etapa.

El 15 de noviembre del 2008 se publicó el Decreto de Urgencia N° 045-2008, el cual autorizó al Ministerio de Transportes y Comunicaciones a determinar y atender los costos y gastos incluidos los de supervisión generados en el último trimestre de 2008, por las obras del tramo 2, hasta por la suma de s/. 160'000,000.00 (ciento sesenta millones de Nuevos soles), con cargo a su pliego presupuestal 2008.

FREYD SEFINA GUTIERREZ  
Congresista de la República

C. Gutiérrez  
04

El 31 de diciembre del 2008 se publicó en el diario oficial el Peruano, el Decreto Supremo N° 181-2008-EF, que aprobó una operación de endeudamiento externo con la CAF, por la suma de US\$ 300'000,000 (treientos millones de dólares americanos) destinada a financiar parcialmente las obras faltantes de los tramos 2, 3 y 4 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú-Brasil – IIRSA SUR.

El 20 de febrero del 2009 se publicó el Decreto de Urgencia N° 025-2009 que incorporó recursos en el presupuesto del Ministerio de Transportes y Comunicaciones para el año fiscal 2009 para el Proyecto Corredor Vial Interoceánico Perú-Brasil IIRSA SUR.

### III. FUNDAMENTOS DE HECHO

Con fecha 04-08-05 se suscribió el Contrato de Concesión del Tramo 2 del Corredor Vial Interoceánico Sur Perú-Brasil, entre el Estado peruano a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, debidamente representado por el ex Vice Ministro de Transportes Nestor Palacios Lanfranco (CONCEDENTE) y el Consorcio Interoceánico Sur Tramo 2, representado por Jorge Henrique Simoes Barata y José Graña Miro Quesada (CONCESIONARIA); a través del cual el Concesionario se obligó a ejecutar las obras de construcción correspondientes a dicho tramo, las cuales serían ejecutadas en 3 etapas, siendo que la primera etapa concluiría a más tardar a los 12 meses del inicio de la construcción, la segunda etapa se entregaría a los 30 meses del inicio de las obras de la primera etapa, en tanto que la tercera etapa se entregaría a más tardar a los 48 meses del inicio de las obras de la primera etapa.

Por su parte el Concedente se obligó a pagar al Concesionario por concepto de Pago Anual por obras (PAO) la suma de \$ 31'858.000.00 (Treinta y un millones ochocientos cincuenta y ocho mil y 00/100 dólares de los Estados Unidos de America) por un plazo de 15 años, anotando que el monto total de la inversión ascendía a US \$ 477' 870 000.00 (cuatrocientos setenta y siete millones ochocientos setenta mil soles), significando que de dicho monto correspondía el 29% a la primera etapa, 38% a la segunda etapa y 33 % a la tercera etapa, pagos que se realizarían a través de certificados.

En el Contrato se estableció el supuesto de variación en metrados derivados de diferencias con el Proyecto referencial, entre otros; acordando las partes intervinientes que en caso que en la ejecución de la obra se den variaciones netas que representen mayores metrados a los indicados en el Proyecto Referencial, el Regulador procedería a efectuar el ajuste del PAO, por única vez, el mismo que en ningún caso podía exceder del 10 % del PAO correspondiente a cada etapa. También se estableció que para el caso que el PAO se excediera del 10% para las variaciones netas de mayores metrados correspondientes a cada etapa, el Concedente tendría la potestad de evaluar las

FREY BERNARD GUZMAN  
Congresista de la República

obras ejecutadas a fin de: i) autorizar la ejecución de las obras pendientes de cada etapa, reconociendo un incremento adicional en el PAO, ó ii) determinar las obras pendientes de cada etapa a ser ejecutadas con el presupuesto existente, en cuyo caso el Concesionario quedará liberado de toda responsabilidad, respecto de las obras pendientes.

Adicionalmente se establecía, que las partes de mutuo acuerdo podían proceder a una revisión de las cláusulas del Régimen Económico del Contrato, para cuyo efecto se requería la opinión del Regulador.

Como se podrá apreciar, del Contrato de la referencia emerge la alternativa de solución en caso se presentara una variación en metrados derivados de la diferencia con el Proyecto referencial.

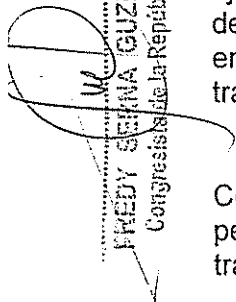
Los representantes del Ministerio de Transporte y Comunicaciones, en su condición de Concedentes, con fecha 21-07-08 informaron, en aplicación del literal i) de la cláusula 6.4.A.2 del Contrato de Concesión, su decisión de ajustar el PAO Contractual en función de los montos de las variaciones de metrados de las obras de la primera etapa del tramo 2, ejecutadas por el Concesionario; manteniendo inalterable los montos de inversión de los PAOS de la segunda y tercera etapa del citado tramo lo cual evidencia que en aquella fecha ya existía problemas de financiamiento de la primera etapa del tramo 2.

Posteriormente el Ministerio de Transporte y Comunicaciones el 05-11-08 informó, que había decidido reducir las obras pendientes a ser ejecutadas con presupuesto del PAO de la tercera etapa del tramo 2, en el marco de la cláusula 6.4.A.2 del Contrato de Concesión.

Para tal efecto las variaciones netas de metrado correspondientes a la segunda etapa del tramo 2 se pagarían de acuerdo al cronograma de pagos de esa etapa, con recursos del presupuesto del PAO de la tercera etapa del citado tramo; lo que evidencia que la tercera etapa del tramo 2 del mencionado Proyecto había quedado desfinanciado.

El Concedente, en su oportunidad tomó conocimiento que en la ejecución de la primera, segunda etapa del tramo 2 de la Carretera Urcos- Inambari del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur-Perú-Brasil, se había producido variación en metrados derivados de diferencias con el Proyecto referencial, lo que acarreó que el monto de dinero destinado para la ejecución de la segunda etapa así como el destinado para la tercera etapa del tramo 2 se invirtiera en su totalidad para realizar un avance de obra de la segunda etapa del ya referido tramo, la cual quedó inconclusa, en tanto la tercera etapa quedó desfinanciada.

Ante tal circunstancia el Concedente y el Concesionario en estricto cumplimiento de los términos del Contrato que

  
FREDY SERRANA GUZMÁN  
Congresista de la República

suscribieron, el cual es ley para las partes, debieron optar por alguna de las alternativas de solución ahí convenidas, lo cual no cumplieron en su oportunidad.

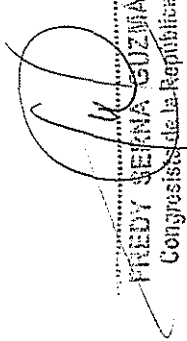
Por el contrario, el Concedente al tomar conocimiento de la emisión del Decreto de Urgencia N° 045-2008 de fecha 15-11-08, que autorizaba al Ministerio de Transporte y Comunicaciones a determinar y atender los costos y gastos incluidos los de supervisión generados en el último trimestre del año 2008 por las obras del tramo 2, hasta por la suma de S/.160' 000 000.00 (ciento sesenta millones de soles), tomando como sustento esta norma, suscribió la Quinta Addenda al Contrato del tramo 2.

### El Perjuicio

El Contrato de Concesión tras las 4 modificaciones previas (Addendas) mantenía un esquema financiero y de riesgos compartidos para ambas partes, empero la modificación implícita introducida a través del Decreto de Urgencia N° 045-2008, eliminó el riesgo financiero del Concesionario, en razón que ya no se emitirían mas CRPAO's que eran como bonos del Estado y que serían negociados por el Concesionario en el mercado de capitales, vale decir que se eliminó estos certificados que son instrumentos financieros y que llevan implícito un riesgo para el tenedor de los mismos.

El Decreto de Urgencia N° 045-2008 que dispone medidas económicas financieras para garantizar la continuación de las obras del tramo 2 del Corredor Vial Interoceánico Sur Perú- Brasil-Ilrta Sur así como la asignación de recursos para garantizar su continuación, generó una modificación de la estructura de riesgos asignada a las partes en el contrato de concesión, eliminando el riesgo del Concesionario que le significaba tener CRPAO's, cargando ahora todo el riesgo al Concedente (Estado peruano) que tendrá que conseguir el financiamiento para realizar dichos pagos en efectivo y los que correspondan por las eventuales demoras en los pagos.

El contrato establecía un mecanismo de reestablecimiento del equilibrio económico-financiero, sin embargo con la emisión del Decreto de Urgencia N° 045-2008 implícitamente se omitió esto y optó por liquidar el PAO sin ampliarlo, lo que al final dio lugar a que el Estado desembolse recursos provenientes de una operación de endeudamiento para realizar el pago en efectivo al Concesionario, que bajo el esquema de reestablecimiento del equilibrio económico financiero, solo hubiera recibido CRPAO's y en este último caso el Estado no hubiera tenido que endeudarse para pagar el resto de la obra en efectivo, desvirtuando así el esquema financiero de la concesión y comprometiendo la línea de crédito del Estado peruano, aprobado por ley N° 29290, LEY DE ENDEUDAMIENTO DEL SECTOR PÚBLICO PARA EL AÑO FISCAL 2009, que autoriza un monto máximo de endeudamiento de US\$ 1 346 370 000,00

  
FREDDY ZEINA GUZMAN  
Congresista de la República

Consecuentemente el Estado quedó obligado a conseguir los recursos para financiar los gastos determinados en el Decreto de Urgencia N° 045-2008.

El ex Presidente del Consejo de Ministro Yehude Simón Munaro, la ex Ministra de Transportes y Comunicaciones Verónica Zavala Lombardi y ex Ministro de Economía y Finanzas Luis M. Valdivieso Montano. habrían incurrido en Infracción Constitucional al emitir el Decreto de Urgencia N° 045-2008.

#### IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

4.1.- El artículo 118 de la Constitución Política del Perú, en su inciso 19 señala que corresponde al Presidente de la República:

“Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de Ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiera el interés nacional con cargo a dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia”.

Al respecto el Tribunal Constitucional se ha referido a los requisitos formales y materiales para la expedición de los Decretos de Urgencia.

Con relación a los requisitos formales señala al Tribunal Constitucional, que son tanto previos como posteriores a su promulgación. Así el requerimiento ex - ante está constituido por el refrendo del Presidente del Consejo de Ministros (inciso 3 del Art. 123 de la Constitución Política del Perú); mientras que el requisito ex post lo constituye la obligación del Ejecutivo de dar cuenta al Congreso de la República, de acuerdo a lo previsto por el inciso 19 del Art. 118 de la Constitución, en concordancia con el procedimiento contralor a cargo del Parlamento, contemplado en la norma de desarrollo Constitucional contenida en el Art. 91 del Reglamento del Congreso.

Respeto a los requisitos materiales para la producción deben tenerse en cuenta lo siguiente:

La legitimidad de los decretos de urgencia debe ser determinada sobre la base de la evaluación de criterios endógenos y exógenos a la norma, es decir, del análisis de la materia que regula y de las circunstancias externas, que justifiquen su dictado. En cuanto al primer tópico, el propio inciso 19 del artículo 118 de la Constitución establece que los decretos de urgencia deben versar sobre materia económica financiera.

FREDDY VERNIA GUZMÁN  
Congresista de la República

008



A parte de los requisitos formales y materiales el Tribunal Constitucional ha reconocido la existencia de determinados criterios para evaluar, caso por caso, si las circunstancias fácticas que sirvieron de justificación para la expedición del decreto de urgencia respondían a las exigencias previstas por el inciso 19 del Art. 118 de la Constitución y por el inc. "c" del Art. 91 del Reglamento del Congreso. Tales criterios son:

a) **Excepcionalidad:** la norma debe estar orientada a revertir situaciones extraordinarias e imprevisibles, condiciones que deben ser evaluadas en atención al caso concreto y cuya existencia, desde luego, no depende de la "voluntad" de la norma misma, sino de datos fácticos previstos a su promulgación y objetivamente identificables. Ello sin perjuicio de reconocer, tal como lo hiciera el Tribunal Constitucional español, que en principio y con el razonable margen de discrecionalidad, es competencia de los órganos políticos determinar cuando la situación, por consideraciones de extraordinaria y urgente necesidad, requiera el establecimiento de una norma.

b) **Necesidad:** Las circunstancias además deberán ser de naturaleza tal que el tiempo que demande la aplicación del procedimiento parlamentario para la expedición de Leyes (iniciativas, debates, aprobación y sanción) pudiera impedir la prevención de daños o en su caso, que los mismos devengan en irreparables.

c) **Transitoriedad:** Las medidas extraordinarias aplicadas no deben mantener vigencia por un tiempo mayor al estrictamente necesario para revertir la coyuntura adversa.

d) **Generalidad:** El principio de generalidad de las Leyes que, conforme se ha tenido oportunidad de precisar en el caso Colegio de Notarios de Lima (Exp. Acum. Nos 001-2003-AI/TC y 0003-2003-AI/TC F.J. N° 6 y SS) puede admitir excepciones, alcanza especial relevancia en el caso de los decretos de urgencia, pues tal como lo prescribe el inciso 19) del artículo 118 de la Constitución debe ser de "interés nacional" el que justifique la aplicación de la medida correcta. Ello quiere decir que los beneficios que depare la aplicación de la medida no puede circunscribir sus efectos en intereses determinados, sino por el contrario, deben alcanzar a toda la comunidad.

4.2.- El Decreto de Urgencia N° 045-2008 de fecha 15-11-08 fue emitido en una forma totalmente ilegal.

En la emisión del Decreto de Urgencia N° 045-2008 no se evaluó concienzudamente la circunstancia externa que lo motivó, en razón de que el hecho de que la obra en mención se hubiera paralizado por falta de economía, lo cual no fue un caso fortuito, sino errores de los funcionarios encargados de su ejecución; no ameritaba la emisión de la citada norma, tanto mas sí como lo hemos referido el Contrato establecía la solución en el caso que se

FREDDY SERRANA GUZMÁN  
Congresista de la República

11/2/08  
03

diera el imprevisto de falta de economía, quedando probado **que no se cumplió con el requisito material de legitimidad** que señala la Ley para la emisión de un Decreto de Urgencia.

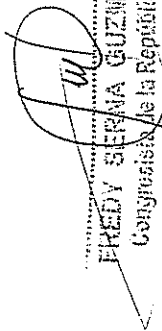
Como bien lo señala el Tribunal Constitucional para la emisión de un Decreto de Urgencia, también se debe tener en cuenta la existencia de determinados criterios para evaluar si la circunstancia fáctica que sirvió para justificar la emisión del decreto de urgencia, respondía las exigencias previstas en el inciso 19° del Art. 118° de la Constitución y en el inciso "c" del artículo 91° del Reglamento del Congreso.

Estos criterios de vital importancia no se tuvieron en cuenta al momento de la emisión del Decreto de Urgencia N° 045-2008 puesto que como lo hemos señalado la circunstancia que motivó la emisión de dicho decreto, no constituía una situación extraordinaria e imprevisible, sino que los funcionarios del Estado encargados de la ejecución de la obra, sabían que por mal cálculos realizados en el estudio del proyecto el dinero no iba alcanzar para la culminación de la misma, en consecuencia **no concurrió el requisito de excepcionalidad**.

Asimismo en la emisión del ya citado Decreto de Urgencia no se dio el requisito de "**Necesidad**", que señala la Ley para su emisión, puesto que el hecho de haberse paralizado la ejecución de la obra, por falta de economía para su continuación, no constituía una circunstancia de naturaleza apremiante tal, que ameritara la emisión de un Decreto de Urgencia, por que su demora en emitir una Ley, pudiera impedir la prevención de los daños o en su caso, que los mismos devengan en irreparables.

Del mismo modo en la emisión del Decreto de Urgencia N° 045-2008 no se cumplió con **el requisito de la generalidad**, puesto que el beneficio del mismo no alcanza a toda la comunidad peruana, sino a un sector.

Del análisis que se podrá efectuar a cada uno de los considerandos del citado Decreto de Urgencia se podrá advertir que en ninguno de ellos se cita fundamentos valederos para considerar dicha norma como un Decreto de Urgencia, conforme lo ordena la Constitución Política del Perú; así tenemos, que en el primer considerando se cita la Ley 28214, en el segundo se cita la Resolución Suprema N° 156-2004-ET, en el tercer considerando se cita el Contrato de Concesión del Tramo Vial Urcos-Inambari-Tramo2, del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Perú-Brasil-IIRSA SUR Tramo 2 S.A.; en el Cuarto Considerando se hace referencia al Estudio de Factibilidad, en el quinto y sexto considerando se hace referencia a un Informe del Ministerio de Transporte y Comunicaciones, en el séptimo considerando se señala "que la paralización de las obras ocasionarían perjuicio económico irreparables para el Estado derivados del riesgo de pérdida de la inversión realizada en sectores críticos de las obras, como consecuencia de la estacionalidad del periodo fluvial,

  
PIEDAD SIERRA GUZMÁN  
Congresista de la República

010  
10

sin perjuicio de los conflictos sociales en la zona de influencia del proyecto que podría suscitarse de no continuar con la ejecución de las obras en el mencionado Tramo2; y en el Octavo considerando se hace referencia a una sesión del Pleno del Congreso donde se aprobó el Informe Final de una Comisión Investigadora”.

El Decreto de Urgencia N° 045-2008 que en su artículo 1° autoriza al Ministerio de Transporte y Comunicaciones a determinar y atender los costos y gastos, incluidos los de supervisión, generados en el último trimestre del 2008 por la ejecución de las obras del Tramo 2 del Corredor Vial Interoceánico Perú- Brasil-IRSA SUR, conforme a la parte considerativa de dicha norma legal, hasta por la suma de S/. 160' 000 000.00; y que en el Art. 2° precisa que el financiamiento se atenderá con cargo al presupuesto institucional del Ministerio de Transporte y Comunicaciones aprobado para el año fiscal 2008, **en forma implícita modificó los términos del Contrato de Concesión del Tramo 2 del Corredor Vial Interoceánico Sur- Perú-Brasil.**

Con la emisión del Decreto de Urgencia N° 045-2008 se modificó implícitamente el mecanismo del CRPAO en razón de que este solo se utilizaría hasta alcanzar el límite del 100% del PAO Contractual, de modo que ya no se emitirían mas CRPAOS. Asimismo dejó sin efecto la posibilidad de reajustar el PAO, lo cual implica una modificación al Régimen Económico.

Prueba elocuente que el Decreto de Urgencia N° 045-2008 modificó el Contrato del Tramo 2, lo constituye el oficio N° 1328-2008-MTC/25 cursado por el propio Ministerio de Transporte y Comunicaciones a OSITRAN, en el que se deja en claro que el citado D.U. creó un Régimen Transitorio, que consiste que el mecanismo de los CRPAO solo se utilizaría hasta el límite del 100 % del PAO Contractual; así como el Informe N° 522-09-GS-OSITRAN del que emerge que para los avances de obras que se encuentren por encima del 10 % del PAO máximo, se darían los siguientes hechos: i) no será de aplicación integral la cláusula 6.4.A.2 del Contrato del Tramo 2; ii) No será de aplicación la cláusula 8.35 del Contrato de Concesión; y iii) no cabe aplicar el procedimiento de ajuste del PAO, previsto en el numeral 4 del anexo IX del Contrato de Concesión.

Como se podrá apreciar, el citado Decreto de Urgencia modificó los términos del Contrato del Tramo 2, hecho que se contrapone a lo preceptuado en el Art. 62 de la Constitución Política del Perú, que en el segundo párrafo señala “Que los términos Contractuales no pueden ser modificados por Leyes u otra disposición de cualquier clase”, y constituye una infracción a la Constitución, en razón de que los funcionarios que suscribieron el Decreto de Urgencia como Peruanos que son, tenían el deber de cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación así reza del artículo 38 de la Constitución Política del Perú.

La emisión del Decreto de Urgencia que implícitamente modificó los términos del Contrato del Tramo 2, ha causado agravio

W  
DIEGO GUZMÁN  
Congresista de la República

2/4/11

al Estado Peruano, en razón de que, conjuntamente con la quinta addenda al Contrato, las obras pendientes de ejecución del tramo 2 a que se refiere el Decreto de Urgencia N° 045-2008 serían pagadas en efectivo al Concesionario, contrario a lo que establecía en el Contrato en virtud del cual los pagos eran diferidos y se realizarían a través de los CRPAO's en un periodo de tiempo, por lo cual el gobierno no tendría que incurrir en un mayor gasto, sin embargo el Estado se vió obligado a solicitar un préstamo a la Corporación Andina de Fomento CAF, hecho que benefició al Concesionario y perjudicó al Estado.

Se incurrió en Infracción Constitucional por la forma como se emitió el Decreto de Urgencia N° 045-2008, en razón que de ningún considerando de la citada norma emerge el sustento legal valedero para su emisión señalado en la Constitución, vale decir que una eventual paralización de las obras del tramo 2 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú Brasil IIRSA SUR, no constituiría un caso de interés nacional, sino Regional.

Se incurre en Infracción Constitucional, porque dicha norma implícitamente modificó los términos del Contrato de Concesión del tramo 2, del Corredor Vial Interoceánico Sur- Perú- Brasil que establecía que el Pago de Avance de Obras se realizaría a través de certificados (CRPAO) en el plazo de 15 años; para posteriormente, con la dación del citado Decreto de Urgencia el concedente se vio obligado ha cancelar al Concesionario en efectivo los costos y gastos generados en el último trimestres de 2008, por la ejecución de las obras del tramo 2.

El Decreto de Urgencia emitido en forma irregular, que implícitamente modificó los términos del Contrato de Concesión del tramo 2, ha causado agravio del Estado, en razón de que el pago en efectivo que se dispuso requirió de un endeudamiento del Estado con la CAF, con todos los costos financieros que esto implica, lo cual no hubiera sucedido de haberse cumplido con las condiciones del Contrato

Los funcionarios denunciados infringieron los artículos 38, 62, 118 inc. 1° inciso 19 de la Constitución Política del Perú.

El Art. 38° de la Constitución Política del Perú, señala: "que todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación".

El Art. 62° de Nuestra Carta Magna señala: "Que la libertad de Contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del Contrato". Los términos contractuales no pueden ser modificados por Leyes u otras disposiciones de cualquier clase.

El Art. 118° inc. 1° de la Ley de Leyes señala: Que corresponde al Presidente de la República "Cumplir y hacer cumplir la Constitución

y los tratados, leyes y demás disposiciones legales”; e inciso 19 que señala: “Que corresponde al Presidente de la República, dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de Ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiera el interés nacional, con cargo a dar cuenta al Congreso...”

La infracción Constitucional, importa un acto de desconocimiento voluntario y conciente del mandato expreso de la norma constitucional, que sin llegar a ser punible provoca una situación de inmoralidad y rechazo colectivo.

Si bien, la normatividad no prevé una tipología de las infracciones ni lo ha definido de manera clara, ello sin embargo no es óbice para determinar sobre la base de una genérica afectación de la Constitución, una infracción Constitucional.

Infracción Constitucional, es todo acto u omisión que trastorna el Sistema Constitucional alterando su normal funcionamiento, que se originan por hechos que no necesariamente pueden tener un contenido penal. Pero específicamente Infracción Constitucional, consiste en toda falta política en que incurren los funcionarios que componen la estructura orgánica prevista en la carta política- que compromete peligrosamente el adecuado desenvolvimiento del aparato estatal.

La existencia de un Estado democrático y de Derecho supone la subordinación de todos al ordenamiento jurídico interno y responsabilidad para quien quiebre el derecho positivo.

Así la Constitución como norma positiva impele a los administrados o gobernados a acatar sus disposiciones, pero con mucha más razón obliga a la clase política que detenta el poder asumir el pasivo de su actuación, porque cuando incurre en una falta política no obstante ésta no tenga la connotación penal, es susceptible de ser sancionada.

Los Funcionarios denunciados que suscribieron el Decreto de Urgencia N° 045-2008, ex Presidente del Consejo de Ministros (Yehude Simón Munaro) de ex Ministro de Transporte y Comunicaciones (Verónica Zavala Lombardi) y el ex Ministro de Economía y Finanzas (Luis M. Valdivieso M.) en función al cargo que ostentaban en ese momento eran concientes del mandato expreso de la Norma Constitucional señalada en el i) Art. 38° de la Constitución Política del Perú que precisa “que todos los Peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación”; ii) en el artículo 62 de la Carta Magna que precisa “la libertad de Contratar garantiza que las partes puedan pactar validamente según las normas vigentes al tiempo del Contrato”. Los términos contractuales no pueden ser modificados por Leyes u otras disposiciones de cualquier clase; iii) en el Art. 118°

inc. 1° de la Constitución que señala "corresponde al Presidente de la República, cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales" e inciso 19 "que señala que el Presidente de la República puede dictar Decretos de Urgencia cuando lo requiera el interés nacional..."; sin embargo dichos funcionarios en forma voluntaria incumplieron con su deber que por imperio de la Ley estaban obligados a acatar, conducta que ha alterado el Sistema Constitucional.

## V. MEDIOS PROBATORIOS

Para demostrar que los denunciados incurrieron en infracción Constitucional ofrezco:

1. El mérito del Contrato de Concesión del Tramo 2 del Corredor Vial Interoceánico Sur Perú-Brasil, celebrado entre el Estado Peruano a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, debidamente representado por el ex Vice Ministro de Transportes Nestor Palacios Lanfranco y Consorcio Interoceánico Sur Tramo 2, representado por Jorge Henrique Simoes Barata y José Graña Miro Quesada, del que emerge que el Concedente debía honrar su obligación a través de Certificados de Pago por Avance de Obras, en el plazo de 15 años.

2. El mérito del oficio N° 790-2008-MTC/25 cursado por el Concedente a OSITRAN, mediante el cual en aplicación del literal i) de la cláusula 6.4.A.2 del Contrato de Concesión, informa que ha decidido ajustar el PAO contractual en función de los montos de las variaciones de metrados de las obras de la primera etapa, ejecutados por el Concesionario, manteniendo inalterable los montos de inversión de la segunda y tercera etapa. El cual obra en los archivos del Ministerio de Transportes y Comunicaciones

3. El mérito del oficio N° 1142-2008-MTC/25 de fecha 05-11-08 mediante el cual el Concedente en el marco de la cláusula 6.4.A.2 del Contrato de Concesión informa que ha decidido reducir las obras pendientes a ser ejecutadas con el presupuesto del PAO de la tercera etapa. El cual obra en los archivos del Ministerio de Transportes y Comunicaciones

4. El mérito del Decreto de Urgencia N° 045-2008 el cual autoriza al Ministerio de Transporte y Comunicaciones determinar y atender los costos y gastos incluidos los de supervisión generados en el ultimo trimestre del año 2008, del Tramos 2 hasta por S/. 160, 000 000.00 (ciento sesenta millones de nuevos soles).

5. El mérito del Informe N° 005-09-GRE-GS-GAL-OSITRAN del que emerge que los Funcionarios de dicha entidad luego de analizar el Decreto de Urgencia N° 045-en el Punto 77 advirtieron que el referido Decreto

FREY PERLA BUZMAN  
Congresista de la República

dejaría sin aplicación varias cláusulas y procedimientos del Contrato de Concesión del tramo 2.

6. El mérito del D. S. N° 181-2008-EF que aprueba una operación de endeudamiento externo con la CAF por \$ 300 millones de Dólares, destinados a financiar parcialmente las obras faltantes de los tramos 2,3 y 4 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú- Brasil –IIRSA Sur.

7. El mérito de la Quinta Addenda al Contrato de Concesión del tramo 2 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú- Brasil IIRSA-Sur.

## VI. ANEXOS

Como anexos adjunto:

1. Copia de mi DNI.
2. Copia de mi Credencial de Congresista.
3. Copia del Contrato de Concesión del Tramo 2 del Corredor Vial Interoceánico Sur Perú- Brasil.
4. Copia del Decreto de Urgencia N° 045-2008
5. Copia del Decreto de Urgencia N° 181-2008-EF
6. Copia de la Quinta Addenda al Contrato de Concesión del tramo 2 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú- Brasil IIRSA – Sur.
7. Copia del informe N° 005-09-GRE-GS-GAL-OSITRAN

Por lo expuesto:

A Ud. Señor Presidente ruego tramitar la presente conforme a su naturaleza.

Lima, 10 de Noviembre del 2009.

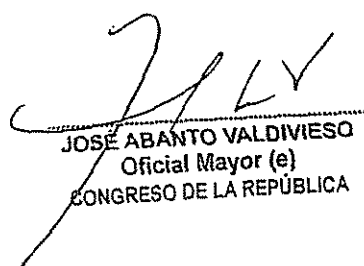


*Fredy Serna Guzmán*  
FREDY SERNA GUZMAN  
Congresista de la República

CONGRESO DE LA REPUBLICA

Lima, 18 de noviembre de 2009

Vista la Denuncia Constitucional N° 175, 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.

  
JOSE ABANTO VALDIVIESO  
Oficial Mayor (e)  
CONGRESO DE LA REPUBLICA