



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Oficio N° 032-13-SCD-OSITRAN

Lima, 18 de octubre de 2013

Señor

JAVIER ILLESCAS

Director Ejecutivo

PROINVERSIÓN

Av. Enrique Canaval y Moreyra N° 150, Piso 9

San Isidro



Referencia: Emitir opinión técnica sobre la versión final del Contrato de Concesión del Proyecto Línea 2 y Ramal Av. Faucett – Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao de fecha 16 de octubre de 2013

De mi consideración:

Es grato dirigirme a usted, para comunicarle que en Sesión Ordinaria de Consejo Directivo N° 478-13-CD-OSITRAN, de fecha 18 de octubre de 2013, el Consejo Directivo de OSITRAN, adoptó el Acuerdo N° 1633-478-13-CD-OSITRAN, mediante el cual se aprueba el informe N° 038-13-GRE-GS-GAL-OSITRAN el cual emite opinión respecto al asunto de la referencia.

Al respecto, remito a usted copia certificada del referido Acuerdo, así como también copia del Informe N° 038-13-GRE-GS-GAL-OSITRAN, para su conocimiento.

Atentamente;


JEAN PAUL CALLE CASUSOL

Secretario Técnico del Consejo Directivo

AFernández-mg
Reg. Sal SCD No. 29831-13
HR No. 29733-13



OSITRAN

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO



**PERÚ**Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN**ACUERDO N° 1633-478 -13-CD-OSITRAN***de fecha 18 de octubre de 2013*

Vistos el Informe N° 038-13-GRE-GS-GAL-OSITRAN, el Oficio N° 306-2013-PROINVERSION-DE, mediante el cual PROINVERSIÓN remitió a OSITRAN la Versión Final del Proyecto de Contrato de Concesión de la Línea 2 y Ramal Av. Faucett – Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao; y, según lo informado por el Gerente General; el Consejo Directivo de OSITRAN, de conformidad con lo establecido en la Ley N° 27332 y el Artículo 37° del Decreto Supremo N° 044-2007-PCM, modificado por el Decreto Supremo N° 057-2006-PCM, así como en lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 146-2008-EF, acordó por unanimidad:

- a) Emitir opinión favorable a la Versión Final del Contrato de Concesión de la Línea 2 y Ramal Av. Faucett – Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao, sujeta a que se corrija los errores materiales y de concordancia indicados en el punto V.5.3. del Informe N° 038-13-GRE-GS-GAL-OSITRAN, cuyo contenido queda aprobado a través del presente Acuerdo.
- b) Notificar a PROINVERSIÓN el presente Acuerdo, así como copia del Informe N° 038-13-GRE-GS-GAL-OSITRAN.
- c) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del Acta.

CERTIFICO: Que la presente copia es fiel de su original.



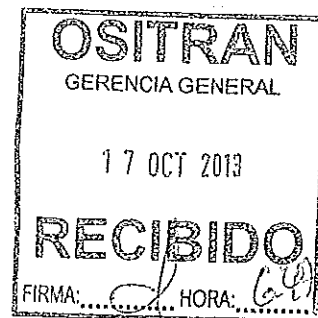
JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Secretario Técnico del Consejo Directivo

**OSITRAN**ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO

INFORME N° 038-13-GRE-GS-GAL-OSITRAN

Para : **WILLIAM BRYSON BUTRICA**
Gerente General (e)

De : **MANUEL CARRILLO BARNUEVO**
Gerente de Regulación



FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA
Gerente de Supervisión

JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Legal

Asunto : Opinión sobre la Versión Final del Contrato de Concesión del Proyecto Línea 2 y Ramal Av. Faucett – Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao de fecha 16 de octubre de 2013.

Fecha : 17 de octubre de 2013

I. OBJETO

1. Emitir opinión técnica sobre la Versión Final del Contrato de Concesión del Proyecto Línea 2 y Ramal Av. Faucett – Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao, remitida por PROINVERSION con fecha 16 de octubre de 2013.

II. ANTECEDENTES

2. Con el fin de participar en el proceso de coordinación interinstitucional convocado por PROINVERSION, desde el mes de enero del presente año el personal técnico de OSITRAN ha llevado a cabo reuniones de trabajo con funcionarios de las entidades públicas involucradas en el presente proyecto de inversión: PROINVERSIÓN, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, el Ministerio de Economía y Finanzas y la Autoridad Autónoma del Tren Eléctrico.
3. Asimismo, en diversas oportunidades, OSITRAN ha remitido a PROINVERSIÓN comentarios, observaciones y aportes, respecto de las distintas versiones de contrato, remitidas informalmente, en forma previa a la remisión formal de la Versión Final de Contrato, recibida por nuestra entidad el 16 de octubre de 2013. Así, se ha trabajado aportes respecto al primer proyecto de contrato, publicado el 20 de febrero de 2013; segundo proyecto de contrato publicado el 07 de agosto de 2013; tercer proyecto de contrato publicado el 6 de setiembre de 2013; así como de la versión de contrato publicada el 04 de octubre de 2013.

Dichos comentarios fueron enviados vía correo electrónico a PROINVERSIÓN, con la finalidad de coadyuvar a que la versión final del contrato de concesión, pueda ser una generada por el esfuerzo de cooperación interinstitucional, en cuyo marco hemos venido participando durante varios meses conjuntamente con dicha Institución y las entidades del Estado antes referidas.



4. Mediante Oficio N° 133-13-PD-OSITRAN, se remite a PROINVERSION la posición del Consejo Directivo de esta entidad, con relación al sustento técnico del 3.76% (del Presupuesto de Inversión) requerido por OISTRAN, con el fin de poder financiar la función de supervisión de los Estudios Definitivos de Ingeniería, las Inversiones Obligatorias, así como para la contratación del asesor Independiente de Seguridad. Al referido sustento se acompañó un cuadro comparativo elaborado por el Banco Mundial a solicitud de OSITRAN, el mismo que refiere los costos de supervisión en que se ha incurrido en algunos proyectos de inversión en sistemas de transporte masivo mediante Metros, en distintas partes del mundo.

Asimismo, se adjuntó el sustento técnico detallado de la necesidad de contar con el 1% adicional (de los ingresos del Concesionario), a ser incluido como obligación de pago mediante el Contrato de Concesión, para efectos de poder financiar la supervisión de la operación, mantenimiento y prestación del servicio durante toda la vigencia del Contrato, lo cual es una responsabilidad asignada a OSITRAN mediante Ley N° 27954; y, el propio proyecto de contrato de concesión.

Adicionalmente, se remitió adjunto el Informe Legal del Estudio Bullard, Falla & Ezcurra, que ratifica la posición legal expuesta por OSITRAN en las diversas reuniones de trabajo llevadas a cabo con el equipo técnico de PROINVERSIÓN y las demás entidades públicas involucradas en el Proyecto, en el sentido que no se requiere una nueva Ley para asignar el 1% adicional a OSITRAN para la supervisión de la prestación del Servicio; y, que es perfectamente válido incluirlo como obligación contractual de cargo del Concesionario.

Finalmente se adjuntó al referido oficio, un documento detallando algunos aportes de OSITRAN con relación a la versión de contrato remitida por PROINVERSIÓN vía correo electrónico de fecha 24 de setiembre de 2013.

Cabe señalar que todos los documentos antes detallados, fueron aprobados por el Consejo Directivo del OSITRAN, mediante Sesión Extraordinaria N° 475-13-CD-OSITRAN de fecha 29 de setiembre de 2013.

5. Mediante Oficio N° 137-13-PD-OSITRAN se remite a PROINVERSION el Informe N° 036-13-GRE-GS-GAL-OSITRAN, aprobado por el Consejo Directivo de OSITRAN, el mismo que amplía sustento del requerimiento de OSITRAN respecto al Pago Adicional por la supervisión de la prestación del Servicio, ambos documentos aprobados mediante Acuerdo N° 1629-476-13-CD-OSITRAN de fecha 04 de octubre de 2013.
6. Con fecha 9 de octubre de 2013, mediante Oficio N 306-2013/PROINVERSION/DE, la Agencia de Promoción de la Inversión Privada-PROINVERSION, solicita a OSITRAN opinión favorable respecto de la Versión Final (octubre de 2013) del Contrato de Concesión de la Línea 2 y Ramal Av. Faucett – Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao. Asimismo, se remitió el Informe sobre las tarifas presentado por el Consultor Integral del proyecto ante PROINVERSION.
7. Con fecha 9 de octubre de 2013, mediante Oficio N° 138-13-PD-OSITRAN, se requirió a PROINVERSION el modelo económico financiero de la Versión Final del Contrato de Concesión del Proyecto Línea 2 y Ramal Av. Faucett – Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao.
8. Con fecha 10 de octubre de 2013, mediante Oficio N° 312-2013/PROINVERSION/DE, PROINVERSION remitió a este Organismo Regulador el modelo económico financiero de



la Versión Final del Contrato de Concesión de la Línea 2 y Ramal Av. Faucett – Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao. Cabe señalar que no se adjuntó informe financiero de sustento.

9. Con fecha 10 de octubre de 2013, mediante Oficio N° 313-2013/PROINVERSION/DE, PROINVERSION solicitó la aclaración del Numeral 21 del Informe N° 036-13-GRE-GS-GAL.
10. Con fecha 11 de octubre a las 9 p.m., la Jefatura de Proyectos Ferroviarios de PROINVERSION envía a OSITRAN un correo electrónico mediante el cual remite la "versión corregida" del modelo económico financiero remitido formalmente a OSITRAN el miércoles 09 de octubre, sin que se adjunta el informe sustentatorio respectivo.
11. Con fecha 15 de octubre de 2013, mediante correo electrónico se remitió a PROINVERSIÓN las propuestas de modificación a la Versión Final de Contrato de fecha 09 de octubre de 2013, a fin de que las mismas puedan ser incorporadas en la versión final modificada.
12. Con fecha 16 de octubre, mediante Oficio N° 144-13-PD-OSITRAN y por encargo del Consejo Directivo de OSITRAN, se informa a PROINVERSION que la modificación efectuada por PROINVERSION el 11 de octubre, al modelo económico financiero recibido formalmente por OSITRAN con fecha 09 de octubre, implicaba una variación en la estructura de ingresos del Concesionario, que generaba que la base de cálculo sobre la cual se calcula el Aporte por Regulación, se modificaba sustancialmente, produciéndose una reducción importante que era perjudicial a la capacidad de OSITRAN para poder supervisar adecuadamente el contrato. En tal virtud, el Consejo Directivo de OSITRAN solicitó a PROINVERSION que el porcentaje sea corregido por PROINVERSION, debiendo ascender a 2,23% de la Retribución por Operación y Mantenimiento.
13. Con fecha 16 de octubre de 2013, la Jefatura de Proyectos Ferroviarios de PROINVERSIÓN mediante Oficio N° 46-2013/PROINVERSIÓN/DPI/SDGP/JPFE.03, remitió la modificación de la Versión Final del Contrato de Concesión del Proyecto Línea 2 y Ramal Av. Faucett – Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao, que reemplaza a la que fue remitida mediante Oficio N° 312-2013/PROINVERSION/DE; así como el informe de riesgos, la matriz de asignación de riesgos y el Informe financiero del Proyecto; a efectos de que OSITRAN emita opinión conforme a lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 146-2008-EF y sus modificatorias.

III. MARCO LEGAL

14. La competencia de un órgano administrativo comprende la esfera de atribuciones encomendadas por el ordenamiento jurídico a una entidad; por ende, contiene el conjunto de funciones y facultades que pueden ser ejercidas por la Administración. Así, de acuerdo al artículo 61° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), la competencia de las entidades tiene su fuente en la Constitución y en la Ley, y es reglamentada por las normas que de aquella se derivan.
15. El artículo 3° de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso (Ley de Creación de OSITRAN), establece que la misión de este 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.



Así, OSITRAN ejerce las funciones propias de la regulación económica que el sistema jurídico ha instaurado en los casos que existen monopolios naturales en la infraestructura de transporte de uso público, los cuales son considerados fallas del mercado.

16. Para tal efecto, el artículo 6° de la citada norma, concordado con el artículo 3° de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión privada en Servicios Públicos (en adelante la Ley Marco de los Organismos Reguladores), prevé que este tipo de entidades ejercen las funciones: a) Normativa, b) Reguladora, c) Supervisora, d) Fiscalizadora y Sancionadora, e) Solución de Controversias.
17. El numeral 3.2 del artículo 3° de la Ley Marco de los Organismos Reguladores, dispone de modo expreso que dichas funciones serán ejercidas con los alcances y limitaciones que se establezcan en sus respectivas leyes y reglamentos; por tal motivo, el alcance de las mismas no puede verse limitado por normas de distinta naturaleza, así como tampoco por un contrato de concesión.
18. Mediante la aprobación de la Ley N° 29754, se atribuyó a OSITRAN la competencia y función de supervisar de forma integral, 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 (lo que incluye todas sus líneas). Ello implica que, únicamente para el caso de la infraestructura de transporte de uso público que conforma el Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao; además de las funciones que le competen como Organismo Regulador, OSITRAN deberá ejercer la supervisión de la prestación del servicio al pasajero que se preste a través del Sistema de Tren Eléctrico.
19. El numeral 9.3 del artículo 9° del Decreto Legislativo N° 1012, que aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público – Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada (en adelante, Ley Marco de APP's), establece que el diseño final del contrato de Asociación Público-Privada, a cargo del Organismo Promotor de la Inversión Privada correspondiente, requerirá la opinión favorable de la entidad pública competente y del Ministerio de Economía y Finanzas, quienes emitirán opinión en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles respecto a las materias de su competencia; agregando que si no hubiera respuesta en dicho plazo, se entenderá que la opinión es favorable. Asimismo, establece que se requerirá la opinión del Organismo Regulador correspondiente, el que deberá emitirla únicamente dentro del mismo plazo, añadiendo que los informes y opiniones se formularán una sola vez por cada entidad, salvo que el Organismo Promotor de la Inversión Privada solicite informes y opiniones adicionales.
20. En ese mismo sentido, el numeral 9.5 establece que las modificaciones que se produzcan a la Versión Final del Contrato de Asociación Público-Privada, que impliquen cambios significativos en los parámetros económicos, incluyendo las garantías establecidas, durante la fase de promoción de la inversión o la implementación del proyecto de inversión, requerirá la opinión favorable de la entidad pública competente y del Ministerio de Economía y Finanzas, quienes emitirán opinión en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles respecto a las materias de su competencia, destacando que si no hubiera respuesta en dicho plazo, se entenderá que la opinión es favorable. Del mismo modo, la norma establece que se requerirá la opinión del Organismo Regulador, el que deberá emitirla únicamente dentro del mismo plazo; precisándose que los criterios operativos requeridos para su implementación serán establecidos en el Reglamento.
21. El artículo 11° del Reglamento de la Ley Marco de APP's, aprobado por Decreto Supremo N° 146-2008-EF, establece que la opinión del Regulador a que se refiere el numeral 9.3 de



la Ley Marco de APP's, se restringirá a los temas tarifarios, facilidades esenciales y calidad del servicio, los que deberán aparecer en capítulos específicos en el contrato.

Al respecto, debemos señalar que el esquema institucional establecido en el marco normativo de las APPs antes referido, establece que el diseño final del contrato de Asociación Público-Privada está a cargo del PROINVERSIÓN, para lo cual deberá contar con las opiniones de las entidades públicas competentes involucradas en el Proyecto.

22. Con relación a lo anterior, es necesario indicar que la opinión técnica de OSITRAN sobre el presente contrato de concesión, forma parte de la función supervisora de este Organismo Regulador comprendida en la Ley Marco de APP's y la Ley de Creación de OSITRAN; precisándose además que, de acuerdo al artículo 37 del Reglamento General de OSITRAN¹, la aludida opinión técnica, debe incluir las materias referidas a las 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, así como a las demás materias de competencia del OSITRAN. Sin embargo, en concordancia con lo dispuesto en la Ley N° 29754, es necesario considerar que en el caso del contrato – relativo a la Línea 2 del Metro de Lima- la opinión técnica vinculante sobre temas tarifarios, debe emitirla el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, toda vez que la referida Ley N° 29754 le atribuye dicha entidad, la competencia y responsabilidad exclusiva en materia tarifaria al MTC.

23. En ese orden normativo, la naturaleza operativa de la restricción establecida en el Reglamento de la Ley de APP, respecto de la opinión que solicita PROINVERSIÓN al Regulador sobre los temas de su competencia, en este caso referidos a facilidades esenciales y calidad del servicio, no limita o recorta el alcance –fuera de la esfera de la opinión favorable requerida- del pronunciamiento del Regulador, sobre aquellos temas que no sean competencia de otras entidades y que si sean competencia de OSITRAN, que no han sido modificadas o eliminadas por sus respectivas leyes ni reglamentos.

IV. DE LA MATERIA CONTRACTUAL OBJETO DE OPINIÓN

24. De conformidad con el marco legal expuesto en el acápite previo, la emisión de la opinión técnica de este Organismo Regulador respecto de la última versión del contrato de concesión remitido por PROINVERSIÓN con fecha 16 de octubre de 2013, se circunscribirá a las materias de competencia de OSITRAN conforme al marco legal vigente.
25. En ese contexto, y atendiendo a que el título habilitante de la concesión es de naturaleza unitaria y responde a una causa única, encontrándose así, vinculados los aspectos de competencia de OSITRAN, tales como son los temas de facilidades esenciales y calidad del servicio (la función tarifaria ha sido asignada al MTC en el caso del Sistema del Tren Eléctrico); el presente informe técnico contendrá -en lo que corresponda- el análisis y comentarios sobre dichos temas, y sobre las demás materias de competencia de OSITRAN, a efectos que PROINVERSIÓN los tenga en consideración para cumplir con garantizar la sostenibilidad de la función de supervisión a cargo de OSITRAN conforme a la Ley N° 29754; así como una adecuada etapa de ejecución del contrato de concesión.

¹ Aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM

V. ANÁLISIS

26. El análisis desarrollado en la presente sección se ha realizado tomando en consideración la siguiente información, remitida por PROINVERSION:

- La Versión Final del Contrato de Concesión del Proyecto Línea 2 y Ramal Av. Faucett – Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao, de fecha 16 de octubre 2013.
- Informe Tarifario elaborado por ESAN.
- El Modelo Económico Financiero de fecha 16 de octubre 2013; y,
- El informe de riesgos de fecha 16 de octubre 2013.

V.1. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LA CONCESIÓN

27. El modelo de Concesión propuesto por PROINVERSION contempla las siguientes características:

Modalidad	: Concesión cofinanciada.
Actividades de la Concesión	: La concesión comprende el Diseño, Financiamiento, la Construcción de las Obras, el Equipamiento Electromecánico, la Provisión del Material Rodante, la Operación y Mantenimiento de la Línea 2 y Ramal Av. Faucett – Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao.
Plazo de la Concesión	: Treinta y cinco (35) años, contados desde la Fecha de Suscripción del Contrato.
Inversión proyectada referencial	: USD4 487 695 000 millones ²
Factor de competencia	: -Menor Cofinanciamiento ³ para las Inversiones Obligatorias que debe ejecutar el Concesionario. -Menor pago de RPMO que el Concedente realizará a favor del Concesionario para retribuir todos los costos de operación, reposición y mantenimiento de la Concesión durante la Etapa de Explotación.

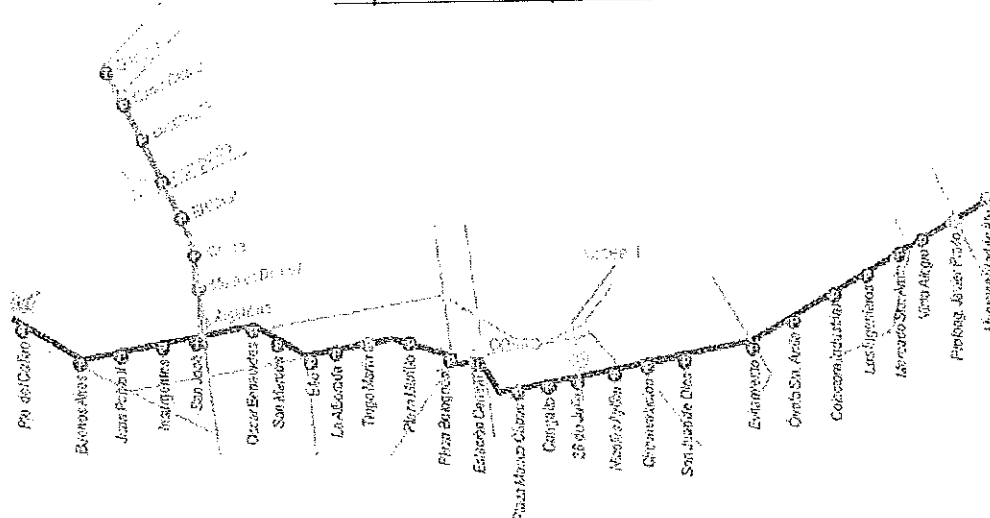
28. El siguiente Cuadro muestra el esquema del trazo y las estaciones comprendidas en el Contrato de Concesión de la Línea 2 y Ramal Av. Faucett – Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao.



² De acuerdo con el Modelo Económico Financiero, remitido por PROINVERSION mediante Oficio N° 312-2013/PROINVERSION/DE.

³ De acuerdo a lo señalado en la Circular N° 23.

Esquema del trazo y estaciones



— Línea 2 Av. Víctor Raul Haya de la Torre (Carretera Central), Av. Nicolas Ayllón, Av. 28 de Julio, Av. Guzmán Blanco, Av. Arica, Av. Venezuela, Av. Germán Amézaga, Av. Oscar R. Benavides (Colonial) y Av. Guardia Chalaca.
 --- Ramal Av. Faucett – Av. Gambetta de la Línea 4 de la Red Básica del Metro de Lima y Callao.

Fuente: PROINVERSION



29. Visto lo anterior, a continuación, se emitirá opinión sobre esta versión del Contrato de Concesión de la Línea 2 y Ramal Av. Faucett – Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao, teniendo en consideración los siguientes criterios generales, basados en las funciones que otorga a OSITRAN el ordenamiento jurídico:

- Mantener una distribución equilibrada y razonable de los riesgos y prestaciones entre las Partes;
- Incentivar y promover la eficiencia en la provisión de los servicios relacionados con la infraestructura;
- Preservar la continuidad y sostenibilidad del servicio público y de la Concesión, a lo largo de la vigencia del Contrato de Concesión; y,
- Respetar las funciones, competencias y roles asignados en el marco institucional a las diversas entidades del Estado.

30. Los temas materia de análisis seguirán el orden establecido en el Artículo 11º del Reglamento de la Ley Marco de APPs, y la normatividad vigente expuesta en el presente informe.

V.2. TEMAS TARIFARIOS

V.2.1. Tarifas



31. Como se ha indicado anteriormente, la Ley N° 27954 (Ley de Tren Eléctrico), ha instaurado un cambio sustancial en el diseño institucional de la regulación de infraestructura de transporte, al asignar a OSITRAN la supervisión de la prestación del servicio al pasajero; y, al MTC (órgano Concedente) la responsabilidad en materia tarifaria.

32. En tal virtud, el artículo 11° del Reglamento de la Ley Marco de APP's, aprobado por Decreto Supremo N° 146-2008-EF, establece que la Opinión del Regulador a que se refiere el numeral 9.3 de la Ley Marco de APP's, estará referido, entre otros, a los temas tarifarios, facilidades esenciales y calidad del servicio. Esta previsión legal obedece a que OSITRAN es el órgano competente en tales materias⁴ por lo que emite opinión vinculante en dichos aspectos ante PROINVERSION, *con excepción del Sistema del Tren Eléctrico*, que por disposición expresa de la Ley N° 27954, asigna la responsabilidad de la función tarifaria al MTC.
33. La Ley N° 29754, atribuye competencia al OSITRAN para la supervisión integral del servicio de transporte de pasajeros del Metro de Lima y Callao, pero la función tarifaria ha sido asignada, exclusivamente, al Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC). Así, OSITRAN es el órgano competente en materia tarifaria relativa a la infraestructura de transporte de uso público que se brinda a través de monopolios naturales, en los que existen altos incentivos y riesgo a conductas de abuso de posición de dominio al momento de fijar los precios. No obstante, el MTC tiene la responsabilidad de la función tarifaria en cuanto al servicio de transporte de pasajeros del Metro de Lima y Callao⁵, el cual enfrenta diversas formas de competencia.
34. No obstante lo anterior, en cumplimiento a los establecido en el artículo 1° de la Ley 27954, OSITRAN emitirá opinión previa en los casos que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones decida fijar y/o revisar la tarifa del servicio público de transportes de pasajeros del sistema eléctrico de transporte masivo de Lima y Callao, durante la ejecución del contrato de concesión; debiendo resaltarse que en dicho caso, la opinión de OSITRAN no tiene carácter vinculante.
35. En efecto, el artículo 1° de dicha Ley establece lo siguiente:



"Artículo 1. 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

1.1 El Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (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.

1.2 Las competencias, funciones y disposiciones establecidas en las Leyes 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, y 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, con excepción de la fijación y revisión de tarifas del referido servicio público, cuya



⁴ De la experiencia en todos los contratos de concesión en transportes, en los cuales OSITRAN ejerce su función regulatoria y supervisora, se puede observar que esta entidad emite opinión vinculante respecto a las versiones finales de contrato, sobre aquellas tarifas fijadas por PROINVERSIÓN, aplicando para ello criterios regulatorios que le permitan emitir la opinión técnica. En el caso de la versión final del Contrato de Concesión del Metro de Lima y Callao – Línea 2, OSITRAN no es competente para emitir opinión vinculante sobre la tarifa fijada en el presente contrato, al no ser la entidad competente en fijación tarifaria, más aún al encontrarnos dentro del proceso de promoción de la inversión privada (etapa de aprobación final del contrato), por lo que corresponde a PROINVERSIÓN (como estructurador del proyecto) y al MTC (como entidad competente en la fijación de tarifas) validar las tarifas contenidas en el presente contrato.

⁵ Ciertamente, la función reguladora permite al OSITRAN hacer compatible la defensa del interés de los usuarios, con la posición de dominio en el mercado de la que gozan las Entidades Prestadoras. En ese escenario, el régimen regulación tarifaria busca concretar un balance de los intereses de los usuarios y de las empresas Concesionarias, quienes tienen determinados derechos y obligaciones de acuerdo a los respectivos títulos habilitantes otorgados.

competencia es del Ministerio de Transportes y Comunicaciones con opinión previa del OSITRAN".

36. Conforme se advierte, la competencia del OSITRAN para la supervisión de la prestación de los servicios públicos del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao no alcanza a la fijación y revisión de las tarifas del mencionado servicio público, pues la norma habilitante que atribuye la competencia al Regulador sobre dicho Sistema, establece expresamente que la fijación y revisión de tarifas del mencionado servicio público, es de competencia del MTC, con opinión previa del OSITRAN.
37. El límite en dicha atribución de competencia, resulta acorde con nuestro ordenamiento jurídico vigente, toda vez que el MTC define la política nacional referida al Sistema Integrado de Transporte y, por ende, actualmente corresponde a éste, en coordinación con las municipalidades correspondientes, determinar aquellas tarifas que posteriormente permitan la integración transporte interurbano; y, determinar el pago de los sistemas de transporte de Lima y Callao, de manera que el Sistema opere adecuadamente para los Usuarios del transporte público de pasajeros.
38. En ese contexto, dado que por mandato de la Ley N° 27954, la entidad responsable en materia tarifaria del servicio de transporte de pasajeros del Metro de Lima y Callao es el MTC, es esta entidad la que debe pronunciarse ante PROINVERSION sobre el régimen tarifario del contrato de Concesión, cuando emita su opinión sobre la versión final.⁶

En efecto, es responsabilidad del MTC como órgano responsable de fijar y revisar tarifas, validar técnicamente el esquema tarifario del contrato, al emitir su opinión técnica respecto de la versión final de contrato remitida a las entidades del Estado.

V.2.2. Mecanismo de reajuste tarifario

39. En la sección de tarifas del Contrato de Concesión no se ha incluido ningún mecanismo de reajuste de las tarifas. Al respecto, se sugiere que el MTC pueda incluir alguna fórmula de reajuste anual, con el fin de que la tarifa no pierda valor en el tiempo y se incremente la carga financiera del Estado. Esta fórmula de reajuste, opcionalmente podría ser aplicada por el MTC en función del incremento de la inflación, por ejemplo.⁷

V.3. TEMAS DE CALIDAD DEL SERVICIO

V.3.1. Estándares de calidad de servicio

40. Con relación a los niveles de servicio planteados en el Contrato de Concesión, se considera que en general son adecuados y permitirán asegurar la calidad, seguridad, confiabilidad, disponibilidad, regularidad, capacidad, confort del servicio y satisfacción del usuario.

⁶ Al respecto, debemos señalar que el Oficio N° 306-2013/PROINVERSIÓN/DE comunicado a OSITRAN el 09.10.2013, por el cual se adjuntó el Informe sobre las tarifas presentado por el Consultor Integral del Proyecto, erróneamente solicita a OSITRAN que emita opinión previa cuando esto correspondía realizar al MTC, al momento de emitir su opinión sobre la versión final del contrato.

⁷ Cabe indicar que en la página 50 del "Informe Final sobre Servicio de Consultoría" elaborado por el Consultor Integral del Proyecto se indica lo siguiente: " Por otro lado, de considerarlo conveniente, el Regulador podrá establecer una metodología de ajuste de tarifas por inflación u otro concepto. Sin embargo, cabe recordar que, para efectos del modelo económico financiero desarrollado en esta consultoría, se ha considerado que todos los costos son a valores reales, tanto de inversión como de operación." Al respecto, debemos señalar que esta es una afirmación errónea ya que conforme se ha señalado anteriormente, el MTC es la entidad responsable de fijar y revisar la correspondiente tarifa, por lo que le corresponde a dicha autoridad evaluar si adopta o aplica un mecanismo de reajuste tarifario.



41. Con relación al indicador de Disponibilidad, se observa en el proyecto de la Línea 2 un incremento de dos puntos porcentuales con respecto de la Línea 1, lo que implica que el Concesionario estará obligado a cumplir, con mayor exigencia, la programación de trenes establecida.
42. Respecto al indicador Regularidad, constatamos que el Proyecto Línea 2 ha dispuesto un incremento de nueve puntos porcentuales respecto a la Línea 1, lo que significa que el usuario tendrá una mayor garantía del cumplimiento de los horarios establecidos.
43. En el Proyecto de la Línea 2, se ha incorporado el índice de Calidad del Sistema, el cual permitirá medir la percepción del usuario respecto de los servicios prestados, en las estaciones y al interior del material rodante.
44. Con relación al indicador Fraude, observamos que el proyecto de Línea 2 es más exigente que el de Línea 1, pues se ha reducido en este último contrato el porcentaje tolerable de fraude de 8% establecido en la Línea 1 a 3% en la Línea 2, lo que implica que el Concedente verá afectado en menor medida su cofinanciamiento.
45. Finalmente, debemos señalar que en el Proyecto de la Línea 2 se ha incorporado como indicador de nivel de servicio, el Índice de satisfacción al usuario. Al respecto, debemos recordar que en el Contrato de Concesión de Línea 1, si bien se exige la medición de la satisfacción del usuario, dicha obligación no está incorporada como un nivel de servicio.
46. Los índices de medición y evaluación del servicio son similares a los establecidos en otras redes de metros; los mismos que son adecuados para un correcto seguimiento de la calidad del servicio esperado.



V.4. TEMAS RELACIONADOS CON LAS FACILIDADES ESENCIALES

47. De acuerdo a lo establecido en la cláusula 2.7 de la Versión Final del Contrato de Concesión, conforme a lo establecido en el Reglamento Nacional del Sistema Eléctrico de Transporte de Pasajeros en vías férreas que formen parte del Sistema Ferroviario Nacional aprobado mediante Decreto Supremo N° 039-2010-MTC, corresponde al CONCESIONARIO de manera integrada y en régimen de exclusividad, prestar el Servicio. Asimismo, la referida cláusula establece que el CONCESIONARIO cuenta con la exclusividad para prestar los Servicios Complementarios y Servicios Opcionales.
48. Acorde con lo anterior, la cláusula 9.24 del Contrato de Concesión establece que la prestación del Servicio será realizada única y exclusivamente por el CONCESIONARIO, por el cual sólo tendrá derecho a cobrar las Tarifas por la prestación del Servicio durante la Concesión, sin que corresponda efectuar pago por cargo de acceso ni el ingreso de operadores que presten el Servicio que es objeto de la Concesión.
49. En tal sentido, atendiendo a que el diseño del Contrato de Concesión responde a un esquema de integración vertical, resulta inaplicable el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público – REMA de OSITRAN, y por consiguiente, no corresponde emitir opinión sobre este aspecto.



V.5. OTROS DE ASPECTOS DE COMPETENCIA DE OSITRAN

V.5.1. Definiciones

Acreedores Permitidos

50. El Contrato de Concesión señala respecto a la definición de Acreedores Permitidos lo siguiente:

"(...)

Sólo para el caso de la estructuración de este tipo de operaciones [emisión de valores mobiliarios], se podrá contemplar que el agente o fiduciario que actúe en representación de las futuras personas que adquirirán dichos títulos o valores, tendrán temporalmente el calificativo de Acreedores Permitidos e inicialmente será el encargado de presentar el Anexo 11. Dicho calificativo se extinguirá con la correspondiente colocación financiera y proceder con el correspondiente remplazo del Anexo 11 que será suscrito por los adquirientes del valor mobiliario o título/instrumento de deuda correspondiente, o por un representante de los mismos según poderes emitidos por los adquirientes a favor del representante.

(...)"

[el agregado es nuestro]

51. En concordancia con lo anterior, el Contrato de Concesión establece que el representante de los obligacionistas, en caso el Concesionario se financie a través de la emisión de instrumentos financieros en el mercado de capitales, podrá ser calificado temporalmente como Acreedor Permitido y será el encargo de presentar el Anexo 11.



52. Sobre el particular, es necesario mencionar que si bien para el caso de emisiones de valores (pública o privada) es necesaria la definición del representante de los obligacionistas de manera previa a la emisión, no es razonable que dicho representante, en el marco del Contrato de Concesión, pueda ser calificado *per se* como Acreedor Permitido.

53. Los Acreedores Permitidos tienen un rol importante dentro de los Contratos de Concesión; en particular en el sector de infraestructura de transporte, son estos agentes económicos quienes a través de un contrato privado suscrito con las empresas concesionarias otorgan, bajo determinadas condiciones convenidas, recursos financieros para la realización de los compromisos contractualmente establecidos (por ejemplo, obras obligatorias). Para ello, los Contratos de Concesión establecen por lo general derechos y garantías a favor de aquellos agentes calificados como Acreedores Permitidos.

54. Asimismo, los Contratos de Concesión buscan, entre otros aspectos, que determinados derechos y garantías sean a favor directa y exclusivamente de los Acreedores Permitidos, y no a favor directa de terceros que actúen como representantes. En caso un Contrato de Concesión otorgue derechos y garantías al representante de los adquirentes de valores, ello distorsionaría la relación directa entre las disposiciones del mismo y los Acreedores Permitidos.

55. De acuerdo a los términos propuestos en el Contrato de Concesión, en estricto, el representante de los obligacionistas sería el Acreedor Permitido, y no los prestamistas del financiamiento. Si bien existirá una relación contractual entre el representante y los prestamistas, que canalizará los derechos y garantías hacia los prestamistas del



financiamiento, esta sería una relación indirecta que en esencia distorsiona lo pretendido por el Contrato de Concesión.

56. En términos teóricos, en los contratos financieros los beneficios esperados de los obligacionistas se encuentran en función de las decisiones que pueda tomar el deudor; dicha relación contractual, de acuerdo a la teoría económica, presenta problemas de agencia⁸, pues existe una divergencia entre los intereses del principal (deudor) y el agente (obligacionista o prestamista). Los problemas de agencia serían mayores si a dicha relación contractual de dos participantes (por ejemplo, Concesionario y Acreedor Permitido) se introduce un tercero⁹ (por ejemplo, un representante de los obligacionistas) que actúe en nombre del principal.
57. En resumen, la relación directa entre los derechos y garantías que otorga la empresa concesionaria, a través del Contrato de Concesión, hacia los prestamistas del financiamiento se vería distorsionada. De igual modo, desde un enfoque teórico la presencia de un tercer participante en la relación contractual entre la empresa concesionaria (agente) y los prestamistas (principal) incrementarían los problemas de agencia.
58. Adicionalmente, en las reuniones de coordinación sostenidas con los funcionarios de PROINVERSION, la posición de OSITRAN siempre fue en el sentido de no incluir al representante de los obligacionistas como Acreedor Permitido.
59. En relación al tema cabe resaltar una característica del Anexo 11 del Contrato de Concesión (Declaración del Acreedor Permitido), y es que éste está diseñado para un financiamiento tradicional (una entidad financiera realiza un préstamo por un determinado monto de dinero al Concesionario), pero no para una emisión de instrumentos financieros en el mercado de capitales.
60. En este contexto, sugerimos que se tome en cuenta que no serviría permitir que el representante de los obligacionistas califique temporalmente como un Acreedor Permitido, si la Declaración del Acreedor Permitido no contempla otra operación diferente a un financiamiento bancario tradicional.



V.5.2. Esquema de asignación de riesgos – *Matriz de asignación de riesgos de fecha 16.10.2013*

61. Con relación al riesgo por defectos de diseño, el cual se le asigna al Estado por una "errada supervisión y control de los expedientes técnicos", debemos señalar que dicha asignación es conceptualmente incorrecta, y además contraviene lo establecido en el mismo Contrato de Concesión, que a la letra dice:

"Cláusula 6.3 del contrato, que cualquier aprobación del concedente respecto a 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 solo a la ejecución de las obras y a la provisión de material rodante, si no que la responsabilidad del Concesionario es de resultado e incluye el diseño y funcionamiento de las inversiones



⁸ Los costos de agencia son aquellos costos derivados de una relación principal-agente. B. Salanié, (2005), *The Economics of Contracts*.

⁹ Es importante señalar que algunos modelos de principal-agente incluyen la figura de un tercero que actúe en representación del principal, lo cual reduce los costos de agencia; sin embargo, dicho representante cumple la labor de supervisor de las acciones del agente, situación que es distinta al rol que cumpliría el Representante de los Obligacionistas.

obligatorias, que permitan la integración en los términos y condiciones previstos en el contrato”.

62. Es necesario entonces eliminar la referencia a que el Estado asume el riesgo por “errada supervisión y control de los expedientes técnicos”, pues ello podría ser utilizado en alguna controversia contra el Estado; y porque en ese marco de ideas, el inversionista privado podría pedir que el Estado asuma el riesgo por errores del Estado en otras etapas del ciclo de proyectos, como por ejemplo la etapa de diseño de contrato.
63. Con respecto a las variaciones en los precios de los materiales y equipamiento de la construcción, consideramos que dicho riesgo ya está mitigado a través de la aplicación de la formula polinómica, conforme a lo establecido en la cláusula 6.3 del Contrato de Concesión.
64. Dentro del riesgo denominado “Riesgo Político” que se incluye en el esquema de asignación de riesgos remitido por PROINVERSION, se establece el riesgo denominado “Cambios Legales”, en el cual se ha previsto como un riesgo los “Cambios en el marco legal general.” Asimismo, se prevé que dicho riesgo estará asignado al Estado, haciéndose referencia a la cláusula 9.9 del Contrato.
65. Es necesario considerar que ni desde el punto de vista teórico, ni en lo que se refiere a la práctica usual en los contratos de concesión licitados por el Estado en el Perú, es consistente asignar al Estado cambios en cualquier cambio en el marco legal (“marco legal general”). Este reconocimiento de riesgo estatal por cambios en el marco legal, debe acotarse a los cambios que se acredite que inciden en la ejecución del contrato de concesión.
66. Cabe señalar que la cláusula 9.9 del Contrato está referida al concepto de Equilibrio Económico Financiero, definido como aquella situación de equilibrio económico financiero en términos de derechos, responsabilidades y riesgos asignados a las Partes, siendo que éstas se comprometen a mantenerlo a lo largo de todo el período de duración del Contrato.
67. Al respecto, se recomienda que en las referencias a que hace referencia dicha matriz se haga mención también a las cláusulas 9.10; 9.11; 9.12; 9.13 y 9.14, en virtud a que dichas cláusulas establecen lo siguiente:
- La causal que permitirá a cualquiera de las Partes invocar la ruptura del equilibrio económico financiero (cláusula 9.10 y 9.11).
 - El mecanismo de restablecimiento del equilibrio económico financiero (cláusula 9.11 a la 9.13).
 - Aplicación del mecanismo de solución de controversias establecido en la Sección XVI del Contrato en caso exista discrepancia respecto al monto de compensación por efecto de la ruptura del equilibrio económico financiero (cláusula 9.14).
 - Hechos exceptuados de la aplicación del mecanismo antes referido (cláusula 9.14)¹⁰.

¹⁰ Segundo párrafo de la cláusula 9.14

“(…) No se considerará aplicable lo indicado en esta Cláusula para aquellos cambios producidos como consecuencia de disposiciones expedidas por el Regulador que fijen infracciones o sanciones, que estuviesen contemplados en el Contrato o que resultaran a consecuencia de actos, hechos imputables o resultado del desempeño del CONCESIONARIO.”

68. Asimismo, se recomienda modificar la denominación "Cambios en el marco legal general" por "Cambios en las Leyes y Disposiciones Aplicables", en la medida que dichos cambios tengan directa relación con aspectos económicos financieros vinculados a la variación de ingresos, costos de inversión, operación y mantenimiento de la Concesión relacionados con la prestación del Servicio". Ello, en concordancia con lo establecido en el artículo 10.3 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012¹¹.
69. Las modificaciones formales antes referidas se plantean con la finalidad de mantener una correcta concordancia de la matriz de riesgos con el Contrato de Concesión y la legislación aplicable, y de esta manera evitar que las Partes puedan asumir que cualquier modificación en el marco legal general pueda configurar como causal de activación del mecanismo del restablecimiento del equilibrio económico financiero.
70. Dentro del rubro Operación y Mantenimiento se establece el Riesgo denominado "*Retrasos en la obtención de permisos, aprobaciones, etc*"; estableciéndose como causal la "*Discrecionalidad del sector público*".
71. Al respecto, en diversas cláusulas del contrato se establece de manera clara y precisa que la obtención de licencias, permisos, autorizaciones y/o actos administrativos que requiera el CONCESIONARIO para el cumplimiento de sus obligaciones, es un riesgo únicamente asignado a él, estableciéndose que en caso este no los obtenga por causas que no le sean imputables, podrá solicitar la Suspensión de Obligaciones para lo cual deberá cumplir con el procedimiento previsto en la Sección XIX del Contrato.
72. Si bien el Contrato dispone que *el CONCEDENTE hará sus mayores esfuerzos* para que el CONCESIONARIO obtenga dichas licencias, permisos, autorizaciones, entre otros, se debe tener claro que aquél realizará dichos esfuerzos dentro de sus atribuciones y lo que está previsto por las Leyes y Disposiciones Aplicables, por lo cual no corresponde que en el esquema de asignación de riesgos remitidos por PROINVERSION se establezca la asignación de dicho riesgo al Estado, toda vez que el Contrato ya establece que el CONCESIONARIO, ante dicho escenario, podrá solicitar la suspensión de obligaciones.
73. Es preciso señalar que actualmente el Estado Peruano es parte demandada en un proceso arbitral ante el CIADI (Caso ARB/10/2) cuya demanda fue planteada por Convia Callao SA y CCI – Compañía de Concesiones de Infraestructura SA. En dicho proceso, uno de los argumentos alegados por los demandantes está referido a una supuesta obligación del Estado Peruano para la obtención de licencias y permisos, ello basado en una cláusula del contrato que establece que el CONCEDENTE coadyuvará a la obtención de dichos actos administrativos cuyo riesgo también fue asignado al CONCESIONARIO. En ese sentido, advertimos el riesgo de mantener dicha redacción en la matriz de riesgos, dado que ello podría generar un escenario innecesario en el cual el CONCESIONARIO atribuya la responsabilidad de la obtención de dichos actos administrativos al Estado Peruano ante tribunales arbitrales nacionales e internacionales, tal como ha sucedido en el caso Convia.
74. A manera de ejemplo, dentro de las cláusulas que establecen la exclusiva asignación de riesgo al CONCESIONARIO se tiene:



"Ejecución de Obras

¹¹ Artículo 10.3 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012

"De incluirse disposiciones sobre equilibrio económico-financiero, éstas precisarán que el restablecimiento del mismo será invocado únicamente en caso éste se vea significativamente afectado, exclusivamente debido a cambios en las Leyes aplicables, en la medida que dichos cambios tengan directa relación con aspectos económicos financieros vinculados a la variación de ingresos o costos asumidos por el inversionista."

(...)

6.22

El CONCEDENTE hará sus mejores esfuerzos para que el CONCESIONARIO logre la obtención de las licencias, autorizaciones y/o actos administrativos que se requiera para la ejecución de las Obras en el Área de la Concesión, siempre y cuando el CONCESIONARIO cumpla con los requisitos establecidos en las Leyes y Disposiciones Aplicables.

El CONCEDENTE hará sus mejores esfuerzos para que el CONCESIONARIO pueda inscribir las Obras en los Registros Públicos correspondientes, de ser el caso, sujeto al cumplimiento de los requisitos establecidos en las Leyes y Disposiciones Aplicables.

En caso el CONCESIONARIO no obtenga las licencias, autorizaciones y/o actos administrativos requeridos para la ejecución de las Obras por causas no imputables a él, estará facultado a solicitar la Suspensión de Obligaciones, conforme a lo dispuesto en la Cláusula 19.1 literal d) y siguientes cláusulas."

[Lo subrayado es nuestro]

"Provisión de Material Rodante

(...)

6.29

El CONCEDENTE hará sus mejores esfuerzos para que el CONCESIONARIO pueda inscribir el Material Rodante en los Registros Públicos correspondientes, de ser el caso, sujeto al cumplimiento de los requisitos establecidos en las Leyes y Disposiciones Aplicables. En caso el CONCESIONARIO no obtenga las licencias, autorizaciones y/o actos administrativos requeridos para la operación del Material Rodante por causas no imputables a él, estará facultado a solicitar la Suspensión de Obligaciones conforme a lo dispuesto en la Cláusula 19.1 literal d) y siguientes cláusulas.

[Lo subrayado es nuestro]

"Organización del Servicio

(...)

8.10

Cuando el CONCESIONARIO requiera la obtención de autorizaciones, permisos, licencias o cualquier acto administrativo de las Autoridades Gubernamentales competentes relacionadas directamente con la prestación del Servicio, y ante una solicitud por escrito y fundamentada al CONCEDENTE, éste hará sus mejores esfuerzos en brindar apoyo al CONCESIONARIO en las coordinaciones que éste requiera con tales Autoridades Gubernamentales, dentro de sus atribuciones y lo que le está permitido al CONCEDENTE por las Leyes y Disposiciones Aplicables y sin perjuicio de la obligación del CONCESIONARIO de cumplir con los requisitos que al efecto establezcan las Leyes y Disposiciones Aplicables. En el caso que el CONCESIONARIO, por hechos ajenos a éste, no obtenga dichas licencias, autorizaciones o actos administrativos y ello impida la prestación del Servicio, el CONCESIONARIO tendrá derecho a solicitar la Suspensión de Obligaciones, conforme lo establecido en la Cláusula 19.1 del presente Contrato. "

"Servicios Complementarios

(...)

8.28

Esta autorización no implica la asunción de responsabilidad alguna de parte del CONCEDENTE, ni tampoco libera al CONCESIONARIO de obtener todas y cada una de las



concesiones, autorizaciones, licencias y/o permisos que, según la normatividad sectorial y, en general, las Leyes y Disposiciones Aplicables, fueran necesarias para el inicio, desarrollo o explotación de dichos Servicios Complementarios.

75. Por los motivos antes señalados, se recomienda estipular en la matriz de riesgos que el riesgo de obtención de licencias, autorizaciones, entre otros, es un riesgo exclusivamente asignado al CONCESIONARIO.
76. En lo que se refiere al riesgo financiero: en la matriz se dice que el "incumplimiento por el pago del servicio de la deuda" debe ser un riesgo cubierto por el Concedente y no por el Concesionario. Al respecto, debe precisarse que este riesgo debe ser asumido por el Concesionario, en caso contrario, se podría incentivar a que éste caiga reiteradamente en "default", lo que lo llevaría a un manejo irresponsable de la Concesión (problema de "moral hazard"). En ese sentido, se recomienda asignar este riesgo al Concesionario.

V.5.3. Precisiones formales y concordancias a ser incluidas en el Contrato de Concesión

77. En la sección de definiciones se define el "Presupuesto Referencial", como:

"Presupuesto Referencial"

Es el monto referencial declarado viable por el SNIP, necesario para el diseño, construcción, e Integración de las Inversiones Obligatorias de la Primera Etapa y la Segunda Etapa que asciende a cuatro mil cuatrocientos ochenta y siete millones seiscientos noventa y cinco mil treinta y cuatro y 56/100 millones de Dólares (US\$ 4 487 695 034.56). Este monto no incluye el IGV.

El Presupuesto Referencial desagregado asciende a:

- *Diseño : Ciento seis millones setecientos treinta y dos mil seiscientos treinta y uno y 66/100 Dólares (US\$ 106 732 631.66).*
- *Obras: Dos mil ochocientos treinta y cuatro millones seiscientos sesenta y tres mil doscientos cincuenta y siete y 30/100 Dólares (US\$ 2 834 663 257.30).*
- *Material Rodante: cuatrocientos setenta millones seiscientos diez mil y 00/100 Dólares (US\$ 470 610 000.00).*
- *Supervisión de Obras: Ciento veintiocho millones doscientos noventa y un mil cuatrocientos veintiuno y 43/100 Dólares (US\$ 128 291 421.43).*
- *Gastos Generales, utilidades y otros: Novecientos cuarenta y siete millones trescientos noventa y siete mil setecientos veinticuatro y 17/100 Dólares (US\$ 947 397 724.17)"*

78. No obstante, según el modelo financiero remitido por PROINVERSION a OSITRAN, mediante oficio N° 46-2013/PROINVERSION/DPI/SDGP/JPFE.03, el monto del presupuesto referencial debe ser de US\$ 4 523 317 189.98. Es decir, falta incluir alrededor de USD 35 millones de dólares por concepto de Supervisión de Obra.

En ese sentido el Contrato y el modelo económico-financiero deben estar debidamente concordados, por lo que la definición del "Presupuesto Referencial" debe indicar lo siguiente:



"Presupuesto Referencial

Es el monto referencial declarado viable por el SNIP, necesario para el diseño, construcción, e Integración de las Inversiones Obligatorias de la Primera Etapa y la Segunda Etapa que asciende a cuatro mil quinientos veintitrés cientos diecisiete mil ciento ochentainueve 98/100 millones de Dólares (US\$ 4 523 317 189.98). Este monto no incluye el IGV.

El Presupuesto Referencial desagregado asciende a:

- **Diseño** : Ciento seis millones setecientos treinta y dos mil seiscientos treinta y uno y 66/100 Dólares (US\$ 106 732 631.66).
- **Obras**: Dos mil ochocientos treinta y cuatro millones seiscientos sesenta y tres mil doscientos cincuenta y siete y 30/100 Dólares (US\$ 2 834 663 257.30).
- **Material Rodante**: cuatrocientos setenta millones seiscientos diez mil y 00/100 Dólares (US\$ 470 610 000.00).
- **Supervisión de Obras**: Ciento sesentaitrés novecientos trece mil quinientos setentaicinco 85/100 millones de Dólares (US\$ 163 913 575.85).
- **Gastos Generales, utilidades y otros**: Novecientos cuarenta y siete millones trescientos noventa y siete mil setecientos veinticuatro y 17/100 Dólares (US\$ 947 397 724.17)."



79. En la sección 2.1 del Apéndice 1 del Anexo 5, el Contrato dice lo siguiente:

"b. Se determinará el $aRPI$ del CAO-AL de periodicidad trimestral, considerando la Tasa de Descuento, utilizando la fórmula siguiente:

$$Koa_{Trimestral} = (1 + Koa_{Anual})^{\frac{1}{4}} - 1$$
$$aRPI = CAO-AL_{act,i} * \left[\frac{(1 + Koa_{Trimestral})^m * Koa_{Trimestral}}{(1 + Koa_{Trimestral})^m - 1} \right]$$

Dónde:

$aRPI$: Valor del RPI - Obras ajustado
 m : Número total de trimestres en los que se pagan los $aRPI$.
 $CAO-AL$: Valor del CAO por los ajustes y liquidación del Hito de Obra.
 $Koa_{Trimestral}$: Tasa de Descuento o Costo de Capital Económico Trimestral
 Koa_{Anual} : Tasa de Descuento o Costo de Capital Económico Anual e igual a... %."

80. Debe decir:

b. El CONCEDENTE Se determinará el $aRPI$ del CAO-AL de periodicidad trimestral, considerando la Tasa de Descuento, utilizando la fórmula siguiente:

$$Koa_{Trimestral} = (1 + Koa_{Anual})^{\frac{1}{4}} - 1$$
$$aRPI = CAO-AL_{act,i} * \left[\frac{(1 + Koa_{Trimestral})^m * Koa_{Trimestral}}{(1 + Koa_{Trimestral})^m - 1} \right]$$



Dónde:

aRPI: Valor del RPI - Obras ajustado
m: Número total de trimestres en los que se pagan los aRPI.
CAO-AL: Valor del CAO por los ajustes y liquidación del Hito de Obra.
Koa_{Trimestral}: Tasa de Descuento o Costo de Capital Económico Trimestral
Koa_{Anual}: Tasa de Descuento o Costo de Capital Económico Anual e igual a...%."

81. En la sección 2.2 del Apéndice 1 del Anexo 5, el Contrato dice lo siguiente:

"c). El calculará el valor futuro del CAO-AL en un periodo trimestral anterior al inicio de la Explotación de la Segunda Etapa, considerando la Tasa de Descuento.

$$Koa_{diaria} = (1 + Koa_{Anual})^{\frac{1}{360}} - 1$$
$$CAO-AL_{oct,i} = CAO-AL_i * (1 + Koa_{diaria})^{n-i}$$

Dónde:

n-i: Número de días entre la fecha de un periodo trimestral anterior al inicio de la Explotación de la Segunda Etapa (n) y la fecha de emisión del CAO-AL del Hito de Provisión respectivo (i).

CAO-AL: Valor del CAO por los ajustes y liquidación del Hito de Provisión.

Koa_{diaria}: Tasa de Descuento o Costo de Capital Económico diaria.

Koa_{Anual}: Tasa de Descuento o Costo de Capital Económico Anual e igual a..... %."

d). Se determinará el aRPI del CAO-AL de periodicidad trimestral, considerando la Tasa de Descuento, utilizando la fórmula siguiente:

$$Koa_{Trimestral} = (1 + Koa_{Anual})^{\frac{1}{4}} - 1$$
$$aRPI = CAO-AL_{oct,i} * \left[\frac{(1 + Koa_{Trimestral})^m * Koa_{Trimestral}}{(1 + Koa_{Trimestral})^m - 1} \right]$$

Dónde:

aRPI: Valor del RPI - MR ajustado

m: número total de trimestres en los que se pagan los RPI.

CAO-AL: Valor del CAO por los ajustes y liquidación del Hito de Provisión.

Koa_{Trimestral}: Tasa de Descuento o Costo de Capital Económico Trimestral

Koa_{Anual}: Tasa de Descuento o Costo de Capital Económico Anual e igual a... %"

82. Debe decir:

"c) El REGULADOR calculará el valor futuro del CAO-AL en un periodo trimestral anterior al inicio de la Explotación de la Segunda Etapa, considerando la Tasa de Descuento.

$$Koa_{diaria} = (1 + Koa_{Anual})^{\frac{1}{360}} - 1$$
$$CAO-AL_{oct,i} = CAO-AL_i * (1 + Koa_{diaria})^{n-i}$$

Dónde:

$n-i$: Número de días entre la fecha de un periodo trimestral anterior al inicio de la Explotación de la Segunda Etapa (n) y la fecha de emisión del CAO-AL del Hito de Provisión respectivo (i).

CAO-AL: Valor del CAO por los ajustes y liquidación del Hito de Provisión.

Koa_{diaria} : Tasa de Descuento o Costo de Capital Económico diaria.

Koa_{Anual} : Tasa de Descuento o Costo de Capital Económico Anual e igual a..... %.

d. El **CONCEDENTE**—Se determinará el $aRPI$ del CAO-AL de periodicidad trimestral, considerando la Tasa de Descuento, utilizando la fórmula siguiente:

$$Koa_{Trimestral} = (1 + Koa_{Anual})^{\frac{1}{4}} - 1$$
$$aRPI = CAO-AL_{octi} * \left[\frac{(1 + Koa_{Trimestral})^m * Koa_{Trimestral}}{(1 + Koa_{Trimestral})^m - 1} \right]$$

Dónde:



$aRPI$: Valor del RPI - MR ajustado

m : número total de trimestres en los que se pagan los RPI.


CAO-AL: Valor del CAO por los ajustes y liquidación del Hito de Provisión.

$Koa_{Trimestral}$: Tasa de Descuento o Costo de Capital Económico Trimestral

Koa_{Anual} : Tasa de Descuento o Costo de Capital Económico Anual e igual a... %.

- 
83. Cabe precisar que las tasas de descuento (Koa) no han sido publicadas en la versión final del Contrato, ni en ningún documento remitido por PROINVERSION.
- 
84. En el acápite iii) del numeral 2.1 referido a la Retribución por Inversiones en Obras (RPI-Obras), del Apéndice 1 del Anexo 5, no se establece un plazo para que el Concedente apruebe y remita el Reporte de Avance de Obra al Regulador, para que este proceda con la emisión del CAO. De igual forma, no se establece un plazo para que el Regulador emita el CAO una vez recibida la aprobación del Reporte de Avance de Obra por parte del Concedente.
85. En el acápite iii) del numeral 2.2 referido a la Retribución por Inversiones en Obras (RPI-Obras), del Apéndice 1 del Anexo 5, no se establece un plazo para que el Concedente apruebe y remita el Reporte de Avance de Provisión al Regulador, para que este proceda con la emisión del CAO-MR. De igual forma, no se establece un plazo para que el Regulador emita el CAO-MR una vez recibida la aprobación del Reporte de Avance de Provisión por parte del Concedente.
86. En el acápite vi) de la Liquidación del Hito de Obra, del numeral 2.1 referido a la Retribución por Inversiones en Obras (RPI-Obras), del Apéndice 1 del Anexo 5, se ha incluido al Regulador como la entidad que emitirá el CAO de Ajustes y Liquidación cuando en las versiones anteriores se señalaba al Concedente, como se muestra a continuación:

"(vi) En caso corresponda algún reconocimiento adicional derivado de la Liquidación de Hito de Obra, el **CONCEDENTE** emitirá un CAO de ajustes y liquidación."

- 
87. A raíz de este cambio, consideramos que sería necesario que se establezca un plazo en el acápite v), para que el Concedente apruebe la Liquidación del Hito de Obra y proceda a remitirla al Regulador. De igual forma, en el numeral vi) sería necesario que se le fije un

plazo razonable para que el Regulador emita del CAO, una vez recibida dicha aprobación por parte del Concedente.

88. Por lo expuesto, recomendamos se precisen los numerales v) y vi) de la Liquidación del Hito de Obra (RPI-Obras), del numeral 2.1 referido a la Liquidación del Hito de Obra, del Apéndice 1 del Anexo 5, incorporando plazos para la aprobación de la Liquidación del Hito de Obra por parte del Concedente y un plazo prudencial para la emisión del CAO por parte del Regulador.
89. En el acápite vi) de la Liquidación del Hito de Provisión, del numeral 2.2 referido a la Retribución por Inversiones en Material Rodante (RPI-MR), del Apéndice 1 del Anexo 5, se ha incluido al Regulador como la entidad que emitirá el CAO de Ajustes y Liquidación cuando en las versiones anteriores se señalaba al Concedente, como se muestra a continuación:

"(vi) En caso corresponda algún reconocimiento adicional derivado de la Liquidación de Hito de Provisión, el CONCEDENTE emitirá un CAO de ajustes y liquidación."

90. A raíz de este cambio, se hace necesario que se establezca un plazo en el acápite v), para que el Concedente apruebe la Liquidación del Hito de Provisión y proceda a remitirla al Regulador. De igual forma, en el numeral vi) se hace necesario que se le fije un plazo coherente para que el Regulador emita del CAO una vez recibida dicha aprobación por parte del Concedente.
91. Por lo expuesto, solicitamos se precisen los numerales v) y vi) de la Liquidación del Hito de Provisión (RPI-MR), del numeral 2.2 referido a la Retribución por Inversiones en Material Rodante (RPI-MR), del Apéndice 1 del Anexo 5, incorporando plazos para la aprobación de la Liquidación del Hito de Provisión por parte del Concedente y plazo prudencial para la emisión del CAO por parte del Regulador.



92. Asimismo, en línea con lo señalado anteriormente, en las Liquidaciones de los RPI-Obras y RPI-MR, se debe mencionar que existe una omisión en los formatos para poder emitir el CAO de Ajuste y Liquidación, ya que en los CERTIFICADO DE AVANCE DE OBRA señalado en el Apéndice 2 del Anexo 5, no se ha contemplado la inclusión de los ajustes por fórmula polinómica.



VI. RESPUESTA AL OFICIO N° 313-PROINVERSION/DE

93. Respecto al Numeral 21 del Informe N° 036-GRE-GS-GAL-OSITRAN, sobre el cual PROINVERSION solicitó una aclaración mediante el Oficio N° 313-2013/PROINVERSION/DE, es necesario señalar que la referencia a la sobrestimación de la demanda en 58%, tiene como único fin explicar a nuestro Consejo Directivo, la diferencia existente entre la proyección de demanda en el escenario base, y la correspondiente al escenario pesimista. Ello, debido a que este último (el pesimista), es el escenario que OSITRAN utilizó para "ajustar" la demanda y calcular de esta manera el equivalente porcentual de los recursos institucionales necesarios para realizar las labores de supervisión del servicio, las mismas que son mandato legal y contractual.



VII. CONCLUSIONES

2. Con relación a los temas tarifarios, calidad de servicio y acceso, la opinión del Regulador respecto a la presente versión del Contrato de Concesión de la Línea 2 y Ramal Av. Faucett – Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao, es la siguiente:

2.1. Respecto de los temas relacionados con las tarifas:

- Por mandato expreso de la Ley N° 27954, el órgano responsable en materia tarifaria respecto del Sistema de transporte de pasajeros del Metro de Lima y Callao, es el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, por lo que es la entidad a la que corresponde emitir ante PROINVERSION, la opinión vinculante con respecto al régimen tarifario del contrato de Concesión planteado por PROINVERSION; al momento de emitir su opinión sobre la versión final del contrato de concesión. Por tanto, el MTC como órgano responsable de fijar y revisar tarifas, deberá validar el esquema tarifario del contrato al emitir su opinión técnica.
- La competencia del OSITRAN para la supervisión de la prestación de los servicios públicos del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao no comprende a la fijación y revisión de las tarifas del mencionado servicio público, pues la norma habilitante que atribuye la competencia al Regulador sobre dicho Sistema, establece expresamente que la fijación y revisión de tarifas del mencionado servicio público, es de competencia del MTC, correspondiéndole a OSITRAN únicamente, emitir opinión previa en los casos en que las tarifas sean fijadas o revisadas por el MTC.

2.2. Respecto a los temas relacionados a la calidad de servicio:

- Consideramos que los niveles de servicio planteados en el Proyecto de Contrato de Concesión, son adecuados y permitirán asegurar la calidad, seguridad, confiabilidad, disponibilidad, regularidad, capacidad, confort del servicio y satisfacción del usuario, conforme a lo detallado en el ítem V.3.2. del presente informe

- 2.3. En cuanto a las materias relacionadas con al acceso a las facilidades esenciales, no corresponde al Consejo Directivo emitir opinión, toda vez que, el diseño del Contrato de Concesión responde a un esquema de integración vertical, resultando inaplicable el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público – REMA de OSITRAN.

- 2.4. Existen errores materiales y de concordancia que se ha identificado en el punto V.5.3. del presente informe (numeral 76 al 91), los cuales solicitamos se corrija.

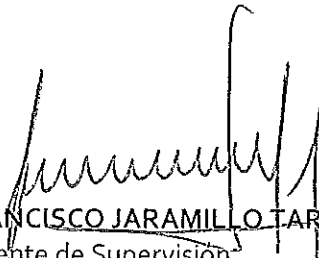


VIII. RECOMENDACIÓN

1. En virtud de lo expuesto, se recomienda al Consejo Directivo aprobar el presente Informe, emitiendo opinión favorable a la versión final del Contrato de Concesión de la Línea 2 y Ramal Av. Faucett – Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao, remitida por PROINVERSION con fecha 09 de octubre de 2013; sujeta a que se corrija los errores materiales y de concordancia indicados en el punto V.5.3. del presente informe.

Atentamente,


MANUEL CARRILLO BARNUEVO
Gerente de Regulación


FRANCISCO JARAMILLO OTAZÓN
Gerente de Supervisión


JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Legal

Reg. Inf. No. 29933