



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte de
Uso Público - OSITRAN

Presidencia del Consejo Directivo

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 024-2016-CD-OSITRAN

Lima, 22 de abril de 2016

VISTOS:

La Carta N°CAR-1161-16-CSIL2-OST-0 de fecha 23 de marzo del 2016, remitida por el Consorcio Supervisor Internacional Línea 2, y el Informe N° 024-2016-GSF-GAJ-OSITRAN, de fecha 18 de abril de 2016, emitido por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización y la Gerencia de Asesoría Jurídica de OSITRAN; y,

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 28 de abril de 2014, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (Concedente), en representación del Estado Peruano, suscribió con la empresa Metro de Lima Línea 2 S.A. (Concesionario), el Contrato de Concesión para el diseño, financiamiento, construcción, equipamiento electromecánico, equipamiento de sistema y provisión de material rodante, operación y mantenimiento del Proyecto "Línea 2 y Ramal Av. Faucett - Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao" (Contrato de Concesión);

Que, con fecha 26 de diciembre de 2014, se suscribió la Adenda N° 1 al Contrato de Concesión, por la cual se modificaron aspectos operativos, corrección de errores materiales y, a solicitud de los acreedores permitidos, aspectos vinculados al cierre financiero;

Que, el numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley de Supervisión de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público, aprobada mediante Ley N° 26917, establece que es misión de OSITRAN regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios; con el fin de garantizar la eficiencia en la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público;

Que, el artículo 7.2 de la citada Ley dispone que para el adecuado cumplimiento de sus funciones OSITRAN podrá contratar los servicios de entidades públicas o privadas especializadas. La Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la mencionada Ley, establece que las funciones de Supervisión atribuidas a OSITRAN podrán ser ejercidas a través de Empresas Supervisoras, que pueden ser personas naturales o jurídicas, debidamente calificadas y seleccionadas;

Que, el 20 de marzo del 2015, este Regulador suscribió el Contrato N° 030-2015-OSITRAN (Contrato de Supervisión), con el Consorcio Supervisor Internacional Línea 2, conformado por las empresas CESEL S.A., China Railway First Survey & Design Institute Group Co.LTD., XI'AN Engeneering Consultancy & Supervision Co. LTD. FSDI, DOHWA Engineering Co. LTD. y BUSAN Transportation Corporation (Consorcio Supervisor), para realizar la Supervisión Integral del Contrato de Concesión;





Que, el literal e) del numeral 7.1 del artículo 7 de la Ley 26917, otorga a OSITRAN la función específica de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación;

Que, el artículo 29 del Reglamento General de OSITRAN (REGO), aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, precisa que la función de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación, corresponde al Consejo Directivo de OSITRAN en única instancia administrativa. Además, dicha norma prevé que la referida interpretación está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, haciendo posible su aplicación;

Que, mediante Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN del 17 de noviembre de 2004, el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas y Reconversión de Contratos de Concesión (en adelante, los Lineamientos);

Que, conforme a los referidos Lineamientos, el procedimiento de interpretación del contenido del Contrato de Concesión puede iniciarse de oficio o a solicitud de parte. Adicionalmente, dichos Lineamientos establecen que pueden solicitar la interpretación del Contrato de Concesión el Concesionario, el Concedente y los terceros legítimamente interesados;

Que, de acuerdo al numeral 6.1 de los Lineamientos, la interpretación está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, dando claridad al texto y haciendo posible su aplicación;

Que, mediante los Oficios N° 0022-2016-GG-OSITRAN, 0023-2016-GG-OSITRAN y 0024-2016-GG-OSITRAN de fecha 26 de enero del 2016, la Gerencia General de OSITRAN, remitió al Consorcio Supervisor, al Concesionario y al Concedente, respectivamente, el Informe N° 002-2016-GSF-GAJ-OSITRAN, emitido por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización y la Gerencia de Asesoría Jurídica, a través del cual se emite opinión institucional respecto a los alcances de ciertos aspectos del Contrato de Concesión vinculados a los EDIs;

Que, mediante el Oficio N° 090-2016-GG-OSITRAN, del 11 de marzo de 2016, la Gerencia General de este Regulador solicitó al Consorcio Supervisor que, dado lo indicado por este en reuniones de coordinación previas, le informe las dudas o discordancias de criterio que se han suscitado con relación a los alcances de los EDIs en el marco del Contrato de Concesión;

Que, con Carta N° CAR-1161-16-CSIL2-OST-0 de fecha 23 de marzo del 2016, el Consorcio Supervisor informó a este Regulador los aspectos en los que, a su parecer, se han suscitado ciertas discrepancias con el Concesionario, vinculados a los alcances de los EDIs en el marco de lo dispuesto en el Contrato de Concesión, solicitando que este Regulador efectúe la evaluación respectiva;

Que, las Gerencias de Supervisión y Fiscalización y de Asesoría Jurídica de OSITRAN, en su Informe N° 024-16-GSF-GAJ-OSITRAN del 18 de abril de 2016, realizan el análisis correspondiente, concluyendo lo siguiente:



- i. Se ha advertido la existencia de ciertas discrepancias respecto de los alcances de determinadas cláusulas vinculadas a los Estudios Definitivos de Ingeniería (EDIs), contempladas en el Contrato de Concesión "Línea 2 y Ramal Av. Faucett – Av. Gambeta de la Red Básica de Metro de Lima y Callao", siendo necesario determinar si existe un concepto ambiguo u oscuro que requiera la interpretación del Contrato y viabilizar su correcta aplicación. Las referidas discrepancias están vinculadas a los siguientes temas: el concepto de "Acceso" a las estaciones contemplado como causal de optimización de los EDIs, las normas aplicables al diseño de estructuras subterráneas y los supuestos contemplados en el Apéndice 3 del Anexo 6, el alcance de la Propuesta Técnica en los EDIs de la Etapa 1A y en las demás etapas del Contrato de Concesión, y finalmente, el alcance del numeral 3.1.4 del Anexo 6, referido a la Altimetría.
- ii. Previamente a que el Consejo Directivo de OSITRAN efectúe el análisis de dichos aspectos y determine si existe o no ambigüedad, oscuridad, contradicción o falta de claridad respecto a las aludidas cláusulas del Contrato de Concesión en los que existiría distintas lecturas, que amerite en el presente caso ejercer de oficio su facultad de interpretación, corresponde que se corra traslado el presente informe y los antecedentes respectivos al MTC, al Concesionario y a PROINVERSIÓN para que en un plazo de diez (10) días hábiles, remitan su posición;



Que, luego de revisar y discutir el Informe de vistos, el Consejo Directivo manifiesta su conformidad con los fundamentos y conclusiones de dicho Informe, razón por la cual lo hace suyo y lo constituye como parte integrante de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 6.2 del artículo 6 de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General;

Por lo expuesto, de conformidad con la Ley de Creación de OSITRAN, Ley N° 26917, el Reglamento General de OSITRAN, aprobado por el Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, el Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN del 17 de noviembre de 2004, que aprueba los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas y Reconversión de Contratos de Concesión, y estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión N° 584-16-CD-OSITRAN;

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- Dispone de oficio, que se notifique el Informe N° 024-2016-GSF-GAJ-OSITRAN y los antecedentes respectivos al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a la Empresa Metro de Lima Línea 2 S.A. y a PROINVERSIÓN, para que en un plazo de diez (10) días hábiles contados a partir de la notificación, remitan su posición a OSITRAN, a efectos de que el Regulador determine si ejercerá de oficio su facultad de interpretación de las cláusulas del Contrato de Concesión materia de dicho Informe.

Artículo 2º.- Notificar la presente Resolución, el Informe N° 024-2016-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN y sus antecedentes al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a la Empresa Metro de Lima Línea 2 S.A. y a PROINVERSIÓN.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte de
Uso Público - OSITRAN

Presidencia del Consejo Directivo

Artículo 3º.- Autorizar la publicación de la presente Resolución, así como del Informe N° 024-2016-GSF-GAJ-OSITRAN, en el Portal Institucional de OSITRAN (www.ositran.gob.pe).

Regístrese y comuníquese,


PATRICIA BENAVENTE DONAYRE
Presidente del Consejo Directivo



Reg. Sal. 14608

INFORME N° 024-16-GSF-GAJ-OSITRAN

A : **OBED CHUQUIHUAYTA ARIAS**
Gerente General

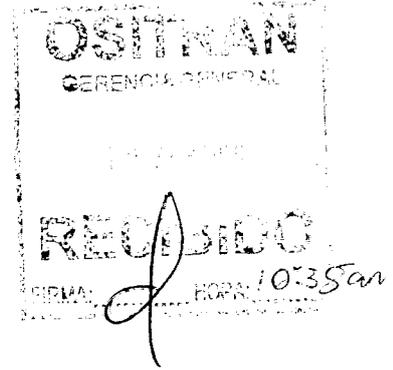
De : **FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA**
Gerente de Supervisión y Fiscalización

JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Jurídica

Asunto : Procedimiento de evaluación de disposiciones que regulan los alcances de los EDIs en el Contrato de Concesión "Línea 2 y Ramal Av. Faucett – Av. Gambeta de la Red Básica de Metro de Lima y Callao".

Referencia : Carta N° CAR-1161-16-CSIL2-OST-0 recibido el 23.03.2016

Fecha : 18 de abril de 2016

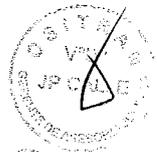


I. OBJETIVO

Iniciar un procedimiento de evaluación respecto de los alcances de determinados aspectos vinculados a los Estudios Definitivos de Ingeniería (EDIs), contemplados en el Contrato de Concesión "Línea 2 y Ramal Av. Faucett – Av. Gambeta de la Red Básica de Metro de Lima y Callao", a efectos de determinar si existe un concepto ambiguo u oscuro que requiera la interpretación del Contrato y viabilizar su correcta aplicación.

II. ANTECEDENTES

1. Con fecha 28 de abril de 2014, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, Concedente), en representación del Estado Peruano, suscribió con la empresa Metro de Lima Línea 2 S.A. (en adelante, Concesionario), el Contrato de Concesión para el diseño, financiamiento, construcción, equipamiento electromecánico, equipamiento de sistema y provisión de material rodante, operación y mantenimiento del Proyecto "Línea 2 y Ramal Av. Faucett - Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao" (en adelante el Contrato de Concesión).
2. Con fecha 26 de diciembre de 2014, se suscribió la Adenda N° 1 al Contrato de Concesión, por la cual se modificaron aspectos operativos, corrección de errores materiales y, a solicitud de los acreedores permitidos, aspectos vinculados al cierre financiero.
3. El 20 de marzo del 2015, este Regulador suscribió el Contrato N° 030-2015-OSITRAN (en adelante el Contrato de Supervisión), con el Consorcio Supervisor Internacional Línea 2, conformado por las empresas CESEL S.A., China Railway First Survey & Design Institute Group Co.LTD., XI'AN Engeneering Consultancy & Supervision Co. LTD. FSDI, DOHWA Engineering Co. LTD. y BUSAN Transportatation Corporation (en adelante el Consorcio Supervisor), para realizar la Supervisión Integral de la Concesión de la Línea 2 y Ramal Av.



Faucett – Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao (en adelante Contrato de Concesión).

4. Mediante los Oficios N° 0022-2016-GG-OSITRAN, N° 0023-2016-GG-OSITRAN y N° 0024-2016-GG-OSITRAN de fecha 26 de enero del 2016, la Gerencia General de OSITRAN remitió al Consorcio Supervisor, al Concesionario y al Concedente, respectivamente, el Informe N° 002-2016-GSF-GAJ-OSITRAN, emitido por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización y la Gerencia de Asesoría Jurídica, a través del cual se emite opinión institucional respecto a los alcances de ciertos aspectos del Contrato de Concesión vinculados a los EDIs. Así, en el mencionado Informe se concluyó lo siguiente:

i. Los EDIs deben ser elaborados por el Concesionario respetando las Especificaciones Técnicas Básicas contenidas en el Anexo 6, su propuesta técnica y las normas aplicables. La propuesta técnica del Concesionario ha sido elaborada en virtud de lo dispuesto en el TUO de las Bases -que a su vez incluía el Proyecto Referencial-, las mismas que requirieron la definición de algunos parámetros generales, que son aplicables a las Etapas 1A, 1B y Segunda Etapa, y parámetros específicos, que son aplicables únicamente a la Etapa 1A. Ambos parámetros, por su importancia en la concepción general de funcionamiento del sistema, constituyen requisitos obligatorios en el diseño definitivo que debe ser desarrollado por el Concesionario, ello sin perjuicio de las optimizaciones que puedan plantearse en el marco del Contrato de Concesión, que pueden ser planteadas en cualquier etapa del Proyecto, siendo los parámetros de calidad y seguridad, algunos de los evaluados previamente a efectos de determinar su procedencia.

ii. El Contrato de Concesión señala que el riesgo de diseño es responsabilidad exclusiva del Concesionario, por lo que los estudios, cálculos, especificaciones y demás documentos desarrollados a efectos de elaborar sus EDIs –sin perjuicio de que deban cumplir las especificaciones técnicas básicas y los parámetros correspondientes de su propuesta técnica- son de su absoluta responsabilidad, siendo este el único obligado en asumir todos los riesgos derivados del diseño de sus respectivos EDIs.

iii. La Propuesta técnica del Concesionario es vinculante en la elaboración de los EDI's; no obstante, esta establece parámetros generales aplicables a todo el Proyecto, y parámetros específicos vinculados únicamente a la Ingeniería de Detalle de la Etapa 1A, los cuales se enmarcan en el TUO de las Bases, como se ha indicado en el presente Informe. En tal sentido, pretender que la ingeniería de detalle propuesta para la Etapa 1A resulta aplicable a las demás Etapas del Proyecto, significaría una contravención evidente al Contrato de Concesión y un desconocimiento de la naturaleza de una Asociación Público Privada (APP), en la que el riesgo de diseño corresponde al Concesionario.

iv. El Apéndice 3 del Anexo 6 contempla un conjunto de reglas que resultan de aplicación a efectos de determinar las normas técnicas correspondientes durante la Fase de Inversiones Obligatorias, que son de cumplimiento obligatorio. No resulta viable que se apliquen de manera simultánea y conjunta normas diferentes en un mismo ámbito, salvo que la propia norma técnica haga remisión por supletoriedad a otra norma.



5. A través del Oficio N° 090-2016-GG-OSITRAN, del 11 de marzo de 2016, la Gerencia General de este Regulador solicitó al Consorcio Supervisor que, dado lo indicado por este en reuniones de coordinación previas, le informe las dudas o discordancias de criterio que se habían suscitado con relación a los alcances de los EDIs en el marco del Contrato de Concesión.
6. Con Carta N° CAR-1161-16-CSIL2-OST-0 de fecha 23 de marzo del 2016, el Consorcio Supervisor informó a este Regulador los aspectos en los que, a su parecer, se han suscitado ciertas discrepancias con el Concesionario vinculados a los alcances de los EDIs en el marco de lo dispuesto en el Contrato de Concesión, solicitando que este Regulador efectúe la evaluación respectiva¹.

III. ANÁLISIS

7. En el presente Informe, se evaluarán los siguientes puntos:
 - a. Marco jurídico de la interpretación del Contrato de Concesión.
 - b. Evaluación de la solicitud presentada por el Consorcio Supervisor.
 - c. De las discrepancias respecto de los alcances de los EDIs en el Contrato de Concesión.
 - i. Respecto al concepto de "Acceso" a las estaciones contemplado como causal de optimización del EDI.
 - ii. Respecto de las normas aplicables al diseño de estructuras subterráneas y los supuestos contemplados en el Apéndice 3 del Anexo 6.
 - iii. Alcance de la Propuesta Técnica en los EDIs de la Etapa 1A y en las demás etapas del Contrato de Concesión.
 - iv. Alcance del numeral 3.1.4 del Anexo 6 del Contrato de Concesión.
 - d. Requerimiento de opinión de las Partes y a PROINVERSION.

A. Marco jurídico de la interpretación del Contrato de Concesión

8. El inciso e) del numeral 7.1 del artículo 7 de la Ley de Creación de OSITRAN, Ley N° 26917², otorga a OSITRAN la función específica de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.
9. Asimismo, el artículo 29° del Reglamento General del OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM³, dispone que corresponde al Consejo Directivo, en única

¹ Cabe indicar que en comunicaciones anteriores el Consorcio Supervisor manifestó que, según su opinión, el análisis desarrollado en el Informe N° 002-2016-GSF-GAJ-OSITRAN, emitido por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, y la Gerencia de Asesoría Jurídica, implica un acto de interpretación del Contrato de Concesión, competencia que es exclusiva del Consejo Directivo de OSITRAN

² **Ley N° 26917.- "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.

(...)"

³ Modificado por Decreto Supremo N° 114-2013-PCM.

instancia administrativa, interpretar los contratos de concesión en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación de la Infraestructura⁴. La referida norma reglamentaria también precisa que la interpretación determina el sentido de una o más cláusulas del contrato de concesión, haciendo posible su aplicación; pudiendo ser parte de la interpretación, el texto mismo del contrato, sus anexos, las bases de licitación y las circulares. Así, se interpreta un contrato ante la existencia de una cláusula oscura, dudosa o ambigua, con la finalidad de determinar cuál es su verdadero sentido, finalidad y alcance.

10. Por su parte, el numeral 6.1 de los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre propuestas y Reconversión de Contratos de Concesión, aprobados por Acuerdo de Consejo Directivo N° 557-154-04-CD-OSITRAN (en adelante, los Lineamientos), precisa que OSITRAN puede interpretar de oficio o a solicitud de parte el alcance de los contratos en virtud de los cuales se explota la infraestructura de transporte de uso público bajo su ámbito de competencia; advirtiéndose que, pueden solicitar la interpretación del contenido de un contrato de concesión los siguientes agentes: el Concesionario, el Concedente y los terceros legítimamente interesados.
11. De esta forma, el marco normativo vigente establece la facultad de OSITRAN de realizar de oficio la interpretación de las disposiciones contractuales que regulan los derechos y obligaciones del Concesionario y Concedente, para lo cual previamente es necesario determinar si existe alguna cláusula ambigua, oscura o dudosa que requiera ser interpretada a fin de posibilitar su aplicación, acorde con lo establecido en el marco legal vigente y los Lineamientos de OSITRAN.
12. En ese orden normativo, en cumplimiento de una de las funciones principales atribuidas a este Organismo Regulador, esto es, la función comprendida en el inciso e) del artículo 7.1 de la Ley N° 26917, OSITRAN cuenta con facultades que le permiten interpretar, de oficio o a pedido de parte o de terceros legitimados, el Contrato de Concesión.

B. Evaluación de la solicitud presentada por el Consorcio Supervisor

13. Tal como se ha indicado en los antecedentes del presente Informe, el Consorcio Supervisor ha informado a OSITRAN, de la existencia de ciertas discrepancias surgidas entre este y el Concesionario, vinculadas a los alcances de los EDIs⁵, en el marco de lo dispuesto en el

⁴ Dicha disposición también se encuentra recogida en el inciso 7 del artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN (ROF), aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, el cual señala que es función del Consejo Directivo el interpretar los contratos de concesión y títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.

⁵ Los EDIs son definidos en el Contrato de Concesión en los siguientes términos:

"Estudios Definitivos de Ingenierías (EDIs)

Son los estudios de ingeniería de detalle que desarrollará el CONCESIONARIO para (i) las Obras, y (ii) Material Rodante para la Primera y Segunda Etapa y otro para la Tercera Etapa, previo al inicio de la Fase de Ejecución de Inversiones Obligatorias, de cada Etapa.

Los EDIs deberán ser presentados conforme al Plan de Desarrollo de EDI aprobado, dentro de los plazos estipulados en el presente Contrato y ser consistentes con las Especificaciones Técnicas Básicas así como con la Propuesta Técnica presentada por el CONCESIONARIO, ello sin perjuicio de las modificaciones que se implementen.

Los EDIs incluirán estudios, memoria descriptiva, diseño, especificaciones técnicas detalladas, planilla de metrados, Cronograma Detallado, diagrama PERT-CPM que muestre la ruta crítica de la ejecución de las Inversiones Obligatorias, planos del proyecto y planos de replanteo. Los EDIs también incluirán un presupuesto detallado por partidas, análisis de precios unitarios, cantidades y costos de insumos requeridos.

Contrato de Concesión. Adicionalmente, el Consorcio Supervisor ha manifestado que, según su opinión, el análisis desarrollado en el Informe N° 002-2016-GSF-GAJ-OSITRAN, emitido por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, y la Gerencia de Asesoría Jurídica, implica un acto de interpretación del Contrato de Concesión, competencia que es exclusiva del Consejo Directivo de OSITRAN⁶.

14. Sobre el particular, es importante reiterar que de conformidad con el numeral 6.1 de los Lineamientos, OSITRAN puede interpretar de oficio o a solicitud de parte el alcance de los contratos de concesión bajo su ámbito de supervisión, siendo los únicos legitimados para solicitar la interpretación del contenido de un contrato de concesión los siguientes agentes: el Concesionario, el Concedente y los terceros legítimamente interesados.
15. Cabe indicar que ninguna de las Partes (Concedente y/o Concesionario) han planteado solicitud de interpretación alguna, ya sea respecto de los alcances del Informe N° 002-2016-GSF-GAJ-OSITRAN⁷, o sobre cualquier otro pronunciamiento de OSITRAN que verse sobre los alcances de los EDIs, en el marco de lo dispuesto en el Contrato de Concesión. En la misma línea, ningún tercero legítimamente interesado ha solicitado interpretación alguna respecto de los alcances del Contrato de Concesión.
16. Al respecto, aun cuando ello no ha sido alegado por el Consorcio Supervisor, es pertinente dejar claro que este no tiene la calidad de tercero legítimamente interesado, toda vez que su actuación se enmarca en la labor que tiene como empresa locadora de servicios contratada por OSITRAN (no por las Partes) para realizar la Supervisión Integral del Contrato de Concesión, ello sin perjuicio que sea este Regulador el único titular de la función supervisora, de conformidad con el marco legal vigente..
17. Así, el artículo 7° de la Ley de Creación del OSITRAN señala como una de las atribuciones de dicho organismo regulador, la de supervisar los Contratos de Concesión bajo el ámbito de su competencia:

"Artículo 7.- Funciones

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

Administrar, fiscalizar y supervisar los contratos de concesión con criterios técnicos desarrollando todas las actividades relacionadas al control posterior de los contratos bajo su ámbito.

(...)"

18. En la misma línea, la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos (en adelante la "Ley Marco"), establece que los

Será obligación del CONCESIONARIO desarrollar sus propios estudios de ingeniería básica, pudiendo tomar como referencia los estudios de ingeniería básica contenidos en el Proyecto Referencial".

⁶ Ello ha sido manifestado mediante la Carta N° 963-16-CSI-OST-o.

⁷ Los cuales, tal como se ha indicado en los antecedentes del presente Informe, les fueron debidamente notificados mediante los Oficios N° 0023-2016-GG-OSITRAN y N° 0024-2016-GG-OSITRAN de fecha 26 de enero del 2016.

organismos reguladores de la inversión privada en servicios públicos –entre los cuales se encuentra OSITRAN- tienen las siguientes atribuciones y funciones⁸:

- a. Actúan dentro del marco de la normativa vigente establecida para cada tipo de servicio público y de la que se derive de los respectivos contratos de concesión.
 - b. **Su principal función es de carácter supervisor o de control de la actividad desarrollada por las empresas prestadoras de servicios públicos y de los compromisos contraídos en los contratos de concesión.**
 - c. Ejercen potestades de regulación económica, principalmente en materia de determinación de tarifas.
 - d. Promueven la competitividad en los mercados.
 - e. Determinan los niveles de calidad y cobertura del servicio.
 - f. Garantizan las condiciones de acceso a la actividad y titulización de las redes.
 - g. Solucionan las controversias entre las empresas operadoras de los servicios públicos regulados y los reclamos presentados por los usuarios.
19. En cuanto a la función supervisora, los organismos reguladores se encuentran encargados de la verificación del cumplimiento de:
- a. Las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, y;
 - b. Cualquier mandato o resolución emitida por el organismo regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas.
20. Esta función reviste especial importancia, pues permite verificar que las empresas concesionarias de una infraestructura pública (como es el caso de la línea 2 del Metro de Lima y Callao) cumplan con las obligaciones que han asumido en el contrato de concesión. La importancia de contar con una función supervisora orientada a dicho fin es elemental⁹.
21. En la misma línea, la Ley N° 29754 dispone que OSITRAN es la entidad competente para ejercer la supervisión de los servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros en las vías concesionadas que forman parte del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao. Dicha norma señala, además, que las competencias, funciones y disposiciones establecidas en las Leyes 26917, Ley de Creación de OSITRAN y Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, tienen alcance sobre los servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros en las vías concesionadas que forman parte del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao.

⁸ Tasano Velaochaga, Hebert. «Los Organismos Reguladores de Servicios Públicos». En Revista de Derecho Administrativo. Lima: Círculo de Derecho Administrativo, 2008, n° 4, pág. 94 y 95.

⁹ Zambrano Copello, Verónica. «Los usuarios de servicios públicos como fin último de la regulación». En Revista de Derecho Administrativo. Lima: Círculo de Derecho Administrativo, 2008, N° 5, p. 125 en Castillo Freyre Mario y Sabroso Minaya Rita. «¿Arbitraje y Regulación de servicios público?. El caso de Ositran» Lima, Palestra, pág. 27.

22. Por lo tanto, a la luz de los dispositivos normativos citados, es claro que OSITRAN es la única autoridad competente para supervisar la ejecución del Contrato de Concesión del Proyecto Línea 2 y Ramal Av. Faucett – Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao. En efecto, la normativa glosada establece que la titularidad de la función supervisora del servicio público de transporte corresponde exclusivamente a OSITRAN, la misma que no puede ser delegada, debido a que ha sido otorgada por Ley de Creación y supone una función de imperio de Estado¹⁰.
23. En ese orden de ideas, es claro que la titularidad de la facultad de supervisión de los servicios públicos, otorgados por Ley al OSITRAN suponen un poder público indelegable, respecto a las cuales no existe posibilidad de discusión competencial con un particular, como es el caso del Consorcio Supervisor.
24. De otro lado, el Consorcio Supervisor es la empresa supervisora contratada por OSITRAN, que es la encargada en brindar servicios de supervisión de carácter técnico, los mismos que deben ser realizados sobre la base de un encargo específico del OSITRAN, que como se ha indicado es la única entidad que por ley tiene la tarea y facultad de supervisar a las entidades prestadoras de los contratos de concesión vinculados a la infraestructura de transporte de uso público¹¹.
25. En tal sentido, la relación contractual existente entre el Consorcio Supervisor y OSITRAN compete únicamente a ambos contratantes, no siendo por ende vinculante ni oponible al Concedente y al Concesionario. Es en el marco de dicha relación contractual que el Consorcio Supervisor, en su calidad de locador de servicios, ha informado a OSITRAN su opinión respecto a la existencia de discrepancias respecto a algunos temas vinculados con los alcances de los EDIs contemplados en el Contrato de Concesión, a efectos que sean

¹⁰ Lo expuesto se condice con lo establecido en el artículo 67 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, que establece que son indelegables las atribuciones esenciales del órgano que justifican su existencia, tal como se cita a continuación:

"Artículo 67.- Delegación de competencia

(...)

67.2 Son indelegables las atribuciones esenciales del órgano que justifican su existencia, las atribuciones para emitir normas generales, para resolver recursos administrativos en los órganos que hayan dictado los actos objeto de recurso, y las atribuciones a su vez recibidas en delegación.

(...)"

El caso específico que nos ocupa se refiere al poder público del OSITRAN que supone la potestad de supervisión de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión. Este poder público ha sido otorgado por ley expresa al OSITRAN, la cual delimita su competencia.

¹¹ En virtud de lo establecido en el artículo 7 numeral 2 de su Ley de Creación, OSITRAN "Para el adecuado cumplimiento de sus funciones podrá contratar los servicios de entidades públicas o privadas especializadas". Asimismo, en relación a la noción de empresa supervisora, el artículo 1 literal j) del REGO de OSITRAN define a la empresa supervisora como la "Persona natural o jurídica especializada en brindar servicios para la ejecución de actividades de supervisión por parte del OSITRAN, ejerciendo, por encargo, determinadas atribuciones de supervisión que corresponden al OSITRAN, conforme con lo establecido por el presente Reglamento, el Reglamento General de Supervisión del OSITRAN y otra normativa que resulte aplicable.

En la misma línea, el artículo 23 de dicho Reglamento dispone que OSITRAN puede delegar las funciones de supervisión a entidades públicas o privadas, de reconocido prestigio, incluyendo empresas especializadas.

Por su parte, el Decreto Supremo N° 035-2001-PCM, Reglamento para la Contratación de Empresas Supervisoras por parte del OSITRAN (el "Reglamento de Contratación de Supervisoras") define a la empresa supervisora como la "Persona natural o jurídica, de reconocido prestigio y solvencia, especializada en brindar el servicio al cual se refiere el presente Reglamento, que efectúa, por encargo, determinadas funciones de supervisión que corresponden a OSITRAN (...)"

evaluados por este Regulador, sugiriendo incluso la posibilidad de que se realice la interpretación del mismo, a través del Consejo Directivo.

26. Es importante reiterar que si bien el Consorcio Supervisor es el encargado de brindar los servicios de supervisión en el marco del Contrato N° 030-2015-OSITRAN suscrito con OSITRAN, es este Regulador el único que, de conformidad con la autonomía normativamente asignada para el ejercicio de sus funciones¹², tiene la facultad de emitir pronunciamiento final respecto de la supervisión a las actividades efectuadas a las entidades prestadoras de los contratos de concesión vinculados a la infraestructura de transporte de uso público, tal como lo establece el artículo 23 del Reglamento General de OSITRAN - REGO, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y modificatorias, que señala lo siguiente:

*"Artículo 23.- Delegación de la Función Supervisor
El OSITRAN, a través de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, previa autorización de la Gerencia General, puede delegar las funciones de supervisión a entidades públicas o privadas, de reconocido prestigio, incluyendo empresas especializadas, siempre que se garantice la autonomía e idoneidad técnica. La fase resolutoria de la función supervisor es indelegable".*

[El subrayado y resaltado es agregado].

27. Lo expuesto se condice con lo establecido en el propio Contrato de Concesión, que dispone que es OSITRAN –y no la empresa contratada por este para la prestación de servicios de supervisión- el competente para emitir opinión respecto a los EDIs. En tal sentido, la cláusula 6.4 del Contrato aludido dispone lo siguiente:

"6.4 El CONCESIONARIO, deberá presentar el EDI que corresponda al CONCEDENTE para su aprobación y con copia al Regulador para su opinión, conforme a los siguientes plazos: (...)

Procedimiento para la aprobación del EDI de Material Rodante o del (los) EDI(s) de Obras del Tramo 5

El Regulador emitirá su opinión sobre la materia disponiendo de un plazo máximo de diez (10) Días de recibido el EDI correspondiente, la cual deberá ser remitida al CONCEDENTE para su evaluación, con copia al CONCESIONARIO para conocimiento.

El CONCEDENTE dispondrá de un plazo máximo de diez (10) Días, a partir de recibida la opinión del Regulador o de vencido el plazo para emitirla, para aprobarlo o para emitir las observaciones correspondientes, indicando las Especificaciones Técnicas Básicas y/o la cláusula contractual y/o la norma

¹² OSITRAN es un organismo público especializado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros y que, conforme al artículo 2° de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público (Ley de Creación de OSITRAN), cuenta con personería jurídica de Derecho Público Interno y autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera. En concordancia con ello, la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, en su Título IV atribuye a los Organismos Reguladores la calidad de Organismos Públicos Especializados y les reconoce independencia para el ejercicio de sus funciones con arreglo a su respectiva Ley de Creación. En ese sentido, OSITRAN ejerce sus competencias de manera autónoma, en respecto de las normas vigentes y de las competencias asignadas legalmente, para el ejercicio de sus funciones.

incumplida. En caso el CONCEDENTE no se pronuncie en el plazo señalado, se entenderá denegado el EDI presentado.

En caso existan observaciones formuladas por el CONCEDENTE, el CONCESIONARIO dispondrá de un plazo máximo de diez (10) Días Calendario para subsanarlas, contados desde la fecha de recepción de dichas observaciones. La subsanación deberá ser remitida tanto al CONCEDENTE como al Regulador. El Regulador contará con un plazo de diez (10) Días para emitir su opinión la cual deberá ser remitida al CONCEDENTE, quien deberá pronunciarse en un plazo no mayor de diez (10) Días. En caso el CONCEDENTE no se pronuncie en el plazo señalado, el EDI presentado, se entenderá por denegado.

El atraso en la entrega y/o en la subsanación de observaciones al respectivo EDI dentro de los plazos máximos establecidos en la presente Cláusula, dará lugar a la aplicación de penalidades, conforme a lo previsto en el Anexo 10 del presente Contrato.

A tal efecto, el CONCESIONARIO deberá presentar el EDI al CONCEDENTE, con copia al Regulador con la debida anticipación considerando los plazos establecidos para la aprobación y subsanación de observaciones".
[el subrayado es agregado]

28. Por su parte, el Contrato de Concesión define al Regulador en los siguientes términos:

"Regulador

Es el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley N° 29754, la Ley N° 26917 y sus normas reglamentarias, complementarias y modificatorias y cuyas disposiciones (reglamentos autónomos, directivas de carácter general y normas de carácter particular, conforme a lo dispuesto en el Artículo 24 del Decreto Supremo N° 044-2006-PCM que aprueba su reglamento) así como los actos administrativos que emita, son de observancia y cumplimiento obligatorio para el CONCESIONARIO. En tal sentido, se encargará de la supervisión y regulación durante todo el Plazo de la Concesión.

Conforme al Artículo 8 del Decreto Supremo N° 039-2011-MTC que aprueba el Reglamento Nacional del Sistema Eléctrico de Transportes de Pasajeros en Vías Férreas que conforman el Sistema Ferroviario Nacional, OSITRAN, en materia ferroviaria, cuenta con las competencias que le otorgan las normas indicadas en el párrafo precedente".

29. De lo expuesto anteriormente, es claro que en el procedimiento de aprobación de los EDIs contemplado en el Contrato de Concesión, únicamente se hace mención a las Partes y al Regulador, siendo este último el único competente para emitir su opinión al Concedente, con copia al Concesionario, respecto de los alcances de los EDIs presentados por el Concesionario. En consecuencia, la citada cláusula no hace referencia al Consorcio Supervisor, toda vez que como se ha indicado, este es contratado por OSITRAN para la prestación de determinados servicios, en el marco de una relación exclusiva entre contratante (el Regulador) y locador (el Consorcio Supervisor), que no involucra a las Partes. Asimismo, el locador se encuentra obligado a ejecutar los servicios de supervisión técnica a

los que se ha obligado conforme a lo encargado en el propio contrato de supervisión, no pudiendo el locador hacer más, menos o algo distinto a lo pactado contractualmente, lo cual no implica la sustitución de la función decisoria o resolutoria del Regulador en las actividades de supervisión, pues ha quedado claro que ello legalmente es indelegable.

30. En la misma línea, como se ha indicado en el acápite B) del presente Informe, OSITRAN es la única autoridad competente para decidir si una cláusula es ambigua u oscura y, en consecuencia, que requiera interpretación para hacer posible su aplicación, facultad que por ser exclusiva no puede ser delegada y, por ende, tampoco puede ser ejecutada por un tercero (como sería el caso de una empresa supervisora contratada por OSITRAN). Ello, queda corroborado, además, con lo establecido por el REGO, en virtud del cual la responsabilidad de determinar la interpretación de las cláusulas ambiguas u oscuras de los contratos de concesión por parte del OSITRAN, recae en su Consejo Directivo³³.
31. En efecto, como resultado del ejercicio de la facultad exclusiva de interpretación de OSITRAN, este es el único competente para definir el sentido de una o más cláusulas de un contrato de concesión, lo que permite que este pueda ser aplicado. Asimismo, la facultad exclusiva de OSITRAN de interpretar los contratos de concesión solo será ejercida por este cuando –el Regulador y no un tercero que carece de legitimidad- considere que hay duda sobre el sentido de una determinada disposición o cláusula del contrato de concesión. Por lo tanto, en los casos en los cuales el Regulador considere que las cláusulas o disposiciones de un contrato de concesión son claros y no dejan lugar a dudas, corresponde su aplicación directa por parte de los órganos de la Administración de OSITRAN.
32. Siendo ello así, en caso que durante el desarrollo de la prestación del servicio de supervisión contratado se generen dudas sobre los alcances de la aplicación o, de ser el caso, la interpretación de determinadas disposiciones del Contrato de Concesión, cuya supervisión ha sido encargada a las empresas supervisoras como es el caso del Consorcio Supervisor, corresponde exclusivamente a OSITRAN dilucidar la aplicación o interpretación de las disposiciones del Contrato de Concesión, siendo sus pronunciamientos finales inimpugnables, y de obligatorio cumplimiento para las empresas supervisoras y las Partes.
33. En virtud al análisis realizado, es claro que el Consorcio Supervisor no califica como un tercero legítimamente interesado, motivo por el cual no tiene atribuciones para solicitar la interpretación de oficio del Contrato de Concesión.

2. De las discrepancias respecto de los alcances de los EDIs en el Contrato de Concesión

34. No obstante lo expuesto, aun cuando el Consorcio Supervisor no tiene la calidad de tercero legítimamente interesado, OSITRAN ha tomado conocimiento de la existencia de ciertas discrepancias respecto a los alcances del Contrato de Concesión respecto a los EDIs, siendo de interés de este Regulador dilucidar los mismos, a efectos de asegurar su adecuado y estricto cumplimiento por las Partes, y en consecuencia, su correcta supervisión por parte de OSITRAN, y del Consorcio Supervisor, según corresponda, considerando, además, que el

³³ A mayor abundamiento, el Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, Reglamento de Organización y Funciones del OSITRAN (el "ROF del OSITRAN") en el artículo 7 indica que son funciones del Consejo Directivo del OSITRAN, "Interpretar los contratos de concesión y títulos en virtud de los cuales las entidades prestadoras realizan sus actividades de explotación, así como la prestación de servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros en las vías que forman parte del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao - Metro de Lima y Callao

marco normativo vigente establece la facultad de OSITRAN de realizar de oficio la interpretación de las disposiciones contractuales que regulan los derechos y obligaciones del Concesionario y Concedente, para lo cual es necesario determinar si existe alguna cláusula ambigua, oscura o dudosa que requiera ser interpretada a fin de posibilitar su aplicación.

35. En tal sentido, este Regulador recomienda, en el marco de sus potestades y atribuciones asignadas por Ley, que previamente a que el Consejo Directivo determine si en el presente caso existe o no ambigüedad, oscuridad, contradicción o falta de claridad en determinadas cláusulas del Contrato de Concesión vinculadas con los alcances de los EDIs, que amerite ejercer de oficio su facultad de interpretación del mismo, considerando además lo indicado en el Informe N° 002-2016-GSF-GAJ-OSITRAN, a través del cual la Gerencia de Supervisión y Fiscalización y la Gerencia de Asesoría Jurídica, emitieron pronunciamiento respecto de la aplicación de determinadas cláusulas del Contrato de Concesión que no resultaban ambiguas u oscuras, y que por ende, no requerían de una interpretación contractual, que se ha indicado tampoco ha sido solicitado por las Partes. En ese contexto, la razón por la cual se eleva el presente Informe al Consejo Directivo se basa en la "discrepancia interpretativa" alegada por el Consorcio Supervisor, habiendo la Administración evaluado los puntos que resulta pertinente elevar al Consejo Directivo para su consideración.
36. Por lo expuesto, corresponde que dicha situación sea puesta en conocimiento de las Partes, que son las que han suscrito el Contrato de Concesión, y de PROINVERSION en su calidad de tercero legítimamente interesado, al ser esta la Entidad que llevó a cabo el Concurso para la adjudicación de la Concesión, la misma que hasta la fecha no ha remitido el Libro Blanco de la Concesión a OSITRAN, información que es relevante para conocer con mayor precisión el alcance de diversos aspectos contenidos en el Contrato de Concesión y que resultan indispensables para supervisar los EDIs elaborados por el Concesionario.
37. En efecto, la información que contiene el Libro Blanco ha sido solicitada de manera reiterada por OSITRAN a PROINVERSION, a través de los siguientes documentos: Oficio N° 076-14-GRE-OSITRAN del 25.08.2014, Oficio N° 533-2015-JCFM-GSF-OSITRAN del 04.09.2015, Oficio N° 049-2016-JCFM-GSF-OSITRAN del 13.01.2016 y Oficio N° 019-2016-GRE-OSITRAN del 28.01.2016. Adicionalmente, se debe mencionar que recién el día 12.04.2016, PROINVERSIÓN nos ha alcanzado un CD que contendría el Libro Blanco del proceso del concurso del proyecto Línea 2; sin embargo, éste no se encuentra completo dado que no se ha remitido el Modelo Económico Financiero, los estudios de preinversión del proyecto, el estudio de demanda, entre otros documentos faltantes que forman parte de dicho Libro Blanco.
38. Cabe indicar que la comunicación del presente Informe a las Partes y a PROINVERSION se sustenta, además, en que este Regulador debe regir su actuación –entre otros- por el Principio de Transparencia, que tiene por finalidad velar por la adecuada transparencia en su gestión y en la toma de decisiones de cualquiera de sus órganos, así como en el desarrollo de sus funciones.
39. De la evaluación de la lista de asuntos en discrepancia propuesta por el Consorcio Supervisor, este Regulador ha excluido aquellos puntos que cuenta con opinión técnica favorable del Consorcio, así como otros que dado su carácter eminentemente técnico

deben ser atendidos por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, en el marco de sus funciones asignadas legalmente²⁴.

40. En tal sentido, a continuación se detallan los puntos que se considera que deben ser puestos en conocimiento de las Partes y de PROINVERSION, a efectos que expresen su posición debidamente sustentada a este Regulador, para su posterior evaluación por el Consejo Directivo, el que en el marco de sus competencias determinará si requiere efectuar interpretación alguna del Contrato de Concesión, o si por el contrario, el contenido del mismo resulta claro, no existiendo sustento para que realice la interpretación de los puntos que se plantean.

i. Respecto al concepto de "Acceso" a las estaciones contemplado como causal de optimización del EDI

41. El acápite vi) del numeral 1 del Anexo 6 del Contrato de Concesión, que contiene las "Especificaciones Técnicas Básicas", establece que el Concesionario podrá plantear como una optimización al Proyecto, lo siguiente:

"(vi) El CONCESIONARIO podrá proponer al CONCEDENTE, a través de los correspondientes EDI, las optimizaciones y/o cambios respecto a las áreas contempladas por el Proyecto Referencial para los accesos a las estaciones, patio taller y pozos de ventilación o emergencia siempre que dichas áreas no hayan sido adquiridas o expropiadas por el CONCEDENTE."

[resaltado y subrayado agregado]

42. El Numeral 3.4 "Estaciones", y el Numeral 3.4.2 "Dimensionamiento Funcional", del Anexo 6 del Contrato de Concesión, contiene la siguiente especificación:

"3.4 DIMENSIONAMIENTO DE LAS ESTACIONES

(...)

3.4.2.1.8 Plano calle y elementos externos

El plano calle es el nivel desde y hacia donde los pasajeros entran y salen de la estación. Por este motivo los accesos deberán ser caracterizados por elementos únicos y de fácil visibilidad para ayudar su rápido reconocimiento.

Los accesos deberán ser oportunamente dimensionados para permitir un paso ágil de los usuarios en la entrada y en la salida y al mismo tiempo permitir una eventual evacuación en situaciones de emergencia. Análogamente deberán posibilitar a los discapacitados físicos y sensoriales acceder a la estación sin dificultades, y de manera simple.

²⁴ Así de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, OSITRAN supervisa el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las Entidades Prestadoras y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia, procurando que éstas brinden servicios adecuados a los Usuarios. Asimismo, el OSITRAN verifica el cumplimiento de cualquier mandato o Resolución que emita o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de dichas entidades o que son propias de las actividades supervisadas.

Por su parte, el artículo 22 dispone la función supervisora, respecto a la fase resolutoria en primera instancia administrativa, es ejercida por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, que se pronuncia, sobre las cuestiones que se deriven de la ejecución de las actividades de supervisión; siendo la fase de instrucción ejercida por la unidad orgánica correspondiente.

Por razones de seguridad los accesos deberán poseer puertas de cierre para evitar la entrada de personas a la estación durante los horarios de cierre de la línea.

El CONCESIONARIO deberá prever en el diseño de la estación, los elementos externos de la misma, de modo que estos deberán poder integrarse bien y valorizar al máximo la calidad urbana circundante".

[el resaltado es agregado]

43. En el marco contractual expuesto, al presentar los EDIs de estaciones, el Concesionario ha solicitado la optimización de la ubicación de las salidas que serán utilizadas en caso de emergencia, toda vez que considera que dichos elementos constituyen accesos a las estaciones pues están orientados a la evacuación de personas que se ubican en estas y, por lo tanto, considera que la modificación propuesta se enmarca en el supuesto de optimización contemplado en el acápite vi) del numeral 1 del Anexo 6 del Contrato de Concesión.
44. Sobre la optimización planteada por el Concesionario, la supervisión contratada por OSITRAN ha emitido su opinión técnica –que es materia de evaluación por OSITRAN– indicando que la ubicación de las salidas de emergencia no pueden ser modificadas, toda vez que el supuesto de optimización contemplado expresamente en el Contrato de Concesión se refiere específicamente a los accesos y no a las salidas.
45. De lo expuesto, se advierte que la situación planteada requiere que se evalúe los alcances del término "accesos a las estaciones" contemplado en el acápite vi) del numeral 1 del Anexo 6 del Contrato de Concesión, a efectos de determinar si este incluye a las salidas de emergencia y en virtud de ello, determinar si el Concesionario puede proponer la optimización reseñada.

ii. **Respecto de las normas aplicables al diseño de estructuras subterráneas y los supuestos contemplados en el Apéndice 3 del Anexo 6**

46. Sobre el particular, el numeral 2.5.5 "Estructuras subterráneas" del Anexo 6 del Contrato de Concesión, señala lo siguiente:

"2.5.5 Estructuras subterráneas

2.5.5.1. Principios Generales

Las obras subterráneas deberán ser diseñadas de acuerdo a los siguientes estándares:

- a) Norma Peruana: "Reglamento nacional de Edificaciones"
- b) Norma Euro (EN)
- c) Norma ACI (USA)
- d) Norma ASTM (USA)
- e) Estándares internacionales, códigos y otros.

Se define como estructura subterránea; todos los servicios y estructuras (distintos de los túneles excavados) que se construyan bajo tierra, entre estas:

- Estaciones en Cut&Cover
- Entradas / salidas de la estación

- Salidas de emergencia
- Pozos de emergencia y de ventilación
- Cajas de distribución
- Pasos peatonales subterráneos
- Servicios públicos

Cuando los muros de contención estén destinados a formar parte de las Obras, el Concesionario deberá presentar su diseño a la Supervisión de Obra para su aprobación."

[el subrayado es nuestro]

47. Asimismo, el Apéndice 3 del Anexo 6 del Contrato de Concesión, establece lo siguiente:

"APÉNDICE 3: Códigos, Normas, Especificaciones y Estándares Aplicables

Introducción

Las normas a que se hace referencia en las Especificaciones Técnicas Básicas Básicas o en los planos, formarán parte de ellas. Donde se cite una norma, debe entenderse que se refiere a su última edición, a menos que expresamente se diga lo contrario.

Las normas aplicables, nacionales e internacionales, que sean equivalentes y que, en opinión del Supervisor, aseguren una calidad igual o superior que las especificaciones, serán aceptables.

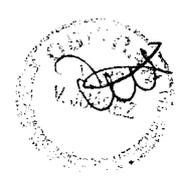
Donde no se citen normas específicas, los materiales, equipos y artículos, suministrados por el CONCESIONARIO, deben cumplir las disposiciones aplicables de las normas que se citan a continuación, será el Regulador el que indique la norma a aplicar, entre las cuales tendrán prioridad las más restrictivas que se refieren a un campo específico de aplicación, según el tipo de trabajo que se esté ejecutando.

Antes de empezar los EDI, el CONCESIONARIO deberá desarrollar los informes específicos señalados en el Contrato para definir el marco normativo completo del Proyecto que será necesario concordar con el Supervisor. La equivalencia entre las normas propuestas por el CONCESIONARIO con las identificadas en las Especificaciones Técnicas Básicas y en el Proyecto debe ser demostrada por CONCESIONARIO."

[el subrayado es nuestro]

48. Al respecto, el Concesionario viene diseñando las estructuras subterráneas de sus EDIs de pozos y estaciones con aplicación de la Norma Euro (EN), contemplada en el citado acápite del Contrato de Concesión, alegando que el Reglamento Nacional de Edificaciones (RNE) no resulta de aplicación a estructuras enterradas, a diferencia de la EN.

49. Por su parte, la supervisión contratada por OSITRAN ha emitido su opinión técnica –que es materia de evaluación por OSITRAN- alegando que en su propuesta técnica, el Concesionario empleó para el diseño de las estructuras subterráneas tanto el RNE como



otras normas complementarias, motivo por el cual debe cumplir obligatoriamente con lo ofertado, máxime considerando que el RNE sí es aplicable a todas la estructuras. Adicionalmente, la locadora de servicios alega que de conformidad con el Apéndice 3 del Anexo 6 del Contrato de Concesión, en caso el Concesionario requiera modificar las normas consignadas en su propuesta técnica, previamente debe demostrar mediante informes específicos que la norma que pretende aplicar es más restrictiva que la que utilizó en su propuesta.

50. De lo expuesto, se advierte que la discrepancia respecto a este punto radica en determinar los alcances de las normas previstas en el numeral 2.5.5.1 del Anexo 6 del Contrato de Concesión, a efectos de establecer si el Concesionario se encuentra habilitado a emplear cualquiera de las normas allí previstas al diseñar las estructuras subterráneas, aun cuando difiera de lo establecido en su propuesta técnica, así como delimitar el contenido de los supuestos previstos en el Apéndice 3 del Anexo 6 del Contrato de Concesión, vinculados a la aplicación de normas técnicas y en qué casos se aplican¹⁵.

iii. **Alcance de la Propuesta Técnica en los EDIs de la Etapa 1A y en las demás etapas del Contrato de Concesión**

51. El Contrato de Concesión define los EDIs en los siguientes términos:

"Estudios Definitivos de Ingenierías (EDIs)

Son los estudios de ingeniería de detalle que desarrollará el CONCESIONARIO para (i) las Obras, y (ii) Material Rodante para la Primera y Segunda Etapa y otro para la Tercera Etapa, previo al inicio de la Fase de Ejecución de Inversiones Obligatorias, de cada Etapa.

¹⁵ Cabe indicar que si bien en el Informe N° 002-2016-GSF-GAJ-OSITRAN, este Regulador desarrolló un acápite sobre el contenido del Apéndice 3 del Anexo 6 del Contrato de Concesión, no se evaluó ni emitió pronunciamiento sobre la problemática planteada en el presente Informe. Así, en el Informe N° 002-2016-GSF-GAJ-OSITRAN, se indicó lo siguiente:

"80. De la citada disposición es posible extraer un conjunto de reglas que resultan de aplicación a efectos de determinar las normas técnicas correspondientes durante la Fase de Inversiones Obligatorias, las mismas que resumimos a continuación:

i) Las normas a las que se aluda en las Especificaciones Técnicas Básicas o en los planos, forman parte de estas. En aquellos casos en que se cite una norma, debe entenderse que resulta aplicable su última edición, a menos que expresamente se indique lo contrario. (...)

ii) Las normas aplicables, nacionales e internacionales, que sean equivalentes y que, en opinión del Supervisor, aseguren una calidad igual o superior que las especificaciones, serán aceptables.

En este caso, si OSITRAN y el Consorcio Supervisor determinaran técnicamente que existen normas equivalentes que permitan garantizar una calidad igual o superior a las contenidas en las especificaciones, resultará viable su aplicación. Corresponderá al Consorcio Supervisor sustentar la equivalencia de las normas ante el Regulador. En caso contrario, vale decir, que el Consorcio Supervisor considere que no hay equivalencia de normas, ello deberá ser sustentado ante el Regulador.

iii) Con relación a los materiales, equipos y artículos, que deben ser suministrados por el Concesionario, en aquellos casos en que no se citen normas específicas, estos deberán cumplir las normas contenidas en el Apéndice 3 del Anexo 6. En este supuesto, será el Regulador el competente para determinar la norma que corresponde aplicar, debiendo elegir en primer lugar aquella que sea más restrictiva en un campo específico de aplicación, según el tipo de trabajo que se esté ejecutando.

iv) Antes de empezar los EDI, el Concesionario debe desarrollar los informes específicos señalados en el Contrato para definir el marco normativo completo del Proyecto, el mismo que deberá concordar conjuntamente con el Supervisor. En caso el Concesionario alegue la equivalencia de normas (entre las que pretende aplicar y las establecidas en las Especificaciones Técnicas Básicas), deberá ser este el obligado a demostrarlo ante el Regulador".

Los EDIs deberán ser presentados conforme al Plan de Desarrollo de EDI aprobado, dentro de los plazos estipulados en el presente Contrato y ser consistentes con las Especificaciones Técnicas Básicas así como con la Propuesta Técnica presentada por el CONCESIONARIO, ello sin perjuicio de las modificaciones que se implementen.

(...)

[Resaltado agregado]

52. Similar disposición se encuentra contenida, además, en los numerales 2.3 y 2.4 del Anexo 6 (Especificaciones Técnicas Básicas) del Contrato de Concesión que establece lo siguiente:

"2.3. CONTENIDO DEL EDI

Los EDI deberán ser consistentes con las Especificaciones Técnicas Básicas del presente Anexo 6, complementadas por las especificaciones adicionales presentadas por el CONCESIONARIO en su Propuesta Técnica.

Los EDI incluirán como mínimo:

- Estudios básicos,
- Memoria descriptiva
- Identificación de Interferencias con redes de servicios públicos y privados
- Memoria de cálculo
- Especificaciones Técnicas detalladas

(...)

2.4 PAUTAS PARA EL DESARROLLO DE LOS EDI

Los EDI deberán desarrollarse cumpliendo con la Propuesta Técnica, las Especificaciones y normas a nivel de detalle".

[subrayado y resaltado es nuestro]

53. De lo indicado expresamente por la cláusula citada, se advierte que **los EDIs constituyen estudios de ingeniería de detalle** que son desarrollados por el Concesionario a efectos de – entre otros- ejecutar las obras, los mismos que, tal como lo dispone el Contrato de Concesión, **deben ser consistentes con:** i) Las Especificaciones Técnicas Básicas y, ii) La propuesta técnica del Concesionario.

54. Respecto del primer punto, el Contrato de Concesión define las Especificaciones Técnicas Básicas como "*los requerimientos técnicos mínimos necesarios para realizar las Inversiones Obligatorias formulados en base al Proyecto Referencial, que deberán ser cumplidos por el CONCESIONARIO los cuales constan en el Anexo 6".* Dichas especificaciones establecen cual es el contenido de los EDIs que debe desarrollar el Concesionario, así como las pautas obligatorias que deberá seguir y que abarcan la infraestructura, el equipamiento y el material rodante.

55. Con relación al segundo punto, el Contrato de Concesión define la propuesta técnica como la "*propuesta presentada por el Adjudicatario en el Sobre N° 2 en la etapa de Concurso, elaborada sobre la base de la información contenida en el Proyecto Referencial, y mediante la cual se compromete a cumplir con las Especificaciones Técnicas Básicas y los Niveles de Servicio descritos en los Anexos 6 y 7 del presente Contrato. La Propuesta Técnica, que forma parte del presente Contrato como Apéndice 1 del Anexo 3, tiene efectos*

vinculantes respecto a la formulación del Estudio Definitivo de Ingeniería correspondiente”.

56. Por su parte, la cláusula 6.9 del Contrato de Concesión establece, respecto de la propuesta del Concesionario, lo siguiente:

"De la Propuesta Técnica para Obras

6.9 En la Propuesta Técnica se ha definido la ingeniería preliminar por Hitos de Obra y los Hitos de Material Rodante”.

[subrayado y resaltado nuestro]

57. De lo expuesto, se advierte que el Concesionario, al presentar su propuesta durante el Concurso efectuado para la adjudicación de la Concesión, definió –entre otros- la ingeniería preliminar (vale decir, no definitiva) de la obras que realizaría en caso de resultar ganador del proceso. Dicha ingeniería preliminar fue efectuada sobre la base de la información contenida en el Proyecto Referencial¹⁶, es decir, basándose en el Estudio de Factibilidad del proyecto.

58. Adicionalmente, el propio Anexo 6 establece que las características generales del proyecto y demás aspectos vinculados al mismo, que deben ser cumplidos por el Concesionario, se encuentran no solo en el Contrato de Concesión y en el proyecto referencial, sino en las Bases del Concurso. Así, el numeral 1.1 del Anexo 6 señala lo siguiente:

“Las características generales de la línea, el trazado, las estaciones, así como los vínculos, las observaciones y requisitos expresados por los órganos institucionales competentes se encuentran en los documentos siguientes:

- *Contrato de Concesión*
- *Bases del Concurso de Proyectos Integrales para la Concesión de “Línea 2 y Ramal Av. Faucett – Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao”*
- *Proyecto Referencial”*

[resaltado agregado]

59. En efecto, las Bases establecían los alcances de la propuesta técnica que debían presentar los interesados en obtener la adjudicación del Proyecto, entre los que se encontraba el Concesionario. Así, el numeral 7.1 (página 42) del TUO de las Bases indicó lo siguiente:

“Documento N° 4: Propuesta Técnica¹⁷”

Contiene la Declaración Jurada, según formato del Apéndice 1 del ANEXO N° 11, que deberá ser presentada por el Interesado Calificado¹⁸.

¹⁶ "Proyecto Referencial

Es el estudio de Preinversión a nivel de factibilidad del Proyecto con código SNIP N° 239307 denominado "Construcción de la Línea 2 y Ramal Av. Faucett – Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao, provincias de Lima y Callao, Departamento de Lima", declarado viable conforme a los requisitos establecidos en el Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP), mediante Resolución Directoral N° 003-2011-EF/68.01 que aprueba la Directiva General del SNIP o norma posterior que la modifique o derogue”.

¹⁷ A pie de página se indica que los alcances de este acápite fueron modificadas por las Circulares 18, 30, 50 y 62.

¹⁸ Cabe indicar que dicho Apéndice indica lo siguiente:

"ANEXO N° 11

PROPUESTA TÉCNICA

Apéndice 1

DECLARACIÓN JURADA DE CUMPLIMIENTO DE LAS ESPECIFICACIONES TECNICAS BASICAS

Por medio de la presente, declaramos bajo juramento lo siguiente:

Asimismo, la Propuesta Técnica deberá contener una memoria descriptiva detallando el diseño de Ingeniería, la metodología, métodos constructivos y cronograma de ejecución de las Obras, la provisión de Material Rodante, el Plan de Operaciones además del Mantenimiento y Conservación de la Infraestructura y el Material Rodante a lo largo del periodo de la Concesión. Para tal efecto, el Interesado Calificado deberá considerar el contenido mínimo que se establece en el Apéndice 2 del ANEXO N° 11.

La propuesta técnica constará, como mínimo, de los siguientes documentos:
(...)

o. Ingeniería de Detalle para el inicio de las Obras de la Primera Etapa A.

Siendo el diseño responsabilidad del Concesionario, el proyecto de diseño de ingeniería, construcción, equipamiento ferroviario y no ferroviario y el modelo de explotación que el Interesado Calificado presentará en su Propuesta Técnica deberá considerar el Proyecto Referencial contenido en el Estudio de Preinversión a nivel de Factibilidad del Proyecto. Por lo tanto, el Interesado Calificado podrá optimizar en planta y perfil, el trazado del Proyecto Referencial, para obtener las mejores ventajas económicas en la explotación, respetando los ejes donde se ubican las estaciones, los pozos de ventilación y el área donde se construirán los patios taller. No se permite incrementar la profundidad de las Estaciones del Proyecto Referencial. (...)"

60. De lo expuesto, se advierte que el Concesionario estaba obligado a presentar dentro de su propuesta técnica determinada información vinculada al Proyecto, la misma que es de cumplimiento obligatorio. Asimismo, las Bases del TUO señalan que el alcance de la Ingeniería de Detalle que este debía presentar y que por ende, es vinculante para la elaboración de los EDIs, abarcaba la Etapa 1A del Proyecto; requisito que no fue extensivo para las demás etapas.

61. No obstante lo expuesto, la supervisión contratada por OSITRAN ha emitido su opinión técnica –que es materia de evaluación por OSITRAN- alegando que toda la información consignada por el Concesionario en su propuesta técnica respecto al diseño, incluida la ingeniería de detalle, es vinculante y de obligatorio cumplimiento tanto en la Etapa 1A como en las demás Etapas (1B y 2).

62. Así, a modo de ejemplo, en la propuesta técnica del Concesionario, este consignó dentro de la ingeniería de detalle aplicable a la Etapa 1A, el Recinto Perimetral (Pantallas), Losas de Fondo y Cubiertas³⁹, los cuales deberán ser contemplados necesariamente por el

1. Que, el diseño, construcción de las Obras a ser ejecutadas, así como la provisión de Material Rodante durante el periodo de la Concesión, cumplirán como mínimo con los requerimientos descritos en las Especificaciones Técnicas Básicas y los Niveles de Servicio, que figuran en los Anexos 6 y 7 del Contrato de Concesión.

(...)

Los términos utilizados en esta declaración tienen el mismo significado que los términos definidos en las Bases".

³⁹ Al respecto, los tomos 30 al 35 de la propuesta técnica del Concesionario recogen la Ingeniería de Detalle de la Etapa 1A. Así, en el Tomo 33, folio 013290 de su propuesta técnica, el Concesionario indica expresamente lo siguiente:

"1. "INTRODUCCIÓN

La denominada Etapa 1A está integrada por la ingeniería de diseño de las estaciones; Evitamiento, Ovalo Santa Anita, la Cultura, Colectora Industrial y Mercado Santa Anita.

Concesionario en el desarrollo de los Estudios Definitivos de Ingeniería de dicha Etapa (sin perjuicio de las optimizaciones que pudieran ser aplicables); no obstante, la supervisión contratada por OSITRAN a emitido su opinión, en el sentido que dichas características también deberían ser extendidas a las demás etapas del proyecto por el hecho de haber sido consignadas en la propuesta técnica del Concesionario, alegando que el Contrato de Concesión no hace distinción alguna respecto de los alcances aplicables a la Etapa 1A y las demás Etapas del proyecto.

63. De lo expuesto, se advierte que la discrepancia respecto a este punto radica en determinar los alcances de la propuesta técnica del Concesionario que resultan obligatorios en el diseño de la Etapa 1A, y que no resultan vinculantes en las demás Etapas, según lo dispuesto en la cláusula 6.9 y en el Anexo 6 del Contrato de Concesión. Asimismo, es importante conocer el contenido al término "vinculante" de la Propuesta Técnica en la elaboración de los EDIs que desarrolle el Concesionario, a efectos de determinar si todo lo consignado por este en su propuesta técnica no puede ser modificado, o por el contrario, existen aspectos que pueden ser modificados y que forman parte de su riesgo de diseño.

64. Respecto de este punto, cabe reiterar que, como se indicó en los antecedentes, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización y la Gerencia de Asesoría Jurídica emitieron el Informe N° 002-2016-GSF-GAJ-OSITRAN, en el cual se emite opinión técnico legal, concluyéndose que de la revisión del Contrato y las Bases que lo integran por disposición expresa del Anexo 6, es claro que la Propuesta técnica del Concesionario es vinculante en la elaboración de los EDI's; no obstante, dicha propuesta establece parámetros generales aplicables a todo el Proyecto, y parámetros específicos vinculados únicamente a la Ingeniería de Detalle de la Etapa 1A, los cuales se enmarcan en el TUO de las Bases. En tal sentido, pretender que la ingeniería de detalle propuesta para la Etapa 1A resulta aplicable a las demás Etapas del Proyecto, significaría no solo una contravención evidente al Contrato de Concesión, sino a la naturaleza de una Asociación Público Privada (APP), en la que el riesgo de diseño corresponde al Concesionario. Dicho análisis fluye de la aplicación expresa del Contrato, motivo por el cual tales Gerencias no recomendaron el inicio del procedimiento de interpretación del mismo, lo cual se pone en conocimiento y consideración del Consejo Directivo.

iv. Alcance del numeral 3.1.4 del Anexo 6 del Contrato de Concesión

Para posibilitar el temprano comienzo de las obras en el tramo de la Etapa 1A es preciso que los estudios correspondientes a dichos tramos puedan ser aprobados en tiempos muy breves, y consecuentemente iniciar las obras a los pocos meses de la firma del contrato de concesión. Para ello, el esquema de licitación prevé que las ofertas técnicas de los postores contengan el Estudio de Factibilidad revisado (EFR), así como los Estudios Definitivos de Ingeniería (EDI) correspondientes a las infraestructuras de la Etapa 1A (obras del Tramo 5). En particular, se solicita el dimensionamiento estructural de los muros pantalla del recinto perimetral (muros, pantallas o pilotes laterales), las losas de fondo y las cubiertas.

Dentro de los trabajos realizados por la Concesionaria, se encuentra el cálculo estructural y el establecimiento de los procedimientos constructivos necesarios para determinar las dimensiones, materiales y cuantías de todos los elementos estructurales de las estaciones, tanto del tramo 5 como del resto de tramos del contrato. Esto ha permitido realizar las plantas de replanteo de las estaciones de la Primera Etapa A, lo que facilitará un rápido inicio de los trabajos en las cinco estaciones. Adicionalmente y para las estaciones de Evitamiento y Ovalo Santa Anita, se han realizado cálculos estructurales completos y planos de armado de pantallas y losas, si bien las características de los elementos estructurales (materiales dimensiones y cuantías), como ya se ha comentado anteriormente, están determinadas para todas las estaciones del tramo. En caso de que la concesionaria obtenga la Buena Pro, se procederá inmediatamente a completar los estudios del resto de las estaciones de la Primera Etapa A, para garantizar que los Estudios Detallados de Ingeniería de las obras Civiles estén elaborados a tiempo para que una vez superados los procesos de aprobación establecidos, puedan iniciarse las obras en la fecha prevista en el contrato".

65. El numeral 3.1.4 del Anexo 6 del Contrato de Concesión, referido a la infraestructura, dispone lo siguiente:

"3.1.4 Altimetría

*Para la realización de la altimetría de la Línea 2 y el Ramal Av. Faucett – Av. Gambetta se tendrán en cuenta **referencialmente** las siguientes consideraciones:*

- *Cobertura mínima del túnel inter-estación de 10 m*
- *Cobertura mínima para estaciones en caverna 12m*
- *Cobertura mínima para estaciones en Cut & Cover 2m*
- *Pendiente máxima para la tercera vía de 0.15%*

El CONCESIONARIO será responsable de implementar el tratamiento que sea necesario con la finalidad de cumplir con lo señalado".

[el resaltado es agregado]

66. Al respecto, la supervisión contratada por OSITRAN ha señalado que en los EDIs de la Etapa 1B y 2A, presentados por el Concesionario, la distancia entre la parte superior del túnel que une las estaciones del proyecto, no puede en ningún punto ser inferior a diez (10) metros. Por su parte, el Concesionario alega que de conformidad con lo establecido en el numeral 3.1.4 del Anexo 6, dicha especificación es referencial.

67. Por lo señalado, consideramos pertinente evaluar el alcance del numeral 3.1.4 del Anexo 6 del Contrato de Concesión, a efectos de determinar si los requisitos de altimetría consignados resultan de cumplimiento obligatorio o pueden ser modificados por el Concesionario en atención del término "referencialmente" señalado en el numeral 3.1.4 del Anexo 6, de acuerdo con las consideraciones técnicas que el Concesionario determine en el desarrollo de la ingeniería de detalle en concordancia con el riesgo de diseño asumido por este.

D. Requerimiento de opinión de las Partes y a PROINVERSION

68. De conformidad con el análisis desarrollado en el acápite precedente, este Regulador ha advertido la existencia de ciertas discrepancias respecto de los alcances de determinadas cláusulas vinculadas a los Estudios Definitivos de Ingeniería (EDIs), contempladas en el Contrato de Concesión "Línea 2 y Ramal Av. Faucett – Av. Gambetta de la Red Básica de Metro de Lima y Callao", siendo necesario determinar si existe un concepto ambiguo u oscuro que requiera la interpretación del Contrato y viabilizar su correcta aplicación. Dichas discrepancias están vinculadas a los siguientes temas: el concepto de "Acceso" a las estaciones contemplado como causal de optimización de los EDIs, las normas aplicables al diseño de estructuras subterráneas y los supuestos contemplados en el Apéndice 3 del Anexo 6, el alcance de la Propuesta Técnica en los EDIs de la Etapa 1A y en las demás etapas del Contrato de Concesión, y finalmente, el alcance del numeral 3.1.4 del Anexo 6, referido a la Altimetría.

69. Tal como se ha indicado, previamente a que el Consejo Directivo de OSITRAN efectúe el análisis necesario y determine si en el presente caso existe o no ambigüedad, oscuridad, contradicción o falta de claridad en los acápites del Contrato de Concesión que regulan las

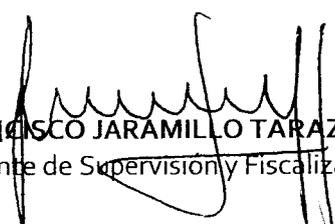
materias en las que existe discrepancia, que amerite ejercer de oficio su facultad de interpretación, corresponde que dicha situación sea puesta en conocimiento de las Partes y de PROINVERSIÓN, toda vez que uno de los objetivos fundamentales de este Regulador es velar por el cabal cumplimiento de los contratos de concesión, para lo cual debe regir su actuación –entre otros- en el Principio de Transparencia, que tiene por finalidad velar por la adecuada transparencia en su gestión y en la toma de decisiones de cualquiera de sus órganos, así como en el desarrollo de sus funciones.

70. En ese sentido, se considera pertinente correr traslado el presente informe y los antecedentes respectivos al MTC, al Concesionario y a PROINVERSIÓN, a fin de que, previamente a que el Regulador determine si corresponde ejercer o no su facultad de interpretación de oficio, manifiesten su posición respecto a la situación planteada, para lo cual se recomienda otorgarles un plazo de diez (10) días hábiles.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

71. Se ha advertido la existencia de ciertas discrepancias respecto de los alcances de determinadas cláusulas vinculadas a los Estudios Definitivos de Ingeniería (EDIs), contempladas en el Contrato de Concesión "Línea 2 y Ramal Av. Faucett – Av. Gambeta de la Red Básica de Metro de Lima y Callao", siendo necesario determinar si existe un concepto ambiguo u oscuro que requiera la interpretación del Contrato y viabilizar su correcta aplicación. Las referidas discrepancias están vinculadas a los siguientes temas: el concepto de "Acceso" a las estaciones contemplado como causal de optimización de los EDIs, las normas aplicables al diseño de estructuras subterráneas y los supuestos contemplados en el Apéndice 3 del Anexo 6, el alcance de la Propuesta Técnica en los EDIs de la Etapa 1A y en las demás etapas del Contrato de Concesión, y finalmente, el alcance del numeral 3.1.4 del Anexo 6, referido a la Altimetría.
72. Previamente a que el Consejo Directivo de OSITRAN efectúe el análisis de la dicha situación y determine si existe o no ambigüedad, oscuridad, contradicción o falta de claridad respecto a dichos aspectos del Contrato de Concesión en los que ha surgido discrepancia, que amerite en el presente caso ejercer de oficio su facultad de interpretación, corresponde que se corra traslado el presente informe y los antecedentes respectivos al MTC, al Concesionario y a PROINVERSIÓN para que en un plazo de diez (10) días hábiles, remitan su posición.
73. Se recomienda que se eleve el presente Informe, para consideración y aprobación del Consejo Directivo de OSITRAN, de considerarlo pertinente.

Atentamente


FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA
Gerente de Supervisión y Fiscalización


JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Jurídica

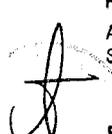
REG-SAL. 13789-16

OSITRAN
GERENCIA GENERAL

PROVEIDO N° : 1165-2016-06

PARA : SCD
ACCIONES A SEGUIR : SE REMITE INFORME TÉCNICO PARA SU INCLUSIÓN EN AGENDA DEL CONSEJO DIRECTIVO

21 de 21


FECHA : 19/04/16

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº xx-2016-CD-OSITRAN

Lima, xx de abril de 2016

VISTOS:

La Carta N°CAR-1161-16-CSIL2-OST-0 de fecha 23 de marzo del 2016, remitida por el Consorcio Supervisor Internacional Línea 2, y el Informe N° xxxx-2016-GSF-GAJ-OSITRAN, de fecha xx de abril de 2016, emitido por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización y la Gerencia de Asesoría Jurídica de OSITRAN; y,

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 28 de abril de 2014, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (Concedente), en representación del Estado Peruano, suscribió con la empresa Metro de Lima Línea 2 S.A. (Concesionario), el Contrato de Concesión para el diseño, financiamiento, construcción, equipamiento electromecánico, equipamiento de sistema y provisión de material rodante, operación y mantenimiento del Proyecto "Línea 2 y Ramal Av. Faucett - Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao" (Contrato de Concesión);

Que, con fecha 26 de diciembre de 2014, se suscribió la Adenda N° 1 al Contrato de Concesión, por la cual se modificaron aspectos operativos, corrección de errores materiales y, a solicitud de los acreedores permitidos, aspectos vinculados al cierre financiero;

Que, el numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley de Supervisión de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público, aprobada mediante Ley N° 26917, establece que es misión de OSITRAN regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios; con el fin de garantizar la eficiencia en la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público;

Que, el artículo 7.2 de la citada Ley dispone que para el adecuado cumplimiento de sus funciones OSITRAN podrá contratar los servicios de entidades públicas o privadas especializadas. La Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la mencionada Ley, establece que las funciones de Supervisión atribuidas a OSITRAN podrán ser ejercidas a través de Empresas Supervisoras, que pueden ser personas naturales o jurídicas, debidamente calificadas y seleccionadas;

Que, el 20 de marzo del 2015, este Regulador suscribió el Contrato N° 030-2015-OSITRAN (Contrato de Supervisión), con el Consorcio Supervisor Internacional Línea 2, conformado por las empresas CESEL S.A., China Railway First Survey & Design Institute Group Co.LTD., XI'AN Engeneering Consultancy & Supervision Co. LTD. FSDI, DOHWA Engineering Co. LTD. y BUSAN Transportation Corporation (Consortio Supervisor), para realizar la Supervisión Integral del Contrato de Concesión;

Que, el literal e) del numeral 7.1 del artículo 7 de la Ley 26917, otorga a OSITRAN la función específica de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación;

Que, el artículo 29 del Reglamento General de OSITRAN (REGO), aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, precisa que la función de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación, corresponde al Consejo Directivo de OSITRAN en única instancia administrativa. Además, dicha norma prevé que la referida interpretación está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, haciendo posible su aplicación;

Que, mediante Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN del 17 de noviembre de 2004, el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas y Reconversión de Contratos de Concesión (en adelante, los Lineamientos);

Que, conforme a los referidos Lineamientos, el procedimiento de interpretación del contenido del Contrato de Concesión puede iniciarse de oficio o a solicitud de parte. Adicionalmente, dichos Lineamientos establecen que pueden solicitar la interpretación del Contrato de Concesión el Concesionario, el Concedente y los terceros legítimamente interesados;

Que, de acuerdo al numeral 6.1 de los Lineamientos, la interpretación está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, dando claridad al texto y haciendo posible su aplicación;

Que, mediante los Oficios N° 0022-2016-GG-OSITRAN, 0023-2016-GG-OSITRAN y 0024-2016-GG-OSITRAN de fecha 26 de enero del 2016, la Gerencia General de OSITRAN, remitió al Consorcio Supervisor, al Concesionario y al Concedente, respectivamente, el Informe N° 002-2016-GSF-GAJ-OSITRAN, emitido por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización y la Gerencia de Asesoría Jurídica, a través del cual se emite opinión institucional respecto a los alcances de ciertos aspectos del Contrato de Concesión vinculados a los EDIs;

Que, mediante el Oficio N° 090-2016-GG-OSITRAN, del 11 de marzo de 2016, la Gerencia General de este Regulador solicitó al Consorcio Supervisor que, dado lo indicado por este en reuniones de coordinación previas, le informe las dudas o discordancias de criterio que se han suscitado con relación a los alcances de los EDIs en el marco del Contrato de Concesión;

Que, con Carta N° CAR-1161-16-CSIL2-OST-o de fecha 23 de marzo del 2016, el Consorcio Supervisor informó a este Regulador los aspectos en los que, a su parecer, se han suscitado ciertas discrepancias con el Concesionario, vinculados a los alcances de los EDIs en el marco de lo dispuesto en el Contrato de Concesión, solicitando que este Regulador efectúe la evaluación respectiva;

Que, las Gerencias de Supervisión y Fiscalización y de Asesoría Jurídica de OSITRAN, en su Informe N° 024-16-GSF-GAJ-OSITRAN del 18 de abril de 2016, realizan el análisis correspondiente, concluyendo lo siguiente:

- i. Se ha advertido la existencia de ciertas discrepancias respecto de los alcances de determinadas cláusulas vinculadas a los Estudios Definitivos de Ingeniería (EDIs), contempladas en el Contrato de Concesión "Línea 2 y Ramal Av. Faucett – Av. Gambeta de la Red Básica de Metro de Lima y Callao", siendo necesario determinar si existe un concepto ambiguo u oscuro que requiera la interpretación del Contrato y viabilizar su correcta aplicación. Las referidas discrepancias están vinculadas a los siguientes temas: el concepto de "Acceso" a las estaciones contemplado como causal de optimización de los EDIs, las normas aplicables al diseño de estructuras subterráneas y los supuestos contemplados en el Apéndice 3 del Anexo 6, el alcance de la Propuesta Técnica en los EDIs de la Etapa 1A y

en las demás etapas del Contrato de Concesión, y finalmente, el alcance del numeral 3.1.4 del Anexo 6, referido a la Altimetría.

- ii. Previamente a que el Consejo Directivo de OSITRAN efectúe el análisis de dichos aspectos y determine si existe o no ambigüedad, oscuridad, contradicción o falta de claridad respecto a las aludidas cláusulas del Contrato de Concesión en los que existiría distintas lecturas, que amerite en el presente caso ejercer de oficio su facultad de interpretación, corresponde que se corra traslado el presente informe y los antecedentes respectivos al MTC, al Concesionario y a PROINVERSIÓN para que en un plazo de diez (10) días hábiles, remitan su posición;

Que, luego de revisar y discutir el Informe de vistos, el Consejo Directivo manifiesta su conformidad con los fundamentos y conclusiones de dicho Informe, razón por la cual lo hace suyo y lo constituye como parte integrante de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 6.2 del artículo 6 de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General;

Por lo expuesto, de conformidad con la Ley de Creación de OSITRAN, Ley N° 26917, el Reglamento General de OSITRAN, aprobado por el Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, el Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN del 17 de noviembre de 2004, que aprueba los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas y Reconversión de Contratos de Concesión, y estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión N° 584-16-CD-OSITRAN;

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- Dispone de oficio, que se notifique el Informe N° 024-2016-GSF-GAJ-OSITRAN y los antecedentes respectivos al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a la Empresa Metro de Lima Línea 2 S.A. y a PROINVERSIÓN, para que en un plazo de diez (10) días hábiles contados a partir de la notificación, remitan su posición a OSITRAN, a efectos de que el Regulador determine si ejercerá de oficio su facultad de interpretación de las cláusulas del Contrato de Concesión materia de dicho Informe.

Artículo 2º.- Notificar la presente Resolución, el Informe N° 024-2016-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN y sus antecedentes al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a la Empresa Metro de Lima Línea 2 S.A. y a PROINVERSIÓN.

Artículo 3º.- Autorizar la publicación de la presente Resolución, así como del Informe N° 024-2016-GSF-GAJ-OSITRAN, en el Portal Institucional de OSITRAN (www.ositran.gob.pe).

Regístrese y comuníquese,

PATRICIA BENAVENTE DONAYRE
Presidente del Consejo Directivo
OSITRAN

