

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 035-2016-CD-OSITRAN

Lima, 02 de junio de 2016

VISTOS:

La Resolución N° 024-2016-CD-OSITRAN del Consejo Directivo de OSITRAN de fecha 22 de abril del 2016; el Oficio N° 1797-2016-MTC/25 de fecha 13 de mayo del 2016, remitido por la Dirección General de Concesiones en Transporte del Ministerio de Transporte y Comunicaciones, que contiene el Informe Técnico N° 221-2016-MTC/33.8 emitido por la Autoridad Autónoma del Tren Eléctrico y el Informe N° 0418-2016-MTC/25 emitido por la Dirección General de Concesiones en Transporte; el Oficio N° 150-2016/PROINVERSION/DE del 17 de mayo de 2016, remitido por PROINVERSIÓN; la Carta ML2-SPV-CARTA-2016-0978 presentada por la empresa Metro de Lima Línea 2 S.A.; y el Informe N° 030-2016-GSF-GAJ-OSITRAN, de fecha 26 de mayo 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);

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 Resolución N° 024-2016-CD-OSITRAN de fecha 22 de abril del 2016, el Consejo Directivo de OSITRAN dispuso que se notifique el Informe N° 024-2016-GSF-GAJ-OSITRAN, emitido por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización y la Gerencia de Asesoría Jurídica, así como los antecedentes respectivos al Concedente, al Concesionario y a PROINVERSIÓN, para que en un plazo de diez (10) días hábiles 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, en el cual se concluyó lo siguiente:

- i. Es claro que el Consortio 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.
- ii. Se ha advertido la existencia de ciertas discrepancias respecto de los alcances de determinadas cláusulas vinculadas a los EDIs, contempladas en el Contrato de Concesión, 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: i) el concepto de "Acceso" a las estaciones contemplado como causal de optimización de los EDIs, ii)



las normas aplicables al diseño de estructuras subterráneas y los supuestos contemplados en el Apéndice 3 del Anexo 6, iii) el alcance de la Propuesta Técnica en los EDIs de la Etapa 1A y en las demás etapas del Contrato de Concesión, y finalmente, iv) el alcance del numeral 3.1.4 del Anexo 6, referido a la Altimetría.

En atención a lo solicitado por el Consejo Directivo mediante Resolución N° 024-2016-CD-OSITRAN, se remitieron a OSITRAN los siguientes documentos: i) el 13 de mayo del 2016, la Dirección General de Concesiones en Transporte (DGCT) del MTC, a través del Oficio N° 1797-2016-MTC/25 remitió el Informe Técnico N° 221-2016-MTC/33.8, emitido por la Autoridad Autónoma del Tren Eléctrico (AATE), y el Informe N° 0418-2016-MTC/25 emitido por la DGCT; ii) el 17 de mayo de 2016, PROINVERSIÓN remitió el Oficio N° 150-2016/PROINVERSION/DE, a través del cual adjunta el Informe Técnico Legal N° 001-2016-DPI-SDGP-JPFE.03; iii) el 17 de mayo de 2016, iv) el Concesionario presentó la Carta N° ML2-SPV-CARTA-2016-0978;

Que, las Gerencias de Supervisión y Fiscalización y de Asesoría Jurídica de OSITRAN, han emitido el Informe N° 030-2016-GSF-GAJ-OSITRAN del 26 de mayo de 2016, a través del cual, luego del análisis realizado por ambas Gerencias, el cual coincide con la posición remitida tanto por PROINVERSIÓN como por las Partes (Concedente y Concesionario), recomiendan al Consejo Directivo que:

- i) Declare que no existen cláusulas oscuras o ambiguas en el Contrato de Concesión que requieran su interpretación a efectos de hacer posible su aplicación; respecto de los siguientes aspectos: i) el concepto de "Acceso" a las estaciones contemplado como causal de optimización de los EDIs, ii) las normas aplicables al diseño de estructuras subterráneas y los supuestos contemplados en el Apéndice 3 del Anexo 6, iii) el alcance de la Propuesta Técnica en los EDI de la Etapa 1A y en las demás etapas de la fase constructiva y, iv) el alcance del numeral 3.1.4 del Anexo 6, referido a la Altimetría.
- ii) Disponga que la Gerencia General notifique el referido Informe al Consorcio Supervisor; y le exija que dé cumplimiento al mismo, a los pronunciamientos emitidos por los órganos de OSITRAN en el marco de sus competencias; así como a todas las obligaciones pactadas en el Contrato de Supervisión bajo apercibimiento de activar los mecanismos legales correspondientes previstos en el referido Contrato de Supervisión.

Que, luego de revisar y discutir el Informe de vistos, el Consejo Directivo manifiesta su conformidad con los fundamentos y conclusiones de Informe 030-2016-GSF-GAJ-OSITRAN, 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° 588-16-CD-OSITRAN;



SE RESUELVE:

Artículo 1º.- Declarar que no existe ambigüedad, oscuridad, contradicción o falta de claridad que amerite que el Consejo Directivo efectúe de oficio la facultad de interpretación del Contrato de Concesión “Línea 2 y Ramal Av. Faucett – Av. Gambeta de la Red Básica de Metro de Lima y Callao”, respecto de los siguientes alcances: i) el concepto de “Acceso” a las estaciones contemplado como causal de optimización de los EDIs, ii) las normas aplicables al diseño de estructuras subterráneas y los supuestos contemplados en el Apéndice 3 del Anexo 6, iii) el alcance de la Propuesta Técnica en los EDI de la Etapa 1A y en las demás etapas de la fase constructiva y, iv) el alcance del numeral 3.1.4 del Anexo 6, referido a la Altimetría.

Artículo 2º.- Notificar la presente Resolución, el Informe Nº 030-2016-GSF-GAJ-OSITRAN y sus antecedentes al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a la Autoridad Autónoma del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, a la Empresa Metro de Lima Línea 2 S.A. y a PROINVERSIÓN.

Artículo 3º.- Disponer que la Gerencia General notifique el presente Informe al Consorcio Supervisor Internacional Línea 2; y le exija que dé cumplimiento al mismo, a los pronunciamientos emitidos por los órganos de OSITRAN en el marco de sus competencias, así como a todas las obligaciones pactadas en el Contrato de Supervisión; bajo apercibimiento de activar los mecanismos legales correspondientes previstos en el referido Contrato de Supervisión.

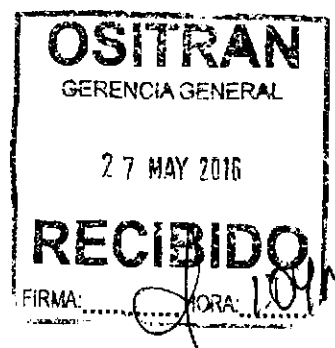
Artículo 4º.- Autorizar la publicación de la presente Resolución, así como del Informe Nº 030-2016-GSF-GAJ-OSITRAN, en el Portal Institucional de OSITRAN (www.ositran.gob.pe).

Regístrese y comuníquese,


PATRICIA BENAVENTE DONAYRE
Presidente del Consejo Directivo



INFORME N° 030-16-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 : Resolución de Consejo Directivo N° 024-2016-CD-OSITRAN.

Fecha : 26 de mayo de 2016

I. OBJETIVO

Emitir opinión a efectos de determinar si las discrepancias respecto de los alcances de los Estudios Definitivos de Ingeniería (EDIs) referidos en el Informe N° 024-2016-GSF-GAJ-OSITRAN, se han generado debido a la existencia de ambigüedad de ciertas disposiciones contempladas en el Contrato de Concesión "Línea 2 y Ramal Av. Faucett – Av. Gambeta de la Red Básica de Metro de Lima y Callao", de tal manera que requieran que el Consejo Directivo de OSITRAN efectúe la interpretación del Contrato de Concesión; o por el contrario, determinar que no existe cláusula ambigua alguna respecto de dichas materias, siendo improcedente la interpretación del referido Contrato.

II. ANTECEDENTES



1. El 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 Engineering Consultancy & Supervision Co. LTD. FSDI, DOHWA Engineering Co. LTD. y BUSAN Transportation 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 el OSITRAN emite opinión institucional respecto a los alcances de ciertos aspectos del Contrato de Concesión vinculados a los EDI. Así, en el mencionado Informe se concluyó lo siguiente:
 - i. Los EDI 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 EDI –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 EDI.
 - iii. La Propuesta técnica del Concesionario es vinculante en la elaboración de los EDI; no obstante, ésta 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 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. Con Carta N° CAR 963 -16-CSI-OST-o de fecha 12 de febrero de 2016, el Consorcio Supervisor dio respuesta al Oficio N° 0022-2016-GG-OSITRAN antes mencionado, insistiendo parcialmente en torno a las discrepancias suscitadas en relación a varios aspectos del Contrato de Concesión relacionados a la elaboración de los EDI, y cuestionando la competencia de los órganos de línea del OSITRAN para determinar los



alcances del Contrato de Concesión en lo referido a la naturaleza y obligatoriedad de la Propuesta Técnica presentada por el Concesionario, desconociendo así la opinión institucional emitida a través del Informe N° 002-2016-GSF-GAJ-OSITRAN.

6. A través del Oficio N° 090-2016-GG-OSITRAN, del 11 de marzo de 2016, este Regulador solicitó al Consorcio Supervisor que, le informe las dudas o discordancias que a su criterio persistían con relación a los alcances de los EDI en el marco del Contrato de Concesión.
7. 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 mantenían las discrepancias suscitadas 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 y, de ser el caso, el Consejo Directivo proceda a interpretar el Contrato de Concesión¹.
8. Mediante Resolución N° 024-2016-CD-OSITRAN, el Consejo Directivo de OSITRAN dispuso que se notifique el Informe N° 024-2016-GSF-GAJ-OSITRAN y los antecedentes respectivos al Concedente, al Concesionario y a PROINVERSIÓN, para que en un plazo de diez (10) días hábiles 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. Cabe indicar que en dicho Informe se concluyó lo siguiente:

- i. 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.
- ii. Se ha advertido la existencia de ciertas discrepancias respecto de los alcances de determinadas cláusulas vinculadas a los 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.
- iii. Previamente a que el Consejo Directivo de OSITRAN efectúe el análisis de 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, corresponde que se corra traslado el presente informe y los antecedentes respectivos al MTC, al Concesionario y a PROINVERSIÓN para que remitan su posición.



¹ Cabe indicar que en la Carta N° 936-16-CSI-OST-o 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.

9. Con fecha 13 de mayo del 2016, la Dirección General de Concesiones en Transporte (DGCT) del MTC, a través del Oficio N° 1797-2016-MTC/25 remitió a OSITRAN el Informe Técnico N° 221-2016-MTC/33.8, emitido por la Autoridad Autónoma del Tren Eléctrico (AATE), y el Informe N° 0418-2016-MTC/25 emitido por la DGCT. A través de ambos Informes, el Concedente remite su posición respecto a los alcances de las cláusulas del Contrato de Concesión referidas a los EDIs.
10. El 17 de mayo de 2016, PROINVERSIÓN remitió a OSITRAN el Oficio N° 150-2016/PROINVERSION/DE, a través del cual adjunta el Informe Técnico Legal N° 001-2016-DPI-SDGP-JPFE.03, en el que proporciona información vinculada al Proyecto.
11. El 17 de mayo de 2016, el Concesionario presentó a OSITRAN la Carta N° ML2-SPV-CARTA-2016-0978, con la que remite su posición respecto a las cláusulas contractuales que regulan la formulación y aprobación de los EDIs.

III. ANÁLISIS

12. En el presente Informe, se evaluarán los siguientes puntos:

- a. Cuestión Previa: La competencia de los órganos de la Administración para determinar la aplicación de los contratos de concesión.
- b. Marco jurídico de la interpretación del Contrato de Concesión por parte del Consejo Directivo.
- c. De las discrepancias advertidas respecto al contenido de los EDIs.

a. Cuestión Previa: La competencia de los órganos de la Administración para determinar la aplicación de los contratos de concesión

13. Tal como se ha indicado en el Informe N° 024-2016-GSF-GAJ-OSITRAN y en los antecedentes del presente informe, el Consorcio Supervisor ha manifestado que, en su opinión, el análisis desarrollado 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 emiten pronunciamiento respecto de diversos aspectos técnico legales vinculados a los alcances de los EDIs², implica un acto de interpretación del Contrato de Concesión, siendo dicha competencia exclusiva del Consejo Directivo de OSITRAN; razón por la cual ha decidido desconocer lo señalado por tales Gerencias en relación a los alcances de la obligatoriedad de la propuesta técnica presentada por el Concesionario.

14. Adicionalmente, mediante la Carta N° CAR-1341-16-CSIL2-OST-0 del 4 de mayo de 2016, el Consorcio Supervisor ha señalado que las Gerencias de Supervisión y Fiscalización, Asesoría Jurídica y la Gerencia General, carecen de competencia para emitir pronunciamientos institucionales, como el que contiene el Informe N° 002-2016-GSF-GAJ-OSITRAN y que estos puedan tener efectos respecto de terceros. Por el contrario, agrega que solo en caso que el Consejo Directivo emita pronunciamientos que interpreten el Contrato de Concesión, estos serán de obligatorio cumplimiento hasta que se declare su nulidad, de ser el caso.



² Informe que fue hecho suyo por la Gerencia General a través de los Oficios N° 22-2016-GG-OSITRAN, 023-2016-GG-OSITRAN y 024-2016-GG-OSITRAN.

15. Sobre el particular, lo indicado por el Consorcio Supervisor no solo carece de fundamento legal alguno sino que por el contrario, trasgrede la normativa que regula las competencias de OSITRAN, situación que exige que a través del presente Informe, que será elevado a Consejo Directivo para su conocimiento y aprobación, se exija por última vez a dicho Consorcio - en su calidad de locador de servicios que ha sido contratado por este Regulador para la prestación del servicio de supervisión -, que reconduzca su actuación indebida e ilegal y proceda a dar cumplimiento a los pronunciamientos emitidos en el marco de las competencias legalmente asignadas a los órganos que integran la Administración del Regulador, tal como explicaremos a continuación.
16. En primer lugar, corresponde remitirnos a la Ley N° 26917, Ley de Creación de OSITRAN, que establece las funciones que han sido asignadas legalmente a este Regulador. En tal sentido, los artículos 6 y 7 disponen lo siguiente:

"Artículo 6.- Atribuciones

6.1. OSITRAN, en concordancia con las funciones previstas en la Ley y las que se establezcan en su Reglamento, ejerce atribución regulatoria, normativa, fiscalizadora y de resolución de controversias (...)

Artículo 7.- Funciones

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

a) 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.

b) Operar el sistema tarifario de la infraestructura bajo su ámbito, dentro de los siguientes límites:

i. En el caso que no exista competencia en el mercado, fijar las tarifas, peajes y otros cobros similares y establecer reglas claras y precisas para su correcta aplicación, así como para su revisión y modificación, en los casos que corresponda.

ii. En el caso que exista un contrato de concesión con el Estado, velar por el cumplimiento de las cláusulas tarifarias y de reajuste tarifario que éste contiene.

iii. Cuando exista competencia en el mercado y no existan cláusulas tarifarias, velar por el libre funcionamiento del mercado.

c) Adoptar las medidas correctivas y aplicar sanciones sobre las materias que son de su competencia o que le han sido delegadas.

d) Velar por el cumplimiento de las normas sobre contaminación ambiental en la explotación de la infraestructura pública de transporte, con excepción de aquellos aspectos que por ley corresponden al ámbito de responsabilidad de otras autoridades.

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

f) Emitir opinión técnica sobre la procedencia de la renegociación o revisión de los contratos de concesión. En caso ésta sea procedente, elaborará el informe técnico correspondiente y lo trasladará al Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción.

g) Declarar la suspensión temporal de la concesión o su caducidad, cuando la empresa concesionaria incurra en alguna de las causales establecidas en las normas con rango de Ley, que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, normas reglamentarias y complementarias o en el contrato de concesión, en el ámbito de su competencia.

h) En casos excepcionales en los cuales exista suspensión de la concesión, terminación de contrato o caducidad del mismo, a fin de evitar la paralización del servicio, OSITRAN podrá contratar temporalmente los servicios de empresas especializadas, hasta la suscripción de un nuevo contrato de concesión. Los contratos temporales no tendrán, en ningún caso, duración superior a un año calendario.



i) Cobrar los derechos, tasas, penalidades y cualquier otro monto que deban pagar los concesionarios de infraestructura pública nacional de transporte, según lo establezcan la Ley, los contratos de concesión respectivos, y los reglamentos aprobados por el Consejo Directivo de OSITRAN; así como efectuar los pagos que correspondan en el cumplimiento de las obligaciones que se pudiere haber contraído con éstos, con terceros y con el Estado, en virtud de la legislación vigente y de lo establecido en los contratos de concesión.

j) Proveer información y emitir opinión en aspectos de su competencia cuando el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción lo requiera.

k) Ejercer facultades coactivas para el cobro de las deudas en su favor derivadas de multas, sanciones, tasas y obligaciones originadas de los contratos de concesión.

l) Actuar como institución organizadora de los arbitrajes que deban resolver las controversias entre los operadores, empresas prestadoras de servicios; de éstos entre sí y las de carácter patrimonial que pudieren surgir entre el Estado y los concesionarios. La vía arbitral es obligatoria para la solución de controversias entre Entidades Prestadoras.

m) Regular la coordinación de las relaciones entre distintas Entidades Prestadoras y otros agentes vinculados a la actividad.

n) Expedir las directivas procesales para atender y resolver reclamos de los usuarios, velando por la eficacia y celeridad de dichos trámites.

o) Llevar a cabo las acciones que requiera la promoción de una efectiva y leal competencia entre las Entidades Prestadoras vinculadas a la infraestructura pública nacional de transporte.

p) Cautelar el acceso universal en el uso de la infraestructura pública nacional de transporte y en general, proteger los intereses de todas las partes que intervienen en las actividades relacionadas a dicha infraestructura.

7.2. Para el adecuado cumplimiento de sus funciones OSITRAN podrá contratar los servicios de entidades públicas o privadas especializadas”.

[el subrayado es agregado]

17. De lo expuesto se advierte que OSITRAN cuenta con una serie de funciones asignadas legalmente, siendo estas de tipo normativa, reguladora, supervisora y fiscalizadora, y de solución de controversias, las mismas que se materializan a través de un conjunto de actividades que abarcan no sólo la interpretación de los contratos de concesión –toda vez que esta actividad solo se ejecutará en caso haya una cláusula contractual ambigua u oscura, como fue explicado en el Informe N° 024-2016-GSF-GAJ-OSITRAN- sino que principalmente involucra la administración, supervisión y fiscalización de los contratos de concesión bajo su ámbito, mediante el empleo de criterios técnicos, entre otros.

18. Cabe indicar que la titularidad de estas funciones y competencias ha sido asignada con exclusividad a los órganos que integran la Administración de OSITRAN. En ese sentido, si bien resulta legalmente factible que este Regulador contrate terceros (como es el caso del Consorcio Supervisor) a efectos de desarrollar ciertas actividades de supervisión, la decisión final respecto de la supervisión realizada en ejercicio de dicha función es exclusiva del Regulador, a través de los diferentes órganos de OSITRAN que ostenten las competencias requeridas para el ejercicio de dicha potestad resolutoria, tal como ha sido reconocido expresamente en el artículo 23 del REGO, que indica lo siguiente:

“Artículo 23.- Delegación de la Función Supervisora

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 supervisora es indelegable".

[el subrayado es agregado]

19. Ahora bien, a efectos de conocer la organización interna de OSITRAN y, por ende, determinar qué órganos de su administración son los competentes para ejecutar las funciones y actividades que le han sido asignadas legalmente a este, corresponde remitirnos a Ley de Creación de OSITRAN, su Reglamento y demás disposiciones que establezcan las competencias al interior de la administración del Regulador, tal como lo indica el artículo 9 de la referida Ley de Creación, que señala lo siguiente:

"Artículo 9.- Organización

9.1. La organización de OSITRAN se rige por la Ley, el Reglamento y los Acuerdos de su Consejo Directivo. (...)"

20. En tal sentido, serán la Ley de Creación, el Reglamento General de OSITRAN³ (REGO) y demás normas de organización interna del Regulador, los que permitirán conocer las competencias asignadas exclusivamente a los distintos órganos que integran la estructura orgánica de OSITRAN, los mismos que los habilitan a emitir pronunciamientos que reflejan las posiciones institucionales en el ámbito de las atribuciones que ostentan legalmente. Lo expuesto se encuentra establecido en el REGO, que define "Órganos de OSITRAN", en los siguientes términos:

"p) ÓRGANOS DEL OSITRAN: Unidades de organización que conforman la estructura orgánica del OSITRAN y que tienen a su cargo el ejercicio de las diversas funciones de competencia del OSITRAN."



21. Es claro entonces que los distintos órganos que integran la Administración del Regulador tienen funciones que han sido normadas a efectos que ostenten la potestad de emitir decisiones que surtirán efectos para terceros, entre los que se encuentran por ejemplo: las empresas concesionarias, el Concedente, las empresas supervisoras contratadas por OSITRAN, los usuarios, etc.; los mismos que deben acatar dichos pronunciamientos toda vez que estos son emitidos en estricto respeto del Principio de Legalidad⁴ que rige la actuación de la Administración Pública, de la que forma parte OSITRAN.
22. A efectos de conocer los órganos de OSITRAN que tienen a su cargo el ejercicio de las competencias asignadas legalmente a este Regulador y que, por ende, son competentes para emitir pronunciamiento sobre las materias asignadas normativamente, debemos remitirnos al artículo 6 del REGO, que señala lo siguiente:



"Artículo 6.- Órganos del OSITRAN

Son órganos del OSITRAN los siguientes:

³ Aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM.

⁴ El Principio de Legalidad constituye uno de los Principios que rige el actuar de la Administración Pública y se encuentra recogido en la Ley del Procedimiento Administrativo General, que señala lo siguiente:

"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:

1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas".

i. El Consejo Directivo

ii. La Presidencia Ejecutiva

iii. La Gerencia General

iv. Las Gerencias de asesoramiento, de apoyo y de línea, y sus jefaturas u otros órganos, según corresponda.

v. Los Tribunales del OSITRAN integrados por el Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos y el Tribunal en Asuntos Administrativos.

vi. Los Cuerpos Colegiados

La estructura orgánica del OSITRAN se rige por su Reglamento de Organización y Funciones".
[el subrayado es agregado]

23. Como se ha indicado, OSITRAN tiene competencia legal para ejercer las siguientes funciones: normativa, reguladora, supervisora, fiscalizadora y sancionadora, de solución de controversias y atención de reclamos de usuarios; sin embargo, para efectos del presente Informe sólo nos referiremos a la función supervisora, la cual está desarrollada tanto en el REGO como en el Reglamento de Organización y Funciones (ROF) de OSITRAN, el cual ha sido aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-2015-PCM. Así, respecto a dicha función y sobre los órganos de OSITRAN que tienen competencia para ejercerla, los artículos 21, 22, 27 y 28 del REGO establecen lo siguiente:

"Artículo 21.- Función Supervisora

El 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.

Adicionalmente, en ejercicio de la función supervisora, el OSITRAN declara ante el Concedente la ocurrencia de una de las causales de suspensión temporal de obligaciones, suspensión temporal de la concesión o la caducidad de la concesión, cuando la empresa concesionaria incurra en alguna de éstas, que haya sido establecida en normas con rango de Ley, que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, normas reglamentarias y complementarias o en el Contrato de Concesión, en el ámbito de su competencia.

Artículo 22.- Órganos Competentes para el ejercicio de la Función Supervisora

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.

Corresponde al Tribunal en Asuntos Administrativos del OSITRAN conocer y resolver, en segunda y última instancia administrativa, los recursos de apelación que se planteen contra lo resuelto por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización.

Artículo 24.- Función Supervisora del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao

El OSITRAN ejerce la función supervisora respecto de la prestación del servicio público de transporte ferroviario de pasajeros en las vías que forman parte del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, procurando que se brinde servicios adecuados a los usuarios, conforme con lo establecido por la Ley N° 29754. En ejercicio de esta función le corresponde:



1. Realizar el control y la supervisión respecto de la correcta administración y uso de los bienes que forman parte de las concesiones, según se identifiquen estos en los respectivos contratos de concesión.

2. Declarar ante el concedente la ocurrencia de una de las causales de suspensión temporal de la concesión o su caducidad, cuando la empresa concesionaria incurra en alguna de éstas, según se determine en los respectivos contratos de concesión.

3. Supervisar el proceso de elaboración de la ingeniería de detalle que desarrolle la empresa concesionaria de manera previa a la ejecución de las obras correspondientes, pudiendo para tales efectos solicitar información, acceder a las actividades y estudios, así como realizar las inspecciones que considere pertinente.

4. Supervisar la ejecución de las obras a cargo de la empresa concesionaria. (...)

8. Emitir opiniones respecto a los distintos aspectos regulados en los contratos de concesión del servicio.

9. Otras establecidas por el Consejo Directivo.

Las funciones antes señaladas son ejercidas por el OSITRAN, sin perjuicio de las demás que se encuentren a su cargo conforme la normativa que resulte aplicable.

Artículo 28.- Opinión técnica previa y supervisión de los contratos

A fin de guardar concordancia entre las funciones sujetas a su competencia y la de supervisar los contratos de concesión correspondientes, el OSITRAN, a través del Consejo Directivo, debe emitir opinión técnica previa, sobre materias referidas a:

1. La celebración de cualquier Contrato de Concesión referido a la Infraestructura, 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, de conformidad con la Ley N° 29754. La referida opinión técnica incluirá materias relativas al régimen tarifario del contrato, condiciones de competencia y de acceso a la Infraestructura, aspectos técnicos, económicos y jurídicos relativos a la calidad y oportuna prestación de los servicios, y a los mecanismos de solución de controversias derivadas de la interpretación y ejecución de los contratos de concesión, así como a las demás materias de competencia del OSITRAN.

2. La renovación o modificación del plazo de vigencia de los Contratos de Concesión, la que debe pronunciarse sobre su procedencia, para lo cual se analizará de manera conjunta los efectos de tal medida, sugiriendo sus términos, así como la verificación y análisis del cumplimiento de las obligaciones de la Entidad Prestadora.

3. La propuesta de modificación de los Contratos de Concesión. En este caso la opinión técnica previa es emitida por el OSITRAN respecto del acuerdo al que hayan arribado las partes, salvo que el respectivo contrato de concesión disponga procedimiento distinto.

4. El diseño final de los Contratos de Concesión en la modalidad de asociaciones público privadas, las modificaciones a la versión final de los contratos, solicitudes de modificaciones contractuales, y sobre iniciativas privadas que se presenten vinculadas a la Infraestructura.

El OSITRAN también debe emitir las siguientes opiniones técnicas, las que deberán pronunciarse sobre los contenidos descritos en el párrafo precedente, cuando sea pertinente:

1. Ante el Concedente, respecto de la autorización para la implementación de un nuevo servicio relativo a la explotación de la Infraestructura, así como en los casos de calificación del régimen de explotación de la Infraestructura, como público o privado.

2. Ante el Concedente, en aquellos casos previstos en los respectivos contratos de concesión.

3. Ante el Ministerio de Transportes y Comunicaciones o en su caso ante la Autoridad Portuaria Nacional, para efectos de la aprobación de los reglamentos técnicos en materia de i) Elaboración de los reglamentos operativos a cargo de Entidades Prestadoras que explotan infraestructura de uso público, sean concesionarios privados u operadores estatales; ii) Prevención de Accidentes y Prácticas de Seguridad para la operación de Terminales Marítimos, Fluviales y Lacustres y de



Terminales Aeroportuarios, así como de Estaciones y Vías Férreas; iii) Seguridad, Control y Vigilancia de los Terminales Marítimos, Fluviales y Lacustres y de Terminales Aeroportuarios, así como de Estaciones y Vías Férreas; y demás reglamentos que correspondan conforme a la Ley N° 27943 u otra normativa que resulte aplicable.

Las opiniones que emita el OSITRAN, a través de su Consejo Directivo, son inimpugnables.

Artículo 29.- Interpretación de los Contratos de Concesión

Corresponde al Consejo Directivo, en única instancia administrativa, interpretar los Contratos de Concesión en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación de la Infraestructura, 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, de conformidad con la Ley N° 29754.

La interpretación determina el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, haciendo posible su aplicación. La interpretación se hace extensiva a sus, anexos, bases de licitación y circulares”.

[el subrayado es nuestro]

24. De los citados artículos del REGO, se advierte con claridad que la función de supervisión que ejerce OSITRAN es desarrollada principalmente por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, siendo este el órgano de línea que tiene a su cargo efectuar la supervisión del cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las empresas concesionarias sujetas a su competencia, por lo que dicha Gerencia tiene asignada legalmente tal función, y es en ese marco que puede emitir pronunciamientos sobre las cuestiones que se deriven de la ejecución de las actividades de supervisión, incluida la verificación del cumplimiento de los contratos de concesión, los mismos que reflejan la posición del Regulador; por lo que carece de asidero legal alguno lo indicado por el Consorcio Supervisor, que de manera temeraria cuestiona las competencias asignadas a dicha Gerencia.
25. Es importante resaltar que tal como indica el REGO, al órgano que corresponde conocer y resolver, en segunda y última instancia administrativa, los recursos de apelación que se planteen contra lo resuelto por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, es decir, sobre las cuestiones que se deriven de la ejecución de las actividades de supervisión, incluida la verificación del cumplimiento de los contratos de concesión, es el Tribunal en Asuntos Administrativos del OSITRAN, y no otro órgano de OSITRAN, motivo por el cual carece de sustento alguno el argumento del Consorcio Supervisor respecto a que es el Consejo Directivo el órgano competente para emitir pronunciamiento respecto de la verificación del cumplimiento de las cláusulas que integran el Contrato de Concesión y su consecuencia aplicación al caso concreto, toda vez que como se advierte del análisis legal realizado, tales competencias recaen en la Gerencia de Supervisión y Fiscalización en primera instancia y en segunda instancia, en el aludido Tribunal, cuyas funciones vienen siendo ejercidas por la Gerencia General hasta que se realice la instalación de los miembros que compondrán el Tribunal, tal como ha sido dispuesto por el Acuerdo N° 1820-546-15-CD-OSITRAN del 29.04.15.
26. Sin perjuicio de lo anterior, cabe indicar que conforme al REGO, corresponde al Consejo Directivo emitir pronunciamiento respecto de determinadas actividades vinculadas a dicha función de supervisión, las cuales han sido establecidas taxativamente, como es el caso de la interpretación de los contratos de concesión, supuesto que solo se activa cuando, de oficio, los órganos del Regulador o terceros con legitimidad (que como ha sido analizado en el Informe N° 024-2016-GSF-GAJ-OSITRAN, no es el caso del Consorcio Supervisor), plantean la existencia de alguna cláusula oscura u ambigua de determinado contrato de



concesión que requiere ser interpretada a efectos de hacer posible su aplicación, caso en el cual corresponde a los órganos de la Administración desarrollar los proyectos de opinión respectivos, a efectos que sean evaluados y de ser el caso, aprobados por el Consejo Directivo.

27. Cabe indicar que el hecho de que exista una baja incidencia de solicitudes de interpretación por las Partes (concedente y concesionario) o terceros legitimados refleja que la lectura y aplicación de las disposiciones de los contratos de concesión resulta clara para quienes tienen legítimo interés en su aplicación, y en consecuencia, permite concluir que en términos generales no existe discrepancia respecto de la aplicación que los órganos de OSITRAN (en este caso la Gerencia de Supervisión) realizan sobre los alcances de las estipulaciones contempladas en los contratos de concesión, cuya supervisión se encuentra a su cargo, ya sea que sea realizado directamente o a través de terceros contratados para ello.
28. En efecto, a continuación se presenta un cuadro que contiene datos estadísticos que reflejan el bajo número de interpretaciones solicitadas en los últimos 5 años, los casos en que el Consejo Directivo ha decidido efectuar una interpretación del contrato de concesión, así como los casos en que las solicitudes han sido declaradas improcedentes, por no existir ambigüedad o tratarse de un asunto no regulado en el contrato de concesión, lo cual claramente evidencia que el ejercicio de la facultad de interpretación a cargo del Consejo Directivo no es una práctica constante, sino excepcional y residual. Así, se aprecia en el cuadro lo siguiente:



Año	Interpretaciones realizadas	Inicio del Procedimiento	Interpretaciones declaradas Improcedentes	Total de evaluaciones
2012	4	– Pedido de parte (2) ^[1] – De oficio (2)	0	4
2013	8	– Pedido de parte (4) ^[2] – De oficio (4)	2	10
2014	4	– Pedido de parte (0) – De oficio (4)	3	7
2015	1	– De oficio (1)	4	5
2016	0	– Pedido de parte (1) ^[3]	3	3
Total	17		12	29

Fuente: SCD

- 
29. Del cuadro expuesto, se aprecia que en los últimos cinco años solo se han presentado 29 casos de posible interpretación contractual (de los cuales solo 5 han sido presentadas por las partes), habiéndose efectuado solo 17 interpretaciones por parte del Consejo Directivo mientras que en 12 casos la interpretación fue declarada improcedente, situación que como se ha indicado refleja que la lectura y aplicación que los órganos de la Administración de OSITRAN realizan respecto de los contenidos de los contratos de concesión, como parte de la labor de supervisión que realizan, resulta acorde con la voluntad de las partes.

^[1] De las dos interpretaciones, una se inició a solicitud del Concesionario y la otra a solicitud del Concedente.

^[2] De las cuatro interpretaciones, tres se iniciaron a solicitud del Concesionario y una a solicitud del Concedente.

^[3] Las otras dos fueron solicitadas por un tercero legitimado y un tercero no legitimado.

30. Por otro lado, si bien el artículo 20 del REGO⁵ dispone que en caso de surgir una discrepancia en la interpretación o aplicación realizada por los órganos de OSITRAN, es el Consejo Directivo el que resuelve la misma, esta se refiere a discrepancias respecto de una disposición normativa y/o reguladora; situación que no se ha producido en el presente caso, toda vez que no solo el Informe N° 002-2016-GSF-GAJ-OSITRAN ha sido emitido de común acuerdo por las Gerencias de Supervisión y Fiscalización y de Asesoría Jurídica en el marco de sus competencias, sino que el mismo está referido a la aplicación del Contrato de Concesión respecto de los EDIs que debe presentar el Concesionario, vale decir, no desarrolla la existencia de discrepancia alguna en materia normativa ni regulatoria, por lo que no se trata de una competencia que deba dirimir el Consejo Directivo, como erróneamente y sin sustento considera el Consorcio Supervisor.
31. Ahora bien, continuando con el análisis respecto a las competencias de los órganos de OSITRAN, lo indicado en el REGO ha sido desarrollado en mayor detalle en el ROF de OSITRAN, el mismo que es aplicable a efectos de conocer las competencias de los órganos que integran la Administración, por disposición expresa del artículo 6 del REGO citado. Así, el ROF indica lo siguiente:

"Artículo 52.- De la Gerencia de Supervisión y Fiscalización

La Gerencia de Supervisión y Fiscalización es el órgano de línea responsable de conducir, gestionar, evaluar, coordinar y ejecutar las actividades de supervisión y fiscalización relacionadas con la explotación de la infraestructura de transporte de uso público efectuada por las entidades prestadoras en materia aeroportuaria, portuaria, de la Red Vial, así como ferroviarias y del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao - Metro de Lima y Callao, en el ámbito de competencia del OSITRAN.

La Gerencia de Supervisión y Fiscalización depende de la Gerencia General.

Artículo 53.- Funciones de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización

Son funciones de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, las siguientes:

- 1. Planificar, formular, dirigir, monitorear y evaluar la programación de sus actividades y tareas, así como velar por una adecuada ejecución de los recursos que le fueran asignados, en el marco de sus funciones;*
- 2. Desarrollar, proponer y coordinar lineamientos de política para la supervisión de los contratos de concesión y otras modalidades de Asociación Público Privada, así como proponer la reglamentación de la supervisión y las relaciones con las entidades prestadoras;*
- 3. Supervisar la gestión de las entidades prestadoras relacionadas con la explotación de la infraestructura de transporte de uso público, incluida 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, verificando el cumplimiento de los aspectos comerciales y administrativos, económico - financiero, estándares de calidad y niveles de servicio, operación y mantenimiento de la infraestructura, así como las inversiones pactadas en los contratos respectivos, según corresponda;*
- 4. Formular, proponer y ejecutar las actividades de supervisión en materia aeroportuaria, portuaria, de la red vial, así como ferroviaria y del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao -*



⁵ "Artículo 20.- Discrepancias sobre la interpretación o aplicación normativa y/o regulatoria

En caso de surgir una discrepancia sobre la interpretación o aplicación que realicen los órganos del OSITRAN respecto de una disposición normativa y/o reguladora en un caso particular por parte de la Entidad Prestadora correspondiente, el Consejo Directivo conoce y resuelve, en última instancia administrativa, los recursos de apelación que se presenten contra aquellas. Por esta vía no es posible cuestionar el contenido mismo de la regulación y/o disposición normativa, sino sólo su aplicación o interpretación."

Metro de Lima y Callao, para tal efecto, elabora el plan anual de supervisión respectivo, así como efectúa las actividades de seguimiento correspondientes;

5. Conducir el proceso de control, revisión y monitoreo respecto del cumplimiento de las obligaciones contractuales, legales, técnicas y administrativas por parte de las empresas supervisoras o terceros de conformidad con el artículo 25 del Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, que realicen actividades de supervisión sujetas a la competencia del OSITRAN, emitiendo lineamientos para que se efectúen evaluaciones muestrales periódicas sobre el desarrollo y ejecución de dichas actividades de supervisión;(...)

7. Proponer la suspensión o caducidad de una concesión por causales atribuidas a la entidad prestadora, de acuerdo con la normativa o disposiciones contractuales que correspondan;

8. Resolver las solicitudes de suspensión de obligaciones y ampliaciones de plazo de ejecución de obra que formulen las entidades prestadoras, en el marco de lo establecido en los contratos de concesión;

9. Emitir opinión, en el marco de su competencia, sobre la celebración de contratos de concesión u otras modalidades de Asociación Público Privadas, sus renovaciones y modificatorias, así como emitir opinión sobre la interpretación de las cláusulas de los contratos y otras materias cuya opinión técnica corresponda ser emitida por el Consejo Directivo, en el marco de la normativa correspondiente;

10. Aplicar penalidades a las empresas concesionarias en el marco de los contratos de concesión o normativa correspondiente; así como a las empresas supervisoras o terceros de conformidad con el artículo 25 del Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, que realicen actividades de supervisión sujetas al ámbito de competencia del OSITRAN; (...)

12. Resolver en primera instancia, en el marco del Procedimiento Administrativo Sancionador, la imposición de sanciones y medidas correctivas en caso de incumplimiento de las obligaciones legales, contractuales y de las disposiciones emitidas por el OSITRAN, así como administrar el sistema de información de sanciones en el ámbito nacional, de conformidad con la normativa sobre la materia;

13. Resolver las solicitudes de información confidencial no referidas a secreto comercial o industrial, en el ámbito de su competencia, conforme a la normativa de la materia;

14. Formular y proponer proyectos normativos, lineamientos, procedimientos y manuales, en el marco de su competencia;

15. Otras que le sean asignadas por la Alta Dirección y por la normativa de la materia vinculada al ejercicio de sus funciones".

"Artículo 7.- Funciones del Consejo Directivo

Son funciones del Consejo Directivo, las siguientes:

(...)

2. Ejercer la función normativa y reguladora respecto de la Infraestructura de Transporte de Uso Público de competencia del OSITRAN; (...)

7. 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;

8. Emitir mandatos de acceso conforme a la normativa del OSITRAN en la materia;

9. Aprobar la opinión técnica previa a la celebración de contratos de concesión, su renovación, modificación del plazo de la concesión, renegociación o revisión; así como declarar la improcedencia de las solicitudes de renegociación o revisión, conforme a la normativa de la materia;

10. Declarar la suspensión o caducidad de una concesión por causales atribuidas a la entidad prestadora, cuando el Concesionario incurra en algunas de las causales previstas en la normativa o Contrato de Concesión respectivo;

11. Resolver en única y última instancia administrativa, en caso de surgir una discrepancia sobre la interpretación de los Contratos de Concesión o aplicación de una disposición normativa o regulatoria en un caso particular, conforme a lo señalado en el artículo 20 del Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias; (...)



20. *Expedir normas de carácter general, así como pronunciamientos y acuerdos de carácter general o particular, según corresponda; (...)*"

[el subrayado es agregado]

32. Por lo tanto, de conformidad con lo establecido en la Ley de Creación de OSITRAN, el REGO y el ROF, es absolutamente claro que la Gerencia de Supervisión y Fiscalización es el órgano competente para ejecutar las actividades de supervisión (derivadas de la función de supervisión asignada legalmente a OSITRAN) respecto del cumplimiento de los contratos de concesión bajo el ámbito de competencia de este Regulador, estando, en consecuencia, facultado para emitir pronunciamiento institucional respecto a la aplicación de las cláusulas que contienen los contratos de concesión cuya supervisión realiza.
33. Ahora bien, resulta evidente que para supervisar el cabal cumplimiento de las disposiciones establecidas en los contratos de concesión, resulta necesario determinar previamente el alcance de tales disposiciones que serán materia de supervisión, siendo esta una competencia propia de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización. En ese sentido, solo en caso de que, como parte de dicha labor de supervisión, la referida Gerencia -y no un tercero ajeno sin competencia alguna y ajeno a este Regulador, como es el caso del Consorcio Supervisor- determine que existe una cláusula ambigua u oscura de los contratos de concesión que supervisa, pondrá ello en conocimiento del Consejo Directivo, que será el único competente para decidir si corresponde o no interpretar los alcances del contrato de concesión bajo análisis.
34. El análisis realizado previamente, resulta de igual aplicación a los demás órganos que integran la Administración de OSITRAN, entre los que se encuentran tanto la Gerencia de Asesoría Jurídica, como la Gerencia General, cuyas competencias también han sido cuestionadas y desconocidas sin sustento alguno y de manera tendenciosa por el Consorcio Supervisor.
35. Respecto a la Gerencia General, el ROF dispone lo siguiente:

"Artículo 10.- De la Gerencia General

La Gerencia General es la máxima autoridad administrativa del OSITRAN, responsable de la implementación de las políticas establecidas por el Consejo Directivo o la Presidencia Ejecutiva, así como de la coordinación y supervisión de los órganos del OSITRAN.

Asimismo, ejerce la representación legal del OSITRAN, salvo en aquellas funciones que son privativas de la Presidencia Ejecutiva, pudiendo asumir otras funciones que le sean delegadas por el Consejo Directivo o la Presidencia Ejecutiva, en el marco de sus competencias.

La Gerencia General conduce el sistema integral de gestión documentaria del OSITRAN, así como la orientación, transparencia y atención al público en general; para lo cual cuenta con una oficina de gestión documentaria."

Artículo 11.- Funciones de la Gerencia General

Son funciones de la Gerencia General, las siguientes:

- 1. Planear, organizar, dirigir, gestionar y supervisar la marcha administrativa, operativa, económica y financiera del OSITRAN, de acuerdo con las políticas establecidas por el Consejo Directivo y la Presidencia Ejecutiva, según corresponda; (...)*
- 7. Gestionar, coordinar y supervisar el funcionamiento de los órganos del OSITRAN;*
- 12. Resolver los conflictos de competencia que pudieran surgir entre los distintos órganos del OSITRAN;*
- 13. Otras funciones que sean inherentes al ámbito de su competencia y las que sean asignadas por el Consejo Directivo y la Presidencia Ejecutiva.*



[el subrayado es agregado]

36. Asimismo, tal como se ha indicado previamente (artículo 52 del REGO citado), orgánicamente, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización depende de la Gerencia General, motivo por el es el órgano de la Alta Dirección que –entre otras funciones- supervisa la labor realizada por dicho órgano de línea, así como la de los demás órganos que integran la Administración de OSITRAN. En tal sentido, la Gerencia General es competente para emitir pronunciamientos institucionales en el marco de las competencias que ejerce y que han sido asignadas legalmente, supervisando desde el punto de vista administrativo, a su vez, las actividades de supervisión ejercidas por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, cuando corresponda, careciendo por ende, de fundamento alguno el cuestionamiento realizado por el Consorcio Supervisor.
37. Por su parte, la Gerencia de Asesoría Jurídica tiene las siguientes funciones, de conformidad con los artículos 16 y 17 del ROF:

"CAPÍTULO IV

DE LOS ÓRGANOS DE ASESORAMIENTO

SUBCAPÍTULO I

DE LA GERENCIA DE ASESORÍA JURÍDICA

Artículo 16. - De la Gerencia de Asesoría Jurídica

La Gerencia de Asesoría Jurídica es el órgano de asesoramiento responsable de brindar asesoría a la Alta Dirección y órganos del OSITRAN, en materia jurídico contractual, regulatoria y administrativa, en el marco de la competencia y funciones de la Entidad.

La Gerencia de Asesoría Jurídica depende de la Gerencia General del OSITRAN.

Artículo 17. - Funciones de la Gerencia de Asesoría Jurídica

Son funciones de la Gerencia de Asesoría Jurídica, las siguientes: (...)

2. Asesorar y brindar soporte legal a la Alta Dirección, así como a los demás órganos del OSITRAN, según corresponda;
3. Emitir opinión sobre proyectos de normas y otros documentos con incidencia jurídica que correspondan ser aprobados por la Alta Dirección en los asuntos de su competencia;
4. Emitir opinión jurídica sobre la celebración de contratos de concesión u otras modalidades de Asociación Público Privadas, sus renovaciones y modificatorias, así como sobre los aspectos vinculados a la ejecución de los referidos contratos y otras materias cuya opinión técnica previa corresponda ser emitida por el Consejo Directivo, en el marco de la normativa correspondiente;
5. Emitir opinión sobre la interpretación de los títulos en virtud de los cuales las entidades prestadoras realizan sus actividades de explotación, incluida 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, así como de otros asuntos de relevancia jurídica en los casos previstos en norma expresa; (...)
7. Emitir opinión sobre la resolución de discrepancias o diferencia de criterio con connotación jurídica entre dos o más órganos del OSITRAN; (...)
13. Ejercer las funciones de Secretaría del Consejo Directivo;
14. Otras que le sean asignadas por la Alta Dirección y por la normativa de la materia vinculada con el ejercicio de sus funciones".



38. De conformidad con la citada norma, es claro que la Gerencia de Asesoría Jurídica de OSITRAN es un órgano de asesoramiento de los diversos órganos que integran la

Administración de OSITRAN, entre los que se encuentra la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, siendo competente para emitir opinión jurídica respecto de diversos aspectos de la ejecución de los contratos de concesión. En ese sentido, es claro que la Gerencia de Asesoría Jurídica es competente para opinar y complementar legalmente los pronunciamientos, entre otros, que decida emitir la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, que como se ha indicado es el órgano de línea que tiene asignado legalmente la función de supervisión del cumplimiento de los contratos de concesión bajo el ámbito de OSITRAN. En consecuencia, es claro que carece de fundamento el cuestionamiento de competencias realizado sin sustento por el Consorcio Supervisor.

39. En resumen, de conformidad con el análisis señalado anteriormente, corresponde rechazar lo señalado por el Consorcio Supervisor, toda vez que el pronunciamiento emitido por las Gerencias de Supervisión y Fiscalización y de Asesoría Jurídica en relación a los alcances de los EDI, efectuado a través del Informe N° 002-2016-GSF-GAJ-OSITRAN, el cual fue hecho suyo por la Gerencia General, constituyen documentos que han sido emitidos en el marco de las competencias legalmente asignados a estos órganos de OSITRAN, motivo por el cual deben ser acatadas por el Consorcio Supervisor.
40. Cabe indicar que como analizaremos más adelante, el contenido de dicho informe fluye de la aplicación del Contrato de Concesión, no habiéndose efectuado ninguna interpretación del mismo, por no haberse determinado la existencia de cláusula ambigua alguna respecto de los puntos allí analizados, vinculados a los alcances de los EDIs, razón por la cual el pronunciamiento emitido a través del Informe N° 002-2016-GSF-GAJ-OSITRAN, notificado con Oficios N° 22-2016-GG-OSITRAN, 023-2016-GG-OSITRAN y 024-2016-GG-OSITRAN, recoge una opinión institucional en torno a los alcances de los EDI, para efectos de que – entre otros- el Consorcio Supervisor, contratado por el OSITRAN, tenga claridad sobre la verificación técnica que debe llevar a cabo respecto de las obligaciones asumidas por el Concesionario en el Contrato de Concesión y, conforme a ello, oriente sus acciones de supervisión en torno a la elaboración y revisión de la ingeniería de detalle. Siendo ello así, corresponde que dicho Consorcio reconduzca su actuación y dé cumplimiento a este y demás pronunciamientos que emitan los órganos que integran OSITRAN en el ejercicio de sus competencias.



b. Marco jurídico de la interpretación del Contrato de Concesión por parte del Consejo Directivo

41. El inciso e) del numeral 7.1 del artículo 7 de la Ley de Creación de OSITRAN, Ley N° 26917⁶, otorga a OSITRAN la función específica de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.
42. Asimismo, el artículo 29° del Reglamento General del OSITRAN (REGO), aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM⁷, dispone que corresponde al Consejo Directivo, en única instancia administrativa, interpretar los contratos de concesión en virtud de los



⁶ **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.

(...)."

⁷ Modificado por Decreto Supremo N° 114-2013-PCM.

cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación de la Infraestructura⁸.

43. Dicha disposición también se encuentra recogida en el inciso 7 del artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN (ROF)⁹, 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.
44. El REGO 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, el Consejo Directivo solo interpreta un contrato de concesión ante la existencia de una cláusula oscura, dudosa o ambigua, con la finalidad de determinar cuál es su verdadero sentido, finalidad y alcance. Por tanto, en aquellos casos en que el contrato de concesión sea claro en su contenido, no resultará viable que el Consejo Directivo realice una interpretación, debiendo los órganos de OSITRAN supervisar la correcta aplicación de las disposiciones contenidas en los contratos de concesión.
45. 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, solo pueden solicitar la interpretación del contenido de un contrato de concesión los siguientes agentes: el Concesionario, el Concedente y los terceros legítimamente interesados¹⁰.
46. Así, como se ha indicado anteriormente, 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, aceptando en todo momento que las Partes adoptaron su contenido actuando de buena fe; todo esto con la finalidad de posibilitar su aplicación. En efecto, con la interpretación contractual se pretende desentrañar el entendimiento de lo declarado por las Partes y lo que sobre ello establece el orden jurídico. Interpretar, entonces, consiste en reconstruir la intención común de los contratantes, lo que, sin embargo, no puede lograrse si no se examinan las posiciones por encima del interés de cada uno de ellos.



47. Atendiendo a lo indicado en los Lineamientos, cabe indicar que en caso de que OSITRAN determine que el Contrato de Concesión resulta claro, señalará dicha circunstancia. En tal sentido, no procederá la interpretación en caso se advierta que el contrato no contiene alguna cláusula que sea ambigua, no entendible, oscura o poco clara, de tal forma que se imposibilite su aplicación.



⁸ 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.

⁹ Aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM.

¹⁰ Cabe recordar que mediante Informe N° 0024-2016- GSF-GAJ-OSITRAN, se concluyó que el Consorcio Supervisor no califica como tercero legitimado para solicitar la interpretación del Contrato de Concesión.

48. Acorde con lo anterior, se procederá a determinar si los puntos desarrollados en el Informe N° 024-2016-GSF-GAJ-OSITRAN, respecto del alcance o sentido de los EDIs en el marco de lo dispuesto en el Contrato de Concesión, requiere ser interpretado, caso en el cual se procederá a aplicar los métodos de interpretación que resulten pertinentes, o por el contrario, si la cláusula es clara en su contenido y sentido, no existiendo impedimento alguno para su aplicación por las Partes y los órganos de la Administración, supuesto en el cual no será procedente efectuar ninguna interpretación.

c. De las discrepancias advertidas respecto al contenido de los EDIs

49. Tal como se indicó en el Informe N° 024-2016-GSF-GAJ-OSITRAN, 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 de los EDIs en el Contrato de Concesión, siendo de interés de este Regulador dilucidar los mismos de manera definitiva, a efectos de asegurar su adecuado y estricto cumplimiento por las Partes, y en consecuencia, su correcta supervisión, para lo cual es necesario determinar si existe alguna cláusula ambigua, oscura o dudosa que requiera ser interpretada a fin de posibilitar su aplicación, o por el contrario, tales aspectos resultan claros y, por ende, no corresponde que el Consejo Directivo efectúe su interpretación.

50. En este contexto, este Regulador recomendó, 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, dicha situación sea puesta en conocimiento de las partes y de PROINVERSIÓN, a efectos que emitan su posición respecto a tales discrepancias.

51. Así, los asuntos en discrepancias están vinculadas a: i) el concepto de "Acceso" a las estaciones contemplado como causal de optimización de los EDIs, ii) las normas aplicables al diseño de estructuras subterráneas y los supuestos contemplados en el Apéndice 3 del Anexo 6, iii) el alcance de la Propuesta Técnica en los EDI de la Etapa 1A y en las demás etapas de la fase constructiva y, iv) el alcance del numeral 3.1.4 del Anexo 6, referido a la Altimetría.

52. En tal sentido, a continuación se detallan las posiciones de cada una de las partes, así como de PROINVERSIÓN con relación a cada una de ellos; las cuales, se ponen en conocimiento del Consejo Directivo con la finalidad de determinar si existe o no ambigüedad, oscuridad, contradicción o falta de claridad en determinadas cláusulas del Contrato de Concesión vinculadas con los alcances de los EDIs, 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, tal como lo afirmaron respecto al tercer punto, los órganos del Regulador a través del Informe N° 002-2016-GSF-GAJ-OSITRAN citado en los antecedentes.

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

53. 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]

54. 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 también 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.
55. 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.
56. Al respecto, 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.

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 subrayado es agregado]

57. De la lectura del Anexo 6 citado, se aprecia claramente que cuando en las Especificaciones Técnicas Básicas se ha empleado el término "accesos a las estaciones", se está refiriendo a estructuras que permitan la entrada y/o la salida de usuarios, tanto en situaciones normales para el ingreso y salida de las estaciones, como para realizar la evacuación de estas ante una situación de emergencia. En ese sentido, del propio Contrato de Concesión se aprecia



que las salidas de emergencia constituyen accesos a las Estaciones, motivo por el cual pueden ser consideradas como factibles de optimización por el Concesionario, de conformidad con lo dispuesto en el acápite vi) del numeral 1 del Anexo 6 del Contrato de Concesión, lo cual deberá ser evaluado técnicamente por el Regulador y el Consorcio Supervisor.

58. En esa línea de análisis ha quedado claro que de la lectura del propio Contrato de Concesión es posible determinar que el término "acceso a las Estaciones" está referido tanto al ingreso como a la salida de usuarios, motivo por el cual no se aprecia oscuridad o ambigüedad respecto de dicho término y, en consecuencia, no se requiere que el Consejo Directivo realice una interpretación a efectos de hacer posible su aplicación.
59. A mayor abundamiento, se considera pertinente tomar en consideración lo indicado por PROINVERSION mediante Informe Técnico Legal N° 01-2016/DPI/SDGP/JPFE.03, respecto a este punto, y que citamos a continuación:

"2.8. Con la finalidad de que se evalúe la precisión de dicha estipulación, se adjunta el Informe del Consultor Integral denominado INFORME FINAL – ESTUDIO DE PREINVERSIÓN A NIVEL DE FACTIBILIDAD- VOLUMEN II ESTUDIO DE FACTIBILIDAD PARTE 2- 3.6 DIMENSIONAMIENTO ANTEPROYECTO – 3.6.6 - Dimensionamiento de las estaciones de pasajeros.

2.9 Conforme a dicho entregable, que forma parte del estudio de factibilidad del proyecto referencia, el término "Accesos" a las estaciones de pasajeros debe entenderse como el ingreso y salidas a las estaciones de pasajeros y que también podrá ser utilizado para llevar a cabo la evacuación de las personas en casos de emergencia, como también el ingreso de personal de bomberos con sus equipos, defensa civil, etc. para atender dichas emergencias.

2.10 Asimismo, se desprende que los accesos a las estaciones de pasajeros son susceptibles de optimización, en la medida que requieren determinados espacios, posibles expropiaciones en superficie e inserción urbana en el viario existente, las que deben ser coordinadas y trabajadas entre el Concedente, el Concesionario, en los EDIs, e inclusive en estrecha coordinación con la entidad municipal correspondiente.

2.11 En línea con el Contrato de Concesión, las modificaciones susceptibles del proyecto referencial, según el Informe Técnico Integrador N° 19-2013/DPI/JPFE.03 del 04.11.2013, incluyen los cambios a las áreas contempladas por éste para los accesos a las estaciones, siempre que dichas áreas no hayan sido adquiridas o expropiadas por el Concedente.

(...)

2.13 En ese sentido, el término "podrá proponer", en el marco de una optimización, debe interpretarse como la acción de optimizar o modificar un parámetro preestablecido en el proyecto referencial, debiendo el Concedente y el Regulador verificar la razonabilidad de la propuesta por medio de estudios similares, las buenas prácticas aplicables al proyecto y en el marco de una Asociación Público Privada, cuyo riesgo de diseño, construcción y explotación recae completamente en el Concesionario. En ese sentido, la Supervisión que contrate el Regulador, debe desplegar su máximo profesionalismo para confirmar, verificar y validar las propuestas del Concesionario con estudios similares y no meramente reducirse a exigir el cumplimiento de las cláusulas contractuales o el contenido de una propuesta técnica que no tienen las características de documentos constructivos, poniendo una camisa de fuerza para la innovación y optimización del proyecto.

2.14 Finalmente, de los acápites iv) y vi), se desprende que al permitírsele al Concesionario optimizar en planta y perfil el trazado final del proyecto y proponer cambios respecto a las áreas contempladas por el Proyecto Referencial para los accesos a las estaciones, patio taller y pozos de ventilación o emergencia, se entiende que los ejes de ubicación final de



las estaciones de pasajeros y sus accesos pueden ser alterados, situaciones que sólo son posibles de definir en los EDIs correspondientes".
[el subrayado es agregado]

60. De lo expuesto por PROINVERSION, es claro que lo indicado en el numeral 3.4 del Anexo 6 del Contrato de Concesión, vale decir, que el término "accesos a las estaciones" se refiere a estructuras que permitan la entrada y/o la salida de usuarios, también se encuentra previsto en el Informe Final – Estudio De Preinversión a Nivel de Factibilidad, motivo por el cual concluye que el término "Accesos" a las estaciones de pasajeros debe entenderse como el ingreso y salidas a las estaciones de pasajeros y que también podrá ser utilizado para llevar a cabo la evacuación de las personas en casos de emergencia, como también el ingreso de personal de bomberos con sus equipos, defensa civil, etc. para atender dichas emergencias.
61. En la misma línea, el Concedente ha manifestado a través del Informe Técnico N° 221-2016-MTC/33.8 (emitido por la AATE) e Informe N° 0418-2016-MTC/25 (emitido por la DGCT), ambos de fecha 12 de mayo de 2016, que el concepto "acceso" contemplado como causal de optimización en el Contrato de Concesión está referido a aquel que permita el ingreso y la salida de usuarios, pudiendo los mismos ser utilizados como eventual ruta de evacuación en caso de emergencias.
62. Finalmente, el Concesionario ha indicado a través del Informe adjunto a su Carta ML2-SPV-CARTA-2016-0978 del 17 de mayo de 2016, que todo lo que comunica a una estación con el exterior, sea de uso público o privado, para personas o equipos, es un acceso; posición que se condice con el análisis del Anexo 6 realizado en los párrafos precedentes.

63. De lo expuesto, se advierte que tanto PROINVERSION como las Partes (Concedente y Concesionario), coinciden con el análisis realizado por este Regulador en el presente Informe, respecto de los alcances de las cláusulas del Contrato de Concesión analizadas en el presente acápite, quedando claro además que las mismas no resultan oscuras u ambiguas, no requiriéndose por tanto que se realice interpretación alguna por el Consejo Directivo.

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

64. 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]

65. 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 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]

66. Al respecto, el Concesionario viene realizando el análisis y diseño estructural de 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 al diseño estructural y análisis de estructuras subterráneas (enterradas), a diferencia de la Norma Euro (EN), que es una norma especial internacional que sí regula dichos aspectos.

67. Por su parte, la supervisión contratada por OSITRAN ha emitido su opinión técnica 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 las estructuras. Adicionalmente, el Consorcio Supervisor 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.

68. Sobre el particular, previamente al análisis de fondo a efectos de determinar si respecto de este punto existe oscuridad o ambigüedad de las referidas cláusulas del Contrato de Concesión, corresponde resaltar que, en el marco de las competencias de supervisión del cumplimiento de los contratos de concesión asignada legalmente a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización –que ha sido desarrollado en extenso en el acápite a. del presente Informe, es claro que es dicha Gerencia la competente para pronunciarse de manera específica respecto a la propuesta de normas técnicas planteadas por el Concesionario al presentar sus EDIs, no siendo ello un asunto de competencia del Consejo Directivo.
69. Respecto al análisis de fondo, de la lectura del numeral 2.5.5.1 del Anexo 6 del Contrato de Concesión se aprecia claramente que al formular sus EDIs, respecto de las estructuras subterráneas, entre las que se encuentran las Estaciones, el Concesionario tiene potestad para emplear, a su criterio y libre elección, un conjunto de normas, siendo estas: Norma Peruana: “Reglamento nacional de Edificaciones”, Norma Euro (EN), Norma ACI (USA), Norma ASTM (USA) y Estándares internacionales, códigos y otros. Asimismo, de la lectura de la citada cláusula se aprecia que el Contrato de Concesión no ha establecido un orden de prelación respecto de estas normas, correspondiéndole al Concesionario decidir la normativa que en base a su experiencia y criterio técnico, decida emplear para las estructuras subterráneas, lo cual se condice con el hecho que es este el que asume el riesgo de diseño del proyecto.
70. En efecto, el Contrato de Concesión es absolutamente claro al establecer que el Concesionario es el único que asume los riesgos –entre otros- del diseño del Proyecto, motivo por el cual se encuentra facultado para desarrollar los estudios que considere necesarios a efectos de garantizar la idoneidad, calidad y seguridad del mismo, pero además, como se indica en el citado numeral 2.5.5.1 del Anexo 6 del Contrato de Concesión, cuenta con autonomía para decidir qué marco normativo del contemplado en dicha cláusula, resulta el más idóneo en base a la experiencia técnica que posee. Lo expuesto respecto al riesgo de diseño que asume el Concesionario ha sido previsto expresamente en el Contrato de Concesión, tal como se aprecia en las siguientes cláusulas del mismo:

“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. (...)

*Será obligación del CONCESIONARIO desarrollar **sus propios estudios de ingeniería básica**¹¹, pudiendo tomar como referencia los estudios de ingeniería básica contenidos en el Proyecto Referencial”.*

“Objeto

¹¹ A efectos de saber que debe abarcar el Concesionario al desarrollar sus propios Estudios Base o Estudios de Ingeniería Básica, debemos remitirnos al numeral 2.5 del Anexo 6, en el que se establece que es necesaria la realización de levantamientos topográficos, investigaciones geotécnicas, investigación de las estructuras y redes del servicio, entre otras.

2.3. Conforme a la definición contenida en el Artículo 3 del Reglamento del TUO y lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1012, por el presente Contrato el CONCEDENTE otorga en Concesión al CONCESIONARIO el derecho a la Explotación de los Bienes de la Concesión durante el plazo de vigencia de la misma. **El CONCESIONARIO se hace responsable por 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", de conformidad con las estipulaciones contenidas en este Contrato.**

"De los Estudios Definitivos de Ingeniería (EDI)

6.3 (...)

Cualquier aprobación del CONCEDENTE respecto de los EDIs no debe interpretarse como un traslado de responsabilidad del diseño, el cual es competencia y responsabilidad del CONCESIONARIO, por lo que no se limita sólo a la ejecución de las Obras y a la Provisión de Material Rodante, sino que la responsabilidad del CONCESIONARIO es de resultado, e incluye el diseño, y funcionamiento de las Inversiones Obligatorias, que permitan la Integración en los términos y condiciones previstos en el Contrato.

(...)"

"Anexo 6

2. ESTUDIOS DEFINITIVOS DE INGENIERIA (EDI) DE OBRAS

2.1 GENERALIDADES

(...)

El CONCESIONARIO será totalmente responsable por el diseño y todo lo inherente a este. Una vez aprobados los EDI, el CONCESIONARIO asume todos los riesgos asociados, garantizando así que el diseño de todas las Obras se lleven a cabo de acuerdo a los más altos estándares de las normas internacionales de calidad y seguridad, que cumplan con los requisitos de rendimiento necesarios, particularmente con respecto a la durabilidad del Sistema Ferroviario en general para ser explotado intensivamente inclusive más allá del horizonte de explotación previsto para el Proyecto.

El CONCESIONARIO se compromete a que las Obras se lleven a cabo de conformidad y coherencia con los EDI aprobados, y que estos documentos serán preparados de acuerdo con el Contrato, las Buenas Prácticas de Ingeniería y Construcción, las normas y los reglamentos especificados en el presente documento.

Para la elaboración de los EDI, el CONCESIONARIO deberá realizar todos los estudios, investigaciones, encuestas e investigaciones, que sean necesarios para una definición completa y precisa de las Inversiones Obligatorias que garantice el diseño, compatibilidad y la construcción de las mismas.

El CONCESIONARIO será responsable de:

A. Los informes técnicos y cálculos, especificaciones, planos, manuales y cualquier otra información preparada cumpla con los requisitos y especificaciones señaladas en el Contrato de acuerdo a su Propuesta Técnica. (...)"

[el resaltado es nuestro]

71. En tal sentido, se aprecia que sobre este punto, vale decir, respecto de las normas que son factibles de ser aplicables al diseño de estructuras subterráneas no existe cláusula ambigua u oscura que requiera ser interpretada por el Consejo Directivo.



72. Por otro lado, con relación al argumento aludido por el Consorcio Supervisor respecto a que de conformidad con el tercer párrafo del 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; corresponde indicar que el Consorcio Supervisor desconoce lo indicado expresamente en el tercer párrafo del referido Apéndice, el cual contempla un supuesto distinto al que es materia de análisis, siendo que el mismo se aplica cuando el Contrato de Concesión no establece normas específicas, que no es el caso del diseño de las estructuras subterráneas, en el que como se ha visto, se indican expresamente un grupo de normas técnicas que pueden ser aplicadas por el Concesionario.
73. En efecto, el supuesto aludido por el Consorcio Supervisor indica "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 continuación¹², 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; quedando claro que este supuesto sólo se aplica ante la falta de norma específica en el Contrato de Concesión, que no es el caso de la estructura subterránea.
74. Por lo expuesto, carece de sustento lo indicado por el Consorcio Supervisor, toda vez que ha quedado claro que corresponde al Concesionario elegir dentro de las normas establecidas específicamente en el numeral 2.5.5.1 del Anexo 6 del Contrato de Concesión, la normativa que en base a su experiencia y criterio técnico, decida emplear para el diseño de las estructuras subterráneas.
75. A mayor abundamiento, en el Informe remitido por PROINVERSION, este ha confirmado lo indicado por el Contrato de Concesión, señalando lo siguiente:



"2.16 Si bien es cierto que en el Contrato de Concesión se menciona una serie de normas técnicas para el diseño y construcción de las obras, estas no constituyen un orden de prelación, asimismo, debe el Concesionario, quien asumiendo el 100% del riesgo de diseño, debe proponer y diseñar las obras con la normatividad que mejor aplique al proyecto y que constituya una práctica internacional para el diseño y construcción de éste tipo de infraestructura.

2.17 En tal sentido resulta claro que el establecimiento de una lista de normas en el Contrato de Concesión no debe entenderse que en el diseño y construcción de un determinado elemento o componente del sistema deben aplicar todas ellas en combinación. Cabe recordar que el Contrato de Concesión, en el numeral 2.1 del Anexo 6, establece que las Obras se lleven a cabo de conformidad y coherencia con los EDI aprobados, y que estos documentos serán preparados de acuerdo con el Contrato, las Buenas Prácticas de Ingeniería y Construcción, las normas y los reglamentos especificados en el presente documento.



2.18 Asimismo, en el apéndice 3 del Contrato de Concesión: Códigos, Normas, Especificaciones y Estándares Aplicables, se establece claramente que "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 el

¹² Cabe indicar que a continuación de dicho texto, el aludido apéndice establece un listado de normas aplicables que regulan aspectos generales como específicos (seguridad y diseño funcional, geología, etc.), las cuales, como se ha indicado, deben emplearse cuando el Contrato de Concesión no alude a normas específicas a cada campo; situación que no se produce en el caso de las estructuras subterráneas.

Concesionario". Esto guarda coherencia con la naturaleza y complejidad del proyecto, toda vez que es en los EDIs donde se diseñan las obras para su construcción y por lo tanto se apela al saber hacer del Concesionario, que para efectos de éste contrato, tiene probada experiencia en el diseño y construcción de obras similares en otras partes del planeta como: Santiago, Nueva York, Roma, Londres, Milán, Madrid, Barcelona, Toronto, etc.

2.19 Finalmente, cabe mencionar que en el documento elaborado por el Consultor Integral denominado INFORME FINAL - ESTUDIO DE PREINVERSIÓN A NIVEL DE FACTIBILIDAD – VOLUMEN II: ESTUDIO DE FACTIBILIDAD PARTE 2 - 3.6 DIMENSIONAMIENTO ANTEPROYECTO - 3.6.6 - Dimensionamiento de las estaciones de pasajeros – numeral 3.6.6.2.4 Otras Cargas (pág. 189), se elaboran cálculos para el caso del empuje dinámico de una estación en Cut & Cover con la normativa denominada Eurocódigo y mediante la fórmula de Wood, válida para estructuras enterradas donde están permitidas deformaciones muy pequeñas para estructuras rígidas, finalizando su análisis con una nota que menciona:

"Las pantallas se entienden como estructuras permanentes capaces de soportar las cargas transmitidas por el suelo, el agua y el sismo (y otras) repartiéndolas con los muros internos; por este motivo las pantallas deben verificarse de acuerdo a los códigos y normativas de referencia en el estado límite último¹³ y también en el estado límite de servicio¹⁴".

2.20 En ese sentido, se confirma que es el Concesionario quien asumiendo el 100% del riesgo de diseño, propone y diseña finalmente las obras de acuerdo a la normatividad que mejor aplique al proyecto y que constituya una práctica internacional en el diseño y construcción de éste tipo de infraestructuras".

76. De lo expuesto, se advierte que PROINVERSIÓN ha señalado que si bien el Contrato de Concesión menciona una serie de normas técnicas para el diseño y construcción, es el Concesionario quien asume todo el riesgo de diseño, razón por la cual, es él quien propone y diseña las obras conforme a la normatividad –establecida en el Contrato de Concesión– que mejor se adecúe al tipo de infraestructura a su cargo, dentro de la cual se encuentra el Eurocódigo. En ese sentido, aclara que el establecimiento de una lista de normas en el Contrato de Concesión no implica que la totalidad de estas normas deban aplicarse en combinación.

77. Adicionalmente, el Informe de PROINVERSIÓN deja claro que no es válido sostener –como erróneamente pretende el Consorcio Supervisor– que el diseño ofertado en la propuesta técnica del Concesionario, lo cual incluye una propuesta preliminar de normas aplicables, sea inamovible, toda vez que ello implicaría desconocer la complejidad de un proyecto de la magnitud que es la Línea 2. Así, PROINVERSIÓN indica lo siguiente:

"2.25 Por lo general durante la fase de concurso, los Interesados:

- Elaboran las propuestas técnicas en base a prediseños, con software básico, los cuales no contienen el nivel de detalle necesario de un proyecto definitivo y por lo tanto los niveles de estudios en la fase de concurso no alcanzan el detalle que

¹³ Un Estado Límite Último, es un estado límite, tal que de ser rebasado, la estructura completa o una parte de la misma puede colapsar al superar su capacidad resistente.

¹⁴ Un Estado Límite de Servicio, es un tipo de estado límite que, de ser rebasado, produce una pérdida de funcionalidad o deterioro de la estructura, pero no un riesgo inminente a corto plazo.



les permita proponer soluciones técnicas definitivas para las obras y el equipamiento en general.

- No cuentan con el tiempo suficiente para elaborar propuestas técnicas detalladas que tengan el mismo alcance de un EDI.
- No tienen los incentivos necesarios para invertir en propuestas técnicas que tengan el alcance de un EDI.

2.26 Por lo tanto, es materialmente imposible e irracional pensar que un contrato de concesión pueda contener toda la ingeniería y las contingencias de un megaproyecto de esta naturaleza. En esa misma línea, no es válido interpretar que el diseño ofertado en una propuesta técnica no sea susceptible de modificación, sobretodo en obras tan complejas como la del megaproyecto de la Línea 2.

2.27 Si bien es cierto que en el Contrato de Concesión se señala la vinculación entre los EDIs y la Propuesta Técnica así como la consistencia entre los EDIs con las Especificaciones Técnicas Básicas y la Propuesta Técnica del Concesionario, no debe entenderse que el diseño y construcción del proyecto deba seguir de manera rígida lo estipulado en el contrato de concesión y en la propuesta técnica generando trabas innecesarias e impedimentos para la innovación y optimización del diseño a cargo del Concesionario quien ostenta el 100% del riesgo de diseño, construcción y explotación”.

78. Lo expuesto previamente por PROINVERSION se encuentra contemplado en el Contrato de Concesión, toda vez que la cláusula 6.9 del Contrato de Concesión establece, respecto de la propuesta técnica 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]



79. Tal como se ha explicado, de conformidad con lo dispuesto expresamente por el Contrato de Concesión, el riesgo de diseño es responsabilidad exclusiva del Concesionario, por lo que la normativa aplicable a efectos de elaborar sus EDIs -sin perjuicio de que deban cumplir las especificaciones técnicas básicas y los parámetros mínimos de su propuesta técnica- son de su absoluta responsabilidad, siendo este el único obligado en asumir todos los riesgos derivados del diseño¹⁵.



80. En la misma línea de análisis, el Concesionario ha indicado a través del Informe adjunto a su Carta ML2-SPV-CARTA-2016-0978 del 17 de mayo de 2016, que la propuesta técnica presentada por este no tiene la calidad de proyecto constructivo, sino de diseño preliminar, que solo luego de ganar el concurso, tenía que ser desarrollada hasta convertirse en un proyecto constructivo que se plasme en los EDIs.

¹⁵ A mayor abundamiento, el Informe Técnico Integrador N° 19-2013/DPI/IPFE.03 emitido por PROINVERSION, indica lo siguiente:

"37. Otros criterios tomados en cuenta en el proceso fueron los riesgos de diseño y construcción exportados a la operación, los cuales en una concesión de obra pública son grandemente ignorados y por lo tanto, ejercen una influencia muy importante en el diseño operacional del sistema ferroviario. Este impacto es mitigado significativamente en una concesión integral dado que la expertise sólida en el core business del negocio ferroviario, en el funcionamiento de una ciudad y en el manejo de la alta complejidad técnica de un Metro que tiene el Operador, es indispensable para obtener un mejor servicio para la sociedad”.

81. Por su parte, el Concedente ha manifestado a través del Informe Técnico N° 221-2016-MTC/33.8 (emitido por la AATE) e Informe N° 0418-2016-MTC/25 (emitido por la DGCT), ambos de fecha 12 de mayo de 2016, que el Anexo 6 del Contrato de Concesión no indica en ningún ítem que el Concesionario debe hacer uso exclusivo de una sola normativa, aseveración que se condice con el análisis realizado por este Regulador en los párrafos precedentes.
82. En virtud al análisis realizado, se advierte que tanto PROINVERSION como el Concesionario y el Concedente coinciden con el análisis realizado por este Regulador en el presente Informe, respecto de los alcances de las cláusulas del Contrato de Concesión analizadas en el presente acápite, quedando claro además que las mismas no resultan oscuras u ambiguas, no requiriéndose por tanto que se realice interpretación alguna por el Consejo Directivo.

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

83. Sobre este punto, mediante Informe N° 002-2016-GSF-GAJ-OSITRAN, las Gerencias de Supervisión y Fiscalización y de Asesoría Jurídica, emitieron pronunciamiento en el marco de sus competencias legalmente asignadas, indicando lo siguiente:

"E.1 El marco de lo dispuesto en Contrato de Concesión

32. *Tal como se ha explicado en el acápite precedente, además de las disposiciones que el Contrato de Supervisión y los Términos de Referencia establecen respecto de la supervisión de EDIs por parte del Consorcio Supervisor, corresponde que dicha labor sea realizada en el marco de lo dispuesto en el Contrato de Concesión, motivo por el cual es indispensable remitirnos a dicho instrumento a efectos de determinar los alcances y parámetros a los que se encuentra obligado el Concesionario para elaborar los EDIs, toda vez que el Consorcio Supervisor deberá verificar el estricto cumplimiento de tales obligaciones y parámetros.*
33. *Al respecto, 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.

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 implementen¹⁶.

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.

(...)

[Resaltado agregado]



¹⁶ Cabe indicar que, respecto a las modificaciones que pudieran implementarse, la cláusula 6.6 del Contrato de Concesión contempla que si durante la ejecución de obras el Concesionario determina la necesidad de incorporar una variación al EDI aprobado, estas modificaciones deberán ajustarse al Anexo 6 de las Especificaciones Técnicas Básicas, al Contrato y a la normatividad vigente, sin que ello implique reconocimiento de compensaciones económicas y de plazos adicionales a favor del Concesionario.

34. Similar disposición se encuentra contenida, además, en los numerales 2.3 y 2.4 del Anexo 6 (Especificaciones Técnicas Básicas) 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**
- Planilla de Metrados
- Cronograma Detallado de Obra
- Diagrama PERT-CPM que muestre la ruta crítica de la ejecución de las Obras
- Planos del proyecto.
- Presupuesto detallado por partidas, análisis de precios unitarios, cantidades y costos de insumos requeridos para efectos informativos. El presupuesto detallado deberá guardar concordancia con las Propuestas Técnica y Económica.
- Plan de Calidad
- Plan de Seguridad
- Plan de evacuación, transporte y disposición final del material del suelo proveniente de las excavaciones
- Análisis de Riesgos para la construcción de las Obras

(...)

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]

35. 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,
- ii. La propuesta técnica del Concesionario y,
- iii. Las normas aplicables.

36. 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.

37. 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”.

38. 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

6.10 En la Propuesta Técnica se ha definido la ingeniería preliminar por Hitos de Obra y los Hitos de Material Rodante.
[subrayado y resaltado nuestro]

39. De lo expuesto, se advierte que el Concesionario, al presentar su propuesta técnica –que forma parte integrante del Contrato de Concesión- 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 Referencial¹⁷, es decir, basándose en el Estudio de Factibilidad del proyecto.
40. En resumen, el Concesionario está obligado a desarrollar sus EDIs, que como se ha indicado consiste en la ingeniería de detalle de las obras que va a ejecutar, para lo cual previamente debe desarrollar –entre otros- una serie de estudios (básicos y específicos), los mismos que deben ser consistentes con las especificaciones técnicas básicas (Anexo 6), y lo ofertado por este en su propuesta técnica, que por definición expresa del propio Contrato de Concesión, contiene la ingeniería preliminar de las obras.
41. Por lo tanto, cuando el Consorcio Supervisor emita opinión respecto de la revisión de los EDIs presentados por el Concesionario, deberá velar porque ambos documentos, tal cual han sido definidos en el Contrato de Concesión, sean respetados. Asimismo, en caso el Consorcio Supervisor opine que corresponde formular observaciones a los EDIs presentados por el Concesionario, deberá indicar y sustentar qué Especificación Técnica Básica o que acápite de la ingeniería preliminar contenida en la propuesta del Concesionario se habría trasgredido, ello sin perjuicio de tomar en consideración las disposiciones contenidas en el Contrato de Concesión, así como lo dispuesto en las Bases del proceso licitatorio, respecto a los alcances de la propuesta del Concesionario.
42. En efecto, debe tenerse presente que la propuesta del Concesionario, tal como lo indica la definición contenida en el Contrato de Concesión, fue presentada en el marco del Concurso efectuado para la adjudicación de Contrato; por lo tanto, sus alcances se enmarcan en el proceso licitatorio efectuado por PROINVERSIÓN, toda vez que el Concesionario tuvo que cumplir los requisitos establecidos en las Bases de dicho proceso a efectos de ser adjudicado con la buena pro, tal como lo indica expresamente la cláusula 1.19 del Contrato de Concesión, que señala lo siguiente:

"1.19. Con fecha 28 de marzo de 2014, el Comité de PROINVERSIÓN en Proyectos de Infraestructura Vial, infraestructura Ferroviaria e Infraestructura Aeroportuaria – PRO INTEGRACIÓN adjudicó la buena pro del Concurso de Proyectos Integrales para la Concesión del Proyecto, al Consorcio Nuevo Metro de Lima, cuyos integrantes han constituido al CONCESIONARIO, quien ha acreditado el cumplimiento de las condiciones previstas en las Bases para proceder a la suscripción del presente Contrato".

¹⁷ "Definiciones

(...)

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".

[subrayado y resultado agregado]

43. En tal sentido, es claro que la propuesta técnica presentada por el Concesionario establece obligaciones que este debe cumplir y que fueron delimitadas (y ofertadas) en el marco de las Bases del Concurso realizado, es por ello que este ha declarado que tanto sus derechos como sus obligaciones no sólo están consignados en el Contrato de Concesión, sino también en las Bases aludidas, tal como se advierte del literal b) de la cláusula 3.2 del Contrato, que indica lo siguiente:

"SECCIÓN III: EVENTOS A LA FECHA DE CIERRE

Declaraciones del CONCESIONARIO

b) Autorización, firma y efecto

(...)

Que, la suscripción de este Contrato constituye la ratificación de todos los actos realizados y documentos suscritos por el o los Representantes Legales del Adjudicatario, incluyendo cualquier derecho u obligación que le corresponda conforme a las Bases, este Contrato o las Leyes y Disposiciones Aplicables".

44. Adicionalmente, el propio Anexo 6 establece que las características generales del proyecto y demás aspectos vinculados 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]



45. En tal sentido, a efectos de conocer a detalle los alcances del proyecto respecto de la elaboración de los EDIs, corresponde que además del Contrato de Concesión –cuyos principales cláusulas han sido analizadas previamente-, nos remitamos a la propuesta del Concesionario y a la Bases del Concurso, toda vez que es en virtud de este último documento que el Concesionario formuló su propuesta técnica, la misma que, como hemos indicado, resulta vinculante para la elaboración de los EDIs, conjuntamente con las Especificaciones Técnicas Básicas.

E.2. De lo indicado en el TUO de las Bases

46. De la revisión de las Bases del Concurso, se advierte que estas están integradas –entre otros- por Apéndices y Circulares emitidas por el Comité, los mismos que establecen los términos y condiciones bajo los cuales se desarrolló tanto el Concurso como la Concesión. Así, los numerales 1.3.10, 3.1.3.1 y 3.1.3.2 del Texto Único Ordenado de las Bases (en adelante TUO de las Bases) disponen lo siguiente:



"1.3.10 Bases: Es el presente documento, incluidos sus Formularios, Anexos, Apéndices y las Circulares que expida el Comité, que establece los términos y condiciones bajo los cuales se desarrollará el Concurso y la Concesión".

"3.1.3.1 Las respuestas del Comité a las consultas formuladas de acuerdo con el numeral 3 serán comunicadas mediante Circulares a todos los Interesados o Interesados Calificados, según sea el caso, sin indicar el nombre de quién hizo la consulta.

(...)

Si el Comité, en cualquier momento, considera necesario aclarar, modificar o complementar las Bases, emitirá una Circular para tal efecto. (...)"

"3.1.3.2 Las Circulares emitidas por el Comité formarán parte integrante de estas Bases, siendo, en consecuencia, jurídicamente vinculantes para todos los Interesados y Interesados Precalificados"

47. En ese orden de ideas, 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 Técnica¹⁸

Contiene la Declaración Jurada, según formato del Apéndice 1 del ANEXO N° 11, que deberá ser presentada por el Interesado Calificado¹⁹.

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:

- a. Memoria descriptiva del diseño de ingeniería de detalle donde se describan todos los componentes de las Obras Civiles, Equipamiento Electromecánico e instalaciones auxiliares de línea y estaciones de pasajeros requeridos para el funcionamiento del Proyecto.
- b. Suministro e instalación de equipos y materiales. El Interesado Calificado deberá mencionar los equipos y tecnología que serán necesarios para la ejecución del Proyecto incluyendo la obtención de las TBMs y los equipos y materiales principales así como la procedencia, transporte, importación, requerimientos de montaje y desmontaje de dichos bienes.
- c. Diseño, Suministro e instalación del Equipamiento Electromecánico (superestructura, señalización y control, electrificación, telecomunicaciones, equipamiento electromecánico de patios y talleres de mantenimiento, sistemas de mando centralizado, sistemas contra incendio, ventilación, aire acondicionado, sistemas de bombeo, iluminación y fuerza, sistemas de información al público entre otros que considere en su propuesta.
- d. Diseño, fabricación, pruebas de aceptación en fábrica, transporte, ensamble y acople, así como las pruebas de puesta en marcha e integración del Material Rodante Propuesto.
- e. Metodología constructiva para el desarrollo del Proyecto. Entre otros aspectos considerará:
 - i. Relación de equipos y herramientas especiales para la realización del contrato (construcción, provisión de Material Rodante, operación).

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

¹⁹ 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:

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".



- ii. Relación de repuestos estratégicos y críticos.
- f. Organización del equipo de trabajo en las distintas fases del Proyecto.
- g. Cronograma de ejecución de las Obras.
- h. Propuesta de operación del Proyecto incluyendo el entrenamiento y capacitación del personal, los cuadros de mando directivos y técnicos, el requerimiento, distribución y consumo energético, la oferta de trenes en horas punta mañana, tarde y en horas valle, la programación de trenes en días laborables, feriados y festivos en cumplimiento de los servicios obligatorios, las medidas de control y cumplimiento de los niveles de servicio, el requerimiento de seguridad y vigilancia de las instalaciones, el plan de desarrollo comercial de las estaciones, entre otros que considere aplicables.
- i. Propuesta del Plan de Mantenimiento de la infraestructura y el Material Rodante mencionando los indicadores de mantenimiento, tipos de intervención, equipamiento e instalaciones requeridas, tecnología, automatización, personal entre otros que considere aplicables.
- j. Plan de aseguramiento de la Calidad y memoria descriptiva del contenido del manual de control de calidad.
- k. Plan de gestión ambiental y de seguridad y salud incluida una memoria descriptiva del manual de seguridad, salud y ambiente.
- l. Memoria descriptiva de los protocolos para la ejecución de las pruebas tanto de aceptación en fábrica como las pruebas de integración y pruebas de puesta en marcha antes de puesta en operación comercial del sistema ferroviario.
- m. Memoria descriptiva del manual de operaciones y mantenimiento de la infraestructura y el Material Rodante del Proyecto.
- n. Descripción detallada de Hitos (Obras y Material Rodante)
- 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. (...)*

[subrayado y resaltado agregado]

- 48. Tal como se advierte de lo indicado en el TUO de las Bases, el Concesionario debía elaborar su propuesta técnica conteniendo un mínimo de información, la misma que estaba integrada por información general, extensiva a todo el proyecto (metodología constructiva para el desarrollo del Proyecto, equipos y materiales necesarios para la ejecución del Proyecto, etc.), así como información específica, como la referida a **la Ingeniería de Detalle para el inicio de las Obras de la Primera Etapa A.** Es importante resaltar que el citado literal o) del numeral 7.1. del TUO de las Bases dispone claramente que dicha información, vale decir, la Ingeniería de Detalle, solo fue requerida respecto de la Primera Etapa A, requisito que no fue extensivo para las demás etapas.
- 49. Lo expuesto se condice con lo señalado en el Apéndice 2 del Anexo 11 del TUO de las Bases, que contiene el detalle de cada ítem contemplado en el numeral 7.1. En ese sentido, a efectos de determinar que se entiende por la Ingeniería de Detalle para el inicio de las Obras de la Primera Etapa A, dicho Anexo indicó que el Concesionario debía consignar en su propuesta técnica lo siguiente:

"ANEXO 11
Propuesta Técnica
Apéndice 2



ESPECIFICACIONES TÉCNICAS BÁSICAS

(Referencial al numeral 7.1 de las Bases del Concurso)

El Interesado deberá desarrollar en su Propuesta Técnica, los siguientes contenidos mínimos que se describen a continuación, en caso se omitiera alguno de los contenidos mínimos, se invalidarán las Ofertas (Sobre N° 2 y Sobre N° 3) presentadas por el Interesado Calificado.

(...)

CONTENIDO MÍNIMO DE LA PROPUESTA TÉCNICA

O) INGENIERIA DE DETALLE PARA EL INICIO DE LAS OBRAS DE LA PRIMERA ETAPA A

O.1) ESTUDIOS BÁSICOS

- Topografía de detalle
- Estudio Geotécnico
- Análisis de riesgo sísmico
- Estudio de desvío de tráfico
- Estudio de interferencias

O.2) GEOMETRIA

- Trazado de las vías (planta, perfil, análisis curvas y peraltes)

O.3) TUNELES

- Memoria descriptiva con definición de los métodos constructivos a aplicar en cada tramo de túnel (NATM & TBM).
- Diseño de las secciones tipo de túnel NATM y/o TBM.
- Diseño de la conexión subterránea con el Patio Santa Anita
- Diseño de los pozos de ataque (SI APLICA AL METODO PROPUESTO)
- Diseño de la(s) tuneladora(s) a utilizar en la Primera Etapa A y compromiso oficial que demuestre el cumplimiento del plazo para la entrega de la tuneladora (SI APLICA AL METODO PROPUESTO)

O.4) ESTACIONES

- Memoria descriptiva general de las estaciones EVITAMIENTO, OVALO SANTA ANITA, COLECTORA INDUSTRIAL, LA CULTURA Y MERCADO SANTA ANITA
- Arquitectura que defina la distribución de los diversos ambientes (no acabados)
- Accesibilidad al sistema y dimensionamiento de los andenes
- Estructuras: muros o pantallas o pilotes laterales, losas de fondo y losas superiores

O.5) PATIO TALLER SANTA ANITA

- Memoria descriptiva con definición del layout general y ocupación de la superficie en las distintas fases constructivas, considerando la implementación de la planta de fabricación de las dovelas.
- Excavaciones y muros de contención.
- Arquitectura general del Patio Taller Santa Anita.

O.6) CRONOGRAMA

- Cronograma detallado para el cumplimiento de ejecución de la Primera Etapa A, comprendiendo: obras civiles completas, equipamiento de sistemas, equipamiento electromecánico, provisión de material rodante, pruebas de aceptación, pruebas de integración, pruebas de puesta en marcha y puesta en operación comercial del sistema".

50. A su vez, el Anexo 14 del TUO de las Bases, que contiene el detalle del contenido mínimo de la propuesta técnica que debían presentar los interesados, así como la información que debía ser entregada por estos, dispuso que respecto de la Ingeniería de Detalle de la Primera Etapa A, los interesados debían presentar lo siguiente:

"O) INGENIERIA DE DETALLE DE LA PRIMERA ETAPA A

Nº	Contenido mínimo de la propuesta técnica	Detalle del contenido mínimo	Información a ser entregada
O.1)	ESTUDIOS BÁSICOS - Topografía de detalle - Estudio Geotécnico	1.- Evaluación del Interesado Calificado de los Estudios Básicos entregados por PROINVERSION y los	Memoria descriptiva, memoria de cálculo,

Nº	Contenido mínimo de la propuesta técnica	Detalle del contenido mínimo	Información a ser entregada
	- Análisis de riesgo sísmico - Estudio de desvío de tráfico - Estudio de interferencias	obtenidos por medios propios de ser el caso, incluyendo el planteamiento constructivo a desarrollar a partir de dichos resultados. 2.- Análisis del riesgo sísmico en la zona de influencia directa del Proyecto. 3.- Plan de desvíos a implementar durante la ejecución de las obras, indicando plazos. 4.- Plan de levantamiento de interferencias.	planos de topografía, mapas geológicos, geotécnicos, análisis de tráfico y desvíos e interferencias, de acuerdo a las ETB y que permitan cumplir con los niveles de servicio.
O.2)	GEOMETRIA -Trazado de las vías (planta, perfil, análisis curvas y peraltes)	1.- Descripción del trazado en planimetría y altimetría, presentando al menos: 1.1.- Cuadro con resultado de máximas y mínimas gradientes. 1.2.- Cuadro con ubicación de curvas horizontales y verticales respecto a estaciones de pasajeros, terceras vías y enclavamientos. 2.- Tabla de elementos geométricos horizontales y verticales. 3.- Propuesta de modificación de la fricción en curvas. 4.- Justificación de las ventajas del diseño propuesto en la explotación. 5.- Tiempos de viaje, tiempos de ciclo de rotación y frecuencias de operación. 6.- Resultados de consumo energético de acuerdo al material rodante propuesto.	Memoria descriptiva del trazado. Presentar al menos 1 plano por cada 500m. de vía principal, con al menos las informaciones de cota de rasante, cota de riel y cola de terreno.
O.3)	TÚNELES -Memoria descriptiva con definición de los métodos constructivos a aplicar en cada tramo de túnel (NATM & TBM). - Diseño de las secciones tipo de túnel NATM y/o TBM. - Diseño de la conexión subterránea con el Patio Santa Anita	1. Modelos de la sección del Túnel y sus conexiones a los Patios, demostración de la coherencia del proceso constructivo y el cumplimiento de los niveles de servicio de las prestaciones del tren, asegurando el cumplimiento de las fechas y la seguridad del personal.	Memoria descriptiva y memoria de cálculo. Modelo de Simulación de excavación por NATM & TBM, planos para excavación de túneles y pozos.



Nº	Contenido mínimo de la propuesta técnica	Detalle del contenido mínimo	Información a ser entregada
	- Diseño de los pozos de ataque (SI APLICA AL METODO PROPUESTO) -Diseño de la(s) tuneladora(s) a utilizar en la Primera Etapa A y compromiso oficial que demuestre el cumplimiento del plazo para la entrega de la tuneladora (SI APLICA AL METODO PROPUESTO)		
0.4)	ESTACIONES -Memoria descriptiva general de las estaciones EVITAMIENTO, OVALO SANTA ANITA, COLECTORA INDUSTRIAL, LA CULTURA Y MERCADO SANTA ANITA - Arquitectura que defina la distribución de los diversos ambientes (no acabados) - Accesibilidad al sistema y dimensionamiento de los andenes - Estructuras: muros o pantallas o pilotes laterales, losas de fondo y losas superiores	1.- Memorias de Cálculo, Modelo del Flujo y Demanda de usuarios que utilizarán el servicio en cada una de las estaciones. 2.- Diseño de la accesibilidad al sistema, incluyendo los usuarios de movilidad reducida. 3.- Diseño preliminar – estructural y arquitectónico de las estaciones.	a. Memoria descriptiva, Memoria de Cálculo, Modelo de Simulación de la operación en las estaciones según tipología y parámetros contenidos en ETB. b. Modelo de Evacuación ante escenarios de siniestros (incendio, tsunami y terremoto de magnitud Richter según la sismicidad en Lima y Callao). c. Planos de las estaciones tipo aplicado a las estaciones de la Etapa 1A.
0.5)	PATIO TALLER SANTA ANITA - Memoria descriptiva con definición del layout general y ocupación de la superficie en las distintas fases constructivas,	1.- Memoria descriptiva con definición de layout general y ocupación de la superficie en las distintas fases constructivas. 2.- Excavaciones y muros de contención. 3.- Arquitectura General del Patio Taller Santa Anita.	a. Planos con indicación de utilización de las áreas del Patio Santa Anita, en las diferentes etapas. b. Planos de todos los Edificios del Patio Santa Anita que



Nº	Contenido mínimo de la propuesta técnica	Detalle del contenido mínimo	Información a ser entregada
	considerando la implementación de la planta de fabricación de las dovelas. - Excavaciones y muros de contención. - Arquitectura general del Patio Taller Santa Anita.		contemplan al menos las vistas en planta y secciones. c. Estudio de rutas de transporte del material excavado a los botaderos con las instalaciones necesarias minimizando el impacto en el entorno urbano a nivel de congestión y accidentes.
o.6)	0.6) CRONOGRAMA DETALLADO PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA EJECUCION DE LA PRIMERA ETAPA A Comprendiendo: -Obras Civiles completas. -Equipamiento de sistemas. -Equipamiento electromecánico. -Provisión de material rodante. -Pruebas de aceptación, pruebas de integración, pruebas de puesta en marcha y puesta en operación comercial del sistema.	1.-Diagrama GANTT conteniendo las actividades / tareas, duración estimada, fechas de inicio y fin, actividades predecesoras y señalando la ruta crítica. Esta programación debe ser compatible con el plazo previsto para la culminación de la Primera Etapa A. 2.- Plan de cobertura comercial parcial de esta etapa del proyecto conteniendo la gestión de seguridad y los procesos de pruebas a implementar garantizando el cumplimiento de los Niveles de Servicio.	a.- Memoria descriptiva del cronograma del Proyecto, en Diagrama de GANTT que contemple el análisis de la ruta crítica, y b.- Plan de aseguramiento del cumplimiento de fechas según Contrato.



51. De lo expuesto, se advierte claramente que el Concesionario estaba obligado a presentar determinada información vinculada al Proyecto, tanto general como específica, al presentar su propuesta técnica, la misma que es de cumplimiento obligatorio. Asimismo, las Bases del TUO son indubitables al señalar 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.

52. En tal sentido, dado que la Ingeniería de Detalle incluida en la propuesta técnica del Concesionario es para el inicio de las Obras de la Primera Etapa A, este tiene autonomía para desarrollar la Ingeniería de Detalle para la elaboración de los EDIs de las demás etapas del Proyecto, siempre que no vulnere los requisitos generales establecidos en el TUO de las

Bases contenidos en su propuesta técnica, las Especificaciones Técnicas Básicas y lo dispuesto en el Contrato de Concesión.

E.3. Del riesgo de Diseño asumido por el Concesionario

53. Dicha autonomía para el desarrollo de los EDIs tiene como sustento el hecho que es el Concesionario el que asume los riesgos –entre otros- del diseño del Proyecto, motivo por el cual se encuentra facultado para desarrollar los estudios que considere necesarios a efectos de garantizar la idoneidad, calidad y seguridad del mismo. Lo expuesto ha sido previsto expresamente en el Contrato de Concesión, tal como se aprecia en las siguientes cláusulas del mismo:

"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.

(...)

Será obligación del CONCESIONARIO desarrollar **sus propios estudios de ingeniería básica**²⁰, pudiendo tomar como referencia los estudios de ingeniería básica contenidos en el Proyecto Referencial".

"Objeto

2.3. Conforme a la definición contenida en el Artículo 3 del Reglamento del TUO y lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1012, por el presente Contrato el CONCEDENTE otorga en Concesión al CONCESIONARIO el derecho a la Explotación de los Bienes de la Concesión durante el plazo de vigencia de la misma. **El CONCESIONARIO se hace responsable por 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", de conformidad con las estipulaciones contenidas en este Contrato.

"De los Estudios Definitivos de Ingeniería (EDI)

6.3 (...)

Cualquier aprobación del CONCEDENTE respecto de los EDIs no debe interpretarse como un traslado de responsabilidad del diseño, el cual es competencia y responsabilidad del CONCESIONARIO, por lo que no se limita sólo a la ejecución de las Obras y a la Provisión de Material Rodante, sino que la responsabilidad del CONCESIONARIO es de resultado, e incluye el diseño, y funcionamiento de las Inversiones Obligatorias, que permitan la Integración en los términos y condiciones previstos en el Contrato.

(...)"

"Anexo 6

2. ESTUDIOS DEFINITIVOS DE INGENIERIA (EDI) DE OBRAS

2.1 GENERALIDADES

(...)

El CONCESIONARIO será totalmente responsable por el diseño y todo lo inherente a este. Una vez aprobados los EDI, el CONCESIONARIO asume todos los riesgos asociados, garantizando así que el diseño de todas las Obras se lleven a cabo de acuerdo a los más altos estándares de las normas internacionales de calidad y seguridad, que cumplan con los requisitos de rendimiento necesarios, particularmente con respecto a la durabilidad del Sistema Ferroviario en general para ser explotado intensivamente inclusive más allá del horizonte de explotación previsto para el Proyecto.

El CONCESIONARIO se compromete a que las Obras se lleven a cabo de conformidad y coherencia con los EDI aprobados, y que estos documentos serán preparados de acuerdo

²⁰ A efectos de saber que debe abarcar el Concesionario al desarrollar sus propios Estudios Base o Estudios de Ingeniería Básica, debemos remitirnos al numeral 2.5 del Anexo 6, en el que se establece que es necesaria la realización de levantamientos topográficos, investigaciones geotécnicas, investigación de las estructuras y redes del servicio, entre otros.



con el Contrato, las Buenas Prácticas de Ingeniería y Construcción, las normas y los reglamentos especificados en el presente documento.

Para la elaboración de los EDI, el CONCESIONARIO deberá realizar todos los estudios, investigaciones, encuestas e investigaciones, que sean necesarios para una definición completa y precisa de las Inversiones Obligatorias que garantice el diseño, compatibilidad y la construcción de las mismas.

El CONCESIONARIO será responsable de:

- B. Los informes técnicos y cálculos, especificaciones, planos, manuales y cualquier otra información preparada cumpla con los requisitos y especificaciones señaladas en el Contrato de acuerdo a su Propuesta Técnica. (...)”

[el resaltado es nuestro]

54. Por lo tanto, en virtud de lo expuesto expresamente en el Contrato de Concesión, es posible concluir que los EDIs son estudios de ingeniería de detalle que el Concesionario debe elaborar para la ejecución de obras y provisión de material rodante, y que estos deben ser consistentes con las Especificaciones Técnicas Básicas contempladas en el Anexo 6 del Contrato y con lo indicado en su propuesta, la misma que ha sido elaborada en virtud de lo dispuesto en el TUO de las Bases, que como hemos visto sólo lo obligó a presentar Ingeniería de Detalle respecto de la Etapa 1A. Al elaborar los EDIs de las demás etapas, el Concesionario debe desarrollar sus propios estudios a efectos de determinar la Ingeniería de Detalle correspondiente, la misma que deberá estar debidamente sustentada, ello sin perjuicio de que, como indica el propio Contrato de Concesión, este asume en su integridad el riesgo del diseño del Proyecto.

E.4 De la propuesta técnica del Concesionario

55. Sin perjuicio del análisis realizado, y dado que como hemos indicado, el Concesionario debe elaborar sus EDIs tomando en consideración su propuesta técnica, a continuación citaremos algunos acápites de dicho documento, con el fin de verificar que se enmarcan en lo dispuesto en el TUO de las Bases y en el Contrato de Concesión.

56. Tal como se ha indicado, el TUO de las Bases ha requerido que el Concesionario contemple en su propuesta técnica una serie de parámetros generales (aplicables a todo el proyecto) y específicos (aplicables a la Etapa 1A). Esos parámetros, por su importancia en la concepción general de funcionamiento del sistema, deben permanecer en el diseño definitivo de los EDIs como parámetros obligatorios, toda vez que son vinculantes.

57. Respecto a los parámetros específicos, 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.

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".

58. De lo señalado en la propuesta técnica del Concesionario, se advierte que dentro de los parámetros específicos correspondientes a la Etapa 1A, se encuentran el Recinto Perimetral (Pantallas), Losas de Fondo y Cubiertas, los cuales deberán ser contemplados necesariamente por el Concesionario en el desarrollo de los Estudios Definitivos de Ingeniería, sin perjuicio de las optimizaciones que puedan ser aplicables en el marco del Contrato de Concesión y que serán explicadas más adelante.
59. Respecto a los parámetros generales que resultan transversales al Proyecto que son vinculantes en la elaboración de los EDIs y que forman parte de la propuesta técnica del Concesionario, se advierte que estos se encuentran detallados en el acápite A al N de la misma. A continuación citamos algunos de tales parámetros:

"MEMORIA DESCRIPTIVA DEL DISEÑO DE INGENIERIA

(...)

A.2) CRITERIO DE DISEÑO DE LAS OBRAS CIVILES²²

Las obras civiles se han diseñado a partir del proyecto de operación de línea que se detalla en el apartado H de esta propuesta. La longitud de las colas de maniobra, la ubicación de las terceras vías y de los cambiavías dispuestos a lo largo de la línea se ajusta completamente a los requerimientos establecidos en el plan de explotación. La superestructura de vía, así como la capacidad funcional con los que se han dotado a las terceras vías y a los patios, se han definido en concordancia con el proyecto de operación, que también ha sido de aplicación en diseño de las estaciones propuestas. Todo ello permite garantizar la capacidad del transporte del sistema para todas las etapas, tanto en horas punta como en horas valle.

(...)

2.2 COMPATIBILIDAD DEL DISEÑO DE LA OBRA CIVIL CON LA CAPACIDAD DEL TRANSPORTE.

(...)

La Sociedad Concesionaria ha verificado que los diseños de las obras civiles son compatibles con la capacidad de transporte del sistema ferroviario en horas punta y valle exigida en el Anexo 7 del contrato de Concesión para todo el periodo de Explotación.

(...)

A.5) TRAZO, DISEÑO GEOMETRICO Y SUPERESTRUCTURA DE LA VIA DE LA LINEA PRINCIPAL²²

A.5.1) Diseño del trazado

Parámetros principales de diseño

Velocidad de diseño: 80 km/hr

La trocha considerada es de 1435 mm

La entavía mínima considerada fue de 3.80 metros tanto en línea como en estación

Pendiente máxima del perfil de la línea de 3.5%

Radio superiores a los 250 m en la vía principal y 90 m en los patios



²¹ Folios 772 en delante del Tomo 2 de la Propuesta Técnica.

²² Tomo 5 de la Propuesta del Concesionario.

El radio mínimo considerado para ñas curvas verticales de 3,000 m
 Sobre elevación máxima en curvas de 150 mm
 Las estaciones se han dispuesto con una pendiente máxima del 0.3%
 Las vías de estacionamiento quedarán en pendiente no mayor de 0.15%
 Valor de la aceleración no compensada inferior al 0.65 m/s²

A.5.2) Tipo de superestructura de vía férrea²³

El sistema diseñado para la superestructura ha sido el de vía en placa o vía sobre placa de hormigón, excepto en los patios de Santa Anita y Bocanegra, que se han diseñado con vía balastada.

"(...)

Las dimensiones generales de la vía son las siguientes:

- Ancho de la vía	1.435 m
- Entre eje:	
En recta	3,800 m
En curva	3,800 m
- Gálibo horizontal	
En túnel convencional	9.26 m
En túnel TBM	9.38 m
En estación	7.20 m
- Gálibo vertical	
En túnel convencional	6.41 m
En túnel TBM	6.69 m
- Ancho del paseo lateral	0.76 m
- Espesor del hormigón HM-25 bajo riel	0.26 m
- Distancia del eje de vía al borde de andén en estación	1.70 m
- Altura del andén sobre riel	1.05 m
- Distancia entre puntos de fijación	
En recta	0.80 m
En curva	0.60 m
- Inclinación de los rieles	1/20

"(...)

A.6) TUNEL

A.6.2) Selección del diámetro del túnel²⁴

Se han diseñado las secciones del túnel de todo el proyecto.

A.6.3) Excavación métodos TBM y NATM en Línea principal

Se han determinado los tramos que se excavarán con el método TBM y el método NATM

"(...)

A.7) ESTACIONES DE PASAJEROS

A.7.2) Arquitectura por tipología de estación²⁵

Se han propuesto básicamente un único concepto de estación que presenta diversas variantes, definiéndose las siguientes tipologías de estación en función de los siguientes parámetros:

Número de conexiones verticales (grupos de escaleras fijas y mecánicas o cañones) y la anchura de las escaleras mecánicas y fijas pedestres en servicio a la demanda.

La profundidad de la estación

Si la estación tiene o no una subestación eléctrica rectificadora (SER)

Su construcción es cut & cover o caverna.

²³ Tomo 6 de la Propuesta del Concesionario.

²⁴ Tomo 7 de la Propuesta del Concesionario.

²⁵ Tomo 10 de la Propuesta del Concesionario

60. Cabe indicar que dado que estos parámetros son generales y no están vinculados exclusivamente a una etapa del Proyecto, es que resultan vinculantes en la elaboración de todos los Estudios Definitivos de Ingeniería, según corresponda, por lo que deben ser incluidos obligatoriamente en los diseños de las etapas 1A, 1B y Segunda Etapa.
61. Sin perjuicio de lo indicado, el Concesionario deberá efectuar los cálculos correspondientes en la elaboración de los Estudios Definitivos de Ingeniería, con la finalidad de dimensionar las estructuras, de acuerdo a las normas aplicables y garantizar el diseño funcional y estructural de las obras".
84. De lo expuesto por los órganos de OSITRAN, se advierte claramente 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, toda vez que la propuesta técnica, que incluye dicha Ingeniería de Detalle, fue elaborada sobre la base de la información contenida en el Proyecto Referencial; requisito que no fue extensivo para las demás etapas; información que fluye de la aplicación del Contrato de Concesión y los documentos que lo integran, motivo por el cual no corresponde que el Consejo Directivo efectúe interpretación alguna respecto de tales alcances del Contrato de Concesión.
85. No obstante lo expuesto, la supervisión contratada por OSITRAN ha emitido su opinión técnica 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).
86. 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 Cubiertas²⁶, los cuales deberán ser contemplados necesariamente por el

²⁶ 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.

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".

Concesionario en el desarrollo de los Estudios Definitivos de Ingeniería de dicha Etapa (sin perjuicio de las optimizaciones que pudieran ser aplicables); no obstante, el Consorcio Supervisor ha 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.

87. Por otro lado, señala que el OSITRAN pretende igualar el concepto "riesgo de diseño" al de "autonomía de diseño", al sugerir que el Concesionario tiene libertad para proponer el diseño definitivo de la ingeniería para las etapas 1-B y 2, siempre que no vulnere los requisitos generales establecidos en el TUO de las Bases, el contenido de la propuesta técnica, las especificaciones técnicas básicas y lo dispuesto en el Contrato de Concesión. Esto, a criterio del Consorcio Supervisor, no se colige con la noción de riesgo de diseño y, por el contrario, relativiza la fuerza vinculante de la propuesta técnica.
88. Al respecto, tal como ha sido indicado, las Gerencias de Supervisión y Fiscalización y de Asesoría Jurídica, han efectuado el análisis técnico legal que deja claro que la ingeniería de detalle presentada por el Concesionario en su propuesta es vinculante para la 1A, mas no así para las demás etapas.
89. Cabe indicar que PROINVERSION ha coincidido con el análisis contractual realizado por OSITRAN, al señalar lo siguiente:

"2.21 Con la finalidad de que se evalúe la precisión de dicha estipulación se adjunta al presente el Informe Técnico N° 16 -2013/DPI/JPFE.03 de fecha 23 de octubre de 2013 donde se precisan varias modificaciones a las Bases del Concurso, específicamente al alcance y contenido de la Propuesta Técnica que deberán presentar los Interesados Calificados y que en buena cuenta resume el espíritu y alcance de los documentos contractuales exigibles en la fase de ejecución del proyecto.

En dicho informe, se precisan los apartados 2 y 12 que tienen que ver directamente con el tema en cuestión:

Nro.	REDACCIÓN ANTERIOR	REDACCIÓN PROPUESTA
2	A.2) DISEÑO DE INGENIERÍA DE DETALLE DE LAS OBRAS CIVILES	A.2) CRITERIOS DE DISEÑO DE LAS OBRAS CIVILES

Sustento Técnico: *Dados los plazos que existen para la presentación del Sobre N° 2 - Propuesta Técnica, **no es viable presentar la Ingeniería de Detalle de las Obras Civiles del Proyecto en el Sobre N° 2. Esta se desarrollará y presentará en los EDIs por Tramos, los cuales se han regulado en el Contrato de Concesión.***

Nro.	REDACCIÓN ANTERIOR	REDACCIÓN PROPUESTA
12	O) INGENIERÍA DE DETALLE DE LA PRIMERA ETAPA A O.1) Presentación de la Ingeniería de detalle de la obra civil que permita el inicio	O) INGENIERÍA DE DETALLE PARA EL INICIO DE LAS OBRAS DE LA PRIMERA ETAPA A O.1) ESTUDIOS BASICOS

inmediato de la Primera Etapa A, incluyendo como mínimo: estudio geotécnico, excavaciones y obras del túnel, pozos de ataque, pantallas de estaciones, pozos de ventilación y evacuación, estaciones de pasajeros, obras esenciales en el Patio de Santa Anita.

O.2) Diseño de la (s) tuneladora (s) a utilizar en la Primera Etapa A, de acuerdo a la información geológica y geotécnica existente.

O.3) Compromiso oficial que demuestre el cumplimiento del plazo para la entrega de la tuneladora.

O.4) Cronograma detallado para el cumplimiento de ejecución de la Primera Etapa A, comprendiendo. Obras civiles completas, equipamiento de sistemas, equipamiento electromecánico, provisión del material rodante, pruebas de aceptación, pruebas de integración, pruebas de puesta en marcha y puesta en operación comercial del sistema.

- Topografía de detalle
- Estudio Geotécnico
- Análisis de riesgo sísmico
- Estudio de desvío de tráfico
- Estudio de interferencias

O.2) GEOMETRIA

- Trazado de las vías (planta, perfil, análisis curvas y peraltes)

O.3) TUNELES

- Memoria descriptiva con definición de los métodos constructivos a aplicar en cada tramo de túnel (NATM & TBM).
- Diseño de las secciones tipo de túnel NATM y/o TBM.
- Diseño de la conexión subterránea con el Patio Santa Anita
- Diseño de los pozos de ataque (SI APLICA AL METODO PROPUESTO)
- Diseño de la(s) tuneladora(s) a utilizar en la Primera Etapa A y compromiso oficial que demuestre el cumplimiento del plazo para la entrega de la tuneladora (SI APLICA AL METODO PROPUESTO)

O.4) ESTACIONES

- Memoria descriptiva general de las estaciones EVITAMIENTO, OVALO



		pruebas de integración, pruebas de puesta en marcha y puesta en operación comercial del sistema.
--	--	--

Sustento Técnico: El tiempo de elaboración de un EDI en un proyecto como el de la Línea 2 toma varios meses (ocho meses establecidos en el Contrato de Concesión para para la Primera Etapa A), además este será desarrollado parcialmente en un esquema FAST TRACK, donde tan pronto se culmina un EDI de una determinada actividad, se logra su aprobación y se construye, además tenemos que todos los Interesados han manifestado que no les es posible culminar todo el EDI de la Primera Etapa A para incluirlo en la Propuesta Técnica. En ese sentido y para efectos de mejorar el entendimiento del alcance de la exigencia y contenido de la Ingeniería que debe ser presentada en la Propuesta Técnica, se ha modificado la exigencia de presentar el EDI de aquellas actividades que permitan garantizar el inicio de las obras de la Primera Etapa A únicamente, habiéndose precisado el alcance del contenido de cada actividad para efectos de evaluación más objetiva de las Propuestas Técnicas".

(El subrayado es nuestro)

2.22 Por otro lado, la Circular N° 50, de fecha 24 de enero de 2014, en lo que concierne al Contenido del Sobre N° 2, Documento N°4: Propuesta Técnica, ésta contiene, entre otros, la Declaración Jurada que según el formato del Apéndice 1 del ANEXO N° 11, debió ser presentada por el Interesado Calificado, cuyos lineamientos técnicos fueron elaborados con la asistencia y participación del Consultor Integral. En dicho documento se señala:

"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:

(...)

- a. Memoria descriptiva del diseño de ingeniería de detalle donde se describan todos los componentes de las Obras Civiles, Equipamiento Electromecánico e instalaciones auxiliares de línea y estaciones de pasajeros requeridos para el funcionamiento del Proyecto.

(...)

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

(...)



2.23 En base a los antecedentes comentados anteriormente, las razones técnicas que fundamentan el análisis de los dos documentos anteriores son las siguientes:

- Tal y cual se expresa claramente en el Informe Técnico N° 16 -2013/DPI/JPFE.03 de fecha 23 de octubre de 2013, debido a los plazos cortos que existieron para la presentación del Sobre N° 2 - Propuesta Técnica, no se consideró viable presentar la Ingeniería de Detalle de las Obras Civiles de todo el Proyecto en el Sobre N° 2 y se consideró que ésta se desarrollaría y presentaría en los EDIs correspondientes.
- Por otro lado, respecto a los EDIs de la Primera Etapa A y como resultado de la imposibilidad por parte de los Interesados de culminar todo el EDI de la Primera Etapa A para incluirlo en la Propuesta Técnica, se modificó el alcance de la exigencia y contenido del nivel de la Ingeniería que debía ser presentada en la Propuesta Técnica, modificándose ésta exigencia a presentar el EDI de aquellas actividades que permitan garantizar el inicio de las obras de la Primera Etapa A únicamente, habiéndose precisado el alcance del contenido de cada actividad para efectos de la evaluación más objetiva de las Propuestas Técnicas.

2.24 Para la buena conducción del proyecto en su fase de ejecución, se recomienda tener en consideración los siguientes criterios:

- El proyecto se ha diseñado en el marco de una APP y por lo tanto debe ser ejecutado y supervisado en ese marco, el mismo que no genera incentivos al Concesionario para reducir la calidad del mismo en la fase de los EDIs o a través del empleo de materiales de construcción de baja calidad, toda vez que no le permitiría al Concesionario alcanzar y cumplir sostenidamente los niveles de servicio requeridos contractualmente, con el consiguiente riesgo de aplicación de las garantías a favor del Concedente, la penalización del desempeño y la caducidad del contrato.
- A esto hay que agregarle que en una APP, el Estado "contrata" a un privado para que éste último le diga cómo hacer un proyecto y no al revés, por lo tanto quien define finalmente cómo se debe diseñar y construir el proyecto es el Concesionario, basado en su experiencia, esa es la esencia de una APP que permite aprovechar al máximo el saber hacer del sector privado, abriendo campo a la optimización, a las eficiencias constructivas y a la aplicación de Ingeniería de Valor en los EDIs correspondientes, que a su vez generen las economías de escala y beneficios tanto para el proyecto en sí como para el Estado.
- El nivel de estudio con el cual se concesionó el proyecto, corresponde a un estudio de factibilidad con ingeniería preliminar y como tal, éste estudio no tiene ni las características técnicas ni el alcance de un expediente definitivo para la construcción, correspondiendo al Concesionario desarrollar los EDIs tomando en consideración la información técnica producida en el proyecto referencial, situación que ha permitido transferir el riesgo de diseño, construcción y explotación al Concesionario.

2.25 Por lo general durante la fase de concurso, los Interesados:

- Elaboran las propuestas técnicas en base a prediseños, con software básico, los cuales no contienen el nivel de detalle necesario de un proyecto definitivo y por lo tanto los niveles de estudios en la fase de concurso no alcanzan el detalle que les permita proponer soluciones técnicas definitivas para las obras y el equipamiento en general.



- No cuentan con el tiempo suficiente para elaborar propuestas técnicas detalladas que tengan el mismo alcance de un EDI.
- No tienen los incentivos necesarios para invertir en propuestas técnicas que tengan el alcance de un EDI.

2.26 Por lo tanto, es materialmente imposible e irracional pensar que un contrato de concesión pueda contener toda la ingeniería y las contingencias de un megaproyecto de esta naturaleza. En esa misma línea, no es válido interpretar que el diseño ofertado en una propuesta técnica no sea susceptible de modificación, sobretodo en obras tan complejas como la del megaproyecto de la Línea 2.

2.27 Si bien es cierto que en el Contrato de Concesión se señala la vinculación entre los EDIs y la Propuesta Técnica así como la consistencia entre los EDIs con las Especificaciones Técnicas Básicas y la Propuesta Técnica del Concesionario, no debe entenderse que el diseño y construcción del proyecto deba seguir de manera rígida lo estipulado en el contrato de concesión y en la propuesta técnica generando trabas innecesarias e impedimentos para la innovación y optimización del diseño a cargo del Concesionario quien ostenta el 100% del riesgo de diseño, construcción y explotación.

2.28 La escala y complejidad de megaproyectos como el caso de la Línea 2 asociada a los extensos plazos de concesión (30 ó 35 años), por lo que para la buena conducción del proyecto, se requiere además de una cultura colaborativa entre las partes (Concedente, Regulador – Supervisor y Concesionario), no reducir la visión únicamente a interpretar y exigir al pie de la letra lo que está contenido en el Contrato de Concesión. Hacerlo es retrasar innecesariamente la ejecución del mismo, llevar a la renegociación constante del contrato de concesión en el tiempo, con el riesgo de incremento de los costos y plazos del proyecto por reclamos futuros que pueda hacer el Concesionario.

2.29 Cabe mencionar que existen requerimientos técnicos de diseño mínimos que forman parte de los requerimientos del sistema ferroviario los cuales son de obligatorio cumplimiento y que han sido establecidos de acuerdo a una secuencia lógica y una adecuada planificación del proyecto. Estos requerimientos técnicos, así como los factores críticos de éxito, tienen que ver con la seguridad, capacidad y calidad del servicio de todo el proyecto. (Ver Informe Técnico Integrador N° 19 – 2013/DPI/JPFE.03 del 04.11.2013).

90. Como se puede advertir, en concordancia con lo contemplado en el Contrato de Concesión, PROINVERSION categóricamente ha señalado lo siguiente:

- La propuesta técnica del Concesionario no contiene la Ingeniería de Detalle de las Obras Civiles de todo el proyecto, toda vez que esta debe desarrollarse en los EDIs.
- La propuesta técnica presentada por el Concesionario solo contiene la Ingeniería de Detalle para el inicio de las Obras de la Primera Etapa A, a efectos de asegurar aquellas actividades que permitan garantizar el inicio de las obras de dicha etapa.
- Dado que el Contrato de Concesión constituye una Asociación Público Privada, su ejecución y supervisión debe ser realizada tomando en cuenta dicho marco, en el que, a diferencia de una obra pública, el Concesionario: i) carece de incentivos para reducir la calidad del proyecto tanto en el diseño como en la construcción, toda vez que ello podría generarle un incumplimiento de niveles de servicio durante la explotación de la concesión y en consecuencia, que se le apliquen penalidades e incluso podría generar la caducidad del Contrato, además de la ejecución de garantías por parte del Estado; ii) ha



sido contratado para diseñar y construir el proyecto, sobre la base de su experiencia, proponiendo optimizaciones y eficiencia productiva, en beneficio del proyecto.

- El nivel de estudio con el que se concesionó el proyecto no tiene el alcance de un expediente definitivo de construcción, correspondiendo que el Concesionario desarrolle los EDIs tomando en cuenta la información del proyecto referencial, asumiendo el riesgo de diseño, construcción y explotación.
- Es inválido interpretar que el diseño ofertado en una propuesta técnica, en el marco de una Asociación Público Privada, no es susceptible de modificación, dado la complejidad de un megaproyecto como es el de la Línea 2. El hecho que el Contrato de Concesión establezca que debe haber una vinculación entre los EDIs, las Especificaciones Técnicas Básicas y la propuesta técnica del Concesionario, no debe ser considerado como un impedimento para la optimización del diseño por parte del Concesionario, dado los riesgos asumidos por este. Ello sin perjuicio de los requerimientos técnicos de diseño mínimos que forman parte de los requerimientos del sistema ferroviario, los cuales son de obligatorio cumplimiento y tienen que ver con la seguridad, capacidad y calidad del servicio de todo el proyecto.

91. En la misma línea, el Concedente ha señalado que las Bases del TUO fueron claros al señalar que el alcance de la Ingeniería de Detalle que se debería presentar era vinculante para la elaboración de los EDI abarcaba la etapa 1-A del proyecto; requisito que no fue extensivo a las demás etapas. Es decir, en su opinión, la obligatoriedad de los alcances de la Propuesta Técnica presentada por el Concesionario para la Etapa 1-A no se extiende a las subsiguientes etapas, las cuales pueden ser mejoradas o modificadas.

92. Por su parte, entre otros²⁷, el Concesionario ha señalado que, en efecto, el contenido mínimo de la propuesta técnica según lo señalado por las Bases para la Etapa 1-A implicaba la Ingeniería de Detalle para el inicio de las Obras de la Primera Etapa A, lo cual no supone que dicha propuesta sea equivalente a un EDI. Asimismo, ha señalado que en virtud de lo expresamente establecido en el Contrato de Concesión, le corresponde a este asumir el riesgo de diseño de las obras, motivo por el cual es responsable frente al Concedente tanto de la calidad de los EDIs como de que las obras se ejecuten de acuerdo a estos, debiendo responder por los errores de los estudios que pudiera presentar e incluso de aquellos que se pudieran evidenciar en la ejecución o en operación de las obras.

93. De lo expuesto se advierte que tanto PROINVERSION como el Concedente y el Concesionario²⁸ coinciden con la opinión técnico legal de las Gerencias de Supervisión y Fiscalización y la Gerencia de Asesoría Jurídica, emitida mediante el Informe N° 002-2016-GSF-GAF-OSITRAN, quedando claro además que no existe cláusula oscura u ambigua respecto de los acápites analizados en el Contrato de Concesión, no requiriéndose por tanto que se realice interpretación alguna por el Consejo Directivo.

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

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

²⁷ Cabe indicar que la posición del Concesionario incluye argumentos adicionales que no son materia del presente Informe, toda vez que exceden el alcance del mismo.

²⁸ Respecto de los alcances indicados en el numeral 92 del presente Informe.

"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]

95. Al respecto, el Consorcio Supervisor 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. Sobre este punto, cabe indicar que si bien el Concedente indica de manera general que, por un lado dicha cláusula emplea el termino referencial y, por otro lado, utiliza el término mínimo, no ha tomado una postura ni ha expresado fundamento alguno que sustente y que evidencie la existencia de una cláusula oscura que impida la aplicación del Contrato de Concesión, habiéndose limitado únicamente a describir lo señalado expresamente en dicha cláusula.
96. 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.
97. Al respecto, de la lectura de la citada cláusula se advierte que la cobertura de la altimetría es referencial, no siendo por ende, una cláusula ambigua u oscura que genere la necesidad de que el Consejo Directivo la interprete, a diferencia de lo indicado por el Consorcio Supervisor.
98. Lo expuesto respecto a que las dimensiones de la altimetría son referenciales ha sido ratificado también por PROINVERSION, que ha indicado lo siguiente:

"2.30 Con la finalidad de que se evalúe la precisión de dicha estipulación se adjunta al presente documento el Informe Técnico N° 16 -2013/DPI/JPFE.03 de fecha 23 de octubre de 2013 donde se precisan varias modificaciones a las Bases del Concurso, específicamente al alcance de la altimetría del proyecto.

2.31 Al respecto, 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 el túnel inter estación de 10 m.
- Cobertura mínima para estaciones en caverna 12 m
- Cobertura mínima para estaciones en Cut & Cover 2 m
- 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 lo señalado



(...)

2.32 Conforme se desprende del citado documento, los requisitos en altimetría del proyecto responden al trazado en perfil definitivo que será aprobado en los EDIs y que es susceptible de optimización tal como se señala en el Anexo 6 del Contrato de Concesión. Hay que tener en consideración que las longitudes de cobertura del túnel dadas en el Contrato de Concesión son referenciales y pueden variar en función del diámetro de excavación de las obras, la tipología del túnel, el perfil geológico y geotécnico del subsuelo del proyecto y sus tolerancias respecto a las subsidencias o asentamientos del terreno permisibles.

2.33 A diferencia del túnel interestación, un tratamiento diferente tiene las estaciones de pasajeros donde debe evitarse el incremento de la profundidad de las mismas para evitar mayores desplazamientos de los usuarios a través de los núcleos de comunicación vertical.

Nro.	REDACCIÓN ANTERIOR	REDACCIÓN PROPUESTA
3	A.5.1) Diseño del trazado (planimetría, altimetría, máximas gradientes, curvas horizontales y verticales, modificación de la fricción en curvas).	A.5.1) Diseño del trazado (planimetría, altimetría, máximas gradientes, curvas horizontales y verticales, modificación de la fricción en curvas). <u>No se permite incrementar la profundidad de las estaciones del Proyecto Referencial.</u>

Sustento Técnico: Se ha precisado que para efectos de optimización del CAPEX del Proyecto, el diseño debe considerar la profundidad de las estaciones del Proyecto Referencial **pudiendo modificarse la profundidad del túnel.** Este tema es importante dado que los usuarios son sensibles a no usar un sistema público cuando la altura de las estaciones y por ende la distancia y tiempo de acceso al tren es mayor”.

99. De lo expuesto, se advierte que de conformidad con el análisis realizado del Contrato de Concesión, PROINVERSION concluye que los requisitos en altimetría del proyecto responden al trazado en perfil definitivo que será aprobado en los EDIs y que es susceptible de optimización, tal como se señala en el Anexo 6 del Contrato de Concesión. En ese sentido, es claro al indicar que las longitudes de cobertura del túnel dadas en el Contrato de Concesión son referenciales y pueden variar en función del diámetro de excavación de las obras, la tipología del túnel, el perfil geológico y geotécnico del subsuelo del proyecto y sus tolerancias respecto a las subsidencias o asentamientos del terreno permisibles.

100. Por su parte, el Concesionario ha señalado en el Informe remitido que el término “referencial”, no constituye un dato taxativo o de obligatorio cumplimiento, sino que puede ser modificado en función de las circunstancias del proyecto y con los sustentos debidos.

101. Así, se advierte que tanto PROINVERSION como el Concesionario coinciden con el análisis realizado por este Regulador en el presente Informe, respecto de los alcances del numeral 3.1.4 del Anexo 6 del Contrato de Concesión, quedando claro además que no existe cláusula oscura u ambigua respecto de los acápites analizados en el Contrato de Concesión, requiriéndose por tanto que se realice interpretación alguna por el Consejo Directivo.



IV. CONCLUSIONES

102. De conformidad con lo establecido en la Ley de Creación de OSITRAN, el REGO y el ROF, es claro que la Gerencia de Supervisión y Fiscalización es el órgano competente para ejecutar las actividades de supervisión (derivadas de la función de supervisión asignada legalmente a OSITRAN) respecto del cumplimiento de los contratos de concesión bajo el ámbito de competencia de este Regulador, estando, en consecuencia, facultado para emitir pronunciamiento institucional respecto a la aplicación de las cláusulas que contienen los contratos de concesión cuya supervisión realiza.
103. Para supervisar el cabal cumplimiento de las disposiciones establecidas en los contratos de concesión, resulta necesario determinar previamente el alcance de tales disposiciones que serán materia de supervisión, siendo esta una competencia propia de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización. En ese sentido, solo en caso de que, como parte de dicha labor de supervisión, la referida Gerencia -y no un tercero no legitimado, como es el caso del Consorcio Supervisor- determine que existe una cláusula ambigua u oscura de los contratos de concesión que supervisa; pondrá ello en conocimiento del Consejo Directivo, que será el único competente para decidir si corresponde o no interpretar los alcances del contrato de concesión bajo análisis; por lo que carece de fundamento legal lo indicado por el Consorcio Supervisor, que de manera temeraria cuestiona las competencias asignadas a dicha Gerencia.
104. El Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN, señala que la Gerencia de Asesoría Jurídica de OSITRAN es un órgano de asesoramiento de los diversos órganos que integran la Administración de OSITRAN, entre los que se encuentra la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, siendo competente para emitir opinión jurídica respecto de diversos aspectos de la ejecución de los contratos de concesión. En ese sentido, es claro que la Gerencia de Asesoría Jurídica es competente para opinar y complementar legalmente los pronunciamientos, entre otros, que decida emitir la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, que es el órgano de línea que tiene asignado legalmente la función de supervisión del cumplimiento de los contratos de concesión bajo el ámbito de OSITRAN.
105. Por lo señalado, corresponde rechazar el cuestionamiento de competencias realizado sin fundamento legal por el Consorcio Supervisor sobre este punto, toda vez que el pronunciamiento emitido por las Gerencias de Supervisión y Fiscalización y de Asesoría Jurídica en relación a los alcances de los EDI, efectuado a través del Informe N° 002-2016-GSF-GAJ-OSITRAN, el cual fue hecho suyo por la Gerencia General; constituyen documentos que han sido emitidos en el marco de las competencias legalmente asignados a estos órganos de OSITRAN, motivo por el cual deben ser acatadas por el Consorcio Supervisor.
106. Cabe indicar que el contenido de dicho informe fluye de la aplicación del Contrato de Concesión, no habiéndose efectuado ninguna interpretación del mismo, por no haberse determinado la existencia de cláusula ambigua u oscura alguna respecto de los puntos allí analizados, vinculados a los alcances de los EDIs; razón por la cual el pronunciamiento emitido a través del Informe N° 002-2016-GSF-GAJ-OSITRAN, notificado con Oficios N° 22-2016-GG-OSITRAN, 023-2016-GG-OSITRAN y 024-2016-GG-OSITRAN, recoge una opinión institucional en torno a los alcances de los EDI, para efectos de que –entre otros– el Consorcio Supervisor, contratado por el OSITRAN, tenga claridad sobre la verificación técnica que debe llevar a cabo respecto de las obligaciones asumidas por el Concesionario en el Contrato de Concesión y, conforme a ello, oriente sus acciones de



supervisión en torno a la elaboración y revisión de los EDIs. Siendo ello así, corresponde que dicho Consorcio reconduzca su actuación y dé cumplimiento a este y demás pronunciamientos que emitan los órganos de línea que integran OSITRAN en el ejercicio de sus competencias.

107. Los asuntos en discrepancias planteados por el Consorcio Supervisor están vinculadas a: i) el concepto de "Acceso" a las estaciones contemplado como causal de optimización de los EDIs, ii) las normas aplicables al diseño de estructuras subterráneas y los supuestos contemplados en el Apéndice 3 del Anexo 6, iii) el alcance de la Propuesta Técnica en los EDI de la Etapa 1A y en las demás etapas de la fase constructiva y, iv) el alcance del numeral 3.1.4 del Anexo 6, referido a la Altimetría.

108. Respecto al concepto de "Acceso" a las estaciones contemplado como causal de optimización del EDI, se tiene que en el Anexo 6 del Contrato de Concesión se aprecia claramente que cuando en las Especificaciones Técnicas Básicas se ha empleado el término "accesos a las estaciones", se está refiriendo a estructuras que permitan la entrada y/o la salida de usuarios, tanto en situaciones normales para el ingreso y salida de las estaciones, como para realizar la evacuación de estas ante una situación de emergencia. En ese sentido, el propio Contrato de Concesión establece que las salidas de emergencia constituyen accesos a las Estaciones, motivo por el cual pueden ser consideradas como factibles de optimización por el Concesionario, de conformidad con lo dispuesto en el acápite vi) del numeral 1 del Anexo 6 del Contrato de Concesión, motivo por el cual no se aprecia oscuridad o ambigüedad respecto de dicho término y, en consecuencia, no se requiere que el Consejo Directivo realice una interpretación a efectos de hacer posible su aplicación.



109. Cabe indicar que tanto PROINVERSION como las Partes (Concedente y Concesionario), coinciden con el análisis realizado por este Regulador en el presente Informe sobre al concepto de "Acceso" a las estaciones contemplado como causal de optimización del EDI, quedando claro además que las mismas no resultan oscuras u ambiguas, no requiriéndose por tanto que se realice interpretación alguna por el Consejo Directivo.



110. Respecto a las normas aplicables al diseño de estructuras subterráneas y los supuestos contemplados en el Apéndice 3 del Anexo 6, de la lectura del numeral 2.5.5.1 del Anexo 6 del Contrato de Concesión se aprecia claramente que al formular sus EDIs, respecto de las estructuras subterráneas, entre las que se encuentran las Estaciones, el Concesionario tiene potestad para emplear, a su criterio y libre elección, un conjunto de normas, siendo estas: Norma Peruana: "Reglamento nacional de Edificaciones", Norma Euro (EN), Norma ACI (USA), Norma ASTM (USA) y Estándares internacionales, códigos y otros. Asimismo, de la lectura de la citada cláusula se aprecia que el Contrato de Concesión no ha establecido un orden de prelación respecto de estas normas, correspondiéndole al Concesionario decidir la normativa que en base a su experiencia y criterio técnico, decida emplear para las estructuras subterráneas, lo cual se condice con el hecho que es este el que asume el riesgo de diseño del proyecto.

111. Cabe indicar que tanto PROINVERSION como las Partes (Concedente y Concesionario) coinciden con el análisis realizado por este Regulador en el presente Informe, respecto de las normas aplicables al diseño de estructuras subterráneas y los supuestos contemplados en el Apéndice 3 del Anexo 6, quedando claro además que las mismas no resultan oscuras u ambiguas, no requiriéndose por tanto que se realice interpretación alguna por el Consejo Directivo.

112. Respecto de los alcances de la Propuesta Técnica en los EDIs de la Etapa 1A y en las demás etapas del Contrato de Concesión, mediante el Informe N° 002-2016-GSF-GAJ-OSITRAN, las Gerencias de Supervisión y Fiscalización y de Asesoría Jurídica emitieron pronunciamiento en el marco de sus competencias, señalando 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 a las que hace remisión el Anexo 6 del Contrato de Concesión 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, toda vez que la propuesta técnica, que incluye dicha Ingeniería de Detalle, fue elaborada sobre la base de la información contenida en el Proyecto Referencial; requisito que no fue extensivo para las demás etapas; información que fluye de la propia aplicación del Contrato de Concesión y de los documentos que lo integran, motivo por el cual no corresponde que el Consejo Directivo efectúe interpretación alguna respecto de tales alcances del Contrato de Concesión.

113. Asimismo, con relación al punto anterior, PROINVERSION categóricamente ha señalado lo siguiente:

- La propuesta técnica del Concesionario no contiene la Ingeniería de Detalle de las Obras Civiles de todo el proyecto, toda vez que esta debe desarrollarse en los EDIs.
- La propuesta técnica presentada por el Concesionario solo contiene la Ingeniería de Detalle para el inicio de las Obras de la Primera Etapa A, a efectos de asegurar aquellas actividades que permitan garantizar el inicio de las obras de dicha etapa.
- Dado que el Contrato de Concesión constituye una Asociación Público Privada, su ejecución y supervisión debe ser realizada tomando en cuenta dicho marco, en el que, a diferencia de una obra pública, el Concesionario: i) carece de incentivos para reducir la calidad del proyecto tanto en el diseño como en la construcción, toda vez que ello podría generarle un incumplimiento de niveles de servicio durante la explotación de la concesión y en consecuencia, que se le apliquen penalidades e incluso podría generar la caducidad del Contrato, además de la ejecución de garantías por parte del Estado; ii) ha sido contratado para diseñar y construir el proyecto, sobre la base de su experiencia, proponiendo optimizaciones y eficiencia productiva, en beneficio del proyecto.
- El nivel de estudio con el que se concesionó el proyecto no tiene el alcance de un expediente definitivo de construcción, correspondiendo que el Concesionario desarrolle los EDIs tomando en cuenta la información del proyecto referencial, asumiendo el riesgo de diseño, construcción y explotación.
- Es inválido interpretar que el diseño ofertado en una propuesta técnica, en el marco de una Asociación Público Privada, no es susceptible de modificación, dado la complejidad de un megaproyecto como es el de la Línea 2. El hecho que el Contrato de Concesión establezca que debe haber una vinculación entre los EDIs, las Especificaciones Técnicas Básicas y la propuesta técnica del Concesionario, no debe ser considerado como un impedimento para la optimización del diseño por parte del Concesionario, dado los riesgos asumidos por este. Ello sin perjuicio de los requerimientos técnicos de diseño mínimos que forman parte de los requerimientos del sistema ferroviario, los cuales son de obligatorio cumplimiento y tienen que ver con la seguridad, capacidad y calidad del servicio de todo el proyecto.

114. En la misma línea, el Concedente ha señalado que las Bases del TUO fueron claros al señalar que el alcance de la Ingeniería de Detalle que se debería presentar era vinculante



para la elaboración de los EDI abarcaba la etapa 1-A del proyecto; requisito que no fue extensivo a las demás etapas. Es decir, en su opinión, la obligatoriedad de los alcances de la Propuesta Técnica presentada por el Concesionario para la etapa 1-A no se extiende a las subsiguientes etapas, las cuales pueden ser mejoradas o modificadas.

115. Por su parte, el Concesionario ha indicado que el contenido mínimo de la propuesta técnica según lo señalado por las Bases para la Etapa 1-A implicaba la Ingeniería de Detalle para el inicio de las Obras de la Primera Etapa A, lo cual no supone que dicha propuesta sea equivalente a un EDI. Asimismo, ha señalado que en virtud de lo señalado expresamente en el Contrato de Concesión, le corresponde a este asumir el riesgo de diseño de las obras, motivo por el cual es responsable frente al Concedente tanto de la calidad de los EDIs como de que las obras se ejecuten de acuerdo a estos, debiendo responder por los errores de los estudios que pudiera presentar e incluso de aquellos que se pudieran evidenciar en la ejecución o en operación de las obras.
116. De lo expuesto con relación al alcance de la Propuesta Técnica en los EDIs de la Etapa 1A y en las demás etapas del Contrato de Concesión, se advierte que tanto PROINVERSION como las Partes (Concedente y Concesionario) coinciden con la opinión técnico legal de las Gerencias de Supervisión y Fiscalización y la Gerencia de Asesoría Jurídica, emitida mediante el Informe N° 002-2016-GSF-GAF-OSITRAN respecto a los alcances de la Propuesta Técnica en los EDIs de la Etapa 1A y en las demás etapas del Contrato de Concesión, quedando claro además que no existe cláusula oscura u ambigua respecto de los acápites analizados en el Contrato de Concesión, no requiriéndose por tanto que se realice interpretación alguna por el Consejo Directivo.
117. Con relación al alcance del numeral 3.1.4 del Anexo 6 del Contrato de Concesión "Altimetría", de la lectura de dicha cláusula se advierte que la cobertura de la altimetría es referencial, no siendo por ende, una cláusula ambigua u oscura que genere la necesidad de que el Consejo Directivo la interprete, a diferencia de lo indicado por el Consorcio Supervisor. Sobre este punto, cabe indicar que si bien el Concedente indica de manera general que, por un lado, dicha cláusula emplea el termino referencial y, por otro lado, utiliza el término mínimo, no ha tomado una postura ni ha expresado fundamento alguno que sustente y que evidencie la existencia de una clausula oscura que impida la aplicación del Contrato de Concesión, habiéndose limitado únicamente a describir lo señalado expresamente en dicha cláusula.
118. Asimismo, de conformidad con el análisis realizado del Contrato de Concesión, sobre este punto PROINVERSION concluye que los requisitos en altimetría del proyecto responden al trazado en perfil definitivo que será aprobado en los EDIs y que es susceptible de optimización, tal como se señala en el Anexo 6 del Contrato de Concesión. En ese sentido, es claro al indicar que las longitudes de cobertura del túnel dadas en el Contrato de Concesión son referenciales y pueden variar en función del diámetro de excavación de las obras, la tipología del túnel, el perfil geológico y geotécnico del subsuelo del proyecto y sus tolerancias respecto a las subsidencias o asentamientos del terreno permisibles. Por su parte, el Concesionario ha señalado en el Informe remitido que el término "referencial", no constituye un dato taxativo o de obligatorio cumplimiento, sino que puede ser modificado en función de las circunstancias del proyecto y con los sustentos debidos.
119. Así, se advierte que tanto PROINVERSION como el Concesionario coinciden con el análisis realizado por este Regulador en el presente Informe, respecto de los alcances del numeral 3.1.4 del Anexo 6 del Contrato de Concesión, quedando claro de la lectura de dicha cláusula,



que no existe oscuridad o ambigüedad respecto de los acápites analizados en el Contrato de Concesión. Asimismo, el propio Concedente no ha expresado fundamento alguno que sustente y que evidencie la existencia de una cláusula oscura que impida la aplicación del Contrato de Concesión, no requiriéndose por tanto que se realice interpretación alguna por el Consejo Directivo.

V. RECOMENDACIONES

120. Se recomienda que se eleve el presente Informe, para consideración y aprobación del Consejo Directivo de OSITRAN, y en consecuencia, se declare que no existe cláusula oscura u ambigua en el Contrato de Concesión, que requiera ser interpretada por el Consejo Directivo a efectos de hacer posible su aplicación, respecto de los siguientes aspectos: i) el concepto de "Acceso" a las estaciones contemplado como causal de optimización de los EDIs, ii) las normas aplicables al diseño de estructuras subterráneas y los supuestos contemplados en el Apéndice 3 del Anexo 6, iii) el alcance de la Propuesta Técnica en los EDI de la Etapa 1A y en las demás etapas de la fase constructiva y, iv) el alcance del numeral 3.1.4 del Anexo 6, referido a la Altimetría.
121. Disponer que la Gerencia General notifique el presente Informe al Consorcio Supervisor y le exija que dé cumplimiento al mismo, a los pronunciamientos emitidos por los órganos de OSITRAN en el marco de sus competencias, así como a todas las obligaciones pactadas en el Contrato de Supervisión, bajo apercibimiento de activar los mecanismos legales previstos en el referido Contrato de Supervisión.

Atentamente


FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA
Gerente de Supervisión y Fiscalización


JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Jurídica

Reg.Sal. 19318-16