

RESOLUCIÓN DE PRESIDENCIA

Lima, 04 septiembre de 2009

Nº 048-2009-PD-OSITRAN

VISTO: El Informe Nº 002-09-GAF-GAL-OSITRAN elaborado por la Gerencia de Administración y Finanzas y la Gerencia de Asesoría Legal, el cual contiene la justificación legal y técnica de la procedencia y necesidad de la exoneración; y,

CONSIDERANDO:

1. Que, el literal f) del Artículo 20º del Decreto Legislativo Nº 1017 - Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, LCE), establece que están exoneradas de los procesos de selección las contrataciones que se realicen para los servicios personalísimos.¹ Al respecto, el mencionado Artículo 20º *in fine* de la LCE señala que el Reglamento establecerá las formalidades, condiciones y requisitos complementarios que corresponden a cada una de las causales de exoneración;
2. Que, en tal virtud, el Artículo 132º del D.S. Nº 184-2008-EF que aprueba el Reglamento de la LCE², establece que procede la referida

1

"Artículo 20º.- Exoneración de procesos de selección

Están exonerados de los procesos de selección las contrataciones que se realicen:

(...)

f) Para los servicios personalísimos con la debida sustentación objetiva.

(...)"

2

Artículo 132.- Servicios Personalísimos

Quando exista un requerimiento de contratar servicios especializados profesionales, artísticos, científicos o tecnológicos, procede la exoneración por servicios personalísimos para contratar con personas naturales o jurídicas, siempre que se sustente objetivamente lo siguiente:

1. Especialidad del proveedor, relacionada con sus conocimientos profesionales, artísticos, científicos o tecnológicos que permitan sustentar de modo razonable e indiscutible su adecuación para satisfacer la complejidad del objeto contractual.

2. Experiencia reconocida en la prestación objeto de la contratación.

3. Comparación favorable frente a otros potenciales proveedores que estén en la capacidad de brindar el servicio.

Se encuentran incluidos en esta clasificación los servicios de publicidad que prestan al Estado los medios de comunicación televisiva, radial, escrita o cualquier otro medio de comunicación, en atención a las características particulares que los distinguen.

Las prestaciones que se deriven de los contratos celebrados al amparo del presente artículo no serán materia de subcontratación ni de cesión de posición contractual.⁰

[El subrayado es nuestro]

exoneración cuando exista un requerimiento de contratar servicios especializados profesionales; pudiéndose en tal caso, contratar con personas naturales o jurídicas, siempre que se sustente objetivamente lo siguiente:

- (i) Especialidad del proveedor, relacionada con sus conocimientos profesionales que permitan sustentar de modo razonable e indiscutible su adecuación para satisfacer la complejidad del objeto contractual;
- (ii) Experiencia reconocida en la prestación objeto de la contratación;
- (iii) Comparación favorable frente a otros potenciales proveedores que estén en la capacidad de brindar el servicio;

3. Que, mediante Notificación N° 102527-2009-JR-CA, del 5 de mayo de 2009, el Poder Judicial notifica a OSITRAN de la demanda contencioso administrativa interpuesta por Lima Airport Partners S.R.L. (en adelante, LAP o el Concesionario) contra OSITRAN, en la cual se pretende lo siguiente:

- (i) Cuestionar el valor de la variable RPI, señalada en la Resolución N° 064-008-CD-OSITRAN, solicitando que se declare su nulidad, por contravenir el principio de legalidad;
- (ii) Solicita que se declare que el valor de la variable RPI, para el reajuste de las tarifas reguladas para el periodo 2009 a 2013, se determine en función al PROMEDIO DE LAS VARIACIONES DEL ÍNDICE DE PRECIOS AL CONSUMIDOR de los EE.UU., de los últimos doce (12) meses;
- (iii) De resultar negativa la pretensión principal, solicita que se interprete que lo dispuesto por la Resolución N° 064-008-CD-OSITRAN establece como variable RPI al PROMEDIO DE LAS VARIACIONES DEL ÍNDICE DE PRECIOS AL CONSUMIDOR de los EE.UU., de los últimos doce (12) meses;
- (iv) Se reconozca el pago de una indemnización por los daños y perjuicios generados como consecuencia de la ejecución de la Resolución N° 064-008-CD-OSITRAN que habría impedido que LAP obtenga mayores ingresos en el ejercicio de su actividad como consecuencia del menor costo de las tarifas trasladadas al usuario;

4. Al respecto, teniendo en consideración que:
- (i) La demanda contencioso administrativa plateada por LAP cuestiona los criterios de determinación de la variable RPI con los cuales ha venido trabajando OSITRAN en los diferentes procedimientos de revisión tarifaria de los diversos contratos de concesión, tales como: Terminal Portuario de Matarani (2004-2009) y Tarifa por Uso de Instalaciones en el Aeropuerto Internacional Jorge Chavez (2004-2008);
 - (ii) De obtener el Concesionario una sentencia favorable, se podría generar una afectación al interés del público usuario, dado que LAP estaría en posibilidad de disponer, entre otros, el aumento de la Tarifa Única por Uso de Aeropuerto (TUUA) y otras tarifas;
 - (iii) A la fecha el Organismo Regulador tiene una alta carga de trabajo, a lo cual se ha sumado la reducción de los plazos para la emisión de opinión en las solicitudes de adenda de contratos de concesión, así como para la emisión de opinión previa de los proyectos de contrato de concesión^{3 4};
5. Que, en vista de las implicancias que guarda el proceso contencioso administrativo iniciado por LAP, respecto de la competencia de OSITRAN y la afectación a los usuarios, y teniendo en consideración que ello implica necesariamente una dedicación especial al proceso judicial en trámite, es que consideramos pertinente que el patrocinio judicial de los intereses de OSITRAN sea encargado a un abogado externo, especializado;

3

En este punto debemos precisar que en la emisión de los correspondientes informes participan tanto la Gerencia de Asesoría Legal como la Gerencia de Regulación, órganos que, entre otras funciones, deberán coordinar sus acciones para defender los intereses de OSITRAN ante las instancias judiciales en los procesos que involucren, como en el presente caso, aspectos tarifarios.

4

Al respecto, debemos precisar que OSITRAN tramitaba, en aplicación supletoria de la Ley del Procedimiento Administrativo General, las solicitudes de emisión de opinión respecto de nuevos contratos y de addenda de contratos, en un plazo máximo de 30 días.

Dicha situación cambió posteriormente con la emisión del Decreto Legislativo N° 1012, publicado el 13 de mayo de 2008, el cual estableció un plazo máximo de 15 días para la emisión de opinión respecto del diseño final de los contratos de asociación público – privada.

Asimismo, el Decreto Supremo N° 146-2008-EF, publicado el 9 de diciembre de 2008, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, estableció un plazo de **10 días** para que el Regulador emita opinión respecto de las propuestas de adenda de contratos en asociación público – privada.

Incluso más recientemente el Poder Ejecutivo ha establecido a través del Decreto Supremo N° 038-2009-PCM, del 11 de junio de 2009, como **falta grave** (y consecuentemente como causal de vacancia del cargo de miembro del Consejo Directivo), la **“inobservancia injustificada de los plazos legales”**.

6. Que, en consecuencia, por el nivel de especialización necesario para el servicio de consultoría legal, consideramos que se requiere externalizar el servicio en un abogado, especialista en Derecho Administrativo, con amplia experiencia en materia de Derecho Administrativo, a efectos de que asesore y patrocine a OSITRAN en la tramitación del proceso judicial precedentemente señalado;
7. Que, el Artículo 21º de la LCE⁵ y los Artículos 133º y 134º del Reglamento de la LCE⁶, señalan que las exoneraciones se aprobarán mediante Resolución del Titular del Pliego de la Entidad; requiriéndose obligatoriamente informes técnico y legal previos, que contenga la justificación técnica y legal de la procedencia y necesidad de la exoneración;
8. Que, sobre el particular, la Gerencia de Administración y Finanzas y la Gerencia de Asesoría Legal han elaborado el Informe N° 001-09-GAF-GAL-OSITRAN, el cual forma parte integrante de la presente esta Resolución y contiene la justificación técnica y legal de la procedencia y necesidad de la exoneración;
9. Que, de otro lado, el Artículo 135º del Reglamento de la LCE⁷ regula el procedimiento a que deben someterse las contrataciones exoneradas,

5

Artículo 21.- Formalidades de las contrataciones exoneradas

Las contrataciones derivadas de exoneración de procesos de selección se realizarán de manera directa, previa aprobación mediante Resolución del Titular de la Entidad, Acuerdo del Directorio, del Consejo Regional o del Consejo Municipal, según corresponda, en función a los informes técnico y legal previos que obligatoriamente deberán emitirse.

6

Artículo 133.- Informe Técnico-Legal previo en caso de Exoneraciones

La resolución o acuerdo que apruebe la exoneración del proceso de selección requiere obligatoriamente de uno (1) o más informes previos, que contengan la justificación técnica y legal de la procedencia y necesidad de la exoneración. En el caso de las empresas públicas, la aprobación de las exoneraciones le corresponde al Directorio.

Artículo 134.- Publicación de las resoluciones o acuerdos que aprueban las Exoneraciones

Las resoluciones o acuerdos que aprueben las exoneraciones y los informes que los sustentan, salvo la causal prevista en el inciso d) del artículo 20 de la Ley, serán publicadas a través del SEACE dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su emisión o adopción, según corresponda.

En el mismo plazo, la referida información deberá ser comunicada a la Contraloría General de la República, con copia a los Órganos de Control Institucional de las Entidades que cuenten con dicho Órgano.

7

Artículo 135.- Procedimiento para las contrataciones exoneradas

La Entidad efectuará las contrataciones en forma directa mediante acciones inmediatas, requiriéndose invitar a un solo proveedor, cuya propuesta cumpla con las características y condiciones establecidas en las Bases, las cuales sólo deben contener lo indicado en los literales b), c), e), h) e i) del artículo 26 de la Ley. La propuesta podrá ser obtenida, por cualquier medio de comunicación, incluyendo el facsímil y el correo electrónico.

entre los que se encuentran los servicios personalísimos, precisándose que la Entidad efectuará las contrataciones en forma directa mediante acciones inmediatas, requiriéndose invitar a un solo proveedor, cuya propuesta cumpla con las características y condiciones establecidas en las Bases, las cuales sólo deben contener lo indicado en los literales b), c), e), h) e i) del artículo 26º de la LCE⁸. La propuesta podrá ser obtenida por cualquier medio de comunicación, incluyendo facsímil y el correo electrónico;

10. Que, asimismo, el mencionado Artículo 135º del Reglamento de la LCE precisa que la exoneración se circunscribe al proceso de selección; por lo que los actos preparatorios y contratos que se celebren como consecuencia de aquella, deben cumplir con los respectivos requisitos, condiciones, formalidades, exigencias y garantías que se aplicarían de haberse llevado a cabo el proceso de selección correspondiente;
11. Que, en ese sentido, la Gerencia de Administración y Finanzas ha verificado que los actos preparatorios materia de la presente Resolución han cumplido con los correspondientes requisitos, condiciones, formalidades, exigencias y garantías que se hubiesen aplicado de haberse llevado a cabo el proceso de selección correspondiente;

La exoneración se circunscribe a la omisión del proceso de selección; por lo que los actos preparatorios y contratos que se celebren como consecuencia de aquella, deben cumplir con los respectivos requisitos, condiciones, formalidades, exigencias y garantías que se aplicarían de haberse llevado a cabo el proceso de selección correspondiente.

La contratación del bien, servicio u obra objeto de la exoneración, será realizada por el órgano encargado de las contrataciones de la Entidad o el órgano designado para el efecto.

El cumplimiento de los requisitos previstos para las exoneraciones, en la Ley y el presente Reglamento, es responsabilidad del Titular de la Entidad y de los funcionarios que intervengan en la decisión y ejecución.

8

Artículo 26.- Condiciones mínimas de las Bases

Las Bases de un proceso de selección serán aprobadas por el Titular de la Entidad o por el funcionario al que le hayan delegado esta facultad y deben contener obligatoriamente, con las excepciones establecidas en el Reglamento para la adjudicación de menor cuantía, lo siguiente:

- (...)
- b) *El detalle de las características técnicas de los bienes, servicios u obras a contratar; el lugar de entrega, elaboración o construcción, así como el plazo de ejecución, según el caso. Este detalle puede constar en un Anexo de Especificaciones Técnicas o, en el caso de obras, en un Expediente Técnico;*
- c) *Las garantías, de acuerdo a lo que establezca el Reglamento;*
- (...)
- e) *La definición del sistema y/o modalidad a seguir, conforme a lo dispuesto en la presente norma y su Reglamento;*
- (...)
- h) *La proforma de contrato, en la que se señale las condiciones de la contratación, salvo que corresponda sólo la emisión de una orden de compra o de servicios. En el caso de contratos de obras, figurarán necesariamente como anexos el Cronograma General de Ejecución de la obra, el Cronograma de los Desembolsos previstos presupuestalmente y el Expediente Técnico;*
- i) *El Valor Referencial y las fórmulas de reajuste en los casos que determine el Reglamento;*
- (...)

12. Que, en vista de la necesidad de contratar servicios especializados profesionales, consideramos que el Dr. Juan Francisco Rojas Leo, cumple los requisitos establecidos por el Artículo 132º del Reglamento de la LCE, situación que ha sido analizada en el Informe de vistos;
13. Que, la contratación de los servicios del Dr. Juan Francisco Rojas Leo, equivale a un monto máximo ascendente a US\$ 40 000,00 (Cuarenta Mil y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América), incluyendo gastos procesales, honorarios de éxito e impuestos de ley;
14. Que, al respecto, es preciso señalar que el plazo de ejecución del contrato se inicia a partir de la suscripción del mismo y finalizará cuando se concluya definitivamente el proceso judicial, incluyendo los incidentes procesales que se pudiesen promover dentro del ámbito contencioso – administrativo;
15. Que, asimismo, la Gerencia de Administración y Finanzas ha verificado que se cuenta con la disponibilidad presupuestal necesaria, para la exoneración del proceso de selección que corresponde para la contratación del servicio personalísimo materia de la presente Resolución;
16. Que, de otro lado , la Gerencia de Administración y Finanzas ha verificado que la referida contratación por servicios personalísimos se encuentra incluida en el Plan Anual de Contrataciones de OSITRAN en el presente ejercicio de 2009;
17. Que, según lo analizado en el Informe de vistos, se justifica técnica y legalmente la contratación del referido servicio especializado, mediante la correspondiente exoneración del procedimiento de selección, cumpliéndose así con lo establecido en el literal f) del Artículo 20º de la LCE;
18. Que, para tales efectos, y según lo dispuesto en el Artículo 21º de la LCE, la exoneración a la que se hace referencia en los considerandos precedentes, deberá ser aprobada mediante Resolución del titular del pliego de la entidad;
19. Que, en virtud de lo dispuesto por el literal a) del artículo 56º del Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público, aprobado mediante

Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, el Presidente de OSITRAN ejerce la titularidad del pliego presupuestal, correspondiéndole, en consecuencia, aprobar la referida exoneración al Proceso de Selección;

20. Que, conforme a lo dispuesto por el Artículo 134° del Reglamento de la LCE *“Las resoluciones o acuerdos que aprueben las exoneraciones y los informes que los sustentan, salvo la causal prevista en el inciso d) del artículo 20 de la Ley, serán publicadas a través del SEACE dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su emisión o adopción, según corresponda (...)”*, debiéndose en el mismo plazo comunicar dicha información a la *“... Contraloría General de la República, con copia a los Órganos de Control Institucional de las Entidades que cuenten con dicho Órgano.”*

Por lo expuesto, **SE RESUELVE:**

Artículo Primero.- Aprobar la exoneración al Proceso de Selección que corresponde para la contratación de manera directa, del servicio personalísimo referido en la parte considerativa de la presente Resolución; en consecuencia, encargar a la Gerencia de Administración y Finanzas de OSITRAN que realice las acciones correspondientes para la contratación del Dr. Juan Francisco Rojas Leo.

Artículo Segundo.- Autorizar que los servicios personalísimos a que se refiere el artículo anterior, sean contratados hasta por un monto de US\$ 40 000,00 (Cuarenta Mil y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América), incluyendo gastos procesales, honorarios de éxito e impuestos de ley; y, que el plazo para la prestación de los servicios personalísimos sea a partir de la suscripción del correspondiente contrato y finalizará cuando se concluya definitivamente el proceso judicial incluyendo los incidentes procesales que se pudiesen promover.

El egreso que demande la contratación mencionada será con cargo a recursos propios del presupuesto de OSITRAN para el presente ejercicio fiscal, disponiéndose las acciones necesarias para garantizar que el saldo que quedara pendiente sea cubierto con cargo al presupuesto correspondiente al ejercicio 2010.

Artículo Tercero.- Encargar a la Gerencia General que remita copia de la presente Resolución y del Informe N° 002-09-GAF-GAL-OSITRAN, que sustenta esta exoneración, a la Contraloría General de la República y al

Órgano de Control Institucional de OSITRAN, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de su aprobación.

Artículo Cuarto.- Encargar a la Gerencia General que ejecute las acciones necesarias para que la presente Resolución sea publicada dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su emisión en el SEACE y a través de la página Web de OSITRAN (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, Comuníquese y Difúndase.

JUAN CARLOS ZEVALLOS UGARTE
Presidente del Consejo Directivo

Reg. Sal. Nº PD 16342-09