



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 024-2016-CD-OSITRAN

Lima, 22 de abril de 2016

VISTOS:

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

CONSIDERANDO:

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

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

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

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

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





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

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

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

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

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

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

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

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

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



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



Que, luego de revisar y discutir el Informe de vistos, el Consejo Directivo manifiesta su conformidad con los fundamentos y conclusiones de dicho Informe, razón por la cual lo hace suyo y lo constituye como parte integrante de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 6.2 del artículo 6 de la Ley Nº 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General;

Por lo expuesto, de conformidad con la Ley de Creación de OSITRAN, Ley Nº 26917, el Reglamento General de OSITRAN, aprobado por el Decreto Supremo Nº 044-2006-PCM y sus modificatorias, el Acuerdo Nº 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 Nº 584-16-CD-OSITRAN;

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- Dispone de oficio, que se notifique el Informe Nº 024-2016-GSF-GAJ-OSITRAN y los antecedentes respectivos al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a la Empresa Metro de Lima Línea 2 S.A. y a PROINVERSIÓN, para que en un plazo de diez (10) días hábiles contados a partir de la notificación, remitan su posición a OSITRAN, a efectos de que el Regulador determine si ejercerá de oficio su facultad de interpretación de las cláusulas del Contrato de Concesión materia de dicho Informe.

Artículo 2º.- Notificar la presente Resolución, el Informe Nº 024-2016-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN y sus antecedentes al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a la Empresa Metro de Lima Línea 2 S.A. y a PROINVERSIÓN.





PERÚ


Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

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

Regístrese y comuníquese,


PATRICIA BENAVENTE DONAYRE
Presidente del Consejo Directivo



Reg. Sal. 14608

INFORME N° 024-16-GSF-GAJ-OSITRAN

A : **OBED CHUQUIHUAYTA ARIAS**
Gerente General

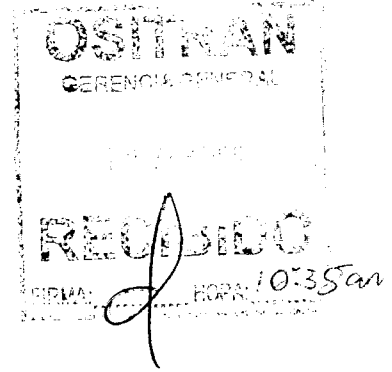
De : **FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA**
Gerente de Supervisión y Fiscalización

JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Jurídica

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

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

Fecha : 18 de abril de 2016

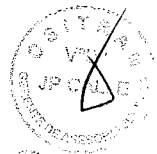


I. OBJETIVO

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

II. ANTECEDENTES

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



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

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

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

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

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

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



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

III. ANÁLISIS

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

A. Marco jurídico de la interpretación del Contrato de Concesión

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

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

² **Ley N° 26917.- "Artículo 7.- Funciones**

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

(...)

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

(...)"

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

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

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

B. Evaluación de la solicitud presentada por el Consorcio Supervisor

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

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

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

"Estudios Definitivos de Ingenierías (EDIs)

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

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

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

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

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

"Artículo 7.- Funciones

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

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

(...)"

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"Artículo 67.- Delegación de competencia

(...)

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

(...)"

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

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

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

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

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

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

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

[El subrayado y resaltado es agregado].

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"Regulador

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

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

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