

## **INFORME N° 006-06-GAL-OSITRAN**

Para : Ángel Chanchhuaña Alvarado  
Gerente de Administración y Finanzas (e)

Cc. Alejandro Chang Chiang  
Presidente del Consejo Directivo

Gonzalo Ruiz Díaz  
Gerente General (e)

Víctor Carlos Estrella  
Gerente de Supervisión

Asunto : Consulta sobre pago de Retribución por parte de Concesionaria  
Vial del Perú S.A. – COVIPERÚ

Ref. : Memorando N° 008-06-GAF-OSITRAN

Fecha : 7 de febrero de 2006

---

### **I. ANTECEDENTES**

1. Mediante Oficio N° 006-06-GAF-OSITRAN la Gerencia de Administración y Finanzas (GAF) solicitó a COVIPERÚ el pago de la Retribución calculada sin tomar en cuenta los descuentos realizados, de acuerdo a lo dispuesto por la Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión.
2. En respuesta a dicha solicitud, COVIPERÚ remite la Carta de fecha 10 de enero de 2006, señalando principalmente que dicha suma debería pagarse luego de que el Concedente los haya compensado en aplicación de la garantía tarifaria prevista en la Cláusula 9.9 del Contrato de Concesión. Adicionalmente, señala que no cobraron las tarifas contractualmente previstas sino aquellas dispuestas por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) en el contexto de hechos que constituyen supuestos de fuerza mayor.
3. Mediante el Memorando de la referencia la Gerencia de Administración y Finanzas solicitó a esta Gerencia opinión sobre los argumentos expuestos por la empresa concesionaria con la finalidad de decidir las acciones a tomar.

### **II. OBJETO**

El presente informe tiene por objeto evaluar los hechos relacionados con el cobro de tarifas por parte de COVIPERÚ y su incidencia respecto del pago de la Retribución, a la luz de lo establecido por el Contrato de Concesión y el marco jurídico vigente.

### III. ANÁLISIS

1. Antes de analizar los hechos expuestos, es necesario evaluar lo establecido por las Cláusulas 8.17 y 9.9 del Contrato de Concesión. Las partes pertinentes de la Cláusula 8.17 son las siguientes:

*8.17.- El régimen tarifario es el conjunto de reglas contenidas en el Contrato y en los Estudios Técnicos que regulan las Tarifas que estará autorizada a cobrar la SOCIEDAD CONCESIONARIA durante la Explotación del Área de la Concesión, conforme lo siguiente:*

*(...)*

*b) A partir de la Toma de Posesión del Derecho de Explotación, la SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá cobrar la Tarifa, aplicando las siguientes reglas:*

*(...)*

*iii) La SOCIEDAD CONCESIONARIA podrá implantar esquemas de descuento de Peajes para usuarios frecuentes, por prepago o promociones, entre otras, respetando las leyes de libre competencia y previa autorización del REGULADOR quien velará porque se cautelen los intereses del CONCEDENTE. En ningún caso podrá acordarse la exoneración del pago de la Tarifa.*

*iv) La SOCIEDAD CONCESIONARIA será responsable de variaciones en los ingresos como resultado de los esquemas de descuento implementados por la misma. En caso de implantar estas modificaciones a la Tarifa, la Retribución que debe pagar la SOCIEDAD CONCESIONARIA al CONCEDENTE deberá calcularse sobre los ingresos antes de aplicados los descuentos.*

*El CONCEDENTE asegurará a la SOCIEDAD CONCESIONARIA el valor de la Tarifa fijada contractualmente en los Literales c) y d) a continuación, de acuerdo con la Garantía Tarifaria estipulada en la Sección IX del presente Contrato.*

*(...)*

2. Por su parte, la Cláusula 9.9 contiene la Garantía Tarifaria la cual ha sido establecida en los siguientes términos:

*9.9.- Cuando por disposición de cualquier entidad pública o por alguna causa de Fuerza Mayor, se impida a la SOCIEDAD CONCESIONARIA el cobro del Peaje previsto en el Contrato, y ésta proceda a cobrar por tanto, un Peaje inferior o no cobrar Peaje, salvo que la causa que origine dicha situación sea imputable a la SOCIEDAD CONCESIONARIA, el CONCEDENTE reconocerá y pagará a la SOCIEDAD CONCESIONARIA, la diferencia tarifaria que corresponda con arreglo al procedimiento establecido en el presente Contrato.*

*La SOCIEDAD CONCESIONARIA, podrá solicitar la resolución del Contrato si no ha recibido el pago correspondiente dentro del plazo de seis (6) meses de iniciado el siguiente ejercicio presupuestal.*

*Por el contrario, la SOCIEDAD CONCESIONARIA reconocerá y pagará al CONCEDENTE la diferencia tarifaria que corresponda por aumento del Peaje, cuando cualquier entidad pública se incremente el Peaje por encima de lo estipulado en este Contrato, salvo que dicho incremento se deba a*

*alguna compensación u otra medida adoptada como consecuencia de la aplicación de lo estipulado en el presente Contrato. Esta mayor diferencia será abonada dentro de los sesenta Días de devengada y será destinada al Fondo Vial. El incumplimiento en el pago de esta diferencia a favor del CONCEDENTE en el plazo antes indicado, dará lugar a la ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato señalada en la Cláusula 9.2.*

*(...)*

*En el caso que la diferencia de Peajes (Dp) sea mayor a cero, dicho monto corresponderá a una obligación de CONCEDENTE a favor de la SOCIEDAD CONCESIONARIA. En el caso que la diferencia de Peajes (Dp) sea menor a cero, dicho monto corresponderá a una obligación de la SOCIEDAD CONCESIONARIA a favor del CONCEDENTE.*

*En el caso que la diferencia de Peajes (Dp) sea a favor de La SOCIEDAD CONCESIONARIA, ésta podrá descontar el valor de la diferencia de Peajes (Dp) del pago de la Retribución al CONCEDENTE. En caso los recursos no sean suficientes se aplicará los fondos existentes en el fideicomiso previsto en la Cláusula 3.3.j. de este Contrato, en tanto existan fondos remanentes. Si luego de ello aún existiera un saldo a favor de la SOCIEDAD CONCESIONARIA, el CONCEDENTE pagará la diferencia mediante un pago directo con intereses a una tasa Libor a 180 Días Calendario más 3 puntos porcentuales contados a partir del primer Día Calendario del mes siguiente de efectuada la liquidación correspondiente a la que hace referencia el segundo párrafo de esta cláusula, dentro de un plazo no mayor a seis (06) meses de iniciado el siguiente ejercicio presupuestal.*

*Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, las Partes podrán acordar o en todo caso, la SOCIEDAD CONCESIONARIA podrá cobrar unilateralmente Peajes inferiores, siendo totalmente responsable por los efectos de estas disminuciones sobre los ingresos. Asimismo, en este caso, la Retribución que la SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá pagar al CONCEDENTE será calculada sobre la base de los ingresos percibidos con base en estos niveles inferiores de Tarifa.*

3. Tal como queda en evidencia, las cláusulas antes citadas contienen diversos supuestos a partir de los cuales el Concesionario podría terminar cobrando el peaje por debajo del nivel previsto en el Contrato de Concesión: (i) la aplicación de descuentos; (ii) los casos de fuerza mayor o disposición de entidad pública; o, (iii) acuerdo entre las partes o decisión unilateral del Concesionario. En tal sentido, es necesario tener en cuenta los hechos ocurridos en el presente caso a fin de definir en cuál de dichos supuestos nos encontramos.

### III.1 Los hechos del caso

4. Los principales hechos del presente caso se reseñan a continuación:
  - El MTC solicitó a COVIPERÚ mediante Oficio N° 1173-2005-MTC/02 mantener la tarifa que se venía cobrando antes de la entrega en concesión de esta red vial.
  - Posteriormente el MTC mediante Oficio N° 1245-2005-MTC/02 solicitó a COVIPERÚ ampliación del plazo para mantener los peajes en los niveles vigentes; y, le ofrece compensar a la empresa concesionaria por la

reducción de ingresos esperados y así restituir equilibrio económico financiero del Contrato de Concesión.

- Finalmente, el MTC mediante Oficio N° 1316-2005-MTC/02 “autorizó” a la empresa concesionaria el cobro de S/. 4,00 a transportistas formales. En dicha comunicación se hace referencia al Decreto Supremo N° 027-2005-MTC, y señaló que ello era “*sin desmedro de las medidas a tomar para la nivelación de la Tarifa a los montos Contractuales*”
  - En las referidas comunicaciones se hace referencia a reuniones solicitadas y sostenidas por gremios de transportistas de carga y pasajeros con quienes debían el MTC busca coordinar los peajes a pagar. Por su parte, en la Carta de fecha 23 de setiembre de 2005, COVIPERÚ da cuenta al MTC de la actitud beligerante de tales gremios, amenazas de actos vandálicos y bloqueo de la carretera; siendo tal la razón por la que aceptan la solicitud contenida en el Oficio N° 1173-2005-MTC/02.
5. De igual manera, los hechos antes referidos deben confrontarse entonces tanto con el requerimiento realizado por la GAF como con la respuesta dada por la empresa concesionaria.
  6. Al respecto, la GAF solicitó a COVIPERÚ el pago de la Retribución sobre la diferencia entre el nivel de peajes contractualmente establecido y el realmente cobrado, citando para ello lo dispuesto por la Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión.
  7. Tal como puede apreciarse a partir de la transcripción de las partes pertinentes de la Cláusula 8.17, la empresa concesionaria puede realizar descuentos sobre los peajes a cobrar sin que dichos descuentos afecten el pago de la Retribución a favor del Concedente, tal como se señala en el inciso iv) del literal b) de esta cláusula.
  8. Sobre la base de los hechos reseñados, corresponde entonces analizar en cuál de los supuestos nos encontramos.

### III.2 Primer supuesto: los “esquemas de descuento”

9. Los “esquemas de descuento” a los que hace referencia el inciso iv) del literal b) de la cláusula 8.17 son tratados en el inciso anterior –el inciso iii)– de este mismo literal. En dicho inciso se señala que, entre otros, los esquemas de descuento pueden estar relacionados con usuarios frecuentes de la vía, prepago o promociones. Todo ello previa autorización del Regulador.
10. A partir de lo establecido en el inciso iii) queda en evidencia que se trata de descuentos producto de la aplicación de políticas comerciales de parte de la empresa concesionaria, supuesto claramente distinto a lo ocurrido en el presente caso. En efecto, no se trata pues de decisiones comerciales de parte del Concesionario las que llevaron a no cobrar los peajes en los niveles contractualmente establecidas tal como queda en evidencia a partir de los hechos y comunicaciones anteriormente reseñados.

### III.3 Segundo supuesto: “disposición de entidad pública” y “fuerza mayor”

11. De otra parte, COVIPERÚ señala en su comunicación de fecha 10 de enero, de una parte, que procedieron a cobrar *“las tarifas dispuestas por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y que son distintas a la tarifa que habíamos establecido de acuerdo a lo que nos facultaba el Contrato de Concesión”*. Asimismo señalan que los hechos constituyeron circunstancias de fuerza mayor dado que no tuvieron *“otra alternativa que asumir lo establecido por Autoridad Administrativa de Transporte”*.
12. Lo señalado por la empresa concesionaria tiene relación con lo establecido por el primer párrafo de la Cláusula 9.9, en la que se hace referencia a impedimentos a la Sociedad Concesionaria a cobrar el peaje según lo previsto contractualmente *“por disposición de cualquier entidad pública o por alguna causa de Fuerza Mayor”*. Sin embargo, esta Gerencia considera que ninguno de dichos supuestos se produce en este caso.
13. En efecto, cuando el Contrato de Concesión hace referencia a *“disposición de cualquier entidad pública”* está incorporando a dicho supuesto casos que involucren el ejercicio de poder público (ius imperium), es decir, autoridades ejerciendo los poderes que legalmente le han sido conferidos bien sea a través de actos administrativos o normas reglamentarias. Ello determinaría la imposibilidad del Concesionario de resistir tal decisión. Sin embargo, en el presente caso queda en evidencia que el cobro de los peajes por debajo del nivel contractualmente establecido se originó en un pedido formulado por el MTC y que fuera aceptado por COVIPERÚ.
14. De otra parte, se hace referencia a la actitud beligerante y amenazas de actos de vandalismo como supuestos de *“fuerza mayor”*. Al respecto, esta Gerencia, siguiendo lo establecido en la Sección XVIII del propio Contrato de Concesión, considera que los casos de fuerza mayor constituyen eventos irresistibles e imprevisibles que impiden total o parcialmente el cumplimiento de las obligaciones.
15. En efecto, la Cláusula 18.1 define las situaciones de caso fortuito o fuerza mayor *“siempre que se produzca un evento, condición o circunstancia no imputable a las Partes, que impida a alguna de ellas cumplir con las obligaciones a su cargo o cause su incumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso. El suceso deberá estar fuera del control razonable de la Parte que invoque la causal, la cual, a pesar de todos los esfuerzos razonables para prevenirlos o mitigar sus efectos, no puede evitar que se configure la situación de incumplimiento total, parcial, o defectuoso”*.
16. Cabe señalar que actos de bloqueo o de vandalismo pueden constituir supuestos de fuerza mayor que lleven al incumplimiento de obligaciones contractuales, pero la sola amenaza o riesgo de su ocurrencia no constituye un caso de fuerza mayor. Ello queda en evidencia a partir de lo dispuesto en el segundo párrafo de la cláusula 18.1 cuando señala que la fuerza mayor incluye actos de guerra, invasión, bloqueo, huelga, entre otros. Son actos como los señalados y no la sola posibilidad de su ocurrencia lo que constituye un supuesto de fuerza mayor.

17. Ello es además consistente con la definición de fuerza mayor prevista en el artículo 1315 del Código Civil que señala: “Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.
18. Adicionalmente, debe tenerse presente que de acuerdo a lo establecido por la Cláusula 18.2, corresponde al Regulador calificar un hecho o evento como de fuerza mayor. En tal sentido, no es suficiente que una de las partes alegue dicha situación para que sea considerada como tal, debe ser debidamente analizada y calificada. De tal calificación dependerán, por ejemplo, la suspensión de obligaciones.
19. En consecuencia, esta Gerencia considera que el caso bajo análisis no recae dentro de los “descuentos” a los que hacen referencia los incisos iii) y iv) del literal b) de la Cláusula 18.7, ni constituye un supuesto de “fuerza mayor” o “disposición de una entidad pública” asimilables a lo establecido en el primer párrafo de la Cláusula 9.9 del Contrato de Concesión.

#### III.4 Tercer supuesto: acuerdo entre las partes y decisión unilateral del Concesionario

20. Al respecto, es importante tener en consideración lo establecido por el último párrafo de la Cláusula 9.9 que contempla otros supuestos de reducción de los peajes que se cobren.

*Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, las Partes podrán acordar o en todo caso, la SOCIEDAD CONCESIONARIA podrá cobrar unilateralmente Peajes inferiores, siendo totalmente responsable por los efectos de estas disminuciones sobre los ingresos. Asimismo, en este caso, la Retribución que la SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá pagar al CONCEDENTE será calculada sobre la base de los ingresos percibidos con base en estos niveles inferiores de Tarifa.*

21. Sin entrar a analizar por el momento el detalle del alcance completo de este párrafo, es decir, todos los supuestos que podrían ser incluidos, debe notarse que dicho párrafo incluye el caso en que haya un acuerdo entre las Partes. Este supuesto es consistente con los hechos ocurridos en la medida que, de una parte, hubo una solicitud del Concedente para que el Concesionario cobre los peajes por debajo del nivel establecido contractualmente (Oficio N° 1173-2005-MTC/02) y, de otra, el Concesionario acepta dicha solicitud (Carta de fecha 23 de setiembre de 2005).
22. El referido párrafo señala adicionalmente que, si bien el Concesionario es responsable por los efectos de la disminución de los ingresos, en el caso específico del pago de la Retribución, el cálculo debe realizarse sobre los ingresos percibidos con base en los niveles inferiores de la tarifa. Lo establecido en este párrafo tiene particular sentido tratándose de un acuerdo entre las Partes, es decir, se reduce también la Retribución considerando que ha sido el propio Concedente -beneficiario principal del pago de la Retribución- quien ha asentido a la reducción en el cobro de los peajes.

23. Sin perjuicio de lo anteriormente mencionado, es importante señalar que los supuestos previstos en este último párrafo deben ser distintos de otros previstos en el Contrato de Concesión. Así, deben diferenciarse de, una parte, aquellos descuentos producto de aplicación de política comercial, fuerza mayor o disposición de una entidad pública, de aquéllos realizados por acuerdo entre las Partes y los unilateralmente realizados por el Concesionario.
24. Asimismo, la Cláusula 9.9 ha previsto expresamente la compensación del Concedente al Concesionario en los casos de fuerza mayor y disposición de entidad pública. Este supuesto no ha sido previsto específicamente para el caso de acuerdo entre las Partes, motivo por el cual si bien los principios y parámetros para su determinación podrían ser similares, ello no quiere decir que sus efectos para el Contrato de Concesión deban ser exactamente los mismos. Por ejemplo, en caso se produzca la compensación sobre la base de ingresos dejados de percibir, dicha compensación deberá ser considerada a partir del momento en que se haga efectiva para el pago de la Retribución y la tasa de Regulación. Ello en la medida que la compensación anularía el efecto económico de la reducción acordada.
25. De otra parte, consideramos que no sería aplicable a dicho caso lo establecido por el segundo párrafo de la cláusula 9.9, es decir, el incumplimiento del Concedente como causal de resolución del Contrato de Concesión. Ello sobre la base de que las causales de resolución o caducidad de la Concesión deben estar expresamente recogidas en el Contrato o en la Ley.
26. Finalmente, debe recordarse que si bien el MTC tiene la calidad de Concedente y, a la vez, es la Autoridad Administrativa en materia de transporte, el Concesionario debe tener en cuenta que dicha doble condición no supone, en modo alguno, que el Concedente o el Concesionario (individual o conjuntamente) puedan desconocer las obligaciones asumidas a través del Contrato de Concesión y que, como entidad prestadora, COVIPERÚ se encuentra sujeta al marco regulatorio cuya supervisión corresponde a OSITRAN conforme a Ley. Derivado de ello, por ejemplo, respecto de aquellos aspectos tarifarios no previstos expresamente en el Contrato de Concesión deberá aplicarse el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN aprobado mediante Resolución del Consejo Directivo N° 043-2004-CD-OSITRAN.
27. En cuanto a las acciones a tomar sobre la base de los hechos expuestos y analizados en el presente informe, esta Gerencia considera que no corresponde exigir el pago de la Retribución a la empresa concesionaria sobre la diferencia entre los ingresos efectivos y aquéllos que hubiese recibido de aplicar el nivel tarifario previsto en el Contrato de Concesión. Empero, deberá procederse al cobro correspondiente una vez que el Concedente hubiera procedido efectivamente a pagar las compensaciones a las que se ha comprometido.

#### **IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

Teniendo en cuenta lo expuesto en el presente informe, esta Gerencia considera que:

1. Los hechos analizados no constituyen los esquemas de descuento previstos en los incisos iii) y iv) del literal b) de la Cláusula 8.17, ni supuestos de fuerza mayor o disposición de una entidad pública, previstos en el primer párrafo de la Cláusula 9.9 del Contrato de Concesión.
2. El presente caso implica un acuerdo entre las Partes sobre la base del cual el Concesionario ha cobrado peajes por debajo del nivel contractualmente establecido, supuesto que se encuentra previsto en el último párrafo de la Cláusula 9.9 del Contrato de Concesión.
3. En tanto el Concedente no proceda efectivamente a compensar económicamente al Concesionario por los ingresos dejados de percibir, el pago de la Retribución deberá calcularse sobre la base del menor nivel tarifario efectivamente cobrado, de acuerdo a lo establecido por el último párrafo de la Cláusula 9.9 del Contrato de Concesión.

Atentamente,

**FELIX VASI ZEVALLOS**  
Gerente de Asesoría Legal