

MEMORANDO N° 218-09-GG-OSITRAN

Para : **IVAN VEGA LONCHARICH**
Gerente de Administración y Finanzas

C.c. : **CARLOS AGUILAR MEZA**
Gerente de Supervisión

Asunto : Devolución del remanente del Fondo de Garantía del Consorcio Supervisor Interoceánica Sur – Tramo 4 HOB CONSULTORES S.A. y CPS DE INGENIERÍA S.A.C.

Referencia : a) Adenda N° 4 al Contrato de Locación de Servicio
b) Carta N° 314-2009/0602S-RL

Fecha : 26 de noviembre de 2009.

27/11/09
2009/11/27

Me dirijo a usted en atención al documento de la referencia a), mediante el cual OSITRAN y el Consorcio Supervisor Interoceánica Sur – Tramo 4 HOB CONSULTORES S.A. y CPS DE INGENIERÍA S.A.C., suscribieron la Adenda 4 al Contrato de Locación de Servicios para la Supervisión de los Estudios y Obras del Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú-Brasil, Tramo 4, a través de la que acordaron la devolución del íntegro del remanente del Fondo de Garantía, previa presentación de una Carta Fianza Bancaria por el íntegro del monto remanente.

Al respecto, mediante documento de la referencia b), el Consorcio Supervisor Interoceánica Sur – Tramo 4 HOB CONSULTORES S.A. y CPS DE INGENIERÍA S.A.C. cumple con remitir la Carta Fianza correspondiente.

En atención a lo expuesto, agradeceré que con carácter de urgente, se sirva verificar si las garantías presentadas cubren el íntegro del monto remanente del Fondo de Garantía, y de ser el caso, cumpla con informar al Ministerio de Transportes y Comunicaciones para que proceda al desembolso correspondiente; para dicho efecto, remito a usted el ejemplar original de la adenda y del acta de trato directo debidamente suscritos , así como copia del Informe N° 005-09-GS-GAL-GAF-OSITRAN, para custodia.

Atentamente,


JORGE MONTESINOS CÓRDOVA
Gerente General


11/12/09

Adjunto: GAF: Original Adenda y acta de trato directo; GS: copia de adenda y acta de trato directo
Reg. Sal. N° GG-22455-09

11:00 a.m.
Javier Pérez A. 03 26.nov.09

R. Taipe
26/11

**ADENDA Nº 4 AL CONTRATO DE LOCACIÓN DE SERVICIOS PARA LA
SUPERVISIÓN DE LOS ESTUDIOS Y OBRAS DEL CORREDOR VIAL
INTEROCEÁNICO DEL SUR, PERÚ – BRASIL, TRAMO 4.**

Conste por el presente documento, la Adenda Nº 04 al Contrato de Locación de Servicios para la supervisión de los Estudios y Obras de Corredor Vial Interoceánico del Sur, Perú – Brasil, Tramo 4, que celebran de una parte el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN, con domicilio legal en Avenida República de Panamá Nº 3659, Urbanización El Palomar – San Isidro, con RUC Nº 20420248645, representado por su Gerente General, señor JORGE MONTESINOS CORDOVA, identificado con DNI Nº 08602622, a quien en adelante se le denominará **OSITRAN** y, de la otra parte, **CONSORCIO SUPERVISOR INTEROCEÁNICA SUR – TRAMO 4 HOB CONSULTORES S.A. y CPS DE INGENIERÍA S.A.C.**, con domicilio legal en Av. José Gálvez Barrenechea Nº 592, Oficina 703, Urbanización Córpac, San Isidro – Lima, con RUC Nº 20512603093, representada por el señor Ing. LINDBERGH MEZA CÁRDENAS, identificado con DNI Nº 08803133, a quien en lo sucesivo se denominará **EL SUPERVISOR**, bajo los términos y condiciones siguientes:

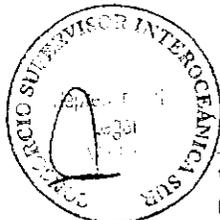
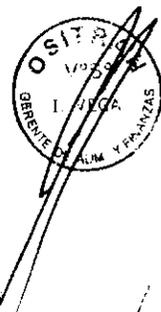
PRIMERA: ANTECEDENTES

1. Con fecha 23 de marzo de 2006, **OSITRAN** y **EL SUPERVISOR** celebraron el Contrato de Locación de Servicios para la Revisión del Expediente Técnico, la Supervisión de la Elaboración de los Estudios de Ingeniería de Detalle y del Estudio Definitivo de Impacto Ambiental, Supervisión de la Ejecución de las Obras de la Concesión, la Supervisión de la Transitabilidad y el Mantenimiento y Conservación del Corredor Vial Interoceánico del Sur, Perú – Brasil, Tramo 4 (en adelante, **EL CONTRATO**).
2. El literal b) de la Cláusula 8.2 de **EL CONTRATO** creó un Fondo de Garantía que tenía por finalidad asegurar los servicios de **EL SUPERVISOR** hasta la culminación del plazo previsto en **EL CONTRATO**¹. Asimismo, el literal d) de la Cláusula 8.2 del **CONTRATO** habilitó la devolución progresiva del Fondo de Garantía en siete (7) cuotas mensuales.
3. Con fecha 16 de octubre de 2009, el Poder Ejecutivo expidió el Decreto de Urgencia Nº 097-2009 mediante el cual se autoriza a **OSITRAN** a acordar y suscribir las adendas que modifiquen los Contratos de Supervisión vigentes, con el objeto de asegurar la culminación de la supervisión de la ejecución de las obras adicionales de los Tramos Viales Nº 2, 3 y 4 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil (IIRSA SUR).
4. Mediante Carta Co. Nº 298-2009/0602S-RL de fecha 13 de noviembre de 2009, **EL SUPERVISOR** solicita evaluar la devolución del saldo del Fondo de Garantía establecido en la Adenda 3 de **EL CONTRATO**, saldo que asciende a la suma de S/. 1,164,479.72 (Un Millón Ciento Sesenta y Cuatro Mil Cuatrocientos Setenta y Nueve y 72/100 Nuevos Soles), sin incluir los intereses bancarios respectivos.

¹ DÉCIMO: DE LA VIGENCIA, INICIACIÓN, DURACIÓN Y TERMINACIÓN DEL CONTRATO (...)

10.2 El plazo referencial para cumplir con los servicios materia de este Contrato es de cincuenta (50) meses a partir de la firma del presente Contrato. El mismo que podrá prorrogarse automáticamente hasta la aprobación de la Liquidación Final del Contrato.

[El subrayado es nuestro]



5. Mediante Informe N° 005-09-GAL-GS-GAF-OSITRAN de fecha 16 de noviembre de 2009, las Gerencias de Asesoría Legal, Supervisión y de Administración y Finanzas evalúan la propuesta de devolución del íntegro del remanente del Fondo de Garantía previsto en **EL CONTRATO**, en atención a la solicitud de **EL SUPERVISOR**, elevando su opinión a la Gerencia General, la cual se encuentra en concordancia a las disposiciones de **EL CONTRATO**, la Adenda 1, 2 y 3, las Bases de la Licitación Pública Internacional N° LPI-001-2005-MTC/20-**OSITRAN** y el Decreto de Urgencia N° 097-2009.

SEGUNDA: MODIFICACIÓN DE LA CLÁUSULA OCTAVA

En mérito de la presente adenda, **OSITRAN** y **EL SUPERVISOR** acuerdan modificar el literal d) de la Cláusula 8.2 de **EL CONTRATO**, de acuerdo al siguiente texto:

"d. Devolución del Fondo de Garantía

El Fondo de Garantía constituido en base a lo previsto en el Numeral 1) y Numeral 2) del Literal b) de la Cláusula 8.2 de **EL CONTRATO**, y que no haya sido restituido a **EL SUPERVISOR**, será devuelto en su integridad a éste, en una única cuota, previa presentación de una Carta Fianza Bancaria de primer orden, incondicional, irrevocable, sin beneficio de excusión, ni división y de realización automática a sólo requerimiento de **OSITRAN**. Para tal efecto, **OSITRAN**, al día hábil siguiente de presentada la Carta Fianza Bancaria, informará al Ministerio de Transportes y Comunicaciones para que proceda al desembolso correspondiente.

La Carta Fianza Bancaria señalada en el párrafo anterior, deberá cubrir el íntegro del monto remanente del Fondo de Garantía."

TERCERA: ACUERDOS

En mérito de la presente adenda, **OSITRAN** y **EL SUPERVISOR** convienen que la aplicación y ejecución del Fondo de Garantía no otorga derecho a reclamo ni existe controversia sobre ésta.

Asimismo, se establece que respecto al Fondo de Garantía constituido, así como su mecanismo de devolución, previsto en la modificación de la Cláusula Octava de **EL CONTRATO**, no existe controversia ni reclamo alguno por parte de **EL SUPERVISOR**.

Finalmente, **OSITRAN** y **EL SUPERVISOR** convienen y se obligan mutuamente a realizar las gestiones pertinentes para viabilizar el Decreto de Urgencia N° 097-2009, con la finalidad de suscribir la Adenda correspondiente que asegure la culminación de las labores de supervisión, antes del 31 de diciembre de 2009.

Una vez suscrita la Adenda pertinente que viabilice lo señalado en el párrafo anterior, **OSITRAN** devolverá a **EL SUPERVISOR**, la Carta Fianza Bancaria prevista en el Literal d) de la Cláusula 8.2 de **EL CONTRATO**.

CUARTA: RATIFICACIÓN DEL CONTRATO

OSITRAN y **EL SUPERVISOR** declaran y ratifican de común acuerdo, que fuera de la modificación efectuada a través de la presente Adenda, las demás disposiciones del Contrato de Locación de Servicios se encuentran plenamente vigentes.

QUINTA: REGLAS DE INTERPRETACIÓN

OSITRAN y **EL SUPERVISOR** declaran que **EL CONTRATO** y la presente Adenda se ejecutarán como un único instrumento.



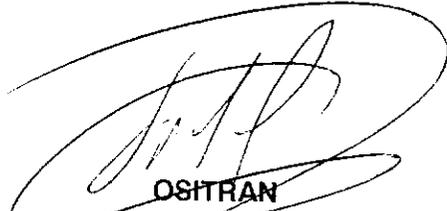
En caso de conflicto en la ejecución de los términos establecidos en **EL CONTRATO** y los términos de la presente Adenda, primará lo establecido en esta última.

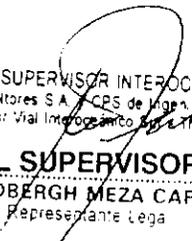
SEXTA: VIGENCIA DE LA ADENDA

El presente instrumento entrará en vigencia a partir de la fecha de su suscripción por parte del **OSITRAN** y **EL SUPERVISOR**

En señal de conformidad, se suscribe el presente documento en tres ejemplares, a los 18 días del mes de noviembre de 2009.




OSITRAN
Jorge Montesinos Córdova
Gerente General


CONSORCIO SUPERVISOR INTEROCEANICA SUR
HCB Consultores S.A. / CPS de Ingeniería S.A.C.
Corredor Vial Interamericano Etapa 4
EL SUPERVISOR
Ing. LINDBERGH MEZA CARDENAS
Representante Legal

ACTA DE TRATO DIRECTO

Conste por le presente documento, el trato directo que celebran de una parte el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN, con domicilio legal en Avenida República de Panamá N° 3659, Urbanización El Palomar – San Isidro, con RUC N° 20420248645, representado por su Gerente General, señor JORGE MONTESINOS CÓRDOVA, identificado con DNI N° 08602622, a quien en adelante se le denominará **OSITRAN** y, de la otra parte, **CONSORCIO SUPERVISOR INTEROCEÁNICA SUR – TRAMO 4 HOB CONSULTORES S.A. y CPS DE INGENIERÍA S.A.C.**, con domicilio legal en Av. José Gálvez Barrenechea N° 592, Oficina 703, Urbanización Córpac, San Isidro – Lima, con RUC N° 20512603093, representada por el señor Ing. LINDBERGH MEZA CÁRDENAS, identificado con DNI N° 08803133, a quien en lo sucesivo se denominará **EL SUPERVISOR**, bajo los términos y condiciones siguientes

I.- ANTECEDENTES

1. Con fecha 23 de marzo de 2006, **OSITRAN** y **EL SUPERVISOR** (en adelante, **LAS PARTES**) celebraron el Contrato de Locación de Servicios para la Revisión del Expediente Técnico, la Supervisión de la Elaboración de los Estudios de Ingeniería de Detalle y del Estudio Definitivo de Impacto Ambiental, Supervisión de la Ejecución de las Obras de la Concesión, la Supervisión de la Transitabilidad y el Mantenimiento y Conservación del Corredor Vial Interoceánico del Sur, Perú – Brasil, Tramo 4 (en adelante, **EL CONTRATO**).
2. La Cláusula Décimo Quinta del Contrato de Supervisión establece que **LAS PARTES** acuerdan que cualquier controversia o reclamo que surja o se relacione con la ejecución y/o interpretación del contrato, será resuelta por una solución amigable o por los mecanismos alternativos de solución controversias.
3. En consecuencia, al existir una controversia respecto del Fondo de Garantía, **LAS PARTES** han acordado, en aplicación de la Cláusula precedentemente citada, celebrar la presente audiencia de trato directo.

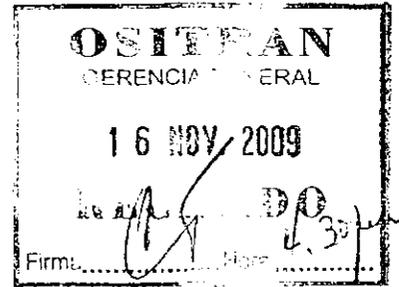
II.- DE LA CELEBRACIÓN DE LA AUDIENCIA DE TRATO DIRECTO

4. Habiendo **LAS PARTES** efectuado un intercambio de ideas con respecto de las posibles soluciones a la controversia descrita en el párrafo precedente, OSITRAN procedió a presentar a **EL SUPERVISOR** un proyecto de adenda, el mismo que fue aprobado por **EL SUPERVISOR**, procediéndose a suscribir dicho documento en la fecha, bajo la denominación de ADENDA N° 04.

No habiendo otra controversia pendiente entre las partes, las mismas proceden a suscribir la presente acta en señal de conformidad, en tres ejemplares, a los 18 días del mes de noviembre de 2009.


OSITRAN
Jorge Montesinos Córdova
Gerente General


CONSORCIO SUPERVISOR INTEROCEANICA SUR
HOB Consultores S.A. y CPS de Ingeniería S.A.C.
Corredor Vial Interoceánico Sur - Tramo 4
EL SUPERVISOR
Ing. LINDBERGH MEZA CARDENAS
Representante Legal



INFORME Nº 005-09-GAL-GS-GAF-OSITRAN

A : **Jorge Montesinos Cordova**
Gerente General

Asunto : Liberación del Remanente del Fondo de Garantía del Contrato de Locación de Servicios suscrito con el Consorcio Supervisor Interoceánica Sur – Tramo 4.

Ref. : Carta Co. Nº 298-2009/0602S-RL

Fecha : 16 de noviembre de 2009

I. OBJETO

1. Emitir opinión sobre la procedencia de la solicitud de liberación del remanente del Fondo de Garantía previsto en el Literal d) de la Cláusula 8.2 del Contrato de Supervisión para la Revisión del Expediente Técnico, la Supervisión de la Elaboración de los Estudios de Ingeniería de Detalle y del Estudio Definitivo de Impacto Ambiental, Supervisión de la Ejecución de las Obras de la Concesión, la Supervisión de la Transitabilidad y el Mantenimiento y Conservación del Corredor Vial Interoceánico del Sur, Perú – Brasil, correspondiente al Tramo 4.

II. ANTECEDENTES

2. Con fecha 23 de marzo del 2006, OSITRAN y CONSORCIO SUPERVISOR INTEROCEÁNICA SUR – TRAMO 4 HOB CONSULTORES S.A. y CPS DE INGENIERÍA S.A.C., (en adelante HOB y CPS), suscribieron el Contrato de Supervisión de Concesión para la Revisión del Expediente Técnico, la Supervisión de la Elaboración de los Estudios de Ingeniería de Detalle y del Estudio Definitivo de Impacto Ambiental, Supervisión de la Ejecución de las Obras de la Concesión, la Supervisión de la Transitabilidad y el Mantenimiento y Conservación del Corredor Vial Interoceánico del Sur, Perú – Brasil, Tramo 4. (en adelante CONTRATO).
3. Con fecha 20 de setiembre del 2006, de una parte OSITRAN y, de la otra, HOB y CPS, suscribieron la Adenda Nº 01 al CONTRATO, modificando los Numerales 8.2, 8.3 y 8.4, así como la Cláusula Novena referida a la Garantía de Fiel Cumplimiento.
4. Con fecha 14 de julio del 2008, de una parte OSITRAN y, de la otra, HOB y CPS, suscribieron la Adenda Nº 2 al CONTRATO, modificando el Numeral 1) del Literal b) de la Cláusula 8.2, agregando el Numeral 2 al Literal b) de la Cláusula 8.2, y adecuando el Literal c) de la Cláusula 8.2 del CONTRATO. La referida Adenda creó el Fondo de Garantía con la finalidad de asegurar los servicios de HOB y CPS hasta la culminación de los mismos.



5. Con fecha 26 de agosto del 2009, de una parte OSITRAN y, de la otra, HOB y CPS, suscribieron la Adenda N° 3 al CONTRATO, agregando el Literal d) en la Cláusula 8.2 del CONTRATO. La referida Adenda habilitó la devolución progresiva del Fondo de Garantía en siete (7) cuotas mensuales.
6. Con fecha 16 de octubre de 2009, el Poder Ejecutivo expidió el Decreto de Urgencia N° 097-2009 mediante el cual se autoriza a OSITRAN a acordar y suscribir las adendas que modifiquen los Contratos de Supervisión vigentes, con el objeto de asegurar la culminación de la supervisión de la ejecución de las obras adicionales de los Tramos Viales N° 2, 3 y 4 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil (IIRSA SUR), incluyendo los fondos y/o garantías contractuales.
7. Con fecha 13 de noviembre de 2009, HOB y CPS, mediante Carta Co N° 298-2009/0602S-RL, solicitó evaluar la devolución del remanente del Fondo de Garantía establecido en la Adenda 3 del CONTRATO, saldo que, según manifiesta, ascendería a la suma de S/. 1,164,479.72 (Un Millón Ciento Sesenta y Cuatro Mil Cuatrocientos Setenta y Nueve y 72/100 Nuevos Soles), sin incluir los intereses bancarios respectivos.

III. ANALISIS LEGAL

A. De la Devolución Progresiva del Fondo de Garantía.

8. El literal d) de la Cláusula 8.2 del CONTRATO, incluido con la Adenda N° 3, establece:

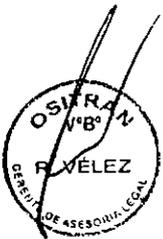
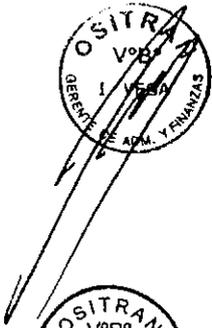
"d. Devolución del Fondo de Garantía

El Fondo de Garantía constituido en base a lo previsto en el Numeral 1) y Numeral 2) del Literal b) de la Cláusula 8.2 de EL CONTRATO, podrá ser devuelto a EL SUPERVISOR en siete (7) cuotas mensuales, la primera cuota equivalente al 40% sobre el monto del fondo de garantía constituido que será devuelta al día siguiente de la suscripción de la presente adenda, y las seis (6) cuotas restantes, por un monto fijo equivalente, cada una, al 10% sobre el remanente del monto del fondo de garantía, que serán devueltas cada 45 días calendario, computándose a partir de la fecha efectiva de la devolución de la primera cuota mensual y sucesivamente en la cuotas siguientes".

(El subrayado es nuestro)

9. Como puede advertirse, a la fecha, dando cumplimiento a lo previsto en la Adenda N° 3, el Fondo de Garantía es materia de devolución progresiva a HOB y CPS, habiéndose contemplado para su devolución, el supuesto del término del plazo establecido en la Cláusula 10.2 del CONTRATO, a saber, 50 meses. En atención a lo expuesto, la devolución del Fondo de Garantía se realizó en siete (7) cuotas mensuales, con la periodicidad señalada en el literal d) de la Cláusula 8.2 del CONTRATO.

10. Ahora bien, en atención a la expedición del Decreto de Urgencia N° 097-2009, corresponde evaluar si resultaría procedente la devolución del íntegro del remanente del Fondo de Garantía, en una sola cuota, bajo el argumento que el referido Fondo resulta innecesario y no responde ahora a la naturaleza de su creación.



B. Sobre la creación del Fondo de Garantía.

11. El literal b) de la Cláusula 8.2 del CONTRATO establece:

"b. Para el pago mensual por los servicios de supervisión de la ejecución de las obras:

1. Hasta el mes de octubre de 2007, se aplicará el 5.298% del monto establecido en el Proyecto Referencial para la primera etapa. La diferencia entre el monto del Proyecto Referencial para la primera etapa y el Programa de Ejecución de Obras vigente para dicha etapa será pagada en un setenta por ciento (70%).

El monto restante equivalente al treinta por ciento (30%), quedará como un fondo de garantía que tenga por finalidad asegurar los servicios de el SUPERVISOR hasta la culminación de los mismos. Dicho fondo será devuelto a EL SUPERVISOR cuando se cumpla el término del plazo establecido en la Cláusula 10.2; o, que se determine si corresponde mayores honorarios de Supervisión, en razón de la aprobación del Concedente de una mayor inversión a la inicialmente prevista, y que el Concedente acepte los montos correspondientes para el pago de mayores honorarios.

2. A partir del mes de noviembre de 2007, el fondo que se menciona en el literal anterior, será del veinte por ciento (20%) del monto valorizado en cada mes, respecto de la diferencia entre lo valorizado referido al monto del Proyecto de Ingeniería de Detalle y ajuste de metrados considerados en el Programa de Ejecución de Obras, y lo valorizado con relación al Proyecto Referencial.
3. Al importe determinado en los Numerales anteriores se le descontará el importe por amortización del adelanto consignado en la Cláusula 8.3.
4. Al monto definido en el numeral anterior se ajustará por lo determinado en el inciso c) de esta Cláusula."

[El subrayado es nuestro]

12. Como puede advertirse, mediante el literal b) de la Cláusula 8.2 del CONTRATO, modificada a través de la suscripción de la Adenda N° 2, OSITRAN y, HOB y CPS (en adelante LAS PARTES) incorporan la regulación del Fondo de Garantía, con la finalidad de asegurar los servicios de HOB y CPS hasta la culminación de los plazos originalmente previstos en los Contratos¹. Sin embargo, se habilita la devolución del Fondo de Garantía en caso el Concedente comunique oficialmente que se efectuarán obras hasta el límite del presupuesto existente.

13. El numeral 1.6 de la Adenda N° 2 del CONTRATO contempla la problemática que originó el Fondo de Garantía, a saber, el mayor monto de la inversión, así como el que "los pagos a EL SUPERVISOR podrían alcanzar el total del monto correspondiente a los servicios de supervisión, contemplados en el Numeral 8.1 de EL CONTRATO, algunos meses antes de la culminación del plazo total del servicio contratado".

14. Al respecto, la alternativa propuesta era constituir un Fondo de Garantía conformado por un porcentaje de los pagos mensuales a ser efectuados por OSITRAN a favor de LOS SUPERVISORES, como retribución por los servicios

¹ DÉCIMO: DE LA VIGENCIA, INICIACIÓN, DURACIÓN Y TERMINACIÓN DEL CONTRATO (...)

10.2 El plazo referencial para cumplir con los servicios materia de este Contrato es de cincuenta (50) meses a partir de la firma del presente Contrato. El mismo que podrá prorrogarse automáticamente hasta la aprobación de la Liquidación Final del Contrato.

[El subrayado es nuestro]

realizados en virtud al CONTRATO, porcentaje que es retenido mensualmente y depositado en una cuenta en el Banco de la Nación.

15. Sobre el particular, el Estudio Rebaza, Alcázar & De las Casas Abogados Financieros señala al respecto y en atención a la consulta legal formulada por OSITRAN, que el Fondo de Garantía no constituye un patrimonio autónomo, pues no se trata de un bien respecto del cual dos o más personas tienen un derecho o interés común, sino resulta ser un monto que, correspondiéndole a HOB y CPS, es retenido con la finalidad de asegurar la permanencia y prestación de los servicios de los mismos hasta la culminación de los plazos originalmente previstos en los contratos. En ese orden de ideas, el Fondo de Garantía es, en la práctica, una retención de honorarios para asegurar la permanencia y continuidad de la prestación de los servicios de HOB y CPS, hasta la culminación de los plazos originalmente previstos en los contratos.

16. En el caso que nos aborda, en aplicación del artículo 1127° del Código Civil vigente², el Fondo de Garantía regulado en el literal b) de la Cláusula 8.2 del CONTRATO, constituye un mecanismo de retención de carácter extrajudicial, producto de una común decisión adoptada por LAS PARTES.

17. De otro lado, el artículo 1130° del Código Civil vigente señala expresamente que, aun cuando el obligado no cumpla con su obligación (en este caso la permanencia de HOB y CPS), el retenedor no adquiere la propiedad del bien retenido, siendo nulo el pacto en contrario, es decir, OSITRAN no adquiere la propiedad del bien retenido.

18. Por último, en atención al texto del literal b) de la Cláusula 8.2 del CONTRATO, podemos colegir que el Fondo de Garantía tiene naturaleza financiera con carácter de una retribución que OSITRAN "retiene" hasta que termine el Contrato, lo cual hace que OSITRAN no pueda hacer suyo ese dinero porque tanto la ley como el CONTRATO no se lo permiten.

C. Sobre la posibilidad de devolución del íntegro del remanente del Fondo de Garantía

19. El artículo 1351° del Código Civil vigente prevé que "el Contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial". Sin embargo, para que el Contrato se perfeccione y resulte exigible, conforme al artículo 1352° del referido Código, resulta necesario el consentimiento de LAS PARTES. Por último, el artículo 1354° del Código Civil señala que "las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo".

20. En el caso que nos aborda, por acuerdo de LAS PARTES, se incorporó la regulación del Fondo de Garantía en el literal b) de la Cláusula 8.2 del CONTRATO, con la finalidad de asegurar los servicios de HOB y CPS hasta la culminación de los plazos originalmente previstos en los contratos. En ese orden de ideas, en principio, en caso LAS PARTES consideren viable modificar la

² Artículo 1127.- Ejercicio judicial y extrajudicial de la retención

El derecho de retención se ejercita:

1.- Extrajudicialmente, rehusando la entrega del bien hasta que se cumpla la obligación por la cual se invoca.

2.- Judicialmente, como excepción que se opone a la acción destinada a conseguir la entrega del bien. El juez puede autorizar que se sustituya el derecho de retención por una garantía suficiente.

regulación del Fondo de Garantía, sólo el acuerdo de voluntad de ellas, conforme a los artículos precedentes, podría habilitar la liberación del referido Fondo. Cabe mencionar que, la incorporaron del Fondo de Garantía en el literal b) de la Cláusula 8.2, a través de la Adenda N° 2 al CONTRATO, o la devolución progresiva mediante su incorporación en el literal d) de la Cláusula 8.2, a través de la Adenda N° 3 al CONTRATO, fue realizada por acuerdo de partes.

21. Ahora bien, debe resaltarse que si la finalidad de la constitución del Fondo de Garantía es asegurar los servicios de HOB y CPS hasta la culminación de los plazos originalmente previstos en los contratos, resulta pertinente que la devolución del íntegro del Fondo de Garantía, en caso se considere aceptarla, debería garantizar la prestación de los servicios por parte de HOB y CPS durante dicho plazo.
22. Sobre el particular, mediante Decreto de Urgencia N° 097-2009, el Poder Ejecutivo autorizó a OSITRAN para que acuerde y suscriba las adendas que modifiquen los Contratos de Supervisión vigentes, con el objeto de asegurar la culminación de la supervisión de la ejecución de las obras adicionales de los Tramos Viales N°s 2, 3 y 4 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil (IIRSA SUR), incluyendo los fondos y/o garantías contractuales.

23. El Décimo Tercer Considerando del Decreto de Urgencia N° 097-2009 prevé lo siguiente:

"(...) compensar a las empresas supervisoras, en atención a las variaciones de metrados y al aumento de las inversiones de las referidas Obras, surgidas como consecuencia de las modificaciones a los Contratos de Concesión mencionados, al no haberse previsto en dicha oportunidad el pago de adicionales para la culminación de la supervisión de la elaboración de los estudios y de la supervisión de la ejecución de las obras adicionales, generados por el incremento en la variación de metrados;"

[El subrayado es nuestro]

24. Como puede advertirse, el Decreto de Urgencia N° 097-2009 regula la controversia de LAS PARTES, detallada en el numeral 13 del presente informe, que diera origen a la incorporación del Fondo de Garantía en el Contrato de Supervisión. Así, si el Decreto de Urgencia N° 097-2009 garantizaría a HOB y CPS, entre otros, la culminación de la supervisión de las obras adicionales del Tramo 4, podría argumentarse que no guardaría coherencia que el Fondo de Garantía previsto en los Contratos de Supervisión, aseguren asimismo los servicios de supervisión hasta su culminación.
25. Sin embargo, debemos hacer notar que, a la fecha, no se ha suscrito la modificación contractual correspondiente, no encontrándose garantizada la culminación del servicio de supervisión.
26. En atención a lo expuesto, en caso se proceda a la devolución del íntegro del monto remanente del Fondo de Garantía a HOB y CPS, cumpliéndose con lo establecido en el Código Civil vigente, somos de la opinión que debe exigirse una Carta Fianza Bancaria de un banco de primer orden por el íntegro del monto remanente del Fondo de Garantía, así como comprometer a HOB y CPS, a fin de suscribir la modificación de los Contratos de Supervisión antes del 31 de diciembre de 2009.

E. Sobre la propuesta de Adenda

27. En mérito al análisis legal esgrimido en los párrafos anteriores, resulta pertinente formular un proceso de negociación directa que viabilice la devolución del íntegro del remanente del Fondo de Garantía a HOB y CPS, toda vez que el Decreto de Urgencia N° 097-2009 estaría garantizando la ejecución del servicio originalmente pactado, hasta la culminación de la Supervisión de las Obras previstas en el Contrato de Supervisión.
28. En este sentido, resulta pertinente formalizar los acuerdos del proceso de la negociación directa, con la suscripción de una adenda al Contrato de Supervisión.

F. Sobre la existencia de Garantías de Fiel Cumplimiento en forma de Póliza de Seguro de Caucción

29. Para garantizar el cabal cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de HOB y CPS, de acuerdo con la Cláusula Novena del CONTRATO existen dos (2) Pólizas de Seguro de Caucción las cuales tiene las características de **solidarias, incondicionales, irrevocables, de realización automática y sin beneficio de excusión, a sólo requerimiento de OSITRAN y/o MTC (Provías Nacional).**

30. En este sentido, y en cuanto a lo que compete a la Gerencia de Administración y Finanzas, quien tiene dentro de sus funciones generales la administración de las garantías y documentos valorados de OSITRAN, debemos señalar que existe en custodia de OSITRAN las Pólizas de Seguro de Caucción N° 6813858-03 y N° 683859-03, emitidas por MAPFRE PERÚ (**se adjunta fotocopias**), a favor OSITRAN y/o MTC (Provías Nacional), cada una por un monto ascendente a USD 668,943.93 (Seiscientos sesenta y ocho mil, novecientos cuarenta y tres y 93/100 Dólares Americanos) las que totalizan un monto ascendente a US\$ 1'337,887.86 (Un millón trescientos treinta y siete mil, ochocientos ochenta y siete y 86/100 Dólares Americanos); que garantiza el fiel cumplimiento de las obligaciones contractuales de HOB y CPS, y se encuentran vigentes, con lo cual quedaría en salvaguarda el cumplimiento de la supervisión de las obras hasta su culminación.

IV. CONCLUSIONES

31. El Fondo de Garantía constituido en base al literal b) de la Cláusula 8.2 del CONTRATO tiene la naturaleza financiera de una retribución que OSITRAN "retiene" hasta la culminación de los plazos originalmente previstos en los Contratos, sin embargo, OSITRAN no puede hacer suyo dicho fondo, en la medida que el Código Civil y el CONTRATO suscrito no lo permite.
32. En cumplimiento a lo previsto en la Adenda N° 3, el Fondo de Garantía es materia de devolución progresiva a HOB y CPS, en siete (7) cuotas mensuales, con la periodicidad señalada en el literal d) de la Cláusula 8.2 del CONTRATO. Dicha devolución garantizaba el término del plazo establecido en la Cláusula 10.2 del CONTRATO, a saber, los 50 meses.
33. Si OSITRAN y, HOB y CPS consideran viable modificar la regulación del Fondo de Garantía, el acuerdo de voluntad de éstas, habilitaría la liberación del íntegro del referido Fondo, tal como ocurrió al momento de su incorporaron en el literal b) de la Cláusula 8.2, a través de la Adenda N° 2 al CONTRATO, o de su devolución

progresiva mediante su incorporación en el literal d) de la Cláusula 8.2, a través de la Adenda N° 3 al CONTRATO.

34. El Decreto de Urgencia N° 097-2009 garantizaría a HOB y CPS, entre otros, la culminación de la supervisión de las obras adicionales del Tramo 3. Sin embargo, a la fecha, no se ha suscrito la modificación contractual correspondiente, no encontrándose garantizada la culminación del servicio de supervisión.
35. En caso se opte por la devolución del íntegro del remanente del Fondo de Garantía, consideramos pertinente la exigencia de una Carta Fianza Bancaria incondicional, irrevocable, sin beneficio de excusión, ni división y de realización automática a sólo requerimiento de OSITRAN, emitida por un banco clasificado como de primer orden, por el íntegro del monto remanente del Fondo de Garantía, salvo mejor parecer. Asimismo, comprometer a HOB y CPS a la suscripción de la modificación de los Contratos de Supervisión antes del 31 de diciembre de 2009.
36. Por último, el cabal cumplimiento de las obligaciones contractuales de HOB y CPS se encuentra garantizado en favor de OSITRAN y/o MTC (Provías Nacional) con la Garantía de Fiel Cumplimiento prevista en la Cláusula Novena del CONTRATO y mencionada en el punto 30 del presente informe.

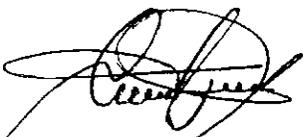
V. RECOMENDACIÓN

37. En atención al numeral 15.1 del CONTRATO³, sugerimos oficial a HOB y CPS para invitarlo a abordar la problemática del Fondo de Garantía, con el objetivo de arribar a una solución amigable. Cabe mencionar que, el representante legal de HOB y CPS debe contar con amplias facultades para negociar y, de ser el caso, solucionar el tema del Fondo de Garantía.

Atentamente,



ROBERTO VELEZ SALINAS
Gerente de Asesoría Legal



CARLOS AGUILAR MEZA
Gerente de Supervisión



IVÁN VEGA LONCHARICH
Gerente de Administración y Finanzas

EPH/gvz
REG.SAL. 21956-09
HR. 21492-09

³ DECIMO QUINTA: CLÁUSULA ARBITRAL

15.1 Por la presente acuerdan que cualquier controversia o reclamo que surja o que se relacione con la ejecución y/o interpretación del presente Contrato, será resuelta por una solución amigable, o por los mecanismos alternativos de solución de controversias o de manera definitiva mediante arbitraje de derecho conforme a las disposiciones establecidas en la Ley General de Arbitraje y el Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

[El subrayado es nuestro]



MAPFRE | PERÚ

**POLIZA DE SEGURO DE CAUCION N° 6813858-03
SUPERVISION PUBLICA**

"LA COMPANIA": MAPFRE PERU COMPANIA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A., con RUC N° 20262380621
Av. 28 de Julio 873, Miraflores

"EL ASEGURADO": ORG. SUPERVISOR DE LA INVERSION EN INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PUBLICO - OSITRAN Y/O MTC (PROVIAS NACIONAL)

"EL AFIANZADO": BOB CONSULTORES S.A. - CPS DE INGENIERIA S.A.C. - CONSORCIO SUPERVISOR INTEROCEANICA SUR
con RUC N° 20512603093, con domicilio legal en
Av. José Galvez Barrenechea N° 592 - Of. 302 SAN ISIDRO/LIMA

"LA COMPANIA" garantiza a "EL ASEGURADO" el pago en efectivo hasta la suma de: SEISCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y TRES Y 93/100 DOLARES AMERICANOS la que resulte obligado a efectuar "EL AFIANZADO" con arreglo a (a/el): Contrato derivado de la LICITACION PUBLICA INTERNACIONAL 0001-2005-MTC/20-OSITRAN, cuyos terminos principales se transcriben a continuación

CONDICIONES PARTICULARES

Objeto de la garantía: SUPERVISION DE LOS ESTUDIOS Y LAS OBRAS DEL CORREDOR VIAL INTEROCEANICO DEL SUR PERU - BRASIL, TRAMO 4 "AZANGARO INANBARI"

Plazo de ejecución: 520 días

Tipo de Garantía: FIDELCOMENTAMIENTO

Vigencia desde el 10 de Marzo del 2009 hasta el 09 de Marzo del 2010, ambos días inclusive.

Suma Asegurada: 668.943,93 DOLARES AMERICANOS

Prima por el periodo de seguro	16.956.00
Derechos de emisión	847.80
IGV	3.382.72
Prima Total	21.186.52

Esta póliza es solidaria, incondicional, irrevocable, de realización automática y sin beneficio de excusión, y por lo tanto la obligación asumida por "LA COMPANIA" frente a "EL ASEGURADO" será cumplida según los términos de la cláusula sexta de las condiciones generales de la presente póliza.

La suma asegurada de esta póliza no podrá exceder en ningún caso ni por ningún concepto la cantidad arriba indicada.

Toda obligación de "LA COMPANIA" con respecto a esta póliza cesará a los quince (15) días del vencimiento de la misma, cualquier recurso contra "LA COMPANIA", para ser válido deberá ser comunicado formalmente antes de esta fecha, de conformidad con el Art. 1898 del Código Civil vigente.

De conformidad con la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros - Ley N° 26702 y de acuerdo a la solicitud de seguro presentada por "EL AFIANZADO", "LA COMPANIA" suscribe esta póliza.

Para armonizar este compromiso se extiende el Certificado de caución N° 6813858-03 a favor de "EL ASEGURADO", el mismo que forma parte integrante de la presente póliza.

La presenta anula y reemplaza para todos sus efectos la póliza N° 6813858-02

Miraflores, 06 de Marzo de 2009.

MAPFRE PERU CIA. DE SEGUROS Y REASEGUROS

JAVIER GUZMAN - BARRÓN ESCOBEDO
Director
Unidad de Caución

MAPFRE PERU CIA. DE SEGUROS Y REASEGUROS

GONZALO ABAD
Director Adjunto
Unidades de Negocios



MAPFRE PERÚ

**POLIZA DE SEGURO DE CAUCION N° 6813859-03
SUPERVISION PUBLICA**

"LA COMPAÑIA": MAPFRE PERU COMPAÑIA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A., con RUC N° 20202380621
Av. 28 de Julio 873 Miraflores

"EL ASEGURADO": ORG. SUPERVISOR DE LA INVERSION EN INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PUBLICO - OSITRAN Y/O MTC (PROVIAS NACIONAL)

"EL AFIANZADO": HOB CONSULTORES S.A. - CPS DE INGENIERIA S.A.C. - CONSORCIO SUPERVISOR INTEROCEANICA SUR
con RUC N° 20512603093, con domicilio legal en
Av. José Galvez Barrenechea N° 592 - Of. 302 SAN ISIDRO/LIMA

"LA COMPAÑIA" garantiza a "EL ASEGURADO" el pago en efectivo hasta la suma de: SEISCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y TRES Y 93/100 DOLARES AMERICANOS
La que resulte obligado a efectuar "EL AFIANZADO" con arreglo a (al/el):
Contrato derivado de la LICITACION PUBLICA INTERNACIONAL 0001-2005-MTC/20 OSITRAN,
cuyos términos principales se transcriben a continuación

CONDICIONES PARTICULARES

Objeto de la garantía:
"SUPERVISION DE LOS ESTUDIOS Y LAS OBRAS DEL CORREDOR VIAL INTEROCEANICO DEL SUR PERU - BRASIL; TRAMO 4: AZANGARO INANBARI".

Plazo de ejecución: 1.520 días

Tipo de Garantía: FIEL CUMPLIMIENTO

Vigencia desde el 10 de Marzo del 2009 hasta el 09 de Marzo del 2010, ambos días inclusive.

Suma Asegurada: 666.943.93 DOLARES AMERICANOS

Prima por el período de seguro	16,956.00
Derechos de emisión	847.80
IGV	3,282.72
Prima Total	21,186.52

Esta póliza es solidaria, incondicional, irrevocable, de realización automática y sin beneficio de excusión, y por lo tanto la obligación asumida por "LA COMPAÑIA" frente a "EL ASEGURADO" será cumplida según los términos de la cláusula sexta de las condiciones generales de la presente póliza.

La suma asegurada de esta póliza no podrá exceder en ningún caso ni por ningún concepto la cantidad arriba indicada.

Toda obligación de "LA COMPAÑIA" con respecto a esta póliza cesará a los quince (15) días del vencimiento de la misma, cualquier recurso contra "LA COMPAÑIA", para ser válido deberá ser comunicado formalmente antes de esta fecha, de conformidad con el Art. 1898 del Código Civil vigente.

De conformidad con la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros - Ley N° 26702 y de acuerdo a la solicitud de seguro presentada por "EL AFIANZADO", "LA COMPAÑIA" suscribe esta póliza.

Para armonizar este compromiso se extiende el Certificado de caución N° 6813859-03 a favor de "EL ASEGURADO", el mismo que forma parte integrante de la presente póliza.

La presenta anula y reemplaza para todos sus efectos la póliza N° 6813859-02

Miraflores, 06 de Marzo de 2009.

MAPFRE PERU CIA. DE SEGUROS Y REASEGUROS

JAVIER GUZMÁN BARRÓN ESCOBEDO
Director
Unidad de Caución

MAPFRE PERU CIA. DE SEGUROS Y REASEGUROS

GOZALO ARAD
Gestor Adjunto
Unidades de Negocios