

SS. GOMEZ CARBAJAL

CESPEDES CABALA

EXPEDIENTE N° 23585-2010

RESOLUCIÓN NÚMERO:

Lima, veinticinco de febrero
de dos mil once.-

AUTOS y VISTOS: con voto en mayoría e interviniendo

como Juez Superior Ponente la señora Céspedes Cabala y **ATENDIENDO:**

Primero: que es materia de conocimiento de este Colegiado, el incidente de apelación sin efecto suspensivo de la resolución N° 02 de fecha veintiuno de diciembre de dos mil diez, corriente a fojas 65, que declara Procedente en parte la medida cautelar solicitada por DP World (CANADA) Inc. y Dispone se permita la participación de DP (CANADA) Inc. así como de las demás empresas del Grupo Económico DPW 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", resolución que fuera corregida en cuanto al nombre de la solicitante por resolución N° 04 (fojas 75), habiéndose interpuesto recurso de apelación por la Agencia de la Inversión Privada – PROINVERSION.

Segundo: que la apelante en resumen expresa como agravios los siguientes:

a) que la acción interpuesta resulta improcedente toda vez que no es la vía procedimental válida para pretender la inaplicación del Decreto Supremo N° 033-2010-MTC toda vez que el artículo 75° del Código Procesal Constitucional establece que 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, por lo que al pretender la inaplicación de una norma de carácter general la vía

procedimental es la de la acción popular debiéndose aplicar el numeral 2) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional; y, b) que no existe la verosimilitud del derecho necesaria para el otorgamiento de la medida cautelar dispuesta por el Juzgado, en razón que el Decreto Supremo N° 033-2010-MTC guarda perfecta armonía con el artículo 61° de la Constitución Política del Perú, que establece que el estado facilita y vigila la libre competencia, combate toda practica que la limite y el abuso de las posiciones dominantes o monopólicas, ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios, por lo que concluye que el mencionado Decreto Supremo es perfectamente Constitucional y legal, que busca facilitar y fomentar la libre competencia en la prestación de los servicio portuarios en el País.

Tercero: que, respecto del primer agravio es de señalar que conforme ha establecido el Tribunal Constitucional, la improcedencia del amparo contra normas, se encuentra circunscrita a los supuestos en los que la norma cuya inconstitucionalidad se acusa sea heteroaplicativa, es decir, aquella cuya aplicabilidad no es dependiente de su sola vigencia, sino de la verificación de un posterior evento, sin cuya existencia, la norma carecerá de eficacia, vale decir de la capacidad de subsumir por si misma, algún supuesto fáctico en su supuesto normativo.

Cuarto: que en el caso de las normas autoaplicativas, es decir, aquellas cuya aplicabilidad una vez que han entrada en vigencia, resulta inmediata e incondicionada, cabe distinguir entre aquellas normas cuyo supuesto normativo en si mismo genera una incidencia directa sobre la esfera subjetiva del individuo y cuando la norma determina que dicha incidencia se producirá como consecuencia de su aplicación obligatoria e incondicional, el Tribunal Constitucional ha establecido que tanto en el primer supuesto como en el segundo, resulta procedente la vía procedimental del amparo, en razón que la norma en si misma constituye un acto contrario a los derechos fundamentales y por que la amenaza resulta ser cierta e inminente a dichos derechos que representa el contenido dispositivo inconstitucional de una norma aplicable, tratándose el Decreto Supremo N° 033-2010-MTC de una norma autoaplicativa,

en razón que tiene incidencia directa sobre la esfera subjetiva de la solicitante, este agravio resulta infundado.

Quinto: que, previo a referirnos al segundo agravio, es necesario señalar que conforme a lo dispuesto por el artículo 39° del Código Procesal Constitucional¹, el afectado es la persona legitimada para interponer el Proceso de Amparo.

Sexto: que, así mismo de conformidad con el artículo 40° del Cuerpo de Leyes antes mencionado², el afectado puede comparecer por medio de representante procesal, no siendo necesaria la inscripción de la representación otorgada, tratándose de personas no residentes en el país, la demanda será formula por representante acreditado.

Séptimo: que de acuerdo al dispositivo legal antes mencionado, cualquier persona sólo puede interponer demanda de acción de amparo cuando se trate de amenaza o violación de derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos.

Octavo: que el artículo 41° del Código Procesal Constitucional³, establece cualquier persona puede comparecer en nombre de quien no tiene representación procesal, sólo cuando esta se encuentra imposibilitada para

¹ Artículo 39.- Legitimación

El afectado es la persona legitimada para interponer el proceso de amparo.

² Artículo 40.- Representación Procesal

El afectado puede comparecer por medio de representante procesal. No es necesaria la inscripción de la representación otorgada.

Tratándose de personas no residentes en el país, la demanda será formulada por representante acreditado. Para este efecto, será suficiente el poder fuera de registro otorgado ante el Cónsul del Perú en la ciudad extranjera que corresponda y la legalización de la firma del Cónsul ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, no siendo necesaria la inscripción en los Registros Públicos.

Asimismo, puede interponer demanda de amparo cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos.

La Defensoría del Pueblo puede interponer demanda de amparo en ejercicio de sus competencias constitucionales.

³ 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.

interponer la demanda por si misma, sea por atentado concurrente contra la libertad individual, por razones de fundado temor y amenaza por una situación de inminente peligro o por cualquier otra causa análoga, precisando dicho dispositivo que el afectado una vez que se halle en posibilidad de hacerlo deberá ratificar la demanda así como la actividad procesal realizada por el procurador oficioso, siendo este el marco teórico según el cual se debe resolver la resolución venida en grado.

Noveno: que por escrito de fecha 18 de octubre de 2010, que corre de fojas 37 a 62 de autos, DP World (CANADA) Inc. solicita medida cautelar dentro de proceso para que: 1) se declare mientras se tramita el proceso principal y respecto de ella y del Grupo Económico DPW, se suspenda los efectos del Decreto Supremo N° 033-2010-MTC así como del numeral 1.3.26 de las Bases para 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" y, 2) se permita la participación de dicha compañía así como de las empresas integrantes del Grupo DPW 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" sujetándose a las mismas condiciones, requisitos y plazos que han tenido los demás postores, de manera que dicho concurso se lleve a cabo con su participación respetándose la posibilidad de presentar cometarios, observaciones y consultas a las bases y/o a los Proyectos de Contratos de Concesión, así como la de presentar los documentos de precalificación y ser precalificados y presentar las respectivas ofertas técnicas y económicas, a efectos que sean calificadas con las del resto de postores.

Décimo: que DP World (CANADA) Inc. en su petitorio cautelar no precisa cuales son las personas jurídicas que integrarían el Grupo Económico DPW así como tampoco demuestra la existencia del mismo, haciendo únicamente una referencia genérica.

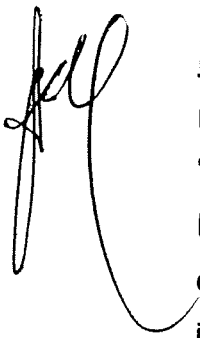
Décimo Primero: que en el Anexo 1-G de su solicitud de medida cautelar la amparista acompaña una solicitud de la empresa DP WORLD AMER B.V. dirigida al Presidente de la Autoridad Portuaria Nacional y al Director Ejecutivo de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada, por el cual presenta una iniciativa privada para el desarrollo de un Proyecto de Inversión denominado "Proyecto de Modernización del Muelle Norte" (fojas 384 de este incidente), siendo que esta documentación resulta insuficiente para acreditar la existencia del denominado Grupo Económico DPW.

Décimo Segundo: que siendo ello así al haberse otorgado una medida cautelar por la cual se permite la participación de las empresas integrantes del Grupo Económico DPW 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", no resulta procedente por cuanto la peticionaria no ha identificado a las personas jurídicas que integrarían el denominado Grupo Económico DPW, tampoco ha acreditado la imposibilidad para accionar de dichas compañías o que resultan de aplicación los demás supuestos previstos en los artículos 40° y 41° del Código Procesal Constitucional, razón por la que debe revocarse esta parte de la resolución.

Décimo Tercero: que, en cuanto se refiere a la medida cautelar otorgada a favor de DP World (CANADA) Inc., debe tenerse presente que, el último párrafo del artículo 1° del Decreto Supremo 033-2011-MTC, establece que "... La restricción alcanza a toda persona natural o jurídica vinculada al referido administrador portuario, conforme las normas especiales sobre vinculación y grupo económico aprobadas mediante Resolución SBS N° 445-2000 y resolución CONASEV N° 090-2005-EF/94.10. resultando por ello adecuado establecer si la solicitante se encuentra inmersa en los supuestos de la norma señalada.

Décimo Cuarto: que, de las copias del incidente elevado se advierte que la solicitante tanto en su pedido cautelar como en su demanda de amparo, no ha acreditado en forma fehaciente la existencia de su vinculación al supuesto

grupo económico que tiene ya la administración portuaria y por lo tanto ya viene administrando un terminal portuario, en razón que de los medios probatorios del pedido cautelar (fojas 60 parte pertinente), así como de los medios probatorios de la demanda de amparo (fojas 25 parte pertinente de este incidente), no se ofrece documentación que permita a este colegiado concluir la supuesta vinculación alegada.

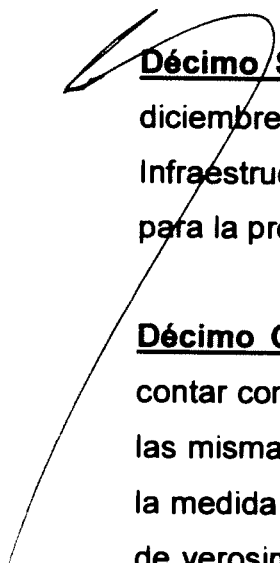


Décimo Quinto: que en este contexto, y sin perjuicio de lo expuesto precedentemente es de mencionar que, conforme al documento denominado “Acto de Presentación y Apertura del Sobre N° 1 (Credenciales para Precalificación)” de fecha 06 de enero de 2011, obrante a fojas 442 de autos, quien intervino en dicho acto público fue la empresa DP WORLD FZE persona jurídica distinta de la solicitante.

Décimo Sexto: que asimismo, por escrito de fecha 07 de enero de 2011 (fojas 443), DP World (CANADA) Inc. hace de conocimiento del Segundo Juzgado Constitucional de Lima que ha sido DP WORLD FZE quien ha presentado sin obstáculos los documentos de precalificación para 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”, confirmando con ello que dicha empresa no intervino en el antes mencionado Acto Público.



Décimo Séptimo: que a fojas 440, corre la Circular N° 13 de fecha 17 de diciembre de 2010 emitida por el Comité de PROINVERSIÓN en Proyectos de Infraestructura Portuaria – PRO PUERTOS, con el cual se acredita que el plazo para la presentación de credenciales venció el 07 de enero de 2011.

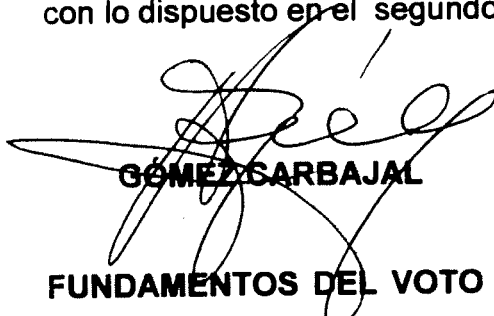


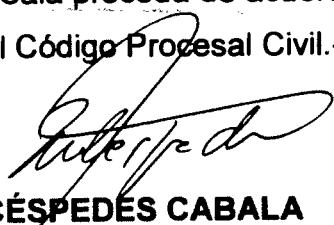
Décimo Octavo: que lo reseñado permite concluir que la solicitante pese a contar con una medida cautelar que le permitía la posibilidad de presentarse en las mismas condiciones de un postor cualquiera, su inacción ha provocado que la medida cautelar no sea idónea a la finalidad que persigue y además carezca de verosimilitud del derecho (*fumus boni iuris*) así como de la existencia de un

peligro en la demora (*periculum in mora*), requisitos necesarios para el otorgamiento y vigencia de una medida cautelar

Por estas consideraciones:

REVOCARON la medida cautelar que declara Procedente la medida cautelar solicitada por DPW (CANADA) Inc. y Dispone se permita la participación de DP World (CANADA) Inc. así como la de las demás empresas del Grupo DPW 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, **REFORMÁNDOLA DECLARARON IMPROCEDENTE** lo solicitado; y los devolvieron ; en los seguidos por DP World (Canada) Inc. con Ministerio de Transportes y Comunicaciones, sobre pedido cautelar; **DISPUSIERON** que el Secretario de Sala proceda de acuerdo con lo dispuesto en el segundo párrafo Art. 383° del Código Procesal Civil.-


GÓMEZ CARBAL


CÉSPEDÉS CABALA

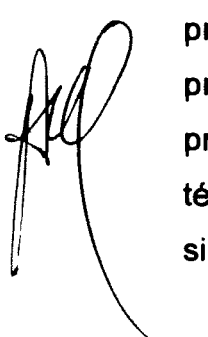
PODER JUDICIAL

AMILCAR PALOMINO SANTILLANA
SECRETARIO
D 2 MAR. 2011

FUNDAMENTOS DEL VOTO SINGULAR DE LA JUEZ SUPERIOR GÓMEZ CARBAL:

Me adhiero al fallo de la Juez Superior Céspedes Cabala, por los siguientes fundamentos:

 **PRIMERO:** Que, en el presente caso, el representante legal de la empresa demandante DP World (Canadá) Inc., Luis Bedoya Ecurra, ha presentado escrito de fojas treinta y siete a sesenta y dos, solicitando el dictado de una medida cautelar genérica con la finalidad de que mientras se tramita el proceso principal: 1) se declare respecto de DP World (Canadá) Inc. y de las demás empresas integrantes del Grupo Económico DP World, la suspensión de los efectos del Decreto Supremo N° 033-2010-MTC, así como del numeral 1.3.26 de las Bases para 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", modificado por la



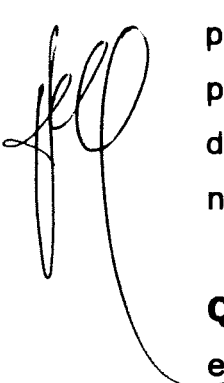
Circular N° 6, y 2) se permita la participación de DP World (Canadá) Inc. y de las demás empresas integrantes del Grupo Económico DP World en el referido concurso, sujetándose a las mismas condiciones, requisitos y plazos que han tenido los demás postores, de forma tal que dicho concurso continúe llevándose a cabo con su participación, respetándose la posibilidad de presentar comentarios, observaciones y consultas a las Bases y/o a los proyectos de Contrato de Concesión, así como de presentar documentos de precalificación y ser precalificado, además de presentar las respectivas ofertas técnicas y económicas a efectos de que las mismas sean calificadas simultáneamente con la de los otros postores.

SEGUNDO: Que, la solicitante sustenta su pretensión cautelar señalando que la norma cuestionada a través del presente proceso de amparo, establece un marco discriminatorio para DPW Canadá y el Grupo DPW; por cuanto, “dentro de la Provincia Constitucional del Callao, el único operador portuario privado al que describe el supuesto de hecho de la norma es DP World Callao S.R.L., empresa afiliada a DPW Canadá e integrante del Grupo DPW⁴, con lo cual tanto la demandante como cualquier otra de las empresas integrantes de su grupo económico quedan automáticamente excluidas de la posibilidad de competir para la adjudicación de la buena pro del “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”; asimismo, la peticionante sostiene que el objeto de su demanda, no es la concesión de un beneficios con respecto a cualquier otra empresa, sino la obtención de un trato igualitario y no discriminatorio a efectos de competir y estar en posibilidad de ser elegida para el desarrollo de la infraestructura y operación del muelle norte, bajo los criterios técnicos y económicos del precitado concurso.

TERCERO: Que, el dictado de una medida cautelar como la pretendida en autos está sujeto al cumplimiento de determinados requisitos previstos en la Ley; así, en el caso de los procesos constitucionales, el artículo 15° del Código Procesal Constitucional, establece que en este tipo de procesos se pueden

⁴ (SIC) Ver numeral 3.12 en los antecedentes del escrito de solicitud cautelar de fojas 37 a 62.

conceder medidas cautelares y de suspensión del acto violatorio, exigiendo para su expedición apariencia de derecho, peligro en la demora y además que el pedido cautelar sea adecuado o razonable para garantizar la eficacia de la pretensión.



CUARTO: Que, de los presentes autos no se puede apreciar siquiera el cumplimiento del primero de los requisitos anotados en el considerando precedente, esto es, la apariencia del derecho; por cuanto, se está pretendiendo la suspensión de los efectos de una norma, sin ofrecer elementos de juicio mínimos que permitan prejuzgar acerca de la forma en que dicha norma afecta los derechos invocados por la demandante.

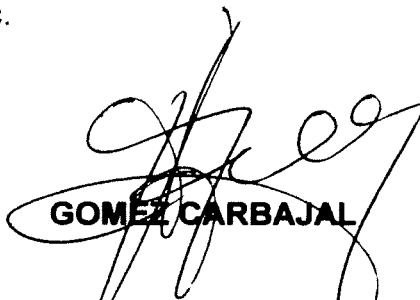
QUINTO: Que, en efecto, el Decreto Supremo N° 033-2010-MTC, publicado en el diario oficial el peruano, el veintidós de julio de dos mil diez, dictado con la finalidad de establecer las condiciones para facilitar y fomentar la libre competencia en la prestación de servicios portuarios, establece, en su primer párrafo 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*; mientras que, en su segundo párrafo, precisa que dicha *restricción alcanza a toda persona natural o jurídica vinculada al referido administrador portuario, conforme las normas especiales sobre vinculación y grupo económico aprobadas mediante Resolución SBS N° 445-2000 y Resolución CONASEV N° 090-2005-EF/94.10*. Sin embargo, de la documentación obrante en el presente cuaderno cautelar, no se aprecia que la demandante, **DP World (Canadá) Inc.** esté inmersa en alguna de las restricciones establecidas por la norma en mención, toda vez que no ha adjuntado ningún documento que refiera acerca de su vínculo empresarial con la razón social que administra en la actualidad el Terminal Sur del Puerto del Callao y por tanto su impedimento para participar en el concurso anteriormente citado.

SEXTO: Que, asimismo debe señalarse que la demandante no ha presentado en autos documento alguno alusivo a que la empresa **DPW Callao S.R.L.**, es la actual administradora del Terminal Sur del Puerto del Callao, como lo ha venido sosteniendo en su solicitud cautelar.

SÉPTIMO: Que, siendo evidente el incumplimiento de uno de los requisitos de procedibilidad de toda medida cautelar, se determina la imposibilidad de su concesión, por tratarse de requisitos concurrentes.

Por estos fundamentos mi **VOTO** es porque:

Se **REVOQUE** el auto contenido en la resolución número dos de fecha veintiuno de diciembre de dos mil diez, que declara procedente en parte la medida cautelar solicitada por DPW (Canadá) Inc. y dispone se permita la participación de DPW (Canadá) Inc., así como, de las demás empresas integrantes del Grupo DPW 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; y **REFORMÁNDOLO** se declare **IMPROCEDENTE** la medida cautelar solicitada por DPW (Canadá) Inc.


GÓMEZ CARBAJAL

PODER JUDICIAL


AMILCAR PALOMINO SANTELANA
SECRETARIO
Sala Civil de Vacaciones
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

02 MAR. 2011

FUNDAMENTOS DEL VOTO DE LA SEÑORA VOCAL ECHEVARRIA GAVIRIA:

I. ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 21 de octubre del 2010 (folio 37 a 62), **DPW WORLD CANADA Inc.**, interpone demanda cautelar genérica para que: 1) Se declare que, mientras se tramite el proceso principal, y respecto de DPW CANADA Inc. y las demás empresas integrantes del Grupo Económico DP World se

suspendan los efectos del D. S. 033-2010-MTC, así como del *numeral 1.3.26 de las Bases para 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"* modificado por la Circular N° 6 (en adelante el CONCURSO); y **2)** Se permita la participación de DPW CANADA así como de las demás empresas integrantes del Grupo DPW en el Concurso, sujetándose a las mismas condiciones, requisitos y plazos que han tenido los demás postores, de forma tal que el CONCURSO siga llevándose adelante con su participación; respetándose la posibilidad de presentar comentarios, observaciones y consultas a las Bases y/o a los proyectos del Contrato de Concesión; así como la de presentar los documentos de precalificación y ser precalificado, y presentar las respectivas ofertas técnicas y económicas a los efectos de que sean calificados simultáneamente con la del resto de los postores. Para los efectos de este extremo de la medida cautelar, y tomando en consideración el CONCURSO se viene desarrollando por la Agencia de Promoción de la Inversión Privada-PROINVERSION-.



SEGUNDO: Por resolución uno, de fecha 02 de noviembre del 2010 (folio 63), se declaró inadmisibile la solicitud cautelar debido a que todavía no había sido admitida la demanda de acción de amparo-cuaderno principal-. Mediante resolución número dos, de fecha 21 de diciembre del 2010 (folio 65 a 67), el Juez de primera instancia declara procedente en parte la medida cautelar solicitada. Por resolución 06, de fecha 21 de enero del 2011 (folio 82 a 84), el A-quo hace algunas correcciones y aclaraciones a la resolución 2, estableciendo que la apelante ha sido debidamente incorporada al proceso principal.

TERCERO: Por Resolución 02, de fecha 21 de diciembre del 2010 (folio 65 a 67), el A-quo declara procedente en parte la medida cautelar solicitada por DP (CANADA) INC. En consecuencia: Se dispone se permita la participación de *DPW CANADA así como de las demás empresas integrantes del Grupo DPW 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 (...).*

II. PARTE CONSIDERATIVA:

PRIMERO: La parte apelante, Agencia de Promoción de la Inversión Privada-PROINVERSION-, mediante escrito de fecha 07 de enero del 2011, obrante de folio 467 a 489, cuestiona la decisión del Juez Especializado esgrimiendo principalmente los siguientes fundamentos:

- 
- i) La acción interpuesta resulta improcedente, toda vez que no es la vía procedimental válida para pretender la inaplicación del Decreto Supremo N° 033-2010-MTC, ya que una norma de carácter general se efectúa a través de un proceso de acción popular y no de un proceso de amparo. Además, el argumento de que el Decreto Supremo sólo le impediría a su grupo económico 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”, debe ser probado lo cual no puede hacerse en un proceso de acción de amparo, ya que se carece de estación probatoria.
 - ii) Precisa que el Decreto Supremo N° 033-2010-MTC es una norma de carácter general que busca facilitar y fomentar la libre competencia en la prestación de los servicios portuarios en el País. La finalidad de la norma es tener más de un operador portuario con la finalidad de generar competencia portuaria en el Callao. En consecuencia, no es conveniente para el desarrollo económico del País, que un solo operador portuario o grupo económico (como DP World o cualquier grupo económico), sea el encargado de la administración de un puerto en el que exista una cantidad adecuada de carga, lo cual impedirá promover el desarrollo de una competencia intra portuaria.
 - iii) Agrega, que DPW Canadá INC, no ha acreditado ni probado los derechos constitucionales vulnerados o amenazados. Además, el Juzgado debe tener en cuenta que no existen derechos fundamentales absolutos, sino que éstos deben ejercerse en armonía con el interés común que atañe a un Estado Social y Democrático de

Derecho. Lo que busca el Estado con el Decreto Supremo N° 033-2010-MTC es propiciar una saludable competencia, garantizando así un mejor calidad del servicio en beneficio del público usuario, por lo que consideran que esta búsqueda de competencia en el servicio no afecta los derechos de la demandante.

SEGUNDO: Siendo estos los extremos de la alzada, antes de emitir un pronunciamiento sobre ella, creo pertinente hacer algunas reflexiones:

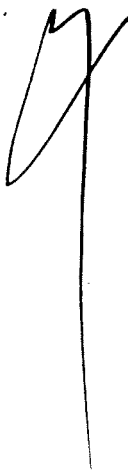
- 
- 1) Al ser DP WORLD CANADA Inc. demandante del amparo en el proceso principal y habiendo sido admitida en esa calidad en él, ésta (y no otra entidad) goza también de legitimación cautelar, pues las partes en el procedimiento cautelar deben ser las mismas del proceso de fondo ya iniciado.
 - 2) No procede el amparo contra normas, salvo que éstas sean autoaplicativas e incompatibles con la Constitución (Art.3 del Código Procesal Constitucional).
 - 3) Por lo general, las medidas cautelares se dictan sin conocimiento de la contraparte y la apelación se concede sin efecto suspensivo; salvo que se trate de medidas cautelares que declaren la inaplicación de normas legales autoaplicativas, en cuyo caso, la apelación es con efecto suspensivo (primer párrafo, in fine, del Art.15).
 - 4) Para conceder una medida cautelar no es necesario que se justifique la existencia indiscutible de la situación cautelada, sino que basta con que ésta aparezca como muy probable⁵ en atención a la prueba anexada al pedido.
 - 5) Los actos procesales en todo el procedimiento cautelar deben cumplir con el debido proceso en atención a la tutela procesal efectiva
 - 6) Uno de los componentes de la tutela procesal efectiva, es la motivación de las resoluciones judiciales, de conformidad con el artículo 139.5 de la Constitución Política del Estado. En el plano legal, el artículo 122.3 del Código Procesal Civil establece el deber de todo Juez de motivar su decisión con fundamentos de hecho y derecho.

⁵ SERRA DOMINGUEZ, Medidas Cautelares, mencionado por ARIANO DEHO, Eugenia; en "Problemas del Derecho Civil", Jurista Editores, 2003, pag.664.

TERCERO: Sobre el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, el TC, mediante sentencia de fecha 13/08/2010, dictada en el caso Llamuja Hilaes, Exp. 00728-2008-PHC/TC, ha establecido que:

“el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, (...) deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso.

(...). Sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. (...) los defectos que afectarían severamente a una resolución judicial y por las que el justiciable merecería protección en sede Constitucional:

- 
- a) ***Inexistencia de motivación o motivación aparente.*** Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.
 - b) ***Falta de motivación interna del razonamiento.*** La falta de motivación interna del razonamiento [defectos internos de la motivación] se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados

en la decisión asumida por el Juez o Tribunal; sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.

c) **Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas.**

El control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Esto ocurre por lo general en los casos *difíciles*, como los identifica Dworkin, es decir, en aquellos casos donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas. La motivación se presenta en este caso como una garantía para validar las premisas de las que parte el Juez o Tribunal en sus decisiones. Si un Juez, al fundamentar su decisión: 1) ha establecido la existencia de un daño; 2) luego, ha llegado a la conclusión de que el daño ha sido causado por "X", pero no ha dado razones sobre la vinculación del hecho con la participación de "X" en tal supuesto, entonces estaremos ante una carencia de justificación de la premisa fáctica y, en consecuencia, la aparente corrección formal del razonamiento y de la decisión podrán ser enjuiciadas por el juez [constitucional] por una deficiencia en la justificación externa del razonamiento del juez.

(...). Si el control de la motivación interna permite identificar la falta de corrección lógica en la argumentación del juez, el control en la justificación de las premisas posibilita identificar las razones que sustentan las premisas en las que ha basado su argumento. El control de la justificación externa del razonamiento resulta fundamental para apreciar la justicia y razonabilidad de la decisión judicial en el Estado democrático, porque obliga al juez a ser exhaustivo en la fundamentación de su decisión y a no dejarse persuadir por la simple lógica formal.

d) **La motivación insuficiente.** Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia,

no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la "insuficiencia" de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.

e) **La motivación sustancialmente incongruente.** El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva). Y es que, partiendo de una concepción democratizadora del proceso como la que se expresa en nuestro texto fundamental (artículo 139º, incisos 3 y 5), resulta un imperativo constitucional que los justiciables obtengan de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente de las pretensiones efectuadas; pues precisamente el principio de congruencia procesal exige que el juez, al momento de pronunciarse sobre una causa determinada, no omita, altere o se exceda en las peticiones ante él formuladas.

f) **Motivaciones cualificadas.**- Conforme lo ha destacado este Tribunal, resulta indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afectan derechos fundamentales como el de la libertad. En estos casos, la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del Juez o Tribunal".

CUARTO: Estando a lo expuesto, debemos señalar que el Procurador Público de Pro inversión apela la resolución 2, básicamente alegando que el Decreto Supremo N° 033-2010-MTC es constitucional y su cuestionamiento no puede hacerse vía proceso de amparo, sino vía acción popular. Se formula dicha defensa en atención a que la solicitud cautelar tiene dos pedidos vinculados: 1) Suspensión del Decreto Supremo N° 033-2010-MTC, así como del numeral 1.3.26 de las bases para el "Concurso de Proyectos Integrales del Proceso de la Inversión Privada del Proyecto de Modernización del Terminal Norte Multipropósito en el terminal Portuario del Callao", modificado por la circular N° 6 (en adelante el CONCURSO" y, 2) que la demandante y los miembros de su grupo económico puedan participar en el CONCURSO sin limitación alguna.

QUINTO: La medida cautelar solicitada tiene por objeto garantizar la efectividad de la sentencia a dictarse próximamente en el proceso principal de amparo que tiene como pretensiones: **"Primera pretensión principal:** Se declare inaplicable respecto a DPW CANADA y cualquier otra empresa del Grupo Económico conformado por ésta (en adelante el Grupo DPW) el Decreto Supremo N° 033-2010-MTC por resultar lesivo de sus derechos constitucionales a la seguridad jurídica, al derecho de igualdad ante la ley y no discriminación, a la libre contratación y a la libertad de empresa e industria.

Pretensión accesoria a la primera pretensión principal: Declare inaplicable respecto a DPW CANADA y cualquier otra empresa del Grupo Económico conformado por ésta el numeral 1.3.26 de las bases para el "Concurso de Proyectos Integrales del Proceso de la Inversión Privada del Proyecto de Modernización del Terminal Norte Multipropósito en el terminal Portuario del Callao", modificado por la circular N° 6 (en adelante el CONCURSO. Conviene precisar que este numeral en aplicación del Decreto Supremo 033-2010-MTC, establece la limitación a la que se han referido anteriormente. Consecuentemente, al declararse inaplicable la norma que ha dado origen a esta regulación de las bases, automáticamente, está deberá quedar excluida respecto de los favorecidos con esta acción constitucional. **Segunda Pretensión Principal: Que, restituyendo los derechos fundamentales antes enunciados de DPW CANADA y cualquier otra empresa integrante de su Grupo Económico-** subrayado y negrilla nuestro-, se declare que tienen

legítimo derecho a participar en el CONCURSO en las mismas condiciones que el resto de los postores. Consecuentemente se deberá reconocer su participación desde el inicio, renovándose todos los plazos que pudieran haber transcurrido y por ende quedará habilitada presentar en las mismas condiciones que han sido aplicadas a los otros postores del CONCURSO, comentarios, observaciones y consultas a las bases y proyectos de Contrato de Concesión, así como la de presentar los documentos de precalificación y ser precalificado, presentar las respectivas ofertas técnicas y económicas, las cuales, de acuerdo a los términos del CONCURSO, comprenden las tarifas que serán aplicables a los respectivos servicios que serán regulados por OSITRAN"

SEXTO: En este punto, corresponde ahora analizar la resolución cautelar apelada. Sobre el particular, debe señalarse que de la revisión de la resolución cautelar cuestionada, a la luz de la STC 00728-2008-PHC/TC anotada en el Considerando Tercero, la Magistrada que suscribe advierte que no se puede emitir un pronunciamiento de "fondo" sobre los argumentos expuestos en la apelación, ya que la resolución apelada contiene una grave deficiencia de motivación y congruencia entre los fundamentos que la sustentan y lo que se decide, pues por un lado, en el considerando 07, se afirma que no es posible en un cuaderno cautelar analizar la constitucionalidad o no del Decreto Supremo citado (pedido 1), mientras que, por otro, se decide que la demandante y su grupo económico participe en el Concurso (pedido 2), cuando precisamente es dicha norma, según se expone en el pedido principal y que tiene correlato en la pretensión cautelar, la que "impediría su participación" en el mismo. Es evidente que, lo argumentado por el juez adolece de corrección lógica, ya que, el pedido 2, sólo podría darse como consecuencia de considerar, prima facie, que el decreto supremo cuestionado tiene visos de inconstitucionalidad y que se afectarían con su dación y vigencia los derechos constitucionales invocados (seguridad jurídica, al derecho de igualdad ante la ley y de no discriminación, a la libre contratación y a la libertad de empresa e industria).

SETIMO: En el caso de autos, no se puede soslayar que ambos pedidos o extremos de la solicitud cautelar tienen vinculación intrínseca, dependiendo la

segunda de lo que se decida respecto al primer pedido. Así, a criterio de la suscrita, en el fondo solo caben dos escenarios: 1) considerar que el Decreto Supremo es constitucional, lo que conduce a aceptar, implícitamente, que la limitación contra la actora sería correcta en un primer momento, 2) considerar que el Decreto Supremo tiene visos de incompatibilidad con la Constitución, habilitando a evaluar que se deje participar en el CONCURSO a la demandante o tomar otra medida más adecuada a los fines del proceso constitucional y los intereses inmersos en el presente proceso. Lo aquí afirmado se verifica inobjetablemente con el tenor de la demanda principal, donde se observa que lo primero que se reclama es que se declare la inaplicación del tantas veces citado Decreto Supremo 033-2010-MTC y la cláusula 1.3.26 del CONCURSO; y luego que se restituyan los derechos fundamentales supuestamente afectados a la actora, se le permita participar en el CONCURSO en igualdad de condiciones que los demás postores.

OCTAVO: Reafirma la tesis de falta de motivación interna y de congruencia, que el A –quo al dictar la resolución número 06, de fecha 21 de enero del 2011, en el fundamento 14, establece que no ha acogido el primer pedido cautelar, dejando entonces, sin justificar cómo es que decide mantener la vigencia del Decreto Supremo 033-2010-MTC, que es la norma que afectaría los derechos constitucionales que alega la demandante, pero a la vez lo deja participar en el Concurso, siendo que sus bases y demás disposiciones han sido emitidas bajo el parámetro de dicha norma; ello también es reconocido por el propio solicitante cuando, en su primer pedido, pide la suspensión del numeral 1.3.26 de las bases para el “Concurso de Proyectos Integrales del Proceso de la Inversión Privada del Proyecto de Modernización del Terminal Norte Multipropósito en el terminal Portuario del Callao”; con la finalidad de que lo dejen participar, extremo que además al no haberle merecido pronunciamiento alguno al Juez de Primera Instancia, abona por la nulidad de la recurrida.

NOVENO: De otro lado, debe señalarse también que si en el proceso principal de amparo admitido a trámite, se cuestiona una norma legal que se considera que es auto aplicativa (sino no se hubiera admitido a trámite), nada impide que el Juez, vía medida cautelar, pueda analizar sí, prima facie, merece ser

suspendida por los vicios constitucionales que pudiera contener y los perjuicios que pudiera ocasionar a los derechos constitucionales que invoca la solicitante, pues así lo permite el Art.15 del Código Procesal Constitucional. Entonces, tampoco es justificado que el Juez no analice la norma cuestionada alegando que recién lo hará al dictar sentencia, ya que ello afectaría la naturaleza de una medida cautelar, que permite proteger los derechos constitucionales de las personas antes de dictarse una sentencia definitiva en un proceso de amparo. Aceptar la posición del Juez, implicaría dar a entender que no es posible dictar una medida cautelar contra una norma autoaplicativa, lo cual es arbitrario, por decir lo menos. Debe precisarse que aquí no se pide al Juez un análisis final, sino una evaluación preliminar de la solicitud planteada, estando a los argumentos expuestos por la demandante.

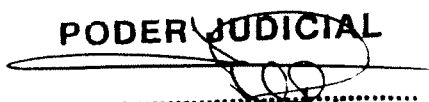
 **DECIMO:** Por último, el A-quo tampoco ha justificado por qué amplía los efectos de la medida cautelar que concede, al llamado Grupo Económico DPW, cuando la demanda de amparo ha sido planteada únicamente por DPW (Canadá) Inc., si es conocido que el proceso de amparo, por lo general, sólo tiene efectos entre las partes, esto es, beneficia o afecta a los que intervienen en la relación procesal entablada.

Por todo lo expuesto, estando a los vicios procesales advertidos no es posible emitir un pronunciamiento de fondo, debiendo el A-quo emitir un nuevo pronunciamiento debidamente sustentado y de manera pronta, teniendo en cuenta la trascendencia del caso y analizando detalladamente los argumentos expuestos por la demandante y los expuestos por la demandada, estando a lo tramitado en el proceso principal. Por tales razones, mi **VOTO es** que:

- 1) Se declara **NULA** la resolución dos, de fecha 21 de diciembre del 2010, corregida y aclarada mediante resolución 06, de fecha 21 de enero del 2011; **ORDENARON** que el A-quo emita nuevo pronunciamiento teniendo en cuenta lo expuesto en la presente resolución.
- 2) De conformidad con el Art. 383 del Código Procesal Civil –aplicable supletoriamente: Cumpla el Secretario de la Sala de Vacaciones, en el día, con remitir copia certificada de la presente resolución al Juzgado de origen, para que proceda conforme a lo que ella ordena.

- 3) NOTIFIQUESE a las partes en el día y bajo responsabilidad funcional del Secretario de Sala.


ECHEVARRIA GAVIRIA

PODER JUDICIAL

.....
AMILCAR PALOMINO SANTILLANA
SECRETARIO 02 MAR. 2011
Sala Civil de Vacaciones
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA