

INFORME N° 027-05-GRE-GAL-OSITRAN

Para : Jorge Alfaro Martijena
Gerente General

De : Gonzalo Ruiz Díaz
Gerente de Regulación

Félix Vasi Zevallos
Gerente de Asesoría Legal

Christy García-Godos Naveda
Analista de Regulación

Asunto : Solicitud de interpretación de la cláusula 3.3 e) ii) del Contrato de Concesión del Tramo Ancón – Huacho – Pativilca de la Carretera Panamericana Norte.

Fecha : 21 de julio de 2005

I. ANTECEDENTES

1. Mediante carta N° NOR442-05 de fecha 08 de junio de 2005, la empresa concesionaria del Tramo Ancón – Huacho – Pativilca de la Carretera Panamericana Norte, NORVIAL S.A., solicitó a OSITRAN la interpretación de la cláusula 3.3 e) ii) del Contrato de Concesión.
2. Mediante informe N° 025-05-GRE-GAL-OSITRAN de fecha 07 de julio de 2005, la Gerencia de Regulación y de Asesoría Legal evaluaron la solicitud de interpretación del Concesionario, concluyendo que el supuesto de aumento de capital debido a capitalización de excedentes de revaluación, por razones de exposición a la inflación no está incluido dentro de lo establecido por el inciso ii) del literal e) de la cláusula 3.3 del Contrato de Concesión.
3. En su sesión de fecha 13 de julio de 2005, el Consejo Directivo solicitó una ampliación del Informe N° 025-05-GRE-GAL-OSITRAN en relación con los casos de aumento de capital que no se encuentran comprendidos en el inciso ii) del literal e) de la cláusula 3.3 del Contrato de Concesión del Tramo Ancón – Huacho – Pativilca de la Carretera Panamericana Norte.

II. OBJETO

4. El objeto del presente informe es ampliar el informe N° 025-05-GRE-GAL-OSITRAN de fecha 07 de julio de 2005 en los términos solicitados por el Consejo Directivo y emitir opinión respecto de la solicitud de interpretación del Contrato de Concesión Tramo Ancón – Huacho – Pativilca de la Carretera Panamericana Norte planteada por la Empresa Concesionaria.

III. MARCO LEGAL

5. El artículo 7° de la Ley N° 26917 - Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público establece lo siguiente:

“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.*

6. En tal sentido OSITRAN está facultado para emitir opinión sobre los Contratos de Concesión de Infraestructura de Transporte de Uso Público.

IV. ANÁLISIS

7. En su pedido, la Empresa Concesionaria solicitó a OSITRAN que confirme su interpretación en el sentido de que no es necesaria la autorización del Concedente *“para los casos de aumento de capital por capitalización de la reexpresión por exposición a la inflación”* a la luz de lo establecido por el inciso ii) del literal e) de la cláusula 3.3. Dicha cláusula establece lo siguiente:

Constataciones en la Fecha de Suscripción del Contrato

3.3.- La SOCIEDAD CONCESIONARIA debe, a la Fecha de Suscripción del Contrato, cumplir con lo siguiente: (...)

- e) El estatuto de la SOCIEDAD CONCESIONARIA debe contener como mínimo las siguientes cláusulas: (...)*

- (ii) Cualquier proceso de reducción de capital, fusión, escisión, transformación o liquidación de la SOCIEDAD CONCESIONARIA, así como el aumento del capital social durante los cinco primeros años de la Concesión, deberá ser aprobado por accionistas de la SOCIEDAD CONCESIONARIA que en conjunto representen, cuando menos, 2/3 de su capital social.*

La SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá presentar, ante el CONCEDENTE y El SUPERVISOR, el proyecto de acuerdo de junta general en el cual se aprobaría cualquiera de los procesos anteriormente mencionados. Dicho proyecto de acuerdo podrá ser autorizado por el CONCEDENTE en el plazo de treinta (30) Días, con opinión del SUPERVISOR. Si el CONCEDENTE no se pronunciase en el plazo establecido dicho proyecto de acuerdo se entenderá denegado.

8. Al respecto, como señala NORVIAL, la aplicación del régimen legal de ajuste por inflación del balance general con incidencia tributaria contenido en el Decreto Legislativo N° 797 se encuentra suspendida a partir del ejercicio gravable del 2005 según lo establece el artículo 1 de la Ley N° 28394.
9. Sin perjuicio de ello, tal suspensión no implica la imposibilidad de que las empresas o los agentes económicos voluntariamente puedan re-exresar el capital de sus empresas por razones de inflación. Ello es posible, no solamente porque la Ley N° 28394 no lo prohíbe, sino también por la autonomía privada de los particulares.
10. En efecto, el Artículo N° 202 de la Ley General de Sociedades (Ley N° 26887) de manera amplia, a través de una lista abierta, prevé los supuestos de aumentos de capital. Así, en el inciso 3 se contempla el supuesto relativo a la capitalización de los excedentes de revaluación y el inciso 4 admite otras formas legalmente permitidas que tengan como efecto el referido aumento de capital.
11. Normas como las antes señaladas de manera amplia permiten expresar en el capital el efecto de la inflación sobre los activos de la sociedad. La posibilidad de aumento de capital por tal razón se diferencia respecto del régimen del Decreto Legislativo N° 797, entre otras cosas, por tratarse de una decisión voluntaria de la sociedad y no de una obligación legalmente impuesta.
12. La reexpresión del capital por razones de inflación supone lo que usualmente se conoce como “revalorización del activo” que significa realizar una nueva apreciación del valor del activo, distinto del que pudo haber tenido en el pasado¹. Estas revalorizaciones, para el caso de expresión de los efectos de la inflación son denominadas “revaluaciones monetarias o nominales” en contraposición a las “revaluaciones económicas o reales”. Las primeras son producto de la devaluación monetaria por inflación, mientras que las últimas suponen un verdadero aumento del valor del bien mas allá del factor monetario².
13. La reexpresión del capital por exposición a la inflación si bien implica la modificación (nominal) del capital, no supone aspectos tales como la realización de aportes, el ingreso de nuevos socios a la sociedad, variación en los porcentajes accionarios o el ejercicio de derechos de adquisición o suscripción preferente. Son estas situaciones las que dan sentido y sustentan la necesidad de que en los casos de Concesiones el Regulador deba emitir opinión previa en salvaguarda de los intereses involucrados (Estado, usuarios, entre otros).
14. En virtud de lo dicho anteriormente, la referencia del inciso ii) del literal e) de la cláusula 3.3 a “*cualquier aumento de capital*” debería interpretarse excluyendo la reexpresión del capital por exposición a la inflación, en la medida en que en este supuesto, las razones que sustentan la opinión del Regulador no se

¹ Elías Laroza, Enrique, Derecho Societario Peruano, Tomo II, 2da Edición, Editora Normas Legales Trujillo, 2000, pág. 617.

² Idem págs. 618 y 619

presentan ni podrían presentarse. Interpretar lo contrario supondría la imposición de un trámite o procedimiento burocrático sin sustento alguno.

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

15. Por lo expuesto en el presente informe, el supuesto de aumento de capital debido a la reexpresión del mismo por exposición a la inflación no está incluido dentro de lo establecido por el inciso ii) del literal e) de la cláusula 3.3 del Contrato de Concesión. En tal sentido, este tipo de aumento de capital no requiere autorización ni opinión previa de parte del Concedente y de OSITRAN, respectivamente.
16. En virtud del análisis efectuado en la sección precedente, recomendar la elevación del presente informe al Consejo Directivo, para que se pronuncie respecto de la solicitud de interpretación presentada por la empresa concesionaria NORVIAL S.A.

Atentamente,

GONZALO RUIZ DIAZ
Gerente de Regulación

FÉLIX VASI ZEVALLOS
Gerente de Asesoría Legal

CHRISTY GARCÍA – GODOS NAVEDA
Analista de Regulación

CGG-JMC/gsg
REG-SAL-GRE-05-5610
TD: 4381 y 4551