

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 041-2006-CD-OSITRAN

Lima, 19 de julio de 2006

VISTOS:

El Informe Nº 039-06-GAL-OSITRAN de fecha 14 de julio de 2006 y el proyecto de Resolución de Consejo Directivo presentados por la Gerencia General; y,

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 01 de junio de 2006, CONCESIONARIA IIRSA NORTE S.A. (en adelante el Concesionario), remitió a OSITRAN la Carta Nº 073-CINSA-OSITRAN, mediante la cual determinó, a mayo de 2005, el monto de "Inversión Proyectada" correspondiente a la ejecución de las obras de Rehabilitación y Mejoramiento;

Que, con fecha 06 de junio de 2006, OSITRAN remitió al Concesionario el Oficio Nº 203 – 06 – GAF – OSITRAN, mediante el cual se le notificó el calendario de pagos que contenía los montos que la empresa concesionaria debía entregar al fondo del fideicomiso y a OSITRAN, por concepto de Pago por Supervisión de Obras y Seguimiento y Control de Supervisión, respectivamente; estableciéndose en dicha comunicación, que el primer pago que debía efectuar el concesionario por los referidos conceptos eran los siguientes:

- a) Pago por supervisión de obras: US \$ 2' 280, 286.83.
- b) Pago por Seguimiento y control de Supervisión: US \$ 285, 035.85;

Que, con fecha 12 de junio de 2006, el Concesionario remitió a OSITRAN una comunicación en la que señaló su desacuerdo con los montos referidos por OSITRAN, argumentando lo siguiente;

- a) La Circular Nº 47 emitida por PROINVERSIÓN impuso un monto máximo para el PAO y para el PAMO, modificando las condiciones del proceso, sin que se permitiese presentar nuevas Propuestas Técnicas con el fin de cambiar el monto de Inversión Proyectada para hacerlo consistente y correspondiente con la nueva Oferta Económica;
- b) En aplicación de la Circular Nº 49, presentaron una nueva Oferta Económica, reduciendo el valor del PAO originalmente presentado, hasta la suma de US \$ 29' 450, 963, lo que implicó una reducción significativa del monto referencial de la "Inversión Proyectada";
- c) La Inversión proyectada de la Propuesta Técnica no debe ser considerada como referente para el cálculo de los pagos al supervisor y a OSITRAN, pues "existe un desbalance" entre ésta y la Oferta Económica;

- d) La interpretación literal que ha efectuado OSITRAN, se opone a la “común intención de las partes”;

Que, en la comunicación a que se refiere el considerando anterior, el Concesionario solicitó a OSITRAN lo siguiente;

- a) Que, respecto a la diferencia existente entre el tope máximo (de 4%) y la alícuota correspondiente al supervisor (de 3.695%), en caso el pago efectuado cubriese la diferencia, dicho monto fuese destinado al Concedente para que éste lo aplique como parte del PAMO;
- b) Que, OSITRAN rectifique la base de cálculo en los próximos requerimientos de pago, considerándose los montos de Inversión Projectada establecidos por el Concesionario;

Que, de acuerdo a lo establecido en el contrato de concesión y demás documentos licitatorios, el Estado manifestó expresamente su voluntad, manteniendo en los mismos términos la Propuesta Técnica, la cual nunca fue modificada durante el proceso licitatorio, y requiriendo una Oferta Económica acorde con los montos máximos establecidos en la Circular N° 47;

Que, el Concesionario se obligó frente al Estado por los términos integrales de su oferta, compuesta por la Propuesta Técnica (presentada el 03 de mayo de 2005) y su nueva Oferta Económica (presentada por él mismo con fecha 05 de mayo de 2005), por lo que la Oferta Económica presentada por el Concesionario con fecha 03 de mayo, quedó sin efecto con la emisión de la Circular N° 47 y la presentación de la nueva Oferta Económica presentada por éste en cumplimiento y con arreglo a dicha Circular;

Que, los montos máximos de PAMO y PAO determinados por el Estado, atienden a un orden distinto de obligaciones contractuales, relacionadas a las obligaciones del Concedente para con el Concesionario, por lo que son independientes de aquello que se consideró como referente para determinar los pagos al Supervisor y a OSITRAN, la Inversión Projectada de la Propuesta Técnica;

Que, no existe duda respecto a lo que constituyó la voluntad del Estado y de la propia empresa Concesionaria, expresamente manifestada con la presentación de la Propuesta Técnica de fecha 03 de mayo de 2005 y la Oferta Económica de fecha 05 de mayo de 2005, así como por los demás documentos licitatorios y comunicaciones emitidas por el Estado;

Que, la necesidad de aplicar diversos métodos de interpretación contractual para desentrañar la común intención de las partes, es una falsa premisa en la que el Concesionario sustenta su pretensión;

Que, luego de la revisión y discusión del análisis y conclusiones de dicho informe, el Consejo Directivo lo hace suyo, incorporándolo a la parte considerativa de la presente resolución;

Que, en consecuencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 7.1, literal e) de la Ley N° 26917, que faculta a OSITRAN interpretar los títulos en virtud de los cuales las entidades prestadoras realizan sus actividades de explotación; y, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su sesión de fecha 19 de julio de 2006;

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- Ratificar la interpretación del Contrato de Concesión sobre los Tramos Viales del Eje Multimodal del Amazonas Norte del “Plan de Acción para la Integración de Infraestructura Regional de Sudamérica – IIRSA”, efectuada por los órganos funcionales de OSITRAN, en el sentido que los pagos por concepto de Pago por Supervisión de Obras y por Seguimiento y Control de Supervisión, se determinan en base a la Inversión Proyectada establecida en la Oferta Técnica del Concesionario.

Artículo 2.- Ratificar la interpretación del Contrato de Concesión sobre los Tramos Viales del Eje Multimodal del Amazonas Norte del “Plan de Acción para la Integración de Infraestructura Regional de Sudamérica – IIRSA”, efectuada por los órganos funcionales de OSITRAN, en el sentido que, el monto de dicha Inversión Proyectada establecida en la Oferta Técnica del Concesionario, asciende a la suma de US \$ 333' 229, 515.28, suma que es el referente de cálculo para establecer los Pagos por Supervisión de Obras y por Seguimiento y Control de Supervisión que deberá efectuar el Concesionario, al Supervisor y a OSITRAN, respectivamente.

Artículo 3.- Desestimar la solicitud de CONCESIONARIA IIRSA NORTE S.A. presentada ante OSITRAN con fecha 12 de junio de 2006;

Artículo 4.- Notificar la presente Resolución a CONCESIONARIA IIRSA NORTE S.A. y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Artículo 5.- Autorizar la publicación de la presente Resolución en la página web institucional (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ALEJANDRO CHANG CHIANG
Presidente

INFORME N° 039-06-GAL-OSITRAN

Para : Ernesto Mitsumasu Fujimoto
Gerente General

c.c. : Gonzalo Ruiz Díaz
Gerente de Regulación

Víctor Carlos Estrella
Gerente de Supervisión

Asunto : Alcance del Numeral 8.20 y de la definición de la
“Inversión Proyectada” de la Cláusula Primera del
Contrato de concesión de IIRSA Norte

Fecha : 14 de julio de 2006

I. OBJETIVO:

El objeto del presente informe es emitir opinión respecto a los alcances de la definición de “Inversión Proyectada” del Numeral 1.5 y del Numeral 8.20 de la Sección Octava, del Contrato de concesión para la construcción, Rehabilitación, Mejoramiento, Conservación, y Explotación de los Tramos viales del Eje Multimodal Amazonas Norte, del “Plan de acción para la Integración de la Infraestructura Regional Sudamericana – IIRSA”, con el fin de someterla a consideración del Consejo Directivo de OSITRAN.

II. MARCO LEGAL

El Numeral 7.1 del Artículo 7° de la Ley N° 26917 - Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público, establece lo siguiente:

<<Artículo 7°

Funciones

7.1 Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

(...)

e) Interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.

(...)>>

III. ANTECEDENTES:

1. Con fecha 01 de junio de 2006, CONCESIONARIA IIRSA NORTE S.A. (en adelante el Concesionario), remitió a OSITRAN la Carta N° 073-CINSA-OSITRAN, mediante la cual determina el monto de “Inversión Proyectada”

correspondiente a la ejecución de las obras de Rehabilitación y Mejoramiento, la misma que alcanzó los siguientes montos, a mayo de 2005:

- a. Primera Etapa: US \$ 155' 865, 829.00
 - b. Segunda Etapa: US \$ 49' 634, 171.00
2. Con fecha 06 de junio de 2006, OSITRAN remite al Concesionario el Oficio N° 203 – 06 – GAF – OSITRAN, mediante el cual se remite el calendario de pagos que contiene los montos que la empresa concesionaria debe entregar al fondo del fideicomiso y a OSITRAN, por concepto de Pago por Supervisión de Obras y Seguimiento y Control de Supervisión, respectivamente. En dicha comunicación, se establece que el primer pago que debe efectuar el concesionario por los referidos conceptos son los siguientes:
- a. Pago por supervisión de obras: US \$ 2' 280, 286.83.
 - b. Pago por Seguimiento y control de Supervisión: US \$ 285, 035.85.
3. Con fecha 12 de junio de 2006, el Concesionario remite a OSITRAN una comunicación en la que señala lo siguiente:
- a. Está en desacuerdo con la fijación del monto de US \$ 333, 229, 525.52, tomado como base de cálculo para la determinación de los montos a pagar por concepto de Pago por supervisión de obras y Seguimiento y control de Supervisión.
 - b. Paga “bajo protesto”, con el fin de no verse imputados por supuestos incumplimientos y la consiguiente aplicación de penalidades.
 - c. Sustenta los anterior en las razones siguientes:
 - La Circular N° 47 emitida por PROINVERSIÓN impuso un monto máximo para el PAO y para el PAMO, modificando las condiciones del proceso, sin que se permita presentar nuevas Propuestas Técnicas con el fin de cambiar el monto de Inversión proyectada para hacerlo consistente y correspondiente con la nueva oferta económica.
 - En aplicación de la Circular N° 49, presentaron una nueva Oferta Económica, reduciendo el valor del PAO originalmente presentado, hasta la suma de US \$ 29' 450, 963, lo que implicó una reducción significativa del monto referencial de la “Inversión Proyectada”.
 - La Inversión proyectada de de Propuesta Técnica no debe ser considerada como referente para el cálculo de los pagos al supervisor y a OSITRAN, pues “existe un desbalance” entre ésta y la Oferta Económica
 - Debe existir correspondencia entre los pagos al Supervisor y a OSITRAN, el monto de la “Inversión Proyectada” y el monto de la Oferta Económica inicial del concesionario.
 - La interpretación literal que ha efectuado OSITRAN, se opone a la “común intención de las partes”.

- d. Solicita a OSITRAN que, respecto a la diferencia existente entre el tope máximo (de 4%) y la alícuota correspondiente al supervisor (de 3.695%), en caso el pago efectuado cubriese la diferencia, dicho monto sea destinado al Concedente para que éste lo aplique como parte del PAMO.
- e. Solicita a OSITRAN rectificar la base de cálculo en los próximos requerimientos de pago, considerándose los montos de Inversión Proyectada establecidos por el Concesionario.

IV. ANALISIS:

1. De manera previa al análisis, a continuación se transcribe las estipulaciones contractuales relevantes para llevar a cabo el objetivo del presente informe:

<< **Inversión Proyectada**

Es aquella establecida por el Adjudicatario de la Buena Pro del Concurso **en su Oferta Técnica de conformidad con lo dispuesto en la Sección 7.1 de las Bases**. El monto señalado es referencial, incluye los costos de Construcción y Rehabilitación e incluye el Impuesto General a las Ventas, siendo su utilización única y exclusivamente para los efectos de los cálculos previstos en el Contrato. El monto de inversión que el CONCESIONARIO ejecute será determinado específicamente por él teniendo como objetivo el cumplimiento de las obligaciones del Contrato.>>

(...)

<< Régimen Económico: Pagos del CONCESIONARIO por concepto de Supervisión de Obras

8.20.- El CONCESIONARIO **deberá cubrir los gastos que demande la supervisión de Obras durante el período de Construcción, así como el seguimiento y control de la Supervisión de las mismas para los fines exclusivamente de este Contrato.**

El pago por la supervisión de Obras será equivalente a un monto no mayor un 4% de la Inversión Proyectada de cada etapa. El REGULADOR comunicará al CONCESIONARIO el monto a pagar directamente al fideicomiso señalado más adelante, tan pronto contrate los servicios del supervisor de Obras.

La supervisión de cada etapa será pagada por el CONCESIONARIO en cuatro cuotas semestrales iguales conforme a lo siguiente:

Primera Etapa: La primera cuota deberá ser pagada a más tardar a los dos (02) meses de la Fecha de Vigencia de las Obligaciones, y las tres cuotas restantes con vencimientos semestrales.

Segunda Etapa: La primera deberá ser pagada a más tardar al mes siguiente de verificada la culminación de las Obras de la Primera Etapa, y las tres cuotas restantes con vencimientos semestrales.

Los montos antes señalados deberán ser depositados en un fondo de fideicomiso que será constituido por el CONCESIONARIO a su costo, y que se instrumentará conforme a las instrucciones que imparta el REGULADOR. Este fondo tendrá como objeto, el pago al Supervisor de Obras que sea designado por el REGULADOR para los efectos de este Contrato.

En caso existiera una diferencia en relación al monto previsto y al efectivamente abonado, éste será cancelado por el CONCESIONARIO directamente al CONCEDENTE, a fin de

que dicho monto se incorpore a la parte del PAMO que corresponda para cubrir los gastos de Mantenimiento Rutinario, siendo cancelado en las mismas oportunidades de los pagos correspondientes a la supervisión.

Adicionalmente, **el CONCESIONARIO pagará directamente el REGULADOR por concepto de Seguimiento y Control de Supervisión un monto equivalente al 0,5% de la Inversión Proyectada de cada etapa.** Los pagos por este concepto se realizarán en las mismas fechas en que se efectúen los depósitos al fondo de Fideicomiso. El depósito se realizará conforme lo indique el REGULADOR. >>

2. En un primer orden de consideraciones, se debe analizar la validez de los argumentos del Concesionario respecto a lo que constituye la “intención de las partes” al suscribir el contrato de concesión. Para tal efecto, es necesario tomar en cuenta lo establecido por las Bases de la Licitación, con relación a los efectos que surten las Circulares durante el proceso licitatorio.

Al respecto, el Numeral 3.1.3.2. de las Bases establece lo siguiente:

<< 3.1.3. Circulares

(...)

3.1.3.2. Las Circulares emitidas por el Comité formarán parte integrante de estas Bases, **siendo, en consecuencia, jurídicamente vinculantes para todos los Adquirientes, Postores y Postores Calificados.** >>

3. De acuerdo a lo anterior, los términos en los que el Estado invita a contratar están establecidos en las Bases y las Circulares, de modo que siendo éstas jurídicamente vinculantes para los postores, es claro que condicionan y determinan la presentación de las propuestas de los postores ante el órgano licitante. Al respecto, las Bases están definidas como “el documento, incluidos sus Formularios, Anexos, Apéndices y las Circulares emitidas por el Comité, que fijó los términos bajo los cuales se desarrolló el concurso.”
4. Asimismo, el Numeral 16.3 del contrato de concesión señala que “*en caso de divergencia en la interpretación de este Contrato, las partes seguirán el siguiente orden de prelación para resolver la situación:*
 - a. *El Contrato; y,*
 - b. *Las Bases*”.
5. En ese sentido, conviene considerar lo que establece el “principio de integración” instrumental del Contrato, con relación a los efectos y alcances de las Bases. Al respecto, Roberto Dromi¹, tratadista argentino, señala lo siguiente al referirse al *pliego*² como fuente de interpretación del Contrato:

<< El contrato debe ser interpretado en el marco de las obligaciones descriptas en los pliegos en general, particular y de especificaciones técnicas, y en la restante documentación licitatoria. Esta es una consecuencia obligada del principio de

¹ En: “Licitación Pública”, pag. 492-493. Editorial *Ciudad Argentina*, Buenos Aires, 1999.

² Los “pliegos de condiciones” son las “Bases” de la licitación, a que se refiere el Artículo 25° del Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, aprobado por D.S. N° 059.-96-PCM.

“integración” instrumental del contrato y de considerar al pliego, como ley del contrato, es decir durante su ejecución. El pliego es una fuente de interpretación del contrato; es decir, que ante dudas o ambigüedades en el texto del contrato y en sus documentos integrantes, se debe recurrir al pliego para su interpretación. (...).

La frecuente afirmación de que el pliego de condiciones es “la ley del contrato”, debe entenderse en el sentido de norma general reguladora del procedimiento de preparación y ejecución contractual. Así se ha entendido que: “Adjudicada la licitación y celebrado el contrato, el pliego de condiciones forma parte integrante del mismo, y asume, por consiguiente, una importancia incuestionable en la interpretación de aquél. Es por ello que los derechos y obligaciones contractuales de las partes, deben ser examinados con sujeción a los actos que contribuyen a su formación. >>

6. Es así que en uso de sus atribuciones (conferidas por los Numerales 1.4.1, y 3.1.3. de las Bases) y mediante la Circular N° 47; PROINVERSIÓN estableció los montos máximos correspondientes al pago Anual por Obra (PAO) y Pago Anual por Mantenimiento y Operación (PAMO).

En efecto, el Numeral 7.2.1 de las Bases estableció expresamente que el comité comunicaría oportunamente, por medio de Circular, el PAO y PAMO máximo que podía ser presentado por los Postores en su Propuesta Económica.

Por tanto, es incorrecta la afirmación del concesionario en el sentido que PROINVERSIÓN “impuso” dichos montos. Estos fueron determinados por el órgano licitante de acuerdo a facultades expresamente establecidas en las Bases.

7. Mediante la Circular N° 48, se otorgó a los postores un plazo prudencial para que aquellos que presentaron Propuestas Técnicas con fecha 03 de mayo de 2005, pudieran presentar nuevas Ofertas Económicas, con arreglo a los montos de PAMO y PAO comunicados mediante Circular N° 47.
8. En cumplimiento de la Circular N° 47, el concesionario (que en aquel entonces tenía la calidad de postor precalificado), presentó una nueva Oferta Económica con fecha 05 de mayo de 2005.
9. En consecuencia, el Concesionario se obligó frente al Estado por los términos integrales de su oferta, compuesta por la Propuesta Técnica (presentada el 03 de mayo de 2005) y su nueva Oferta Económica (presentada con fecha 05 de mayo de 2005).

Por ello, se debe señalar categóricamente que la Oferta Económica presentada por el Concesionario con fecha 03 de mayo, quedó sin efecto con la presentación de la nueva Oferta Económica presentada por éste en cumplimiento y con arreglo a la Circular N° 47.

Al respecto, se debe considerar que el concesionario pudo haber optado por no presentar nueva Oferta Económica, si consideraba que los montos establecidos mediante Circular N° 47 no le eran convenientes, con lo cual se retiraba del

proceso³. Sin embargo, **adecuó su Oferta Económica a los términos de la Circular N° 47, y con ello aceptó dichas condiciones de contratación.**

10. Por parte del Estado, se debe considerar que éste estableció los montos máximos correspondientes al PAO y al PAMO, en ejercicio de facultades expresamente establecidas en las Bases. Mediante ese acto, el Estado manifestó expresamente su voluntad en el sentido que requería la Propuesta Técnica (en términos que nunca fueron modificados) y una Oferta Económica que respetara los montos máximos establecidos en la Circular N° 47. En consecuencia, consideramos incorrecta la afirmación del Concesionario en el sentido que “no se concedió la oportunidad de modificar la Propuesta Técnica”, pues la voluntad expresa del Estado era que ello no ocurriera.
11. Al respecto, consideramos que debe desestimarse los argumentos del Concesionario según los cuales la “*presunción*” de que “*se les daría oportunidad*” de modificar las Propuestas Técnicas, *debe primar sobre la voluntad expresamente declarada por ambas partes en el proceso licitatorio.*

En efecto, en su solicitud, el Concesionario abunda en conceptualizar una serie de criterios de interpretación jurídica que usualmente se utilizan cuando no existe claridad o existe alguna contradicción, respecto del sentido de alguna estipulación contractual. Así, el Concesionario se refiere el método funcional o finalista, a la aplicación del método de la Buena fe, así como a la necesidad de evaluar la común intención de las partes utilizando el comportamiento integral de éstas.

12. Sin embargo, consideramos que el supuesto del que parte el análisis que hace el concesionario constituye una falsa premisa, puesto que la común intención de las partes es clara a la luz de lo establecido en el definición de Inversión Proyectada, como de lo establecido por en Numeral 8.20. Pero adicionalmente, también se refuerza lo que fue la voluntad declarada de ambas partes cuando se evalúa precisamente el comportamiento integral de éstas durante el proceso licitatorio.

En ese sentido, consideramos que debe desestimarse el argumento de la empresa concesionaria en el sentido que se debe recurrir al método finalista y a la aplicación del método de la Buena fe, con el fin de definir el sentido de la común intención de las partes.

13. De acuerdo a ello, resulta claro que la base para calcular el monto máximo a pagar por concepto de Supervisión de Obras, es el resultado de aplicar el correspondiente porcentaje establecido en el Numeral 8.20; al *monto establecido por el propio Concesionario en su Propuesta Técnica.* En efecto, a fojas, 0020 de la Propuesta Técnica, se consigna como monto total de la Inversión Proyectada por tramos, la suma de *US \$ 333,229, 515.28.*
14. Cabe resaltar que de acuerdo a la definición de “Inversión Proyectada” que contiene el contrato, el monto de inversión que el Concesionario ejecute será

³ Incluso, durante el proceso se dio el caso de un postor pre-calificado que mantuvo la misma Oferta Económica, a pesar de lo establecido en la Circular N° 47, con lo cual se fue descalificado. Ello refuerza claramente lo que fue constituyó y constituye la voluntad del Estado respecto a las condiciones de contratación.

determinado específicamente por él, **teniendo como objetivo el cumplimiento de las obligaciones del Contrato.** Pues bien, el cumplimiento de las obligaciones del contrato supone la ejecución de la Propuesta Técnica considerando el monto de su Inversión Proyectada.

Los montos máximos de PAMO y PAO determinados por el Estado, los cuales condicionaron la presentación de Ofertas Económicas, atienden a un orden distinto de obligaciones; a las obligaciones del Concedente para con el Concesionario, por lo que son independientes de aquello que se consideró como referente para determinar los pagos al Supervisor y a OSITRAN (la Inversión proyectada de la Propuesta Técnica).

En ese sentido, la pretendida relación indisoluble entre uno y otro aspecto que hace el Concesionario, tergiversa el alcance de las estipulaciones y desconoce los términos expresos de lo establecido en el contrato de concesión.

15. En consecuencia, no existe duda respecto a lo que constituyó la voluntad del Estado, ni tampoco respecto de la voluntad manifestada por el Concesionario, con la presentación de su Propuesta Técnica y su Oferta Económica de fecha 05 de mayo de 2005.
16. Por lo anterior, se debe desestimar los argumentos de la empresa concesionaria que pretenden otorgar validez a una Oferta Económica que fue dejada sin efecto mediante Circular N° 47, y mediante la presentación de la nueva Oferta Económica de fecha 05 de mayo de 2005 que hizo la misma empresa concesionaria.
17. Por otro lado, cabe mencionar que la posición que esgrime la empresa concesionaria, fue planteada ante PROINVERSION con fecha 13 de junio de 2005 (ya en su calidad de Adjudicatario de la Buena Pro y cuatro días antes de la suscripción del contrato de concesión en la Fecha de Cierre el 17 de junio de 2005). Esta posición se planteó como una *“solicitud de precisión”* de diversos aspectos del contrato de concesión, entre los que se encontraba el Numeral 8.20 del contrato de concesión.

En su comunicación a PROINVERSION, el entonces Adjudicatario señala que *“entiende que el valor de de la Inversión Proyectada es aquel que está directamente relacionado al monto del PAO fijado en la oferta económica a la cual se adjudicó la Buena Pro de la concesión”*.

18. En atención a lo anterior, con fecha 14 de junio de 2005 (tres días antes de la suscripción del contrato de concesión), el Comité en proyectos de infraestructura y de servicios públicos de PROINVERSION, en su Sesión N° 251, adoptó el Acuerdo de Comité Infraestructura N° 251-04-2005-IIRSA, según el cual y con base a lo establecido en el Informe Legal N° 304 – 2005 – LEG – MSM; se estableció entre otros aspectos, que la sugerencia contenida en el Numeral III del Adjudicatario de la Buena Pro (con relación a la precisión del Numeral 8.20 del contrato de concesión), *“no resultan aceptables legalmente por cuanto suponen mejoras económicas a favor del Concesionario y de ser aceptadas se estaría atentando contra los Principios de Transparencia e Igualdad de oportunidades”*.

19. Finalmente el contrato de concesión se celebró con fecha 17 de junio de 2005, sin que se haya modificado la definición de “Inversión Proyectada” ni el Numeral 8.20 del contrato de concesión, en los términos pretendidos por la empresa concesionaria. De este modo, se pone en evidencia que la voluntad consistente y manifestada por el Estado, fue mantener el monto de la inversión proyectada, establecida en la Propuesta Técnica.
20. Asimismo, con relación a una supuesta “validación” de los argumentos de la empresa concesionaria con la presentación del modelo matemático, que según ésta se efectuó con el fin de “reflejar de manera técnica y neutral la estructura estimada de inversiones”, se debe señalar que la razón por la que se presentó dicho modelo matemático, es simplemente porque ello es una obligación contractual del Concesionario establecida en el Numeral 3.11 del contrato de concesión. En efecto, es necesario que enfatizar que la recepción por parte de OSITRAN del modelo matemático del Concesionario, no implica una aprobación por parte de OSITRAN de dicho modelo, ni una validación de los supuestos en base a los cuales éste modelo se ha elaborado. Dicho modelo constituye una herramienta de evaluación para OSITRAN, proporcionada por la empresa concesionaria.
21. Finalmente, se debe señalar que carece de sustento la afirmación del Concesionario con relación a que OSITRAN ha pactado con el Supervisor el pago de un porcentaje de la “inversión ejecutada” o “inversión real”.

En efecto, el Numeral 2.3 de las Bases de la Licitación Pública Internacional – OSP/PER/169/273 (de fecha 13 de julio de 2005), llevada a cabo por UNOPS para la contratación de la supervisión de los Estudios y las Obras de la concesión vial IIRSA AMAZONAS NORTE; señala lo siguiente:

<<El servicio de supervisión se contrata bajo el sistema de **Suma Alzada.**

El monto de la inversión contemplado en el proyecto referencial es de:

US \$ 333' 229, 515 incluido IGV

El monto máximo contemplado para el servicio de supervisión, por todo concepto, incluyendo los impuestos de ley es:

US \$ 13' 329, 180>>

22. Asimismo, el Numeral 8.1 del Contrato de Supervisión de Concesión suscrito por OSITRAN con el Supervisor “Consortio Supervisor Nor Oriental”, con fecha 23 de marzo de 2006; establece que:

<< El monto correspondiente a los servicios objeto del presente contrato, es hasta un monto total de USD 12' 311, 375.40, monto que incluye gastos generales, utilidades e impuestos de Ley, lo que representa el equivalente al 3.695% del monto de la inversión proyectada, según el contrato de concesión⁴. En consecuencia los pagos se efectuarán aplicando el 3.695% sobre el monto de la inversión ejecutada, la cual será determinada de acuerdo a lo establecido en el contrato de concesión. >>

⁴ El subrayado es nuestro.

23. En consecuencia, se debe desestimar las afirmaciones del Concesionario en el sentido que OSITRAN ha convenido pagar al Supervisor con base a la inversión ejecutada.
24. Finalmente, se debe señalar que la posición que plantea la empresa concesionaria sobre la forma de cálculo de los pagos por concepto de Supervisión, implicarían una ruptura de los términos en que se contrató al Supervisor de OSITRAN, los cuales se establecieron con estricto cumplimiento y con arreglo a lo establecido en el contrato de concesión, lo que implicaría atentar contra la seguridad jurídica de los términos de contratación entre OSITRAN y sus empresas supervisoras.

V. CONCLUSIONES:

- 1) El Estado manifestó expresamente su voluntad en el sentido que requería la Propuesta Técnica, en unos términos de presentación nunca fueron modificados durante el proceso licitatorio y la Oferta Económica que respetara los montos máximos establecidos en la Circular N° 47.
- 2) El Concesionario se obligó frente al Estado por los términos integrales de su oferta, compuesta por la Propuesta Técnica (presentada el 03 de mayo de 2005) y su nueva Oferta Económica (presentada por él mismo con fecha 05 de mayo de 2005), por lo que la Oferta Económica presentada por el Concesionario con fecha 03 de mayo, quedó sin efecto con la emisión de la Circular N° 47 y la presentación de la nueva Oferta Económica presentada por éste en cumplimiento y con arreglo a dicha Circular.
- 3) Los montos máximos de PAMO y PAO determinados por el Estado, atienden a un orden distinto de obligaciones contractuales, relacionadas a las obligaciones del Concedente para con el Concesionario, por lo que son independientes de aquello que se consideró como referente para determinar los pagos al Supervisor y a OSITRAN, la Inversión Proyectada de la Propuesta Técnica.
- 4) No existe duda respecto a lo que constituyó la voluntad del Estado y de la propia empresa Concesionaria, expresamente manifestada con la presentación de la Propuesta Técnica de fecha 03 de mayo de 2005 y la Oferta Económica de fecha 05 de mayo de 2005, así como por los demás documentos licitatorios y comunicaciones emitidas por el Estado.
- 5) El que haya la necesidad de aplicar diversos métodos de interpretación contractual para desentrañar la común intención de las partes constituye una falsa premisa.
- 6) La posición planteada por el Concesionario transgredió la seguridad jurídica de los términos de la contratación entre OSITRAN y el Supervisor.

VI. RECOMENDACIONES

- i. Aprobar el presente informe y en consecuencia, ratificar que los pagos por concepto de Pago por Supervisión de Obras y por Seguimiento y Control de Supervisión, se determinan en base a la Inversión Proyectada establecida en la Oferta Técnica del Concesionario.
- ii. Ratificar que el monto de dicha Inversión Proyectada establecida en la Oferta Técnica del Concesionario, asciende a la suma de US \$ 333' 229, 515.28, suma que es el referente de cálculo para establecer los Pagos por Supervisión de Obras y por Seguimiento y Control de Supervisión que deberá efectuar el Concesionario, al Supervisor y a OSITRAN, respectivamente.
- iii. Desestimar las solicitudes efectuadas por CONCESIONARIA IIRSA NORTE S.A. en su comunicación de fecha 12 de junio de 2006.

Atentamente,

FELIZ VASI ZEVALLOS
Gerente de Asesoría Legal

PBD/jb
REG-SAL-GAL-06-6594