

## **RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO**

**Nº 065-2006-CD-OSITRAN**

**Lima, 15 de noviembre de 2006**

### **Vistos:**

El Informe Nº 069-06-GAL-OSITRAN de la Gerencia de Asesoría Legal, El Informe Nº 343-06-GS-OSITRAN de la Gerencia de Supervisión, el informe oral de los representantes de la concesionaria del Tramo 2 de IIRSA SUR, el informe oral de la Gerencia General y el proyecto de Resolución de Consejo Directivo presentados por la misma Gerencia al Consejo Directivo en su Sesión del 15 de noviembre de 2006,

### **Considerando:**

Que, la Gerencia de Asesoría Legal ha presentado al Consejo Directivo el Informe de vistos, que emite opinión sobre la supuesta aprobación de los Precios Unitarios Reales propuestos por los Concesionarios de los Tramos 2 y 3 por parte de OSITRAN y el Concedente;

Que, la Gerencia de Supervisión ha presentado al Consejo Directivo el Informe de Vistos, que emite opinión respecto a la comunicación del Concesionario Interoceánica Sur, Tramo 2 S.A. y Tramo 3 S.A., sobre la aprobación de Precios Unitarios y el Programa de Ejecución de Obras (PEO);

Que, luego de la revisión y discusión del análisis y conclusiones de dichos informes, el Consejo Directivo los hace suyos, incorporándolos a la parte considerativa de la presente resolución;

Que, cabe mencionar que a la fecha, OSITRAN no ha emitido pronunciamiento de aprobación sobre los Precios Unitarios Reales, por lo que el proceso de aprobación continúa en curso;

Que, en consecuencia, en virtud de la facultad de interpretación de los Contratos de Concesión, establecida en el literal e) del Numeral 7.1 de la Ley Nº 26917 y el literal d) del artículo 53º del Decreto Supremo Nº 044-2006-PCM, que faculta a OSITRAN a interpretar los títulos en virtud de los cuales las entidades prestadoras realizan sus actividades de explotación, y de su función supervisora prevista en el artículo 32º del Reglamento General de OSITRAN aprobado mediante Decreto Supremo Nº 044-2006-PCM; y, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su sesión de fecha 02 de noviembre de 2006;

## **SE RESUELVE:**

**Artículo 1.-** Los Oficios N° 780-06-GS-OSITRAN (TRAMO 2) y N° 693-06-GS-OSITRAN (TRAMO 3) de la Gerencia de Supervisión de OSITRAN sólo contienen la opinión favorable de OSITRAN para la aprobación por parte del Concedente al proyecto de ingeniería de detalle para las concesionarias del TRAMO 2 y 3.

**Artículo 2.-** Los Oficios N° 780-06-GS-OSITRAN (TRAMO 2) y N° 693-06-GS-OSITRAN (TRAMO 3) no contienen la opinión de OSITRAN sobre los precios para las nuevas subpartidas presupuestales ni sobre la valorización de las Obras Alternativas, como tampoco respecto la aprobación a los precios unitarios reales propuestos por los concesionarios; aprobación —o desaprobación— que en todos los casos requieren de un pronunciamiento expreso del Regulador en tal sentido.

**Artículo 3.-** Según los Contratos de Concesión de IIRSA SUR Tramos 2 y 3, el Regulador es quien aprueba los precios unitarios reales presentados por los concesionarios, y en el caso de desaprobación, y al no llegar a acuerdo entre las partes, se someterán a arbitraje. Tal facultad no corresponde al Concedente.

La aprobación de los precios unitarios reales realizada por el Concedente carece de validez, puesto que no tiene competencia para el efecto; ya que conforme al Contrato de Concesión tal competencia corresponde sólo a OSITRAN.

**Artículo 4.-** Encargar a la Gerencia de Supervisión que continúe con el proceso de aprobación de los Precios Unitarios Reales relativos a los Contratos de Concesión de IIRSA SUR Tramos 2 y 3.

**Artículo 5.-** Notificar la presente resolución y los Informes N° 069-06-GAL-OSITRAN y 343-06-GAL-OSITRAN a las empresas Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 2 S. A., Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 3 S. A., así como también a las empresas supervisoras Consorcio Supervisor Vial Sur y CESEL Ingenieros; y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

**Artículo 6.-** Autorizar la publicación de la presente Resolución en la página web institucional ([www.ositran.gob.pe](http://www.ositran.gob.pe)).

Regístrese, comuníquese y publíquese.

**ALEJANDRO CHANG CHIANG**  
Presidente

Reg. Sal N° PD-12284-06

## **INFORME N° 343-06-GS-OSITRAN**

A : Ernesto Mitsumasu Fujimoto  
Gerente General

Asunto: Aprobación de Precios Unitarios y Programa de Ejecución de Obras (PEO)  
Tramo 2:  
Carta N° 096-CIST2-OSITRAN  
Carta N° 101-CIST2-OSITRAN  
Tramo 3:  
Carta N° 086-CIST3-OSITRAN  
Carta N° 092-CIST3-OSITRAN

Referencia: Contrato de Concesión de las Obras y el Mantenimiento del Tramo 2: Urcos – Inambari y Tramo 3: Inambari - Iñapari

Fecha : 09 de noviembre del 2006

---

### **1. OBJETO**

La presente tiene por objeto poner en su conocimiento, y por su intermedio al Consejo Directivo de OSITRAN, la opinión de esta Gerencia respecto a la comunicación del Concesionario Interoceánica Sur, Tramo 2 S.A. (Carta N° 096-CIST2-OSITRAN) y Tramo 3 S.A. (Carta N° 086-CIST3-OSITRAN), sobre la aprobación de Precios Unitarios y Programa de Ejecución de Obras (PEO).

### **2. ANTECEDENTES**

Al respecto tenemos los siguientes antecedentes

#### Tramo 2

- ✓ El Concesionario Interoceánica Sur presentó con Carta N° 088-CIST2-OSITRAN el Programa de Ejecución de Obras (PEO) ajustado, de acuerdo al Proyecto de Ingeniería de Detalle aprobado.
- ✓ Con Oficio N° 1180-06-GS-OSITRAN, OSITRAN declaró No Conforme el PEO ajustado presentado por el Concesionario, debido a que había sido elaborado con precios unitarios que no habían sido aprobados, conforme lo dispuesto por el Numeral 3, Anexo IX, del Contrato de Concesión.

- ✓ El Concesionario, con Carta N° 096-CIST2-OSITRAN, manifiesta su disconformidad a lo expresado en la comunicación de OSITRAN, respecto al Programa de Ejecución de Obras ajustado, exponiendo sus argumentos, sobre los cuales esta Gerencia emite su opinión y respuesta.
- ✓ El Concesionario presenta su solicitud de CAO N° 2 con Carta N° 138-CIST2-OSITRAN
- ✓ OSITRAN con Oficio N° 1297-06-GS-OSITRAN, devuelve el expediente de solicitud del CAO N° 2 para su reformulación, al no haber alcanzado el hito establecido en el Contrato de Concesión.
- ✓ El Concesionario presenta Apelación al Oficio N° 1297 con Carta N° 101-CIST2-OSITRAN
- ✓ El Concesionario solicita con Carta N° 106-CIST2-OSITRAN el afianzamiento parcial para la emisión del CAO N° 2, con el fin de acceder al 100% del avance solicitado.
- ✓ La Gerencia de Supervisión, mediante Notas N° 102-06-GS-OSITRAN y 103-06-GS-OSITRAN, elevó a la Gerencia General su opinión sobre la aprobación de los precios unitarios, PEO y la apelación al CAO.
- ✓ El Supervisor de Inversiones emite su Informe N° 333-06-GS-OSITRAN, con su opinión referente a la apelación del Concesionario.
- ✓ Con Memorando N° 061-06-GAL-OSITRAN, la Gerencia de Asesoría Legal emite opinión favorable a la solicitud de afianzamiento solicitada por el Concesionario, para la emisión del CAO N° 02-T2.
- ✓ La Gerencia General, en base a los Informes de la Supervisión de Obras, Consorcio Vial Sur (Carta N° 185-2006/CONS.SUP.VIAL SUR), los informes internos de OSITRAN, y el Informe de la Gerencia de Asesoría Legal (Informe N° 061-06-GAL-OSITRAN), emite el CAO N° 02-T2, con Oficio N° 235-06-GG-OSITRAN, dejando constancia que se emite excepcionalmente, considerando provisionalmente los precios unitarios propuestos por el Concesionario.

### Tramo 3

- ✓ El Concesionario Interoceánica Sur presentó con Carta N° 081-CIST3-OSITRAN el Programa de Ejecución de Obras (PEO) ajustado, de acuerdo al Proyecto de Ingeniería de Detalle aprobado.
- ✓ Con Oficio N° 1181-06-GS-OSITRAN, OSITRAN declaró No Conforme el PEO ajustado presentado por el Concesionario, debido a que había sido elaborado con precios unitarios que no habían sido aprobados, conforme lo dispuesto por el Numeral 3, Anexo IX, del Contrato de Concesión.

- ✓ El Concesionario, con Carta N° 086-CIST3-OSITRAN, manifiesta su disconformidad a lo expresado en la comunicación de OSITRAN, respecto al Programa de Ejecución de Obras ajustado, exponiendo sus argumentos, sobre los cuales esta Gerencia emite su opinión y respuesta.
- ✓ El Concesionario presenta su solicitud de CAO N° 2 con Carta N° 088-CIST3-OSITRAN
- ✓ OSITRAN con Oficio N° 1486-06-GS-OSITRAN, declara improcedente la solicitud del CAO N° 2, al no haber alcanzado el hito establecido en el Contrato de Concesión.
- ✓ El Concesionario presenta Apelación al Oficio N° 1486-06-GS-OSITRAN con Carta N° 092-CIST2-OSITRAN
- ✓ El Concesionario solicita con Carta N° 093-CIST3-OSITRAN el afianzamiento parcial para la emisión del CAO N° 2, con el fin de acceder al 100% del avance solicitado.

### 3. ANALISIS

Sobre los antecedentes en mención, tengo a bien manifestar lo siguiente:

- 3.1 En sus Cartas N° 096-CIST2-OSITRAN (Tramo 2) y N° 086-CIST3-OSITRAN (Tramo 3), el Concesionario expresa su disconformidad respecto a los Oficios N° 1180-06-GS-OSITRAN y N° 1181-06-GS-OSITRAN, respectivamente, exponiendo sus argumentos basado en cuatro puntos principales, los cuales se analizan en los siguientes numerales, uno a uno. Las expresiones del Concesionario se indicarán entre comillas y en negrita.
- 3.2 En las Cartas N° 096-CIST2-OSITRAN y N° 086-CIST3-OSITRAN, el Concesionario señala que:

**“(i) Es falso que OSITRAN no haya dado su conformidad a los precios unitarios reales presentado por el Concesionario”**

Al respecto, esta Gerencia expresa lo siguiente:

#### Tramo 2

OSITRAN no ha dado conformidad a los precios unitarios reales del Concesionario, por lo tanto, lo afirmado por el Concesionario es inexacto. El Contrato de Concesión establece un procedimiento específico para la aprobación de los Precios Unitarios Reales el cual está indicado en el Anexo IX, Numeral 3, del Contrato de Concesión. Para cumplir con el Contrato de Concesión y de conformidad a la Ley de Procedimientos Administrativo se requiere que la aprobación de los precios unitarios reales debe ser explícita y, no un pronunciamiento “tácito” o “sobreentendido”, como el que el Concesionario interpreta de la lectura del Oficio N° 780-06-GS-OSITRAN. La aprobación de los precios unitarios del MTC incluida en

la RD. 2048-2006-MTC/20 es nula porque contraviene el Contrato de Concesión que establece que es el Regulador el que aprueba.

Para deslindar de una vez por todas lo que reiteradamente se afirma al respecto, aclaramos que el Oficio N° 780-06-GS-OSITRAN de esta Gerencia solamente da conformidad al Proyecto de Ingeniería de Detalle, y a nada más que ello, como se demuestra en los párrafos del mismo siguientes (subrayados son nuestros) :

*“Es grato dirigirme a usted, para remitirle, según el detalle que se señala más adelante, el expediente del proyecto de Ingeniería de Detalle, presentado por el Concesionario Interoceánica Sur – Tramo 2 S.A, y que ha sido verificado y revisado por el Supervisor de Obras, Consorcio Supervisor Vial Sur, quien remite su pronunciamiento de conformidad con las comunicaciones de las referencias b) y c), recomendando su trámite de aprobación ante el Concedente, contando el mismo con la conformidad de esta Gerencia”*

Como se observa del párrafo reseñado, las referencias b) y c), son las comunicaciones del Supervisor de Obras, CN. 096-2006/CONS.SUP VIAL SUR y CN. 088-2006/CONS.SUP VIAL SUR, con las que manifiesta su pronunciamiento únicamente sobre los Proyectos de Ingeniería de Detalle y no se incluyó la referencia a) que corresponde a la opinión del Supervisor de Obra sobre los precios unitarios reales, por lo que el Concesionario no puede inferir que OSITRAN ha emitido conformidad sobre los precios unitarios. El Regulador en este párrafo del Oficio N° 780-06-GS-OSITRAN, está emitiendo opinión respecto únicamente de la Ingeniería de Detalle.

Los dos últimos párrafos del Oficio N° 780-06-GS-OSITRAN, se señala lo siguiente (subrayado nuestro):

*“Con Carta de la referencia a), el Supervisor de Obras remite su Opinión Integral del Proyecto de Ingeniería de Detalle de la Primera Etapa, éste es, de los subsectores comprendidos entre los Km. 32+000 a 100+000 y Km. 285+000 a 300+000, manifestando su opinión favorable a los metrados, a los precios unitarios reales presentados por el Concesionario en su propuesta y a los precios unitarios de las subpartidas no consideradas en el Presupuesto Referencial que deben ser ratificados por el Concedente y el Concesionario (Cláusula 6.4.A.5). En su Informe de opinión integral, el Supervisor de Obras reporta que el presupuesto de la Ingeniería de Detalle del sector en mención, asciende a US\$ 83'000,040.32, siendo la variación del PAO de la Primera Etapa 7.04%, inferior al límite del 10% (Cláusula 6.4.A.2).*

*Al respecto de lo último, OSITRAN en su condición de Regulador, cumple con informar al Concedente, para los fines convenientes, el resultado de la evaluación económica de la Ingeniería de Detalle de la primera etapa, donde se evidencia que la variación del PAO, a la fecha, es próxima al tope de 10% establecido en el Contrato de Concesión”*

Es evidente que en esta parte del Oficio N° 780-06-GS-OSITRAN, el Regulador está informando la opinión del Supervisor de Obras sobre los metrados y precios unitarios reales, pero no les está dando conformidad ni aprobación.

Por otro lado, en el último párrafo del Oficio N° 780-06-GS-OSITRAN, queda absolutamente claro que el objetivo de presentar la evaluación técnica económica es informar al Concedente la variación del PAO, en este caso próxima al límite del 10%, para los fines que estime conveniente. No se manifiesta aprobación explícita de los precios unitarios reales al respecto

Por lo tanto, es inexacto lo que manifiesta el Concesionario en su Carta en cuanto a que (subrayado nuestro), “...OSITRAN declaró expresamente su conformidad para que las partes procedan a la aprobación de los precios unitarios reales.....”; esta es una conclusión a la que el Concesionario llega sin que haya aprobación expresa de OSITRAN. Además lo que afirma el Concesionario respecto a que “...si no hubiera estado conforme con los precios unitarios reales, hubiera actuado como lo hizo en su Carta N° 531-06-GS-OSITRAN....”, es una afirmación que se encuentra en el campo hipotético. OSITRAN no se ha pronunciado expresamente sobre los precios unitarios reales.

Finalmente, la inclusión del volumen de precios unitarios en el Anexo de la Resolución Directoral del MTC no se refiere a una recomendación de aprobación, sino que fue incluido en el paquete remitido por el Supervisor, y que se incluye dado que esta gerencia decidió INFORMAR al Concedente sobre las posibles variaciones en el PAO. Evidentemente, las variaciones del PAO, de acuerdo al Contrato de Concesión, con el consiguiente ajuste del PAO, se evalúan al final de la Etapa de construcción. Por otra parte, al Concedente solamente le corresponde pronunciarse sobre los Precios Unitarios de partidas nuevas, por lo que al no hacer las precisiones del caso en su Resolución, incurre en incumplimiento del Contrato de Concesión.

### Tramo 3

De manera análoga que en el Tramo 2, OSITRAN no ha aprobado los precios unitarios reales del Concesionario, por lo tanto, lo afirmado por el Concesionario también es inexacto. No debe haber un pronunciamiento “tácito” o “sobreentendido”, como el que el Concesionario interpreta de la lectura del Oficio N° 693-06-GS-OSITRAN o en la RD. 1756-2006-MTC/20.

Para deslindar también esta afirmación, el Oficio N° 693-06-GS-OSITRAN de esta Gerencia solamente da conformidad al Proyecto de Ingeniería de Detalle, y a nada más que ello, como se demuestra en los párrafos del mismo siguientes (subrayados son nuestros) :

*“Es grato dirigirme a usted, con atención al oficio de la referencia b) y c) para remitirle la carta de la referencia d) que adjunta el Informe Especial N° TP.061900.001.06.JS que se pronuncia sobre la observación efectuada; en tal sentido remitimos en anexo adjunto el expediente del Proyecto de Ingeniería de Detalle de la Primera Etapa, que comprende los subsectores Km. 300+000 – Km. 315+000 y Km. 610+000 – Km. 709+825 (exceptuando el subtramo comprendido entre los Km. 652+000 al Km. 657+800, anteriormente aprobado), para que continúe con el trámite de aprobación por el Concedente, cuyos Informes de CESEL S.A. la hacemos nuestra, cumpliendo así OSITRAN con la cláusula 6.6 del Contrato”*

Del párrafo reseñado, las referencias b) y c), son comunicaciones del Concedente relacionadas a observaciones a la Ingeniería de Detalle que el Supervisor levanta con la presentación de su Informe N° TP.061900.001.06.JS, por lo tanto, estas comunicaciones se refieren al Proyecto de Ingeniería de Detalle. En la parte final, se refuerza la idea haciendo nuestro el Informe (aunque se evidencia una incompatibilidad de género y número en la frase empleada), pero que no deja lugar a cualquier interpretación que conduzca a concluir que se aprueban precios unitarios.

Asimismo, se hace clara referencia a la Cláusula 6.6 del Contrato, la cual está referida exclusivamente al Proyecto de Ingeniería de Detalle.

Finalmente, análogamente al caso del Tramo 2, la inclusión del volumen de precios unitarios en el Anexo de la Resolución no se refiere a una recomendación de aprobación, sino que fue incluido en el paquete remitido por el Supervisor, y que se incluye dado que esta Gerencia decidió INFORMAR al Concedente sobre las posibles variaciones en el PAO. Evidentemente, las variaciones del PAO, de acuerdo al Contrato de Concesión, con el consiguiente ajuste del PAO, se evalúan al final de la Etapa de construcción. Por otra parte, al Concedente solamente le corresponde pronunciarse sobre los Precios Unitarios de partidas nuevas, por lo que al no hacer las precisiones del caso en su Resolución, incurre en incumplimiento del Contrato de Concesión

3.3 En las Cartas N° 096-CIST2-OSITRAN y N° 086-CIST3-OSITRAN, el Concesionario señala que:

**“(ii) Conforme al Contrato de Concesión, OSITRAN emite únicamente una opinión respecto de la conformidad de los precios unitarios reales. Son las partes (Concedente y Concesionario) quienes acuerdan la aprobación de dichos precios unitarios reales.”**

Al respecto, esta Gerencia expresa lo siguiente:

La afirmación del Concesionario es una interpretación que no se ajusta al Contrato de Concesión dado que el mismo establece lo siguiente, en su Numeral 3, Anexo IX:

“....

a. *Con el Proyecto total o parcial, presentado por el CONCESIONARIO dentro de los plazos establecidos en la Cláusula 6.5 del Contrato, el CONCESIONARIO presentará sus precios unitarios al REGULADOR, quien deberá dar su conformidad. Los precios unitarios no aprobados por el REGULADOR y al no llegar a acuerdo entre las Partes, serán sometidos a arbitraje de acuerdo al mecanismo señalado en la Cláusula 16.11 a)*

Se evidencia que, según el Contrato de Concesión, el Regulador **es quien aprueba** los precios unitarios reales, presentados por el Concesionario, y en el caso de no haber esta aprobación, y al no llegar a acuerdo entre las partes, se someterán a arbitraje. Según la Cláusula 1.6, en este Contrato, se entiende por partes al Concedente y al Concesionario. Como hemos demostrado en la Sección 3.2, OSITRAN no ha emitido pronunciamiento expreso de aprobación sobre los Precios Unitarios.

En este Contrato, no es facultad del Concedente aprobar los Precios Unitarios reales, salvo aquellos que correspondan a las partidas nuevas, diferentes a las del proyecto referencial (Ver Cláusula 6.4.A.5)



3.4 En la Carta N° 096-CIST2-OSITRAN, el Concesionario señala que:

**“(iii) La Resolución Directoral N° 2048-2006-MTC/20 tiene naturaleza administrativa y contractual”, y además manifiesta:**

**“Respecto a su naturaleza administrativa, ésta es, un acto administrativo firme, válido y eficaz”, y también expresa que “En lo que atañe a su naturaleza contractual, ésta es la manifestación de aceptación del Concedente respecto de la propuesta de precios unitarios reales presentado por el Concesionario y sobre la que opinó el Regulador”**

y que en la Carta N° 086-CIST3-OSITRAN, el Concesionario señala que:

**“(iii) La Resolución Directoral N° 1756-2006-MTC/20 tiene naturaleza administrativa y contractual”, y además manifiesta:**

**“Respecto a su naturaleza administrativa, ésta es, un acto administrativo firme, válido y eficaz”, y también expresa que “En lo que atañe a su naturaleza contractual, ésta es la manifestación de aceptación del Concedente respecto de la propuesta de precios unitarios reales presentado por el Concesionario y sobre la que opinó el Regulador”**

Al respecto, esta Gerencia expresa lo siguiente:

Hemos demostrado en el Numeral 3.2 de la presente cuál ha sido la opinión de OSITRAN expresada en el Oficio N° 780-06-GS-OSITRAN (Tramo 2), por lo que el sentido del acto administrativo expresado mediante la Resolución Directoral N° 2048-2006-MTC/20, debería ser por lo menos concordante con el mismo. Si el Concedente expresara tácita o expresamente aprobación de Precios unitarios reales en la Resolución Directoral, estaría incumpliendo el Contrato de Concesión, que él mismo ha suscrito, y en el que en su Numeral 3, Anexo IX, establece que la conformidad o aprobación de estos precios unitarios está a cargo del Regulador. De igual manera, se expresa el Oficio N° 693-06-GS-OSITRAN (Tramo 3), éste último en relación a la RD N° 1756-2006-MTC/20

Al haberse incluido en las Resoluciones Directorales aprobaciones de precios unitarios reales, el Concesionario pretende demostrar expresión de conformidad del Regulador en su Oficios N° 780-06-GS-OSITRAN y N° 693-06-GS-OSITRAN, lo que no es exacto, y además, pretende inferir que, aún cuando en la Resolución no se manifiesta expresamente la aprobación de los precios unitarios reales, éstos estarían aprobados, primero por una supuesta conformidad del Regulador, y segundo, por estar incluido el volumen de precios unitarios en el Anexo de la Resolución.

Al respecto consideramos que las Resoluciones N° 2048-2006-MTC/20, así como la N° 1756-2006-MTC/20, incumplen el Contrato de Concesión en el extremo referido a los precios unitarios reales. Asimismo, ambas Resoluciones incurren en incumplimiento del Contrato de Concesión al

mencionar la aplicación del Memorando N° 113-2006-MTC/02, del Viceministro de Transportes, el cual afirma que la aprobación de la Ingeniería de Detalle es responsabilidad de OSITRAN y la Supervisión de Obra, siendo esto último contrario a lo que establece el Contrato de Concesión, en cuanto a que es el Concedente el responsable de la aprobación de los Proyectos de Ingeniería de Detalle.

3.5 En las Cartas N° 096-CIST2-OSITRAN y N° 086-CIST3-OSITRAN, el Concesionario señala que:

**“(iv) Si el Concedente aprobó los precios unitarios reales propuestos por el Concesionario y, previamente, OSITRAN dio su opinión manifestando su conformidad al respecto, entonces OSITRAN debe aceptar la utilización en el PEO ajustado de los metrados y precios unitarios contenidos en el Proyecto de Ingeniería de Detalle aprobado”.**

Al respecto, esta Gerencia expresa lo siguiente:

Tal como se ha expuesto, OSITRAN no ha aprobado los precios unitarios reales, propuestos por el Concesionario, por lo que se considera que no es posible su utilización en el PEO ajustado. Por otro lado, como se indicó en el ítem anterior, no le corresponde al Concedente aprobar los precios unitarios reales, dado que ésta es facultad del Regulador, de acuerdo al Contrato de Concesión. En tanto, no haya aprobación por parte del Regulador de los precios unitarios reales, debe ser de aplicación lo establecido en el Numeral 3, Anexo IX del Contrato de Concesión.

3.6 En relación a la solicitud del Concesionario de afianzamiento para la emisión del CAO N° 2 del Tramo 2, tanto el Supervisor de Obras, Consorcio Vial Sur, con Carta N° 185-2006/CONS.SUP.VIAL SUR como la Gerencia de Asesoría Legal con Informe N° 061-06-GAL-OSITRAN, emitieron su opinión favorable.

3.7 En este sentido, en concordancia a la recomendación del Supervisor de Inversiones, expresada en su Informe N° 333-06-GS-OSITRAN, que dice lo siguiente (subrayado nuestro): *“5.1 De acuerdo a la Opinión emitida por la Gerencia de Asesoría Legal, y previa la evaluación de flexibilizar la inclusión de las subpartidas no consideradas en el Presupuesto del Proyecto Referencial y Obras Alternativas, de manera provisional en el Programa de Ejecución de Obras, a fin de que el mismo cumpla con lo establecido por la Cláusula 6.11 del Contrato de Concesión, se podría dar pase a la emisión de CAO solicitado por el Concesionario”*; y los pronunciamientos favorables tanto de la Supervisión de Obras, Vial Sur, como de la Gerencia de Asesoría Legal de OSITRAN; la Gerencia General de OSITRAN, mediante Oficio N° 235-06-GG-OSITRAN, emite el CAO N° 02-T2, dejando constancia que se emite de manera excepcional, considerando provisionalmente los precios unitarios propuestos por el Concesionario, condicionando la entrega del CAO a la entrega de la fianza correspondiente al Concedente por parte del Concesionario. Se estima que procedimiento similar se aplicará para la solicitud de emisión de CAO N° 2 del Tramo 3.

### 3.8 Otras Consideraciones

El Contrato de Concesión, en el Numeral 4 del Anexo IX, establece que los ajustes al PAO se realizarán al final de cada etapa de Construcción. Evidentemente, esto es así, porque recién al final de cada etapa se podrán tener los metrados reales ejecutados que permitirán efectuar el mencionado ajuste. Una vez que se tienen los metrados finales de la etapa, ésta puede evaluarse integralmente en su totalidad, técnica y económicamente, situación que no es posible cuando únicamente se tiene las cantidades del Proyecto de Ingeniería de Detalle, salvo que se efectúe dicha evaluación de manera provisional y con carácter informativo para un mejor control del costo del Proyecto y los posibles costos adicionales.

Tal como se ha demostrado, OSITRAN no ha emitido pronunciamiento de aprobación sobre los Precios Unitarios Reales, por lo que el proceso de aprobación continúa en curso.

## 4. CONCLUSIONES

Por lo expuesto, concluimos que:

- 4.1 OSITRAN no ha dado conformidad ni ha aprobado los precios unitarios reales.
- 4.2 De acuerdo al Contrato de Concesión, corresponde al Regulador, esto es, a OSITRAN, la aprobación de los precios unitarios reales. No es facultad del Concedente aprobar los precios unitarios reales.
- 4.3 Las Resoluciones Directorales N° 2048-2006-MTC/20 y N° 1756-2006-MTC/20 incumplen el Contrato de Concesión en el extremo referido a los precios unitarios reales, y en mencionar la aplicación del Memorando N° 113-2006-MTC/02, del Viceministro de Transportes, el cual incurre en inexactitudes contrarias al Contrato de Concesión.
- 4.4 En consecuencia, no contando con la aprobación de OSITRAN, consideramos que no sería posible utilizar los precios unitarios reales, propuestos por el Concesionario en el ajuste del Programa de Ejecución de Obras (PEO), tanto en el Tramo 2, como en el Tramo 3.
- 4.5 No obstante lo anterior, de acuerdo a lo recomendado en el Informe N° 333-06-GS-OSITRAN del Supervisor de Inversiones, el Informe de conformidad de la Supervisión de Obras, Consorcio Vial Sur (C.N. 185-2006/CONS.SUP.VIAL SUR), el Informe N° 061-06-GAL-OSITRAN, de la Gerencia de Asesoría Legal, se ha procedido a la emisión del CAO N° 02-T2, con Oficio N° 235-06-GG-OSITRAN, considerando **excepcionalmente de manera provisional** los siguientes precios propuestos por el Concesionario: nuevos precios unitarios de partidas del proyecto referencial (precios “reales”), los precios de las partidas nuevas y los precios de Obras Alternativas, aceptando la solicitud de afianzamiento del Concesionario, por la diferencia entre precios unitarios reales propuestos por él (pero no aprobados) y referenciales. Del mismo modo, se procederá con la emisión del CAO N° 02-T3, del Tramo 3.

4.6 El ajuste del PAO se efectúa al final de la etapa de construcción, dado que es en este momento que se tienen los metrados reales ejecutados que, precisamente, permiten efectuar el mencionado ajuste. Asimismo, es en esta circunstancia en que se puede evaluar en definitiva, técnica y económicamente, la obra ejecutada.

4.7 El proceso de aprobación de los precios unitarios reales continúa en curso dado que OSITRAN, tal como ha sido demostrado, no ha emitido pronunciamiento expreso de aprobación.

## **5. RECOMENDACIONES**

5.1 Recomendamos a la Gerencia General elevar el presente Informe a consideración del Consejo Directivo de OSITRAN, para su evaluación, y, de ser el caso, su aprobación.

Atentamente,

**VICTOR CARLOS ESTRELLA**  
Gerente de Supervisión

APC/gsg  
REG-SAL-GS-06-11986

## INFORME N° 069-06-GAL-OSITRAN

Para : ERNESTO MITSUMASU FUJIMOTO  
Gerente General

C.c. : ALEJANDRO CHANG CHIANG  
Presidente

VÍCTOR CARLOS ESTRELLA  
GERENTE DE SUPERVISIÓN

Asunto : Interpretación de los Oficios de la Gerencia de Supervisión sobre  
supuesta aprobación y opinión respecto a Precios Unitarios  
presentados por los concesionarios de IIRSA SUR tramos 2 y 3

Fecha : 9 de noviembre de 2006

---

### I. ANTECEDENTES

- **TRAMO 2**

1. Con el Oficio N° 531-06-GS-OSITRAN, del 18 de mayo de 2006, remitido por la Gerencia de Supervisión de OSITRAN a la Secretaria de Transportes del Ministerio de Transportes (MTC), se envió *“el expediente de la entrega parcial del Proyecto de Ingeniería de Detalle, subsector Km. 32+000 – Km. 68+828”* remitido por el Consorcio Supervisor Sur Vial con Carta N° 020-2006/CONS.SUP.VIAL SUR, por el cual dicho supervisor da su conformidad y recomienda su aprobación.

Asimismo, en dicho Oficio la Gerencia de Supervisión informa que:

*“según el Anexo IX numeral 3 (Determinación de Precios Unitarios Reales), OSITRAN, como Regulador, observa que los precios unitarios reales presentado por el Concesionario, no están debidamente constituido (sic), pues no se indican los rendimientos de la mano de obra, equipos; asimismo no contempla las distancias medias de transporte de cantera a pie de obra, etc.; **por lo tanto no se da la conformidad de los precios unitarios reales presentado.**”* (El resaltado es nuestro).

Además, advierte que:

*“de no atender el Concesionario la revisión y formulación de los precios reales, que ha sido solicitada por la Supervisión, será aplicable el numeral 3 del Anexo IX.”*

2. Con el Oficio N° 585-06-GS-OSITRAN, del 28 de mayo de 2006, la Gerencia de Supervisión comunica al MTC que ha recibido la Resolución Directoral N°

1338-2006-MTC/20, que aprueba el Proyecto de Ingeniería de Detalle del Km. 32+000 al Km. 68+828, del Tramo 2: Urcos-Inambari.

En dicho Oficio la Gerencia de Supervisión *“reitera su observación”* realizada con Oficio N°531-06-GS-OSITRAN, en el sentido que:

*“los mayores metrados de partidas del expediente referencial; asimismo, subpartidas no consideradas en el Presupuesto Referencial, el Concesionario y el Concedente deberán tener en cuenta durante la ejecución de la obra, tal como lo estipula la cláusula 6.4.A del Contrato de Concesión; y según el Anexo IX numeral 3 (Determinación de Precios Unitarios Reales), OSITRAN, como Regulador, observa que los precios unitarios reales presentado por el Concesionario, no están debidamente constituido, pues no se indican los rendimientos de la mano de obra, equipos; asimismo no contempla las distancias medias de transporte de cantera a pie de obra, etc.; **no dando la conformidad de los precios unitarios reales presentado.** Por lo tanto, de no atender el Concesionario la revisión y formulación de los precios reales, será aplicable el numeral 3 del Anexo IX, para la determinación de los precios unitarios.”* (El resaltado es nuestro)

En dicho documento también se advierte que la mención en la Resolución Directoral N° 1338-2006-MTC/20 en el sentido que *“los estudios son de responsabilidad del Supervisor: Consorcio Supervisor Vial Sur”*; no es acorde con la cláusula 6.4 del Contrato de Concesión.

3. Mediante Oficio N° 780-06-GS-OSITRAN, del 18 de julio de 2006, la misma Gerencia remite al MTC, el expediente del proyecto de Ingeniería de Detalle<sup>1</sup>,

*“presentado por el Concesionario Interoceánica Sur – Tramo 2 S.A., verificado y revisado por el Supervisor de Obras, quien remite su pronunciamiento de conformidad con las Cartas CN. 096-2006/CONS.SUP VIAL SUR (del 11 de julio de 2006) y CN. 088-2006/CONS.SUP VIAL SUR (del 4 de julio de 2006), recomendando su trámite de aprobación ante el Concedente, contando el mismo con la conformidad de esta Gerencia [la Gerencia de Supervisión].”*

El mismo Oficio señala que con Carta CN. 099-2006/CONS.SUP VIAL SUR (del 12 de julio de 2006),

*“el Supervisor de Obras remite su **Opinión Integral del Proyecto de Ingeniería de Detalle de la Primera Etapa**, ésto es, de los subsectores comprendidos entre los Km. 32+000 a 100+000 y Km. 285+000 a 300+000, **manifestando su opinión favorable a los metrados, a los precios unitarios reales presentados por el Concesionario en su propuesta y a los precios unitarios de las subpartidas no consideradas en el Presupuesto Referencial que deben ser ratificados por el Concedente y el Concesionario** (Cláusula 6.4.A.5). En su Informe de opinión integral, el Supervisor de Obras reporta que el presupuesto de la Ingeniería de Detalle del sector en mención, asciende a US\$ 83'000,040.32, siendo la variación del PAO de la Primera Etapa 7.04%, inferior al límite del 10% (Cláusula 6.4.A.2).”* (El resaltado es nuestro)

En ese sentido, advierte que:

*“OSITRAN en su condición de Regulador, cumple con informar al Concedente, para los fines convenientes, el resultado de la evaluación*

---

<sup>1</sup> Los Expedientes consisten en el Informe de Revisión Ingeniería de Detalle. Km. 68-828 a Km. 100+000 – Julio 2006 y el Informe de Revisión Ingeniería de Detalle. Km. 285+000 a 300+000 – Julio 2006.

*económica de la Ingeniería de Detalle de la primera etapa, donde se evidencia que la **variación del PAO, a la fecha, es próxima al tope de 10% establecido en el Contrato de Concesión.***” (El resaltado es nuestro)

4. El Informe N° 042-2006-MTC/20.6.1.EPH del Especialista en Estudios de PROVIAS NACIONAL, precisa que el Supervisor Vial Sur:

*“alcanza a OSITRAN, mediante Carta N° 088-2006/CONS.SUP VIAL SUR del 3 de julio del 2006 la Ingeniería de Detalle – Primera Etapa – Km. 68+828 a Km. 100+000 y Carta N° 096-2006/CONS.SUP VIAL SUR del 10 de julio del 2006 la Ingeniería de Detalle – Primera Etapa – Km. 285+000 a Km. 300+000 y **Carta N° 099-2006/CONS.SUP VIAL SUR los metrados y Precios Unitarios no considerados en el Presupuesto Referencial que deben ser ratificados entre el Concedente y el Concesionario.**”* (El resaltado es nuestro)

5. La Dirección Ejecutiva de PROVIAS NACIONAL, mediante la Resolución Directoral N° 2048-2006-MTC/20 del 24 de julio de 2006, aprobó

*“administrativamente, y por delegación, el Estudio de Ingeniería de Detalle del Eje Vial Sur, IIRSA SUR – Primera Etapa Sub Tramo: Km. 68+828 – Km. 100+000 y Km. 285+000 – Km. 300+000, del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil, Tramo Urcos – Inambari, cuyo contenido se indica en el documento denominado “Anexo I” que forma parte integrante de la presente Resolución.”*

En el Anexo I, sobre Evaluación Económica, se considera el numeral 27, Tramo 2, Proyecto de Ingeniería de detalle: Precios Unitarios, del folio 001 al 233.

6. A través del Oficio N° 1180-06-GS-OSITRAN<sup>2</sup>, del 25 de septiembre de 2006, la Gerencia de Supervisión manifiesta al Supervisor Vial Sur que el Programa de Ejecución de Obras (PEO) vigente, que sirvió de base para la emisión del CAO N° 01-T2, permanecerá vigente hasta que OSITRAN exprese su conformidad, previo pronunciamiento del Supervisor de Obras, a la actualización del Programa de Ejecución de Obras.

Asimismo, dicho Oficio menciona que conforme a la Adenda N° 3 del Contrato de Concesión,

*“a la aprobación del PID de alguna de las Etapas de construcción, el PEO debe ser ajustado en base a los metrados y precios unitarios, pero debe entenderse que estos precios unitarios se encuentren con la conformidad del Regulador, de acuerdo al procedimiento específico establecido para la ‘Determinación de los Precios Unitarios Reales’ ”.*

En dicho Oficio se aclara que respecto a los Precios Unitarios,

*“debe haber un pronunciamiento específico de conformidad del Regulador, emitido en concordancia con el Numeral 3, del Anexo IX, del Contrato de Concesión que establece un procedimiento que conlleva a dicha expresión específica de conformidad. En caso de no haberla, establece también un procedimiento para tal caso. De no haber manifestado pronunciamiento o de no haber conformidad, se debe utilizar los Precios Unitarios del Proyecto Referencial. Asimismo, la ausencia de pronunciamiento no debería interpretarse como una conformidad.”*

---

<sup>2</sup> Tal Oficio fue remitido con copia a Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 2.

En tal Oficio también se advierte que:

*“el pronunciamiento de OSITRAN, respecto al Proyecto de Ingeniería de Detalle, y que ha conducido a la aprobación del mismo por parte del Concedente mediante las Resoluciones Directorales N° 1338 y 2048-2006-MTC/20, ha incluido una evaluación integral técnico – económica, solicitada al Supervisor de Obras, con un estimado de las variaciones del PAO, con la finalidad de informar al Concedente estas variaciones. OSITRAN consideró oportuno informar al Concedente estas variaciones, conjuntamente con el Proyecto de Ingeniería, ya que la definición de éste, es el que conduce a tales variaciones.”*

El Oficio concluye señalando que:

*“el PEO ajustado presentado por el Concesionario NO ES CONFORME, y deberá ser reformulado teniendo en cuenta lo señalado en el presente.”*

7. Con Carta N° 096-CIST2-OSITRAN del 10 de octubre de 2006, presentada ante OSITRAN el mismo día, el apoderado de Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 2 rechaza lo expuesto en el Oficio N° 1180-06-GS-OSITRAN; señalando que tal oficio

*“pretende restar validez a un acto administrativo firme —la aprobación del Proyecto de ingeniería de Detalle (PID) y de los precios unitarios reales mediante Resolución Directoral N° 2048-2006-MTC/20—, desconociendo actos válidamente emanados de la propia Gerencia de Supervisión —el Oficio N° 780-06-GS-OSITRAN del 18 de julio de 2006— y, lo que es peor si cabe, contraviniendo lo estipulado en el Contrato de Concesión, al: (i) pretender negar que el Regulador ha dado su conformidad a los precios unitarios reales, mediante Oficio N° 780-06-GS-OSITRAN, y (ii) requerirnos para que reformulemos nuestro Programa de Ejecución de Obras (PEO) ajustado, utilizando los precios unitarios del Proyecto Referencial y no los Precios Unitarios Reales, en abierta violación de lo establecido en la cláusula 6.11, inciso (i), del Contrato de Concesión.”*

8. El 2 de noviembre de 2006, durante la sesión del Consejo Directivo de OSITRAN, los representantes de la concesionaria del Tramo 2 expusieron ante dicho colegiado los argumentos de su rechazo a lo expresado en el Oficio N° 1180-06-GS-OSITRAN.

Luego de escuchado en informe oral, el Consejo Directivo de OSITRAN solicitó a la Administración ampliar el Informe N° 063-06-GAL-OSITRAN presentado en dicha oportunidad por la Gerencia General, incorporando los principales argumentos expuestos en la presentación de la concesionaria.

- **TRAMO 3**

9. Con el Oficio N° 693-06-GS-OSITRAN, del 21 de junio de 2006, de la Gerencia de Supervisión de OSITRAN a la Secretaria de Transportes del MTC, se envió *“la carta de la referencia d) [Carta N° TP 061900.026.06] que adjunta el Informe Especial N° TP.061900.001.06.JS que se pronuncia sobre la observación efectuada; en tal sentido remitimos en anexo adjunto el expediente del Proyecto de Ingeniería de Detalle de la primera Etapa, que comprende los sub sectores Km. 300+000 – Km. 315+000 y Km. 610+000 – Km. 709+825 (exceptuando el subtramo comprendido entre el Km. 652+000 al Km. 657+800, anteriormente aprobado), para que continúe con el trámite*



de aprobación por el Concedente, cuyos informes de CESEL S.A. la hacemos nuestra, cumpliendo así OSITRAN con la cláusula 6.6 del Contrato.<sup>3</sup> (El resaltado es nuestro)

10. La Dirección Ejecutiva de PROVIAS NACIONAL, mediante la Resolución Directoral N° 1756-2006-MTC/20 del 27 de junio de 2006, aprobó

*“administrativamente, por delegación, el Estudio de Ingeniería de Detalle – 1ra. Etapa, Tramo 3: Inambari - Iñapari, Km 300+000 – Km. 610+000 – Km. 709+825.532, del Proyecto: Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil, Tramo 3: Inambari – Iñapari, cuyo contenido se indica en el Anexo I que forma parte integrante de la presente Resolución”*

En el Anexo I, sobre Evaluación Económica, se considera el numeral 40, Volumen 12 de 12 Capítulo 7: Presupuesto y Precio Unitario de la Ingeniería de detalle, del folio 001 al 317.

11. A través del Oficio N° 1181-06-GS-OSITRAN<sup>4</sup>, del 25 de septiembre de 2006, la Gerencia de Supervisión manifiesta al representante legal de la empresa supervisora CESEL S.A. que el PEO vigente, que sirvió de base para la emisión del CAO N° 01-T3, permanecerá vigente hasta que OSITRAN exprese su conformidad, previo pronunciamiento del Supervisor de Obras, a la actualización del PEO.

Asimismo, dicho Oficio menciona que conforme a la Adenda N° 3 del Contrato de Concesión,

*“a la aprobación del PID de alguna de las Etapas de construcción, el PEO debe ser ajustado en base a los metrados y precios unitarios, pero debe entenderse que estos precios unitarios se encuentren con la conformidad del Regulador, de acuerdo al procedimiento específico establecido para la ‘Determinación de los Precios Unitarios Reales’ ”.*

En dicho Oficio se aclara que respecto a los Precios Unitarios,

*“debe haber un pronunciamiento específico de conformidad del Regulador, emitido en concordancia con el Numeral 3, del Anexo IX [del Contrato de Concesión], que establece un procedimiento que conlleva a dicha expresión específica de conformidad. En caso de no haberla, establece también un procedimiento para tal caso. De no haber manifestado pronunciamiento o de no haber conformidad, se debe utilizar los Precios Unitarios del Proyecto Referencial. Asimismo, la ausencia de pronunciamiento no debería interpretarse como una conformidad.”*

---

<sup>3</sup> La cláusula 6.6 del Contrato de Concesión del TRAMO 3 señala:

“6.6 El CONCEDENTE en coordinación con el REGULADOR, dispondrá de un plazo máximo de treinta (30) Días Calendario, a partir de recibido el **Proyecto de Ingeniería de Detalle** para las Obras de la Segunda y Tercera Etapa, por parte del CONCESIONARIO, para emitir las observaciones correspondientes o aprobar el proyecto presentado. En caso que el CONCEDENTE no se pronuncie en el plazo señalado, se entenderá por aprobado el proyecto presentado, previa opinión del REGULADOR.

El CONCESIONARIO dispondrá de un plazo máximo de treinta (30) Días Calendario para subsanar las observaciones formuladas por el supervisor de Obras, desde la fecha en que el CONCESIONARIO cumpla con presentar la información necesaria al supervisor de Obras.

Acto seguido, el CONCEDENTE con la opinión del REGULADOR dispondrá de treinta (30) Días Calendario para evaluar las subsanaciones presentadas por el CONCESIONARIO. En caso que el CONCEDENTE no se pronuncie en el plazo señalado, el proyecto presentado se entenderá aprobado. “ (El resaltado es nuestro)

<sup>4</sup> Tal Oficio fue remitido con copia a Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 3.

En tal Oficio, la Gerencia de Supervisión también advierte que:

*“el pronunciamiento de OSITRAN, respecto al Proyecto de Ingeniería de Detalle, y que ha conducido a la aprobación del mismo por parte del Concedente mediante la Resolución Directoral N° 1756-2006-MTC/20, ha incluido una evaluación integral técnico – económica, solicitada al Supervisor de Obras, con un estimado de las variaciones del PAO, con la finalidad de informar al Concedente estas variaciones. OSITRAN consideró oportuno informar al Concedente estas variaciones, conjuntamente con el Proyecto de Ingeniería, ya que la definición de éste, es el que conduce a tales variaciones. OSITRAN no ha manifestado pronunciamiento específico sobre los Precios Unitarios presentados.”*

El Oficio concluye señalando que:

*“el PEO ajustado presentado por el Concesionario NO ES CONFORME, y deberá ser reformulado teniendo en cuenta lo señalado en el presente.”*

12. Con Carta N° 086-CIST3-OSITRAN del 16 de octubre de 2006, presentada ante OSITRAN el 18 de octubre de 2006, el apoderado de Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 3 rechaza lo expuesto en el Oficio N° 1181-06-GS-OSITRAN; señalando que tal oficio

*“pretende restar validez a un acto administrativo firme —la aprobación del Proyecto de ingeniería de Detalle (PID) y de los precios unitarios reales mediante Resolución Directoral N° 1756-2006-MTC/20—, desconociendo actos válidamente emanados de la propia Gerencia de Supervisión —el Oficio N° 693-06-GS-OSITRAN del 21 de junio de 2006— y, lo que es peor si cabe, contraviniendo lo estipulado en el Contrato de Concesión, al: (i) pretender negar que el Regulador ha dado su conformidad a los precios unitarios reales, mediante Oficio N° 693-06-GS-OSITRAN, y (ii) requerirnos para que reformulemos nuestro Programa de Ejecución de Obras (PEO) ajustado, utilizando los precios unitarios del Proyecto Referencial y no los Precios Unitarios Reales, en abierta violación de lo establecido en la cláusula 6.11, inciso (i), del Contrato de Concesión.”*

## **II. OBJETIVO**

El objetivo del presente informe es emitir opinión sobre la supuesta aprobación de los Precios Unitarios Reales propuestos por los Concesionarios de los Tramos 2 y 3 por parte de OSITRAN y el Concedente.

## **III. ANÁLISIS**

### **• CONTRATOS DE CONCESIÓN TRAMO 2 Y 3**

1. La cláusula 1.6 de los Contratos de Concesión de IIRSA SUR TRAMO 2 y 3 contienen las siguientes definiciones:

“Programa de Ejecución de Obras

*Es el documento en el que consta la programación mensual valorizada de la ejecución de las Obras, el cual deberá presentarse en el plazo señalado en la Cláusula 6.11 del Contrato de Concesión para la ejecución de las Obras.*

Proyecto de Ingeniería de Detalle

*Son los proyectos de ingeniería definitivos que le corresponde desarrollar al CONCESIONARIO sobre la base del Expediente Técnico. Estos deberán someterse a la aprobación del CONCEDENTE, de acuerdo a lo indicado en la Cláusula 6.5 del Contrato y Anexo XI según corresponda.”*

2. Conforme a la Sección Sexta y Anexo XI de los Contratos de Concesión, el Proyecto de Ingeniería de Detalle (PID) debe ser aprobado por el Concedente, previa opinión del regulador:

*“6.5 El CONCESIONARIO tendrá como plazo máximo para presentar el Proyecto de Ingeniería de Detalle de:*

*(i) Las Obras de la Primera Etapa: Conforme a lo indicado en el Anexo XI.*

*(ii) Las Obras de la Segunda y Tercera Etapa: A más tardar a los noventa (90) Días Calendario antes del inicio de las Obras de la Segunda Etapa.*

*6.6 El CONCEDENTE en coordinación con el REGULADOR, dispondrá de un plazo máximo de treinta (30) Días Calendario, a partir de recibido el Proyecto de Ingeniería de Detalle para las Obras de la Segunda y Tercera Etapa, por parte del CONCESIONARIO, para emitir las observaciones correspondientes o aprobar el proyecto presentado. En caso que el CONCEDENTE no se pronuncie en el plazo señalado, se entenderá por aprobado el proyecto presentado, previa opinión del REGULADOR.*

*El CONCESIONARIO dispondrá de un plazo máximo de treinta (30) Días Calendario para subsanar las observaciones formuladas por el supervisor de Obras, desde la fecha en que el CONCESIONARIO cumpla con presentar la información necesaria al supervisor de Obras.*

*Acto seguido, el CONCEDENTE con la opinión del REGULADOR dispondrá de treinta (30) Días Calendario para evaluar las subsanaciones presentadas por el CONCESIONARIO. En caso que el CONCEDENTE no se pronuncie en el plazo señalado, el proyecto presentado se entenderá aprobado.*

*6.7. Sin perjuicio de lo previsto en la Cláusula 6.5, el CONCESIONARIO podrá presentar para aprobación, el Proyecto de Ingeniería de Detalle para las Obras de las tres etapas de manera conjunta. En este caso, el plazo será el señalado en el Literal i) de la Cláusula 6.5.”*

**“ANEXO XI**

**EJECUCIÓN DE LAS OBRAS DE CONSTRUCCIÓN**

*En el caso que el CONCESIONARIO decida o no tomar la Línea de Crédito de Enlace a que hace referencia la Cláusula 18.1 del Contrato, deberá iniciar las Obras de Construcción correspondientes a la Primera Etapa a más tardar a los sesenta (60) Días Calendario contados a partir de la Fecha de Vigencia de Obligaciones para lo cual se deberá haber cumplido copulativamente con:*

- a. *Haberse aprobado la entrega parcial o total de los Proyectos de Ingeniería de Detalle para la Construcción de Obras, de acuerdo a lo indicado en las Cláusulas 6.5, 6.6, 6.7 y 6.8.*

*(...)*

*Para tal efecto, el CONCESIONARIO deberá haber presentado al CONCEDENTE los documentos señalados en los Literales a) y c) con una anticipación no menor de 20 Días Calendario para su aprobación y deberá comunicar al REGULADOR y al CONCEDENTE mediante documento escrito,*

*la fecha de inicio de la Construcción de las Obras señaladas en el Cuadro 11.1, la que deberá también estar contemplada en el Cronograma de Avance de Obras referido en el Anexo IX y estar en condiciones de ejecutar las actividades iniciales de acuerdo con las Especificaciones Técnicas y condiciones del Contrato.*

*A más tardar a los cinco (05) meses contados desde el Inicio de las Obras, el CONCESIONARIO deberá haber presentado los correspondientes estudios señalados en los Literales a) y c) para la totalidad del Tramo, a fin de obtener la aprobación del CONCEDENTE, de conformidad con el procedimiento señalado en las Cláusulas 6.6 y 11.6.”*

Como puede apreciarse existe un procedimiento contractualmente establecido para la aprobación del PID; que determina la competencia de OSITRAN para opinar sobre el proyecto y del MTC para aprobarlo.

En esa línea, en el Memorando N° 035-2006-GAL-OSITRAN, del 1 de junio de 2006, sobre Aprobación del Proyecto de Ingeniería de Detalle en las concesiones IIRSA, se mencionó que en los Contratos de Concesión de IIRSA SUR Tramo 2 y 3, la cláusula 6.6 y el Anexo XI precisan que el Concedente, en coordinación con el Regulador (OSITRAN), aprobará el Proyecto de Ingeniería de Detalle.

3. En relación al PEO y a los Precios Unitarios, los Contratos de Concesión en su cláusula 6.11 y numeral 3 de su Anexo IX establecen lo siguiente:

***“Programa de Ejecución de las Obras***

*6.11.- Con una anticipación de treinta (30) Días al inicio de las Obras, el CONCESIONARIO deberá presentar al REGULADOR un Programa de Ejecución de Obras que incluya tiempos de ejecución de todas las Subpartidas relativas a la Obra correspondiente para su culminación, y que deberá considerar los metrados y los costos unitarios del presupuesto del Proyecto Referencial. El Programa de Ejecución de Obras deberá respetar los plazos máximos establecidos en los Anexos I, VIII y XI, y deberá ser presentado en medios magnéticos y físicos.*

*Sin perjuicio de lo anterior, el CONCESIONARIO presentará al REGULADOR un Programa de Ejecución de Obras ajustado, en un plazo de hasta 30 Días a partir de que:*

- (i) el CONCEDENTE haya aprobado el Proyecto de Ingeniería de Detalle correspondiente a cada una de las etapas de Construcción del Tramo, en cuyo caso deberá efectuar el ajuste del Programa de Ejecución de Obras con base en los metrados y precios unitarios del Proyecto de Ingeniería de Detalle aprobado;*
- (ii) el REGULADOR haya aprobado las Soluciones Técnicas propuestas por el CONCEDENTE o el CONCESIONARIO, de acuerdo con lo establecido en el Numeral 6.4.A.3 del Contrato de Concesión, en cuyo caso deberá efectuar el ajuste del Programa de Ejecución de Obras con base en los metrados y precios unitarios de las Soluciones Técnicas aprobadas;*
- (iii) el CONCEDENTE determinara la necesidad de realizar Obras Adicionales y las mismas fueren asumidas por el CONCESIONARIO por mutuo acuerdo entre las Partes según lo dispuesto en las Cláusulas 6.35 a 6.39, y siempre que el mecanismo determinado por el CONCEDENTE para el pago de dichas Obras Adicionales sea mediante el ajuste del PAO, en cuyo caso el CONCESIONARIO deberá efectuar el ajuste del Programa de*

*Ejecución de Obras con base en los metrados de las Obras Adicionales y en los precios unitarios determinados de común acuerdo entre las Partes;*

- (iv) *el CONCEDENTE, con la opinión previa del REGULADOR, aceptara la realización de Obras Accesorias por el CONCESIONARIO de acuerdo con lo establecido en las Cláusulas 6.46 y 6.47, y siempre que el mecanismo determinado por el CONCEDENTE para el pago de dichas Obras Accesorias sea mediante el ajuste del PAO, en cuyo caso el CONCESIONARIO deberá efectuar el ajuste del Programa de Ejecución de Obras con base en los metrados de las Obras Accesorias y en los precios unitarios determinados de común acuerdo entre las Partes.” (Modificación: Inclusión aprobada en virtud de sendas Addenda N° 3 a los Contratos de Concesión, suscritas el 26 de julio de 2006)<sup>5</sup>*

## **“ANEXO IX**

### **PROCEDIMIENTO PARA EVALUAR EL AVANCE DE OBRA**

(...)

#### **3. Determinación de Precios Unitarios Reales**

- a. *Con el Proyecto de Ingeniería de Detalle total o parcial, presentado por el CONCESIONARIO dentro de los plazos establecidos en la Cláusula 6.5 del Contrato, el CONCESIONARIO presentará sus precios unitarios al REGULADOR, quien deberá dar su conformidad. **Los precios unitarios no aprobados por el REGULADOR** y al no llegar a acuerdo entre las Partes, serán sometidos a arbitraje de acuerdo al mecanismo señalado en la Cláusula 16.11 a).*
- b. *Mientras no exista el laudo arbitral respecto a los precios unitarios reales no aceptados por el REGULADOR, ni fijados de común acuerdo entre las Partes, los reajustes de Obra serán efectuados con los precios unitarios establecidos por el Proyecto Referencial. Luego de la expedición del laudo arbitral, se harán las compensaciones correspondientes.” (El resaltado es nuestro)*

Como se aprecia, los Contratos de Concesión determinan la competencia de OSITRAN para aprobar los Precios Unitarios Reales propuestos por los concesionarios, en un procedimiento distinto al que corresponde aprobar el PID. El Contrato de Concesión no faculta al MTC para tal aprobación, aun con el visto bueno o con la conformidad de OSITRAN.

- **LAS SENDAS COMPETENCIAS DEL CONCEDENTE Y DEL REGULADOR PARA LA APROBACIÓN DEL PROYECTO DE INGENIERÍA DE DETALLE Y DE LOS PRECIOS UNITARIOS REALES PROPUESTOS POR LOS CONCESIONARIOS**

En esta parte se analizarán los documentos que se mencionan en los antecedentes, tomando como base lo indicado en las Cartas N° 096-CIST2-OSITRAN y N° 086-CIST3-OSITRAN por parte del concesionario del TRAMO 2 y TRAMO 3, respectivamente.

---

<sup>5</sup> Los Contratos de Concesión originalmente mencionaban:

“6.11.- Con una anticipación de treinta (30) Días al inicio de las Obras, el CONCESIONARIO deberá presentar al REGULADOR un Programa de Ejecución de Obras que incluya tiempos de ejecución de todas las Subpartidas relativas a la Obra correspondiente para su culminación. El Programa de Ejecución de Obras deberá respetar los plazos máximos establecidos en los Anexos I, VIII y XI, y deberá ser presentado en medios magnéticos y físicos.”

4. Los concesionarios han señalado que:

***“es falso que OSITRAN no haya dado su conformidad a los precios unitarios reales presentado por el Concesionario”.*** (El resaltado es nuestro)

Los concesionarios del TRAMO 2 y TRAMO 3 sostienen que mediante Oficios N° 780-06-GAL-OSITRAN y N° 693-06-GAL-OSITRAN, respectivamente,

***“la Gerencia de Supervisión de OSITRAN emitió su opinión favorable respecto de la conformidad de los precios unitarios reales”; y, “máxime cuando los precios unitarios reales ya fueron aprobados por el Concedente y existe un acto administrativo firme”.*** (El resaltado es nuestro)

El concesionario del TRAMO 2 argumenta que OSITRAN, ***“dos meses después de la emisión de la Carta N° 531-06-GS-OSITRAN y luego de subsanadas las observaciones, mediante Oficio N° 780-06-GS-OSITRAN de la Gerencia de Supervisión, dio su conformidad respecto del informe de Supervisión que recomendaba la aprobación de los precios unitarios reales presentados por el Concesionario”.*** Para el efecto, cita textos del Oficio N° 780-06-GS-OSITRAN.

Por su parte, el concesionario del TRAMO 3 argumenta que OSITRAN, mediante Oficio N° 693-06-GS-OSITRAN de la Gerencia de Supervisión, ***“dio su conformidad respecto del informe de Supervisión que recomendaba la aprobación de los precios unitarios reales presentados por el Concesionario”.*** Para el efecto, cita textos del Oficio N° 693-06-GS-OSITRAN.

5. Sin embargo, cabe resaltar que en nuestra opinión **OSITRAN no ha dado conformidad a los precios unitarios reales** de los concesionarios del TRAMO 2 y TRAMO 3. Para ello es menester leer cuidadosamente el primer párrafo del Oficio N° 780-06-GS-OSITRAN (TRAMO 2), donde la Gerencia de Supervisión solamente da conformidad al PID:

***“Es grato dirigirme a usted, para remitirle, según el detalle que se señala más adelante, el expediente del proyecto de Ingeniería de Detalle, presentado por el Concesionario Interoceánica Sur – Tramo 2 S.A, y que ha sido verificado y revisado por el Supervisor de Obras, Consorcio Supervisor Vial Sur, quien remite su pronunciamiento de conformidad con las comunicaciones de las referencias b) y c), recomendando su trámite de aprobación ante el Concedente, contando el mismo con la conformidad de esta Gerencia”*** (El resaltado es nuestro)

Como se observa el primer párrafo, además de restringirse al PID, hace referencia a las comunicaciones b) y c), las cuales son las cartas CN. 096-2006/CONS.SUP VIAL SUR y CN. 088-2006/CONS.SUP VIAL SUR, con las que manifiesta su pronunciamiento únicamente sobre los Proyectos de Ingeniería de Detalle; mas no así sobre los Precios Unitarios Reales. Esto se confirma con lo expresado en la parte final del mencionado Oficio de OSITRAN, al referirse a la comunicación a) que es la Carta CN. 099-2006/CONS.SUP VIAL SUR, donde se aprecia lo siguiente :

***“Con Carta de la referencia a), el Supervisor de Obras remite su Opinión Integral del Proyecto de Ingeniería de Detalle de la Primera Etapa, ésto es, de***

los subsectores comprendidos entre los Km. 32+000 a 100+000 y Km. 285+000 a 300+000, **manifestando su opinión favorable a los metrados, a los precios unitarios reales presentados por el Concesionario en su propuesta y a los precios unitarios de las subpartidas no consideradas en el Presupuesto Referencial que deben ser ratificados por el Concedente y el Concesionario** (Cláusula 6.4.A.5). En su Informe de opinión integral, el Supervisor de Obras reporta que el presupuesto de la Ingeniería de Detalle del sector en mención, asciende a US\$ 83'000,040.32, siendo la variación del PAO de la Primera Etapa 7.04%, inferior al límite del 10% (Cláusula 6.4.A.2).

Al respecto de lo último, **OSITRAN en su condición de Regulador, cumple con informar al Concedente, para los fines convenientes, el resultado de la evaluación económica de la Ingeniería de Detalle de la primera etapa, donde se evidencia que la variación del PAO, a la fecha, es próxima al tope de 10% establecido en el Contrato de Concesión.**" (El resaltado es nuestro)

Como es evidente, en esta parte final del Oficio, OSITRAN está informando la opinión del Supervisor de Obras sobre los precios unitarios reales, pero no está dando conformidad ni aprobación al respecto; e informa al Concedente sobre la variación del PAO.

En otras palabras, la Gerencia de Supervisión de OSITRAN **ha manifestado su voluntad de manera expresa en relación al Proyecto de Ingeniería de Detalle**, dando opinión favorable a que se refieren las Cartas CN. 096-2006/CONS.SUP VIAL SUR y CN. 088-2006/CONS.SUP VIAL SUR. Por el contrario, la misma Gerencia **no ha expresado su voluntad de aprobar, ni de manera expresa ni tácita**, los precios unitarios reales propuestos por la concesionaria, a que hacen referencia la Carta CN. 099-2006/CONS.SUP VIAL SUR, sino que meramente ha informado la opinión del consorcio supervisor al respecto y la variación del PAO.

6. En la misma línea, en relación al TRAMO 3, en nuestra opinión, OSITRAN tampoco ha dado conformidad a los precios unitarios reales presentados por el Concesionario. En ese sentido, el Oficio N° 693-06-GS-OSITRAN menciona lo siguiente:

*"Es grato dirigirme a usted (...) para remitirle la carta de la referencia d) [Carta N°TP061900.026.06] que adjunta el Informe Especial N°TP061900.001.06.JS que se pronuncia sobre la observación efectuada; en tal sentido remitimos en anexo adjunto el expediente del Proyecto de Ingeniería de Detalle de la primera Etapa, (...) cuyos informes de CESEL S.A. la hacemos nuestra, cumpliendo así OSITRAN con la cláusula 6.6 del Contrato."* (El resaltado es nuestro)

Como se observa el primer párrafo, además de restringirse al PID, hace referencia a la Carta del Supervisor de Obras con la que adjunta su Informe Especial N° TP.061900.001.06.JS, con las que manifiesta su pronunciamiento únicamente sobre los Proyectos de Ingeniería de Detalle; mas no así sobre los Precios Unitarios Reales. En efecto, el mencionado Informe señala:

*"(...) por lo que la documentación que se remite (Proyecto de Ingeniería de Detalle – Primera Etapa), ya es conforme y cuenta con la rúbrica del Concesionario y del Supervisor, recomendando su trámite al OSITRAN para la prosecución de la aprobación correspondiente."*

El Informe Especial N° TP.061900.001.06.JS concluye señalando:

*“Como podrá deducirse de todo lo antes mencionado, esta Supervisión ha dado claramente su conformidad al Proyecto de Ingeniería de Detalle correspondiente a la Primera Etapa, entendiéndose para ello que el Concedente aceptará las justificadas desviaciones respecto a las normas de diseño geométrico y de puentes, tal como lo hizo en su aprobación de los primeros 5 km de carretera del proyecto.”*

Como puede apreciarse, el Informe Especial N° TP.061900.001.06.JS, el mismo que, conforme al Oficio N° 693-06-GS-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión de OSITRAN hace suyo fue el informe referido sólo al Proyecto de Ingeniería de Detalle – Primera Etapa del Tramo 3 de IIRSA SUR; no a los precios unitarios reales, dado que tampoco el mencionado Informe los analiza.

Asimismo, una lectura cuidadosa del primer párrafo del Oficio N° 693-06-GS-OSITRAN, advierte que el regulador, a través de la Gerencia de Supervisión, solamente ha dado conformidad al PID de la primera etapa:

*“remitimos en anexo adjunto el expediente del Proyecto de Ingeniería de Detalle de la primera Etapa, (...), para que continúe con el trámite de aprobación por el Concedente, cuyos informes de CESEL S.A. la hacemos nuestra (sic), cumpliendo así OSITRAN con la cláusula 6.6 del Contrato.”*<sup>6</sup>(El resaltado es nuestro)

Como se observa en el primer párrafo, la Gerencia de Supervisión además de manifestar que comparte los Informes de la supervisora, señala que envía el PID al concedente para que, en cumplimiento de sus funciones, lo apruebe. Como ya se ha visto, de acuerdo al Contrato de Concesión, el PID lo aprueba el concedente.

Aunque erróneamente la Gerencia de Supervisión y el Concedente enumeraron en la parte correspondiente al expediente del PID para el Tramo 3, tanto en el Oficio como en la Resolución Directoral, respectivamente, el Volumen 12 de 12 Capítulo 7: Presupuesto y precio unitario; la conformidad de OSITRAN y la posterior aprobación por el Concedente, no podrían ser sobre los **precios unitarios reales dado que su aprobación corresponde única y exclusivamente a OSITRAN**. El Oficio N° 693-06-GS-OSITRAN en ninguna parte declara la aprobación de los precios unitarios presentados por el concesionario; su pronunciamiento únicamente versa —y debe entenderse así— sobre el Proyecto de Ingeniería de Detalle, al referirse al Informe de CESEL Informe Especial N° TP.061900.001.06.JS sobre Proyecto de Ingeniería de Detalle.

---

<sup>6</sup> La cláusula 6.6 del Contrato de Concesión del TRAMO 3 señala:

“6.6 El CONCEDENTE en coordinación con el REGULADOR, dispondrá de un plazo máximo de treinta (30) Días Calendario, a partir de recibido el **Proyecto de Ingeniería de Detalle** para las Obras de la Segunda y Tercera Etapa, por parte del CONCESIONARIO, para emitir las observaciones correspondientes o aprobar el proyecto presentado. En caso que el CONCEDENTE no se pronuncie en el plazo señalado, se entenderá por aprobado el proyecto presentado, previa opinión del REGULADOR.

El CONCESIONARIO dispondrá de un plazo máximo de treinta (30) Días Calendario para subsanar las observaciones formuladas por el supervisor de Obras, desde la fecha en que el CONCESIONARIO cumpla con presentar la información necesaria al supervisor de Obras.

Acto seguido, el CONCEDENTE con la opinión del REGULADOR dispondrá de treinta (30) Días Calendario para evaluar las subsanaciones presentadas por el CONCESIONARIO. En caso que el CONCEDENTE no se pronuncie en el plazo señalado, el proyecto presentado se entenderá aprobado. “ (El resaltado es nuestro)



Esto se confirma con lo expresado en la parte final del primer párrafo del Oficio N° 693-06-GS-OSITRAN, donde se concluye que la remisión del expediente del PID se realiza **cumpliendo con la cláusula 6.6 del Contrato de Concesión**.

Ahora bien, la mencionada cláusula 6.6 se refiere a la **aprobación del PID que debe realizar el concedente en coordinación con el REGULADOR**. Esta cláusula no se refiere a la opinión del Regulador ni a su aprobación respecto a los Precios Unitarios Reales. La acertada referencia a esta cláusula en el Oficio revela que cualquier interpretación en el sentido que OSITRAN aprobó o al menos emitió opinión favorable respecto a los Precios Unitarios Reales presentados por el concesionario carece de sustento.

7. Para emitir actos administrativos, de acuerdo a la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), se necesita cumplir con los requisitos de validez del acto administrativo como son el **objeto y contenido**, entendiéndose por tal requisito que el acto administrativo debe expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse **inequívocamente** sus efectos jurídicos<sup>7</sup>. Es por ello, que la supuesta aprobación de la Gerencia de Supervisión a los precios unitarios, realizada por los Oficios N° 780-06-GS-OSITRAN (TRAMO 2) y N° 693-06-GS-OSITRAN (TRAMO 3) tampoco sería válida, pues esto no fluye inequívocamente de su texto. Siguiendo el numeral 3 del Anexo IX del Contrato de Concesión, este acto administrativo no se presume, sino que es necesario una aprobación o desaprobación expresa por parte de OSITRAN.

Por tanto, las citas que al respecto hacen los concesionarios a los Oficios N° 780-06-GS-OSITRAN (TRAMO 2) y N° 693-06-GS-OSITRAN (TRAMO 3) son tendenciosas en el sentido de argumentar la idea que los precios unitarios reales cuentan con la conformidad EXPRESA de OSITRAN. Así, es absolutamente inexacto que OSITRAN haya declarado expresamente su conformidad para que las partes procedan a la aprobación de los precios unitarios reales, tal como sostienen los concesionarios.

Por otro lado, lo que afirman los concesionarios respecto a que si OSITRAN *“no hubiera estado conforme con los precios unitarios reales, hubiera actuado como lo hizo en su Carta N° 531-06-GS-OSITRAN”*, es una afirmación que se encuentra en el campo hipotético; dado que como se desarrollará más adelante, el Contrato de Concesión exige la conformidad explícita del Regulador, a través de una **aprobación o desaprobación**, sobre los precios unitarios reales presentados por los concesionarios, y no un pronunciamiento “tácito” o “sobreentendido”.

---

<sup>7</sup> **“Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos**

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

2. Objeto o contenido.- Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.

(...).”

8. Asimismo, los concesionarios han manifestado que:

**“conforme al Contrato de Concesión, OSITRAN emite únicamente una opinión respecto de la conformidad de los precios unitarios reales.”**

Y que:

*“son las partes (Concedente y Concesionario) quienes acuerdan la aprobación de dichos precios unitarios reales. En ese sentido, una vez recibida la opinión de OSITRAN con la correspondiente conformidad, el Concedente aprobó los precios unitarios reales propuestos por el Concesionario, mediante Resolución Directoral [Nº 2048-2006-MTC/20 para TRAMO 2 y Nº 1756-2006-MTC/20 para TRAMO 3].”*

Los concesionarios del TRAMO 2 y TRAMO 3 argumentan que el concedente se ha sustentado en los Oficios Nº 780-06-GS-OSITRAN y Nº 693-06-GS-OSITRAN, respectivamente, para lo cual el concesionario del TRAMO 2 cita el Considerando 6 y el artículo primero de la Resolución Directoral Nº 2048-2006-MTC/20 de la siguiente manera:

*“Que, con Oficio Nº 780-06-GS-OSITRAN, del 18.07.2006, OSITRAN remite a la Dirección General de la Secretaría de Transportes y Comunicaciones, el proyecto de Ingeniería de Detalle correspondiente a la Primera Etapa, el mismo que encuentra conforme, recomendando a su vez la aprobación por parte del CONCEDENTE”.*

*“Aprobar administrativamente, y por delegación, el Estudio de Ingeniería de Detalle del Eje Vial Sur, IIRSA SUR – Primera Etapa ..., del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil, Tramo Urcos – Inambari, cuyo contenido se indica en el documento denominado “Anexo I” que forma parte integrante de la presente Resolución”.*

Por su parte, el concesionario del TRAMO 3 cita el Considerando 5 y el artículo primero de la Resolución Directoral Nº 1756-2006-MTC/20 de la siguiente manera:

*“Que, mediante Informe Nº 031-2006-MTC/20.6.1.EPH, del 22.06.2006, el Especialista en Estudios de la Gerencia de Estudios y Proyectos de PROVIAS NACIONAL, señala que a través del Oficio Nº 693-06-GS-OSITRAN de fecha 21 de junio de 2006 el Regulador (OSITRAN) alcanza a PROVIAS NACIONAL el Proyecto de Ingeniería de Detalle..., **de acuerdo a lo establecido en el literal a) del Anexo XI del Contrato de Concesión** y hace suyo el Informe Especial de la Supervisión Nº TP.001.061900.06.JS, de fecha 23.05.2006, refiriendo igualmente la Carta TP.061900.17.06, de fecha 20.05.2006, documentos con los que el Consultor CESEL Ingenieros S.A. y su Jefe de Supervisión, dan su conformidad al Estudio, solicitando la prosecución del Trámite hasta la expedición del resolutivo correspondiente;” (El resaltado es nuestro)*

*“Aprobar administrativamente, por delegación, el Estudio de Ingeniería de Detalle – 1ra. Etapa, Tramo 3: Inambari - Iñapari, Km 300+000 – Km. 610+000 – Km. 709+825.532, del Proyecto: Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil, Tramo 3: Inambari – Iñapari, cuyo contenido se indica en el Anexo I que forma parte integrante de la presente Resolución”.*

Ambos concesionarios señalan que los precios unitarios reales, el análisis de dichos precios<sup>8</sup> y el presupuesto correspondiente a la Primera Etapa de Construcción, forman parte del mencionado Anexo I.

Al respecto, cabe mencionar que en la parte considerativa de la Resolución Directoral N° 2048-2006-MTC/20 se señala que:

*“mediante Carta C.N.096-2006/CONS.SUP.VIAL, del 11 de julio de 2006, complementada por Carta C.N.099-2006/CONS.SUP.VIAL, del 12 de julio de 2006, el **Consortio Supervisor VIAL SUR pone en conocimiento del OSITRAN, el expediente completo relativo al Proyecto de Ingeniería de Detalle, correspondiente a la Primera Etapa: Sub Tramo: Km. 68+828 – Km. 100+000 y Km. 285+000 – Km. 300+000, del proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil, Tramo Urcos – Inambari; el mismo que ha sido revisado y encontrado conforme, recomendando su aprobación.***

Conforme a lo anterior, queda claro que en la parte considerativa de la misma Resolución se reconoce que el Supervisor de Obras ha recomendado a OSITRAN la aprobación de los Precios Unitarios a que hace referencia su Carta C.N.099-2006/CONS.SUP.VIAL.

En cuanto al TRAMO 3, una correcta lectura de la parte considerativa (Considerando 5) citada por el concesionario, delata que PROVIAS NACIONAL reconoce la conformidad del Consultor CESEL Ingenieros S.A. y su Jefe de Supervisión, para la aprobación correspondiente. No se declara allí que OSITRAN haya dado su aprobación a los Precios Unitarios Reales, como tampoco al PID (que no es de su competencia). Asimismo, reforzando esta afirmación, la misma parte considerativa hace referencia al literal a) del Anexo XI del Contrato de Concesión, el mismo que se encuentra referido solamente al procedimiento para la aprobación del PID por parte del concedente<sup>9</sup>.

Esto evidencia la mala apreciación de los Concesionarios respecto a lo señalado en los Oficios N° 780-06-GS-OSITRAN (TRAMO 2) y N° 693-06-GS-OSITRAN (TRAMO 3), que lleva a contradicción en las Resoluciones Directorales y con ello su falta de concordancia con lo dispuesto en el Contrato de Concesión en cuanto a la competencia para aprobar los Precios Unitarios Reales; pues como ya se ha citado, los Contratos de Concesión en su Anexo IX, numeral 3, reconocen la competencia de OSITRAN para el efecto.

9. Por otro lado, los concesionarios han señalado que:

***“la Resolución Directoral [ N° 2048-2006-MTC/20 (TRAMO 2) y N° 1756-2006-MTC/20 (TRAMO 3)] tiene naturaleza administrativa y contractual.”***

---

<sup>8</sup> En el caso de la carta del concesionario del TRAMO 3, no se incluye este tema.

<sup>9</sup> **“ANEXO XI**

**EJECUCIÓN DE LAS OBRAS DE CONSTRUCCIÓN**

En el caso que el CONCESIONARIO decida o no tomar la Línea de Crédito de Enlace a que hace referencia la Cláusula 18.1 del Contrato, deberá iniciar las Obras de Construcción correspondientes a la Primera Etapa a más tardar a los sesenta (60) Días Calendario contados a partir de la Fecha de Vigencia de Obligaciones para lo cual se deberá haber cumplido copulativamente con:

a. Haberse aprobado la entrega parcial o total de los Proyectos de Ingeniería de Detalle para la Construcción de Obras, de acuerdo a lo indicado en las Cláusulas 6.5, 6.6, 6.7 y 6.8.  
(...)”

Administrativa, porque “es un acto administrativo firme, válido y eficaz”; en consecuencia, “el único medio para cuestionar la vigencia y validez de los precios unitarios reales aprobados sería la declaración de nulidad de dicha Resolución Directoral”. Contractual, porque es “la manifestación de aceptación del Concedente respecto de la propuesta de precios unitarios reales presentada por el Concesionario y sobre la que opinó el Regulador”.

Asimismo, los concesionarios señalan que:

*“el acápite 3.a del Anexo IX del Contrato de Concesión establece que conjuntamente con el PID total o parcial, el concesionario presentará sus precios unitarios reales al Regulador, quien deberá dar su conformidad.”*

Y agregan que:

*“si el Regulador no aprueba los precios unitarios y si las Partes no llegan a un acuerdo al respecto, la controversia será sometida a arbitraje”*.

Esto los lleva a concluir que:

*“OSITRAN únicamente tiene la función de emitir una opinión respecto a la conformidad de los precios unitarios reales y que, finalmente, serán las partes quienes los aprueben”*.

Sobre el carácter administrativo de las respectivas Resoluciones Directorales, las concesionarias señalan que “se considera válido en tanto su nulidad no sea declarada, los precios unitarios reales han sido aprobados y deben ser aplicados en el PEO ajustado que el OSITRAN tiene la obligación de respetar”.

Tales argumentos evidencian la lectura sesgada del Contrato de Concesión. Como ha sido demostrado, los Contratos de Concesión establecen un procedimiento para la aprobación de los Precios unitarios Reales por un lado (Numeral 3, Anexo IX), y otro para el Proyecto de Ingeniería de Detalle (Cláusulas 6.5 a 6.8). En nuestra opinión, el procedimiento para la aprobación de los Precios Unitarios Reales sería posterior a la aprobación del PID; tal es así que luego de su aprobación, el concesionario adjuntará al PID aprobado su propuesta de Precios Unitarios Reales.

Asimismo, el arbitraje sólo procede de manera copulativa cuando: (i) el regulador no aprobó los precios unitarios reales; y (ii) las Partes no llegaron a un acuerdo sobre los mismos. Para el efecto se cita la parte pertinente:

*“a. **Con el Proyecto de Ingeniería de Detalle total o parcial**, presentado por el CONCESIONARIO dentro de los plazos establecidos en la Cláusula 6.5 del Contrato, **el CONCESIONARIO presentará sus precios unitarios al REGULADOR, quien deberá dar su conformidad**. Los precios unitarios no aprobados por el REGULADOR y al no llegar a acuerdo entre las Partes, serán sometidos a arbitraje de acuerdo al mecanismo señalado en la Cláusula 16.11 a).”* (El resaltado es nuestro)

De allí que aun en el supuesto negado que OSITRAN haya dado opinión favorable, expresa o tácita, a los precios unitarios reales presentados por los concesionarios, no estaríamos en el supuesto que condiciona el acuerdo de

las partes a que se refiere el párrafo antes citado de los Contratos de Concesión. Este supuesto rige cuando el **regulador no haya aprobado** los precios unitarios reales presentados por los concesionarios. Por tales consideraciones, la APROBACIÓN de OSITRAN no es una mera opinión como pretenden los concesionarios sea considerada por OSITRAN.

10. Por otro lado, dado que el Concedente, mediante las Resoluciones Directorales N° 2048-2006-MTC/20 (TRAMO 2) y N° 1756-2006-MTC/20 (TRAMO 3) se pronuncia en aspectos sobre los que aun no lo hace OSITRAN, de acuerdo al Contrato de Concesión, como es el caso de los precios unitarios reales presentados por los concesionarios; deberá solicitarse al MTC la declaración de la nulidad de las Resoluciones Directorales emitidas, en el extremo referido a los precios unitarios reales. Esto de acuerdo a lo regulado en el Capítulo II del Título I de la LPAG.

En tal sentido, el artículo 10 de la LPAG sanciona con nulidad al acto administrativo que contravienen las leyes o a las normas reglamentarias y al que carece de alguno de sus requisitos de validez, como lo es la **competencia**<sup>10</sup>. En el caso concreto, las Resoluciones Directorales, en el extremo referido a los precios unitarios, han sido emitidas por un órgano que carece de competencia, condición que es un requisito de validez del acto administrativo, conforme a la misma normativa<sup>11</sup>.

11. Asimismo, los concesionarios señalan que:

***“si el Concedente aprobó los precios unitarios reales propuestos por el Concesionario y, previamente, OSITRAN dio su opinión manifestando su conformidad al respecto, entonces OSITRAN debe aceptar la utilización en el PEO ajustado de los metrados y precios unitarios contenidos en el Proyecto de Ingeniería de Detalle aprobado.”***

Al respecto argumentan que conforme a la cláusula 6.11 del Contrato de Concesión, es obligación del concesionario presentar:

*“un PEO ajustado con base a los metrados y precios unitarios del Proyecto de Ingeniería de Detalle Aprobado”.*

Los concesionarios concluyen que:

***“OSITRAN está obligado a aprobar el PEO ajustado y cumplir con recalculando el porcentaje de avance acumulado de los hitos ejecutados y considerar la diferencia entre el porcentaje recalculado y el porcentaje de avance acumulado en la emisión del siguiente CAO.”***

---

<sup>10</sup> **Artículo 10.- Causales de nulidad**

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.

(...).”

<sup>11</sup> **Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos**

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

1. Competencia.- Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.

(...).”

Al respecto, cabe mencionar que la Adenda N° 3 (la misma que incorpora el procedimiento para el ajuste del PEO) es de fecha 26 de julio de 2006, es decir posterior a la supuesta opinión favorable de OSITRAN (Oficios N° 780-06-OSITRAN del 18 de julio de 2006 —TRAMO 2— y N° 693-06-OSITRAN del 21 de junio de 2006 —TRAMO 3) y a la aprobación del concedente (Resolución Directoral N° 2048-2006-MTC/20 del 24 de julio de 2006 —TRAMO 2— y N° 1756-2006-MTC/20 del 27 de junio de 2006 —TRAMO 3). Con tal adenda se incorpora un procedimiento para el ajuste del PEO, el cual a la fecha está vigente; dicho procedimiento requiere el uso de los precios unitarios reales, los cuales aun no han sido aprobados por OSITRAN.

Tal como se ha expuesto, OSITRAN no ha aprobado los precios unitarios reales propuestos por los concesionarios, por lo que no es posible su utilización en el PEO ajustado. Para el efecto se requiere que OSITRAN apruebe —o desapruuebe, si es el caso— los precios unitarios reales; y no el Concedente. Dado que esto es así, OSITRAN no está obligado a aprobar el PEO ajustado tomando como base los precios unitarios reales presentados por los concesionarios y que indebidamente fueron aprobados por el concedente mediante las Resoluciones Directorales N° 2048-2006-MTC/20 del 24 de julio de 2006 (TRAMO 2) y N° 1756-2006-MTC/20 del 27 de junio de 2006 (TRAMO 3).

12. Por otro lado, en la presentación de su informe oral, los representantes de la concesionaria de IIRSA SUR Tramo 2, han advertido que OSITRAN estaría vulnerando el principio de buena fe, base de la teoría de los actos propios, si es que alguno de sus órganos reconoce que su Gerencia de Supervisión no ha aprobado los precios unitarios reales presentados por el concesionario. Al respecto se cita un texto de su presentación:

**“OSITRAN NO PUEDE IR CONTRA SUS PROPIOS ACTOS**

*Los pronunciamientos de los distintos órganos de OSITRAN (Presidencia, Consejo Directivo o Gerencias) corresponden a una sola entidad. Por tanto, existe identidad respecto de la autoridad que los emitió. En tal sentido, OSITRAN estaría contradiciendo sus conductas anteriores y vulnerando el principio de la buena fe y la doctrina de los actos propios si uno de sus órganos pretendiese desconocer un acto emanado de otro.”*

En efecto, coincidimos con lo manifestado por la concesionaria en el sentido que la actuación de la Administración Pública y **de los Administrados** debe ceñirse dentro del principio de la buena fe reconocido en la LPAG<sup>12</sup>. Sin embargo, discrepamos con que señale que eventualmente se estaría vulnerando dicho principio puesto que la Gerencia de Supervisión no ha aprobado ni dado su conformidad a los precios unitarios reales presentados por la concesionaria ni a los presentados por el concesionario del Tramo 3.

---

<sup>12</sup> “**Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo**

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.8 Principio de conducta procedimental.- La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procesal.

(...).”

Para mayor abundamiento, Jesús González Pérez<sup>13</sup> acertadamente sostiene que:

*“(…) en Derecho administrativo la doctrina de los actos propios operará únicamente cuando la Administración, con actos eficaces jurídicamente, haya revelado su designio de definir una situación jurídica, al margen de la existencia o no de derechos subjetivos derivados del acto o actos administrativos reveladores de aquella conducta.”*

Siendo esto así, es decir si el acto de la Gerencia de Supervisión no ha sido aprobar los precios unitarios reales presentados por el concesionario, el acto posterior del Consejo Directivo reconociendo que la Gerencia mencionada no ha aprobado dichos precios, no estaría vulnerando el principio de la buena fe ni desdiciéndose de sus propios actos, sino delatando que el acto administrativo del concedente adolece de nulidad en cuanto aprueba los precios unitarios reales.

13. Finalmente, en el texto de la misma presentación del informe oral de los representantes de la concesionaria de IIRSA SUR Tramo 2, se cita lo siguiente:

***“El lado contractual: Los precios unitarios reales forman parte del Contrato de Concesión***

- *Con la aprobación de los precios unitarios reales por parte del Concedente, luego de la opinión del Regulador, estos se integraron al Contrato de Concesión, pasando a formar parte de su contenido.*
- *OSITRAN no tiene facultades para modificar el Contrato de Concesión y, como los precios unitarios reales forman parte del Contrato de Concesión, OSITRAN no tiene facultades para modificarlos ni para desconocerlos unilateralmente.*
- *Cualquier intento de hacerlo excedería la competencia que la ley le ha asignado a OSITRAN.”*

Al respecto cabe precisar que en el Oficio N° 780-06-GS-OSITRAN —ni en el Oficio N° 693-06-GS-OSITRAN, para el Tramo 3— no existe opinión ni aprobación de OSITRAN sobre los precios unitarios reales presentados por el concesionario. Asimismo, como ha quedado claro, conforme al Contrato de Concesión la aprobación de dichos precios corresponde a OSITRAN. Dada su incompetencia, la aprobación realizada por el concedente carece de validez; en consecuencia, tal acto no puede surtir efecto sobre el Contrato de Concesión.

OSITRAN no está excediéndose de sus funciones, ni desconociendo las disposiciones contractuales, puesto que la aprobación de los precios unitarios reales por ser nula no ha implicado que éstos se integren el Contrato de Concesión. Al contrario, OSITRAN al demostrar la nulidad de la aprobación está exigiendo el cumplimiento del Contrato de Concesión en cuanto a su competencia exclusiva para aprobar —o desaprob— los precios unitarios reales.

---

<sup>13</sup> *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Tercera Edición. Civitas. Madrid, 1999, p. 188.

#### **IV. CONCLUSIONES:**

1. Los Oficios N° 780-06-GS-OSITRAN (TRAMO 2) y N° 693-06-GS-OSITRAN (TRAMO 3) de la Gerencia de Supervisión de OSITRAN sólo contienen la opinión favorable de OSITRAN para la aprobación por parte del Concedente al proyecto de ingeniería de detalle para las concesionarias del TRAMO 2 y 3.
2. Los Oficios N° 780-06-GS-OSITRAN (TRAMO 2) y N° 693-06-GS-OSITRAN (TRAMO 3) no contienen la opinión de OSITRAN sobre los precios para las nuevas subpartidas presupuestales ni sobre la valorización de las Obras Alternativas, como tampoco respecto la aprobación a los precios unitarios reales propuestos por los concesionarios; aprobación —o desaprobación— que en todos los casos requieren de un pronunciamiento expreso del Regulador en tal sentido.
3. Según los Contratos de Concesión de IIRSA SUR Tramos 2 y 3, el Regulador es quien aprueba los precios unitarios reales presentados por los concesionarios, y en el caso de no haber esta aprobación, y al no llegar a acuerdo entre las partes, se someterán a arbitraje. Tal facultad no corresponde al Concedente.
4. La aprobación de los precios unitarios reales realizada por el Concedente carece de validez, puesto que no tiene competencia para el efecto; ya que conforme al Contrato de Concesión tal competencia corresponde sólo a OSITRAN.
5. Los argumentos de esta Gerencia, expuestos en el Informe no contradicen el principio de buena fe ni la doctrina de los actos propios puesto que la Gerencia de Supervisión no aprobó los precios unitarios reales propuestos por los concesionarios.

#### **V. RECOMENDACIONES:**

1. Recomendamos a la Gerencia General elevar al Consejo Directivo de OSITRAN el presente informe, para su evaluación y, de ser el caso, aprobación.
2. Recomendamos que se solicite al Ministerio de Transportes y Comunicaciones la declaración de nulidad de las Resoluciones Directorales N° 2048-2006-MTC/20 (TRAMO 2) y N° 1756-2006-MTC/20 (TRAMO 3), en el extremo referido a la aprobación de los Precios Unitarios Reales que fueron presentados por los concesionarios, conforme al Capítulo II del Título I de la Ley del Procedimiento Administrativo General, por las consideraciones que en el presente Informe se mencionan.

Atentamente,

**FÉLIX VASI ZEVALLOS**  
**Gerente de Asesoría Legal**

ST/jb  
REG-SAL-GAL-06-11112  
MP: 10101, 10525