

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

N° 007 -2006-CD-OSITRAN

Lima, 09 de febrero de 2006

Vistos:

El Informe N° 066-05-GAL-OSITRAN; el Informe N° 298-05-GS-OSITRAN; el Informe elaborado por el Estudio Bullard, Falla, Ezcurra & Rivarola Abogados remitido mediante Carta N° 533-2005-BFER/cc, ampliado mediante Carta N° 020-2005-BFER-cf; y, el proyecto de Resolución de Consejo Directivo presentados por la Gerencia General; y,

Considerando:

Que mediante Memorando N° 141-05-GS2-OSITRAN de fecha 16 de setiembre de 2005 la Gerencia de Supervisión solicitó opinión a la Gerencia de Asesoría Legal respecto a si OSITRAN cuenta o no con facultades para solicitar a la empresa concesionaria Norvial S.A. los costos y metrados reales de las obras que se vienen ejecutando en la concesión a su cargo;

Que, mediante Informe N° 066-05-GAL-OSITRAN de fecha 10 de octubre de 2005 la Gerencia de Asesoría Legal emite opinión señalando que OSITRAN no cuenta con dichas competencias, sobre la base de lo establecido en el Contrato de Concesión;

Que, mediante Informe N° 298-05-GS-OSITRAN de fecha 14 de noviembre de 2005 la Gerencia de Supervisión elaboró un informe sobre el particular dirigido a la Gerencia General, concluyendo que la facultad de solicitar tal información estaría incluida en los Expedientes Técnicos que la Concesionaria presente. En consideración a ello, y a lo opinado por Gerencia de Asesoría Legal, se recomendó proponer al Consejo Directivo la materia en cuestión a fin de que interprete que dicha información es necesaria para la labor de la Gerencia de Supervisión y que, por lo tanto, OSITRAN pueda exigirla al Concesionario;

Que, en la Sesión N° 191-2005-CD de fecha 23 de noviembre de 2005, el Consejo Directivo tomó conocimiento de los Informes de la Gerencia de Supervisión y de Asesoría Legal y, ante las discrepancias entre lo concluido en ambos documentos, solicitó la contratación de un consultor externo que analice y prepare un informe sobre el particular;

Que, mediante Carta N° 533-2005-BFER/cc de fecha 13 de diciembre de 2005 el Estudio Bullard, Falla, Ezcurra & Rivarola Abogados remite a OSITRAN el Informe solicitado, el cual fue ampliado mediante Carta N° 020-2005-BFER-cf de fecha 9 de enero de 2006;

Que, de la revisión de los informes presentados, el Consejo Directivo aprueba el Informe N° 066-05-GAL-OSITRAN elaborado por la Gerencia de Asesoría Legal, incorporándolo a la parte considerativa de la presente Resolución;

Que en consecuencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 7.1, literal e) de la Ley N° 26917, que faculta a OSITRAN interpretar los títulos en virtud de los cuales las entidades prestadoras realizan sus actividades de explotación; y, estando a lo acordado por el Consejo Directivo, en su sesión de fecha 08 de febrero de 2006;

SE RESUELVE:

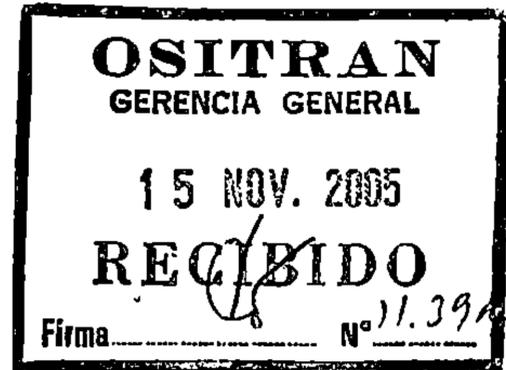
Artículo 1.- Interpretar que, sobre la base de lo establecido en el Contrato de Concesión suscrito con Norvial S.A., no existe obligación para que OSITRAN le requiera la información específica sobre metrados y costos unitarios relacionados con las obras ejecutadas o por ejecutar.

Artículo 2.- Notificar a la empresa Norvial S.A. y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en calidad de Concesionario y Concedente, respectivamente, la presente resolución, y el Informe N° 066-05-GAL-OSITRAN.

Artículo 3.- Autorizar la publicación de la presente Resolución en la página web institucional, así como el Informe N° 066-05-GAL-OSITRAN (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ALEJANDRO CHANG CHIANG
Presidente

INFORME N° 298-05-GS-OSITRAN

A : Jorge Alfaro Martijena
Gerente General

Asunto : Costos Unitarios NORVIAL

Fecha : 14 de noviembre de 2005

1. OBJETO

Evaluar la necesidad y el derecho que le asiste a OSITRAN, como organismo supervisor de la infraestructura de la red vial nacional concesionada, de contar con los metrados y precios unitarios de las obras que se vayan ejecutando en la concesión de la Red Vial N° 5 : Ancón-Huacho-Pativilca

2. ANTECEDENTES

- El Contrato de Concesión del tramo Ancón-Huacho-Pativilca fue firmado el 15 de enero de 2003, con el objeto de construir, mantener y explotar dicha infraestructura de servicio público.
- Las labores de construcción se realizarían en dos Etapas y de acuerdo a lo señalado en la cláusula 6.1; el monto de inversión proyectada referencial para la Primera Etapa asciende a un total de US\$ 26,400,000.00 y el monto de la inversión proyectada referencial para la Segunda Etapa asciende a un total de US\$ 35,000,000.00

Las obras de la Primera Etapa se dividen en: i) Tramo 1, entre Huacho y Primavera (14.440 Km.), ii) Tramo 2, entre Primavera y Dv. Ambar (23.360 Km.) y iii) Tramo 3, entre Dv. Ambar y Pativilca (19.460 Km.)

- Por otro lado, de acuerdo a lo señalado en la cláusula 6.2 la empresa concesionaria puede ejecutar las obras según lo señalado en el Expediente Técnico del Contrato o proponer modificaciones al mismo.

La cláusula 1.5 del Contrato de Concesión, define como Expediente Técnico: al conjunto de estudios e informes de carácter técnico constituido por: i) el estudio definitivo de ingeniería e impacto ambiental elaborado por la Asociación Alpha Consult S.A. -AYESA, el cual incluye el presupuesto de las obras, con sus costos unitarios, ii) estudio de la variante Huacho, elaborado por el MTC, iii) estudio de canteras, elaborado por el Ing. José Velásquez, iv) estudio de comprobación del estudio definitivo de suelos y pavimentos, elaborado por el Ing. José Velásquez, v) estudio de demanda, elaborado por Badalsa, vi) Estudio de impacto ambiental, elaborado por Geoconsult S.A. y vii) auditoría de seguridad vial, elaborada por el Danish Road Directorate.



La empresa concesionaria NORVIAL presentó anteproyectos de modificación al Expediente Técnico aprobados durante el Proceso Licitatorio y cuya Ingeniería de Detalle, aprobada por OSITRAN, no incluyó los metrados y precios unitarios de las partidas modificadas. Señalando Norvial, ante el requerimiento del Supervisor, según carta NOR-449-04 que se estaba cumpliendo con lo señalado en la cláusula 6.2.

Posteriormente, la empresa concesionaria solicitó la modificación al Expediente Técnico, en la parte correspondiente a las obras del Tramo 2, este Expediente fue encontrado conforme por OSITRAN, pero se solicitó adicionalmente con oficio N° 545-05-GS-OSITRAN la presentación del presupuesto de obra (metrados y precios unitarios).

Al respecto, NORVIAL con carta NOR609-05 del 31 de Agosto de 2005, señala que el Expediente Técnico elaborado por la empresa Alpha Consult Ayesa y que sirvió de base para el proceso licitatorio, contiene el presupuesto de construcción de obra, por lo que no es procedente que NORVIAL presente otro al ya existente, ya que no tendría validez contractual, más aún no podría ser utilizado como elemento de comparación.

- Adicionalmente, la empresa concesionaria NORVIAL presentó una solicitud de reconocimiento de inversiones. Sobre este punto, en reuniones de trabajo OSITRAN señaló a NORVIAL que debía de presentar los presupuestos de las inversiones que solicitaban reconocer. Este proyecto de reconocimiento de inversiones no prosperó debido a que NORVIAL no aceptó presentar sus costos.

Posteriormente NORVIAL ha solicitado que las inversiones solo sean calificadas, es decir indicando si corresponden a bienes reversibles o a bienes no reversibles y sin pronunciamiento sobre el monto invertido. Asimismo, la empresa concesionaria ha presentado un desistimiento de las solicitudes de reconocimiento de inversiones formuladas, señalando sin embargo, que no se están desistiendo de un posterior reconocimiento de inversiones.

- La cláusula 1.5 del Contrato de Concesión define como Informe de Avance de Obras: al documento que elaborará la Sociedad Concesionaria mensualmente, mediante el cual dejará constancia de las obras construidas, rehabilitadas o mejoradas y el monto invertido durante el período de construcción. La declaración de avance de obra deberá contener los resultados obtenidos de los controles de calidad efectuados respecto de las obras ejecutadas.

Al respecto, en reuniones de trabajo, NORVIAL ha señalado que no es su obligación entregar la información solicitada (metrados y precios unitarios), señalando que el monto invertido puede ser apreciado en los Estados Financieros, que remite mensualmente.

- Por todo lo expuesto anteriormente, la Gerencia de Supervisión remitió a la Gerencia de Asesoría Legal el memorando N° 141-05-GS-OSITRAN, del 16 de setiembre 2005, solicitando opinión sobre la competencia de OSITRAN para solicitar costos de la obra a la empresa concesionaria NORVIAL, obteniendo como respuesta el informe N° 066-05-GAL-OSITRAN del 10 de octubre 2005, el cual concluye lo siguiente:



- 1) La actuación de entidades conformantes de la Administración Pública como OSITRAN, se rigen bajo el principio de legalidad para el ejercicio de sus funciones y competencias. Dicho principio supone cumplir que las entidades cumplan con aspectos formales, sustantivos y sobre la base de los fines previstos por el ordenamiento jurídico.
- 2) El requerimiento de información sobre costos y metrados reales está relacionado con las obras cuya construcción se deriva de las obligaciones contenidas en el Contrato de Concesión. Tales obligaciones –la construcción de las obras- es materia de supervisión por parte de OSITRAN.
- 3) La información sobre costos y metrados de las obras va a determinar que se cuente con el detalle de los montos invertidos en las mismas, mientras que el Contrato de Concesión no ha establecido las obligaciones de construcción sobre la base de montos de inversión (que son referenciales) sino sobre las características contenidas en el expediente técnico.
- 4) No existiendo de parte de la empresa concesionaria obligación de invertir montos determinados en las obras, ni que dicha información sea necesaria para el ejercicio de funciones de parte de OSITRAN respecto de dicha concesión, no encontramos sustento jurídico para justificar su requerimiento.

3. ANALISIS

El Contrato de Concesión establece:

- *Cláusula 1.5.- "Define como Supervisor: a OSITRAN. cuyas disposiciones (reglamentos, directivas de carácter general y normas de carácter particular) son de observancia y cumplimiento obligatorio por el Concesionario."¹*

Esto permite que aún cuando no esté explícitamente establecido en el Contrato de Concesión, OSITRAN pueda solicitar información que considere relevante para su labor supervisora,

- *Cláusula 6.2.- "La Sociedad Concesionaria declara haber recibido el Expediente Técnico, el mismo que conoce en toda su extensión y detalle...."*

Si La Sociedad Concesionaria ha presentado anteproyectos de modificación de los diseños constructivos finales previstos en el estudio de ingeniería definitivo e impacto ambiental integrantes del Expediente Técnico entregado en la Licitación y los mismos han sido declarados técnicamente aceptables por COPRI en dicho procedimiento, la Sociedad Concesionaria deberá presentar ante el Supervisor para su aprobación, en forma completa, el proyecto de ingeniería de detalle...."

En los proyectos de ingeniería, cuando se hace mención a un proyecto de ingeniería de detalle en forma completa, se está refiriendo al expediente técnico que incluye, además de la memoria descriptiva, planos, especificaciones técnicas, los metrados, precios unitarios, etc. En ingeniería no se concibe un expediente de ingeniería de detalle sin metrados, precios unitarios y presupuesto.

¹ El subrayado en el resto del documento, es nuestro.



- 100
- *Cláusula 6.3.-“ La Sociedad Concesionaria se obliga a mantener en sus oficinas de las obras, un Libro de Obra.... En dicho Libro de Obra se anotarán.... los materiales que se estén empleando o se pretendan emplear, los defectos, errores y omisiones encontrados, las consultas formuladas, las observaciones, decisiones y pronunciamientos del Supervisor, los informes de avance, las mediciones de cantidad de obra y cumplimiento del calendario de avance así como los eventos que lo afectan....”*

Cláusula 6.6.-“ la Sociedad Concesionaria deberá presentar al Supervisor un calendario de ejecución de obras que incluya todas las partidas relativas a la construcción ... con sus respectivas mediciones.”

Se entiende que el espíritu de estas cláusulas es el conocer a detalle la calidad y el avance que se tiene en cada partida que conforma la obra, así como su grado de avance con respecto a la cantidad de obra ejecutada y a los montos invertidos.

- *Cláusula 14.16 del Contrato de Concesión (incorporada en Addenda N° 1).- “Las partes acuerdan que en el caso de resolución del presente contrato y/o caducidad de la concesión, El Concedente, previa opinión del Supervisor, deberá pagar a los Acreedores Permitidos un monto igual a la suma que la Sociedad Concesionaria adeuda a los Acreedores Permitidos conforme a los términos del Endeudamiento Garantizado Permitido, informados o aprobados por El Concedente, según sea el caso.*

Si el Concedente es quien asume el endeudamiento a la caducidad de la Concesión, es necesario, como una manera de salvaguardar los intereses del Estado, que OSITRAN tenga acceso a los documentos técnicos que validan los montos de dicho endeudamiento, es decir, al Expediente Técnico completo.

El Reglamento de Supervisión de OSITRAN establece:

- *Artículo 2°, g) Función supervisora: En la que permite a OSITRAN verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales, técnicas o administrativas....*

Se considera que dentro del término “obligaciones técnicas”, se incluye la supervisión de la ejecución de las obras conforme a un expediente técnico completo, que incluye los metrados, precios unitarios y presupuesto, por lo que debería proceder su supervisión.

- *Artículo 6°, c) De las materias de supervisión en inversiones: Se refiere a la verificación del cumplimiento de obligaciones vinculadas al desarrollo de proyectos para la construcción y rehabilitación de la infraestructura y ejecución de las obras relacionadas a la ITUP, tales como:*

1. Los expedientes técnicos
2. La construcción

....

Igualmente, se considera que dentro de las materias de supervisión en inversiones, se encuentra incluida supervisión de la construcción de obras de



acuerdo a los expedientes técnicos, estando éstos conformados por la memoria descriptiva, planos, especificaciones técnicas, metrados, precios unitarios, etc.

- **Artículo 13.- Facultades supervisoras de OSITRAN**
Para realizar las actividades de supervisión, se cuenta con las siguientes facultades:

....

2. Requerir la información y documentación que permita verificar el cumplimiento de sus obligaciones, la cual será proporcionada dentro de los plazos, condiciones y forma que se establezca.

....

Esta facultad, así como la establecida en la cláusula 1.5 del Contrato de Concesión, permite a OSITRAN solicitar la información concerniente a la ejecución de las obras, incluyendo la totalidad de los documentos que conforman un expediente técnico.

- **Artículo 22°.- Supervisión de inversiones**
En los casos que el contrato de concesión considere la ejecución de inversiones:
 - a) *Verificar la presentación oportuna de los planes y Expedientes Técnicos;*
 - c) *Evaluar los planes de inversiones y aprobar los presupuestos de acuerdo a los contratos de concesión*
 - f) *Verificar las inversiones ejecutadas en forma física y documentada.*

Este artículo, como los anteriores, refuerza lo solicitado por la Gerencia de Supervisión.

El Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN establece:

- **Artículo 3°.- Definiciones. Expediente Técnico de Obras:** *El conjunto de documentos que comprende: memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrados, presupuesto, valor referencial, análisis de precios y fórmulas polinómicas y si el caso lo requiere, estudio de suelos, geológico, de impacto ambiental u otros complementarios.*

Consideramos que esta definición de Expediente Técnico cierra la diferencia de opinión que se tiene con el Concesionario al respecto.

4. CONCLUSIONES

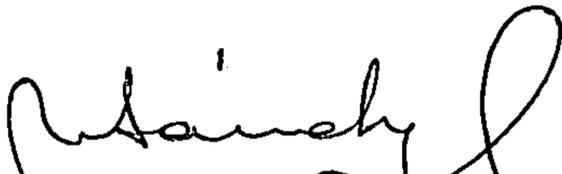
- OSITRAN debe contar, para la aprobación de los Expedientes Técnicos que se presenten, con los metrados, costos unitarios y presupuesto de las obras que está ejecutando la empresa concesionaria NORVIAL.

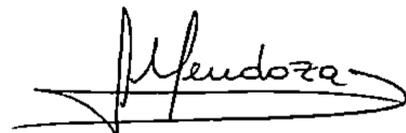
Si bien, el Contrato de Concesión no señala de manera explícita la obligación de entregar los costos y el presupuesto de las obras de la concesión, OSITRAN debe verificar que se cuente con los expedientes de las obras completos, además debe valorizar las observaciones que se encuentren al momento de recepción de las obras y opinar sobre los montos invertidos, previniendo que la deuda adquirida para la construcción pueda terminar siendo asumida por el Concedente y este tenga que pagar a los Acreedores Permitidos en caso se produzca la resolución y caducidad del Contrato de Concesión.



5. RECOMENDACIONES

- Considerando que la Gerencia de Asesoría Legal no ha encontrado sustento jurídico para justificar el requerimiento de los costos unitarios a la empresa concesionaria NORVIAL, se recomienda que el Consejo Directivo de OSITRAN interprete que esta información es necesaria para la labor de la Gerencia de Supervisión y por lo tanto OSITRAN puede exigirla al Concesionario.


WALTER SANCHEZ ESPINOZA
Gerente de Supervisión (e)


JUDITH MENDOZA ROSAS
Supervisor de Inversiones

Sol. 8719



INFORME N° 066-05-GAL-OSITRAN

Para : Walter Sánchez Espinoza
Gerente de Supervisión (e)

c.c. : Alejandro Chang Chiang
Presidente

Jorge Alfaro Martijena
Gerente General

Asunto : Competencia de OSITRAN para solicitar costos y metrados de obra a la empresa concesionaria NORVIAL S.A.

Referencia : Memorando N° 141-05-GS2-OSITRAN

Fecha : 10 de octubre de 2005

I. ANTECEDENTES:

Mediante el memorando de la referencia, la Gerencia de Supervisión solicita opinión a esta Gerencia respecto de si OSITRAN cuenta o no con facultades para solicitar a la empresa concesionaria Norvial S.A. los costos y metrados reales de las obras que se vienen ejecutando en la concesión a su cargo.

II. OBJETO DEL PRESENTE INFORME:

El objeto del presente informe es emitir opinión legal respecto de la competencia de OSITRAN para requerir a la empresa concesionaria los costos y metrados reales de las obras ejecutadas y por ejecutar en la concesión de la Red Vial N° 5.

III. ANÁLISIS

1. A efecto de realizar el análisis correspondiente, debe tomarse como punto de partida el Contrato de Concesión suscrito por Norvial S.A. con el Estado Peruano, en atención a que el ejercicio de las facultades de OSITRAN respecto del referido concesionario deben enmarcarse en el cumplimiento de las obligaciones contractualmente asumidas.
2. Así, en lo que a obras se refiere, la cláusula 6.1 del Contrato de Concesión detalla las obras a construir para cada una de las dos etapas, señalando sus párrafos segundo y cuarto montos de inversión referencial para cada una de ellas¹. El carácter referencial de este monto determina que no exista obligación



¹ El segundo párrafo de esta cláusula establece: "El monto de la Inversión Proyectada Referencial para dicha etapa asciende a un total de US\$ 26 400 000,00 (Veintiséis millones cuatrocientos mil con 00/100 dólares de los Estados Unidos de América)". Por su parte, el cuarto párrafo señala que: "El monto de la Inversión

de parte de la empresa concesionaria a cumplir con un monto determinado de inversión².

3. Sin perjuicio de lo previamente señalado, es importante tener presente lo establecido en el último párrafo de esta cláusula y que permite apreciar el alcance de las obligaciones de construcción del concesionario:

La ejecución de las labores a que se ha hecho referencia en el párrafo anterior, se efectuará siguiendo el criterio por etapas propuesto en la presente Cláusula, y según los diseños definitivos que presente la SOCIEDAD CONCESIONARIA o de acuerdo con el Estudio Definitivo de Ingeniería en caso que la SOCIEDAD CONCESIONARIA decida utilizar el Expediente a su propia cuenta y riesgo como se estipula en el numeral 6.2.³

4. Adicionalmente, debe considerarse que en el esquema de esta concesión los montos de inversión tampoco tienen efecto sobre el régimen tarifario (peajes) ni sobre su reajuste, tal como se puede apreciar a partir de lo establecido por la cláusula 8.17.
5. Como consecuencia de lo señalado, los costos y metrados reales, en tanto información que refleja el monto invertido en la obra, no son elementos que deban ser verificados como parte del cumplimiento de las obligaciones de construcción a cargo de la empresa concesionaria.
6. De igual manera, es necesario ser concientes que el esquema de la concesión ha sido diseñado de tal manera que el Estado no ha considerado relevante contar con montos específicos de inversión sino con obras que se realicen de acuerdo a ciertas especificaciones técnicas y que cumplan con estándares de servicio previamente definidos.
7. En tal sentido, las funciones de OSITRAN deben orientarse únicamente a supervisar el cumplimiento de tales especificaciones y estándares, y no a aspectos ajenos a las obligaciones contractuales como es el caso del detalle de los montos de inversión realizados.
8. Otro aspecto que podría relacionarse con este pedido de información sobre costos y metrados de las obras es el relacionado con el financiamiento de las mismas. En efecto, podría pensarse que es necesario contar con dicha información en la medida en que si la empresa concesionaria abandonara la relación de concesión (como producto de la resolución del contrato o caducidad de la concesión) tales montos de inversión podrían ser necesarios para la realización de pagos y compensaciones previstos (liquidación del contrato) o relevantes respecto de la deuda que asumiría el Estado ante los acreedores permitidos que financiaron la obra.
9. Con relación con la liquidación del contrato por la caducidad de la concesión, las cláusulas 14.10 a 14.14 establecen los aspectos a considerar para proceder a la referida liquidación sin que ninguno de éstos se encuentre relacionado con el



Proyectada Referencial para dicha etapa asciende a un total de US\$ 35 000 000,00 (Treinta y Cinco Millones con 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América)."

² En relación con las obras ya ejecutadas, las cláusulas 6.17, 7.2 y 7.3 del Contrato de Concesión han establecido como obligación de la empresa concesionaria mantener una serie de estándares de servicio.

³ La cláusula 6.2 está referida al expediente técnico, documento que por definición las especificaciones técnicas de las obras a ejecutar.

detalle de los costos y metrados de las obras. En consecuencia, esta situación tampoco puede justificar su requerimiento.

10. De otra parte, en relación con la deuda que asumiría el Estado ante los acreedores permitidos, es importante señalar que dicha deuda es configurada por el propio Contrato de Concesión como destinada a ser invertida en el tramo concesionado, según se establece en la definición de "endeudamiento garantizado permitido" que aparece en la cláusula 1.5. Por su parte, similar previsión contractual es prevista en los contratos de crédito suscritos por Norvial S.A. con las entidades multilaterales en el marco del endeudamiento antes referido, en los que se prevé que el financiamiento estará destinado a la ejecución de las obras en cumplimiento de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión.
11. Respecto de la deuda que el Estado eventualmente asumiría en caso de resolución del contrato o caducidad de la concesión, la cláusula 14.16 establece que en estos supuestos el Concedente deberá pagar a los Acreedores Permitidos un monto igual a la suma que la empresa concesionaria les adeude por concepto del endeudamiento garantizado permitido que hubiese sido oportunamente comunicado o aprobado. En tal sentido, el detalle de los costos y metrados de las obras que hubiesen sido ejecutados tampoco tiene relevancia en relación con esta obligación del Estado.
12. En consecuencia, desde la perspectiva de la relación contractual de concesión no encontramos razones que justifiquen el requerimiento de información sobre la base de que ésta sea necesaria para que OSITRAN cumpla con sus obligaciones respecto de esta concesión en particular.
13. De otra parte, no debe olvidarse que uno de los aspectos a considerar es que OSITRAN, como entidad perteneciente a la Administración Pública, rige su accionar sobre la base del principio de legalidad.
14. Este principio ha sido recogido por el artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, que establece lo siguiente:
 - 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.*
15. Este principio, también llamado principio de juridicidad o de vinculación positiva de la administración a la ley, está orientado a que el ejercicio de potestades públicas encuentre sustento en la ley o, de manera más precisa, en el ordenamiento jurídico. Dicho principio está orientado a limitar el ejercicio del poder debiendo existir una atribución expresa de facultades o poderes a Administración Pública para que estos puedan ser ejercidos.
16. Bajo esta perspectiva no es jurídicamente válido entender que una entidad pública cuenta con facultades implícitas que no estén dentro de la cobertura necesaria de la norma legal correspondiente o que éstas no se ejerzan dentro de los parámetros establecidos legalmente.



17. Al respecto, Juan Carlos Morón, comentando la norma anteriormente citada, señala que el principio de legalidad está constituido por una serie de elementos orientados a un adecuado ejercicio del poder:

El principio de legalidad se desdobra por otra parte, en tres elementos esenciales e indisolubles: la legalidad formal, que exige el sometimiento al procedimiento y a las formas; la legalidad sustantiva, referente al contenido de las materias que se son atribuidas, constitutivas de sus propios límites de actuación; y la legalidad teleológica, que obliga al cumplimiento de los fines que el legislador estableció, en forma tal que la actividad administrativa es una actividad funcional⁴

18. Para efecto del presente informe, es relevante el elemento denominado "teleológico", es decir, el ejercicio de la competencia debe orientarse a ciertas finalidades previamente establecidas por ley. Este elemento ciertamente ha sido recogido de manera expresa por el principio de legalidad antes citado cuando se establece que las funciones otorgadas a una entidad de la Administración Pública deben ser realizadas "de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas".
19. Con la finalidad de evaluar la posibilidad de que OSITRAN pueda, en ejercicio de sus competencias, requerir los costos y metrados reales de la obra a construir o construida por la empresa concesionaria en la concesión a su cargo, es necesario poner en contexto tal requerimiento a la luz de las normas que le otorgan la competencia administrativa.
20. Tratándose de información sobre obras ejecutadas o por ejecutar en la concesión, no debe perderse la perspectiva que: (i) la construcción de las obras se origina en obligaciones contenidas en el Contrato de Concesión, motivo por el cual el requerimiento de información debería –en principio– estar relacionado con la supervisión en el cumplimiento de tales obligaciones; y, (ii) que, en defecto de lo anterior, dicho requerimiento debe estar orientado a que OSITRAN cumpla algún fin específico, no siendo legalmente aceptable que se requiera información sin ningún propósito que se enmarque en sus competencias respecto de dicho contrato de concesión (celebrado por el Estado con Norvial S.A.) o del desarrollo mismo de dicha concesión.
21. Lo mencionado en el numeral anterior es importante en la medida en que debe evitarse requerir dicha información sobre la base de la idea de que el Regulador simplemente "debería saber", es decir, sin una utilidad específica en el cumplimiento de sus funciones respecto de la concesión a cargo de Norvial S.A.
22. No puede sostenerse válidamente el ejercicio de poderes públicos que se sustente en sí mismo y no en fines de interés público que, en el presente caso, deben estar enmarcados en la correcta ejecución del Contrato de Concesión. Dicha situación implicaría que OSITRAN pudiera ejercer sus funciones sin una finalidad concreta, lo que en términos reales constituiría una contravención directa al principio de legalidad antes enunciado.
23. En el ámbito normativo existen disposiciones legales que otorgan competencia o facultades a OSITRAN para velar por el cumplimiento de las obligaciones del Contrato de Concesión que, como decíamos, son las que dan origen a las obras cuyos costos serían objeto de requerimiento. En efecto, la ley de creación de



⁴ Morón Urbina, Juan Carlos, *Comentarios. Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2001, Pág. 27.

OSITRAN (Ley N° 26917) contempla las siguientes normas relevantes para el presente análisis:

Artículo 3.- Misión de OSITRAN

3.1. La misión de OSITRAN es regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras, así como, el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios; en el marco de las políticas y normas que dicta el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, a fin de garantizar la eficiencia en la explotación de la estructura bajo su ámbito.
(...)

Artículo 5.- Objetivos

OSITRAN tiene los siguientes objetivos:

- a) Velar por el cabal cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de concesión vinculados a la infraestructura pública nacional de transporte.
(...)

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.
(...)

24. A partir de las normas antes citadas, queda en evidencia que este requerimiento de información estaría dirigido a la concesionaria Norvial S.A. y está sustentado en el ejercicio de funciones de parte de OSITRAN hacia dicha concesión. En este punto entonces cabe recordar lo señalado previamente en el sentido que ni el marco general de la concesión, ni las obligaciones específicas del concesionario han sido diseñadas en términos de información detallada de costos o metrados de obra.

25. En tal sentido, en la medida en que el requerimiento de información se enmarca en el ejercicio de las facultades contenidas las normas previamente citadas (en relación con el cumplimiento de las obligaciones del concesionario), no puede considerársele como legalmente válido por carecer de finalidad vinculada con el rol de OSITRAN respecto de dicha concesión.

IV. CONCLUSIONES:

1. La actuación de entidades conformantes de la Administración Pública como OSITRAN, se rigen bajo el principio de legalidad para el ejercicio de sus funciones y competencias. Dicho principio supone cumplir que las entidades cumplan con aspectos formales, sustantivos y sobre la base de los fines previstos por el ordenamiento jurídico.
2. El requerimiento de información sobre costos y metrados reales está relacionado con las obras cuya construcción se deriva de las obligaciones contenidas en el Contrato de Concesión. Tales obligaciones –la construcción de las obras- es materia de supervisión de parte de OSITRAN.
3. La información sobre costos y metrados de las obras va a determinar que se cuente con el detalle de los montos invertidos en las mismas, mientras que el Contrato de Concesión no ha establecido las obligaciones de construcción sobre



la base de montos de inversión (que son referenciales) sino sobre las características contenidas en el expediente técnico.

4. No existiendo de parte de la empresa concesionaria obligación de invertir montos determinados en las obras, ni que dicha información sea necesaria para el ejercicio de funciones de parte de OSITRAN respecto de dicha concesión, no encontramos sustento jurídico que para justificar su requerimiento.

Atentamente,

Felix Vasi Z.

FELIX VASI ZEVALLOS
Gerente de Asesoría Legal

JM/gsg
REG.SAL-GAL-05-7629