

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 014-2006-CD-OSITRAN

Lima, 10 de marzo de 2006

Vistos:

El Informe Nº 009-06-GS-GAL-OSITRAN de fecha 3 de marzo de 2006 y el proyecto de Resolución de Consejo Directivo presentados por la Gerencia General; y,

Considerando:

Que, la Gerencia de Asesoría Legal ha presentado al Consejo Directivo el Informe de vistos en el que se analiza y busca definir los supuestos de reducción en el cobro de peajes previstos en el Contrato de Concesión del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica (Red Vial Nº 6) y sus efectos respecto del pago de la Retribución por el Concesionario;

Que luego de la revisión y discusión del análisis y conclusiones de dicho informe, el Consejo Directivo lo hace suyo, incorporándolo a la parte considerativa de la presente resolución.

Que, en consecuencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 7.1, literal e) de la Ley Nº 26917, que faculta a OSITRAN interpretar los títulos en virtud de los cuales las entidades prestadoras realizan sus actividades de explotación; y, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su sesión de fecha 9 de marzo de 2006;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Interpretar que el Contrato de Concesión del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica (Red Vial Nº 6), prevé los siguientes supuestos de reducción de peajes:

- a. Por aplicación de esquemas de descuentos, prevista en el inciso iv) de la del literal b) de la Cláusula 8.17;
- b. Por disposición de entidad pública o por causa de fuerza mayor, previstos en el primer párrafo de la Cláusula 9.9; y,
- c. Por acuerdo entre las partes o por decisión unilateral del Concesionario, previstos en el último párrafo de la Cláusula 9.9.

Cada uno de los supuestos previstos debe ser diferenciado del resto, por estar sujetos a requisitos distintos y por generar consecuencias jurídicas diferentes.

Artículo 2.- Interpretar el inciso iv) de la del literal b) de la Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión en el sentido que, en el caso de reducción de peajes por aplicación de esquemas de descuento, el pago de la Retribución se calculará sobre la base de los peajes establecidos contractualmente, sin considerar los descuentos aplicados.

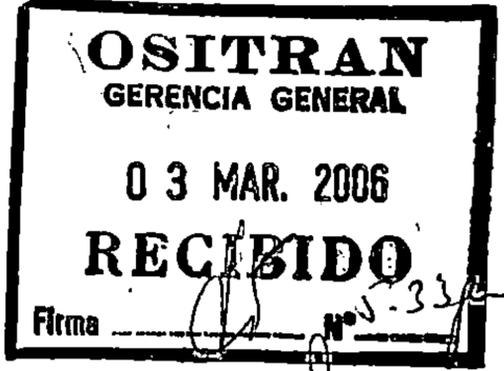
Artículo 3.- Interpretar la Cláusula 9.9 del Contrato de Concesión en el sentido que en los supuestos de reducción de peajes por disposición de una entidad pública, por causa de fuerza mayor, por acuerdo entre las Partes o por decisión unilateral del Concesionario, el pago de la Retribución se calculará sobre la base de los ingresos obtenidos con base a los niveles inferiores de la tarifa.

Artículo 4.- Interpretar el Contrato de Concesión en el sentido que cuando corresponda que el Concedente compense al Concesionario por la reducción de los peajes, dicha compensación será tomada en cuenta para el pago de la Retribución desde el momento en que sea efectivamente realizada.

Artículo 5.- Autorizar la publicación de la presente Resolución en la página web institucional (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ALEJANDRO CHANG CHIANG
Presidente



INFORME N° 009-06-GS-GAL-OSITRAN

Para : Gonzalo Ruiz Díaz
Gerente General (e)

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

Asunto : Interpretación sobre el pago de Retribución por parte de Concesionaria Vial del Perú S.A. – COVIPERÚ en caso de cobro de tarifas por debajo de los niveles contractualmente establecidos

Ref. : Informe N° 006-06-GAL-OSITRAN

Fecha : 3 de marzo de 2006

Ayudar para CD del 09.03.06

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 remitió la Carta de fecha 10 de enero de 2006, señalando 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 aquéllas dispuestas por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) en el contexto de hechos que, en su opinión, constituyen supuestos de fuerza mayor.
3. Mediante el Memorando N° 008-06-GAF-OSITRAN 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. Mediante el Informe de la referencia, la Gerencia de Asesoría Legal dio respuesta a la solicitud de opinión evaluando los hechos puestos en conocimiento en relación con lo establecido por el Contrato de Concesión.
4. A raíz de la absolución de dicha consulta, esta Gerencia ha identificado que las cláusulas del Contrato de Concesión relacionadas con el cobro de peajes por debajo de los montos máximos contractuales no son claras en la definición de todos los supuestos que consideran. Por ello es importante que el Consejo Directivo se pronuncie en atención a sus funciones para interpretar los Contratos de Concesión. Es por tal razón que se elabora el presente informe que toma como base el análisis del Informe de la referencia.



II. OBJETO

- El presente informe tiene por objeto emitir opinión legal respecto de los supuestos de cobro de peajes por debajo de los topes contractualmente establecidos y su relación con el pago de la Retribución, a fin de elevarlo al Consejo Directivo de OSITRAN para que proceda a interpretar el Contrato de Concesión, según las competencias que legalmente se le han atribuido.

III. ANÁLISIS

1. Con la finalidad de analizar los temas objeto del presente informe, es necesario tener en cuenta lo establecido por las Cláusulas 8.17 y 9.9 del Contrato de Concesión.
2. 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.

(...)

3. Por su parte, la Cláusula 9.9 contiene la Garantía Tarifaria que 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.



4. Tal como queda en evidencia, las cláusulas antes citadas contienen los siguientes supuestos a partir de los cuales el Concesionario podría cobrar el peaje por debajo del nivel previsto en el Contrato de Concesión:

- a. Por la aplicación de esquemas de descuentos, según se prevé en el inciso iv) de la del literal b) de la Cláusula 8.17.
- b. Por disposición de una entidad pública o por causa de fuerza mayor, según se prevé en el primer párrafo de la Cláusula 9.9.



c. Por acuerdo entre las partes o por decisión unilateral del Concesionario, según se prevé en el último párrafo de la Cláusula 9.9.

5. En tal sentido, a continuación se analizan cada uno de los mencionados supuestos:

III.1 Esquemas de descuento

- 6. Con la finalidad entender el significado de "esquemas de descuento" a los que hace referencia el inciso iv) del literal b) de la cláusula 8.17, es preciso tomar en consideración lo establecido en el inciso anterior –el inciso iii)– de este mismo literal. En dicho inciso se señala que los esquemas de descuento pueden estar relacionados con supuestos como los de usuarios frecuentes de la vía, prepago o promociones.
- 7. De igual manera se señala expresamente que tales descuentos deberán respetar las normas sobre libre competencia y que deberán ser previamente autorizados por el Regulador.
- 8. A partir de lo establecido en el inciso iii) queda en evidencia que los esquemas de descuento mencionados son manifestaciones de la aplicación de políticas comerciales por parte de la empresa concesionaria. En consecuencia, se trata de decisiones empresariales de carácter unilateral y cuyo ejercicio no requiere de ningún tipo de acuerdo con el Concedente, ni la participación de entidades públicas o privadas.
- 9. Finalmente, en caso de aplicar este tipo de descuentos cumpliendo con las normas y requisitos mencionados, el inciso iv) señala que el pago de la Retribución a que está obligado el Concesionario no se verá afectado por éstos. Es decir, dicho pago deberá calcularse considerando el monto de los ingresos sin aplicar tales descuentos.

III.2 Disposición de entidad pública o causa de fuerza mayor

- 10. El primer párrafo de la Cláusula 9.9 establece los supuestos en los que el Concesionario se ve impedido de cobrar los peajes en los niveles contractualmente permitidos "*por disposición de cualquier entidad pública o por alguna causa de Fuerza Mayor*".
- 11. 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 de ámbito nacional, regional o local ejerciendo los poderes que legalmente le han sido conferidos bien sea a través de actos administrativos o normas reglamentarias. Ello determinaría la imposibilidad legal del Concesionario de resistir tal decisión.
- 12. En este punto es necesario distinguir este supuesto del caso en que una autoridad solicite al Concesionario no cobrar los peajes contractualmente permitidos. En el primer caso se tratará del ejercicio de poder público para ordenar al Concesionario no cobrar o hacerlo en términos distintos a los que tiene derecho. Como mencionamos, ello deberá manifestarse bien sea a través de un acto administrativo o una norma reglamentaria. Por el contrario, en el



caso de una solicitud no existen elementos de coerción y por tanto la aceptación de tal solicitud debería ser considerada como un acuerdo si el solicitante fuese el Concedente o, en caso contrario, una decisión unilateral¹.

13. De otra parte, el Concesionario podría no cobrar los peajes de acuerdo al Contrato de Concesión por causas 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.
14. 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"*.
15. 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"*.
16. Sobre el particular es también importante tomar en cuenta la enumeración que con carácter enunciativo se contempla en el segundo párrafo de la Cláusula 18.1, en la que se señala que la fuerza mayor incluye actos de guerra, invasión, bloqueo, huelga, entre otros.
17. 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, ya que debe ser debidamente analizada y calificada. De tal calificación dependerá, por ejemplo, la suspensión de obligaciones.
18. Es importante dejar en claro que para que una situación pueda ser calificada como un evento de fuerza mayor debe haber acontecido. En otras palabras, no es suficiente que exista la posibilidad de que ocurran hechos que puedan ser considerados como situaciones de fuerza mayor, ya que deberán ser constatados y, sobre la base de su ocurrencia, debidamente calificados.
19. Lo antes mencionado se confirma no solamente a partir del entendimiento jurídico de lo que es un caso de fuerza mayor, sino también de lo expresamente establecido en la propia Cláusula 18.1 cuando señala que *"existirá una situación de caso fortuito o fuerza mayor siempre que se produzca un evento, condición o circunstancia ..."*. Ello resulta consistente también con las eventuales consecuencias de un caso de fuerza mayor, como son la suspensión de obligaciones o incluso la resolución del Contrato de



¹ Estos supuestos se analizarán más adelante en el presente informe.

Concesión, es decir, no se podría ni suspender obligaciones, ni resolver el contrato ante la simple posibilidad de ocurrencia de tales eventos.

20. Tal como puede apreciarse, el caso de fuerza mayor y la disposición de una entidad pública tienen en común el hecho de ser eventos o situaciones que no pueden ser resistidas por el Concesionario, bien sea por implicar el ejercicio de potestades públicas de parte de una autoridad, o por el carácter irresistible de la situación, según sea el caso.
21. Ello determina entonces que no pueda considerarse que estos casos (disposición de entidad pública y fuerza mayor), a diferencia de lo que ocurre con la aplicación de descuentos, se originan por iniciativa del Concesionario. De igual manera y por esta misma razón, no podría confundirse con los supuestos de acuerdo entre las Partes o decisión unilateral del Concesionario.
22. La Cláusula 9.9 establece la relación entre los supuestos previstos y los efectos sobre el cobro del peaje. Así, se señala que el Concesionario podría verse forzado a no cobrar o cobrar por debajo de los límites contractuales en casos de fuerza mayor o por disposición de una entidad pública; por su parte, se señala también la posibilidad de cobros por encima del monto establecido en el Contrato de Concesión, esta vez, sólo por disposición de una entidad pública.
23. En caso que la empresa Concesionaria se hubiese visto forzada a no cobrar o cobrar por debajo de lo permitido contractualmente, la diferencia deberá ser reconocida y pagada por el Concedente. Aunque la Cláusula 9.9 no lo señala expresamente, es lógico concluir que en dicho supuesto el Concesionario deberá pagar la Retribución pero no sobre la base de lo que debió haber recaudado por concepto de cobro de peaje, sino por lo efectivamente recaudado. Ello se deriva del hecho de ser un pago vinculado a este rubro (los peajes) y del hecho que, en ausencia de una disposición contractual en contrario, no existiría fundamento jurídico para obligar al Concesionario a pagar una deuda calculada sobre una base que ha sido afectada por hechos ajenos a su control y reconocidos como tales por el propio Contrato de Concesión.
24. Asimismo, en caso de recibir las compensaciones por parte del Concedente, éstas deberán tomarse en consideración para el pago de la Retribución correspondiente por ser ingresos que, si bien provienen del Concedente y, en estricto no derivan del peaje, tienen por finalidad compensar precisamente la disminución de ingresos derivada de la afectación del cobro del peaje por las referidas causales.
25. De manera similar, en caso por disposición de una entidad pública el Concesionario se hubiese visto obligado a cobrar peajes por encima de los montos contractualmente establecidos, deberá reconocer y pagar al Concedente la diferencia tarifaria que corresponda. Esta diferencia deberá ser destinada al Fondo Vial en un plazo no mayor de sesenta días de devengada, tal como se señala en el segundo párrafo de la Cláusula 9.9. En tal sentido, existiendo la obligación de pagar la diferencia, el cálculo del pago de la Retribución deberá realizarse sobre la base del nivel tarifario previsto en el Contrato de Concesión.



III.3 Acuerdo entre las partes y decisión unilateral del Concesionario

26. El último párrafo de la Cláusula 9.9 que contempla la reducción de los peajes por acuerdo entre las Partes y por decisión unilateral del Concesionario:

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.

27. En el caso de acuerdo entre las Partes, consideramos que no es necesario que dicho acuerdo se llegue a formalizar a través de un documento suscrito para tal efecto. Para efecto de considerar la existencia de un acuerdo será suficiente que éste pueda identificarse a partir del cruce de las comunicaciones remitidas por el Concedente y por el Concesionario, debidamente suscritas por los representantes o funcionarios correspondientes. Este supuesto de reducción en el cobro de peajes puede distinguirse claramente de los casos de aplicación de descuentos, fuerza mayor y disposición de entidad pública antes analizados.
28. De otra parte, respecto de la reducción por decisión unilateral del Concesionario es necesario diferenciar tal supuesto de los anteriormente mencionados. En tal sentido, resultan evidentes las diferencias respecto de los casos de fuerza mayor y por disposición de una entidad pública. Sin embargo, podría haber confusión respecto de la aplicación de descuentos, lo que también supone una decisión unilateral.
29. Aunque el caso de aplicación de descuentos supone una decisión unilateral, debe tenerse en cuenta que el diferente tratamiento contenido en ambas cláusulas lleva necesariamente a considerarlos de manera excluyente, es decir, que el supuesto de aplicación de descuentos no se encuentra comprendido dentro del último párrafo de la Cláusula 9.9. En efecto, la Cláusula 8.17 que regula el supuesto de aplicación de descuentos prevé la necesidad de una autorización previa por el Regulador, mientras que la Cláusula 9.9 no ha previsto tal requisito para el caso de decisión unilateral. Es este diferente tratamiento previsto en el propio Contrato de Concesión el que lleva a la necesidad de entender que un supuesto no puede asimilarse al otro.
30. Siendo ello así, el Contrato de Concesión ha previsto entonces el supuesto de aplicación de descuentos, de una parte, y el de decisión unilateral, por otra. En consecuencia, si es que el Concesionario decide aplicar una política comercial de descuentos, deberá actuar y regirse por lo establecido en el literal b) de la Cláusula 8.17 y no por lo establecido por el último párrafo de la Cláusula 9.9, que será aplicable para otros casos de reducción de peajes por decisión unilateral².



Un caso que caería dentro de este último supuesto sería, por ejemplo, si una autoridad regional o municipal solicita al Concesionario que por determinadas razones de interés de la comunidad reduzca sus tarifas, solicitud que es aceptada por éste. Dicho caso no supondría acuerdo entre Partes (la autoridad solicitante no es Parte del Contrato), ni recaería dentro del supuesto de disposición de una entidad pública (pues se trata de una solicitud). Sería entonces una decisión unilateral del Concesionario que no supone la aplicación de su política comercial.



31. Con relación con la retribución en estos dos supuestos (acuerdo entre Partes o decisión unilateral del Concesionario), el último párrafo de la Cláusula 9.9 señala que el Concesionario será responsable por los efectos de la disminución de los peajes; sin embargo, a continuación se señala que la Retribución será pagada sobre la base de los menores ingresos percibidos. En tal sentido, si bien el Concesionario es responsable por el efecto de disminución de sus ingresos, el Contrato de Concesión ha exceptuado expresamente al pago de la Retribución de dicha responsabilidad³.
32. Debemos señalar también que a propósito del pago de Retribución, el último párrafo de la Cláusula 9.9 señala que será aplicable a "este caso". Al respecto, consideramos que si bien podría entenderse literalmente que está referido sólo al último caso mencionado (decisión unilateral), tal interpretación carece de toda lógica y debe entenderse aplicable tanto para el supuesto de acuerdo entre Partes, como para el caso de decisión unilateral.
33. En efecto, dicha interpretación supondría que si la reducción de peajes es unilateral la retribución también se reduciría, mientras que si fuera acordada con el Concedente debería ser pagada en su integridad sin considerar los descuentos. Tal interpretación resultaría absurda pues se estaría aceptando que por una decisión unilateral se podrían afectar los derechos del Concedente y no cuando el Concedente hubiese aceptado expresamente tal decisión de reducción en el cobro de peajes⁴.
34. En atención a ello, somos de la opinión que la única forma de interpretar lo expresamente contemplado en dicha cláusula es entender que la frase "en este caso" está referido a la reducción de peajes en estos dos supuestos (ambos contemplados en el último párrafo de la Cláusula 9.9), que son distintos a los supuestos de fuerza mayor y disposición de una entidad pública previstos en los párrafos anteriores de dicha cláusula.
35. Por otra parte, 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 Partes⁵, motivo por el cual si bien los principios y parámetros para su determinación podrían ser similares si es que se hubiese acordado tal compensación, ello no quiere decir que sus efectos para el Contrato de Concesión deban ser exactamente los mismos.
36. Por ejemplo, en caso se produjera una reducción de peajes por acuerdo entre las Partes y que, como parte de dicho acuerdo, se hubiese pactado una compensación a cargo del Concedente (por los ingresos dejados de percibir),

³ En consecuencia, dicha responsabilidad implicará entonces que no podría pretender trasladar al Concedente o a los usuarios efectos económicos distintos a los de la Retribución, como podrían ser el mantenimiento de los niveles de servicio en la carretera, el cumplimiento de las obras a su cargo, la ruptura del equilibrio económico, entre otros.

⁴ En todo caso, el supuesto más lógico de aplicación de una consecuencia de esa naturaleza (reducción de la Retribución) debió haberse planteado para el caso de acuerdo entre las Partes y no para el de decisión unilateral; sin embargo, la literalidad de la cláusula no permite interpretarla en ese sentido.

⁵ Resultaría impensable para el caso de decisión unilateral del Concesionario, pues no habría un acuerdo que obligue al Concedente a ello y, de otra parte, el Contrato de Concesión restringe esa posibilidad cuando señala que el Concesionario es responsable de los efectos de la reducción de sus ingresos.



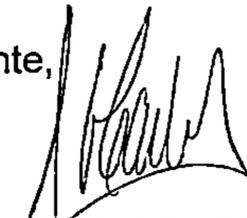
consideramos que no sería aplicable a dicho caso lo establecido por el segundo párrafo de la cláusula 9.9. Es decir, no puede interpretarse que si el Concedente incumpliera con el pago de la compensación en este contexto existirá una causal de resolución del Contrato de Concesión. Ello sobre la base de que las causales de resolución o caducidad de la Concesión deben estar expresamente recogidas en el Contrato o en la Ley.

37. De otra parte, si en el ejemplo propuesto dicha compensación fuese pagada por el Concedente, entonces deberá ser considerada para el pago de la Retribución por tratarse de ingresos que compensan ingresos dejados de percibir por el cobro de un peaje reducido (la compensación anularía el efecto económico de la reducción acordada).

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIÓN

1. Teniendo en cuenta lo expuesto en el presente informe, esta Gerencia considera que el Contrato de Concesión:
 - a. Contempla los siguientes supuestos de reducción de peajes: (i) por aplicación de esquemas de descuentos, prevista en el inciso iv) de la del literal b) de la Cláusula 8.17; (ii) por disposición de entidad pública o por causa de fuerza mayor, previstos en el primer párrafo de la Cláusula 9.9; y, (iii) por acuerdo entre las partes o por decisión unilateral del Concesionario, previstos en el último párrafo de la Cláusula 9.9.
 - b. Cada uno de los supuestos previstos debe ser diferenciado del resto, por estar sujetos a requisitos distintos y por generar consecuencias jurídicas diferentes.
 - c. En el caso de reducción de peajes por aplicación de esquemas de descuento, el pago de la Retribución se calculará sobre la base de los peajes establecidos contractualmente, sin considerar los descuentos aplicados.
 - d. En los supuestos de reducción de peajes por disposición de una entidad pública, por causa de fuerza mayor, por acuerdo entre las Partes o por decisión unilateral del Concesionario, el pago de la Retribución se calculará sobre la base de los ingresos obtenidos con base a los niveles inferiores de la tarifa.
 - e. Cuando corresponda que el Concedente compense al Concesionario por la reducción de los peajes, dicha compensación será tomada en cuenta para el pago de la Retribución desde el momento en que sea efectivamente realizada.
2. Recomendar la elevación del presente informe al Consejo Directivo para que, en ejercicio de sus facultades en materia de interpretación de Contratos de Concesión, se pronuncie sobre el sentido de las cláusulas analizadas en el presente informe, para tal efecto se adjunta al presente informe el proyecto de resolución del Consejo Directivo correspondiente.

Atentamente,



VICTOR CARLOS ESTRELLA
Gerente de Supervisión



FELIX VASI ZEVALLOS
Gerente de Asesoría Legal

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº -2006-CD-OSITRAN

Lima, 9 de marzo de 2006

Vistos:

El Informe Nº 009-06-GS-GAL-OSITRAN de fecha 3 de marzo de 2006 y el proyecto de Resolución de Consejo Directivo presentados por la Gerencia General; y,

Considerando:

Que, la Gerencia de Asesoría Legal ha presentado al Consejo Directivo el Informe de vistos en el que se analiza y busca definir los supuestos de reducción en el cobro de peajes previstos en el Contrato de Concesión del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica (Red Vial Nº 6) y sus efectos respecto del pago de la Retribución por el Concesionario;

Que luego de la revisión y discusión del análisis y conclusiones de dicho informe, el Consejo Directivo lo hace suyo, incorporándolo a la parte considerativa de la presente resolución.

Que, en consecuencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 7.1, literal e) de la Ley Nº 26917, que faculta a OSITRAN interpretar los títulos en virtud de los cuales las entidades prestadoras realizan sus actividades de explotación; y, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su sesión de fecha 9 de marzo de 2006;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Interpretar que el Contrato de Concesión del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica (Red Vial Nº 6), prevé los siguientes supuestos de reducción de peajes:

- a. Por aplicación de esquemas de descuentos, prevista en el inciso iv) de la del literal b) de la Cláusula 8.17;
- b. Por disposición de entidad pública o por causa de fuerza mayor, previstos en el primer párrafo de la Cláusula 9.9; y,
- c. Por acuerdo entre las partes o por decisión unilateral del Concesionario, previstos en el último párrafo de la Cláusula 9.9.

Cada uno de los supuestos previstos debe ser diferenciado del resto, por estar sujetos a requisitos distintos y por generar consecuencias jurídicas diferentes.

Artículo 2.- Interpretar el inciso iv) de la del literal b) de la Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión en el sentido que, en el caso de reducción de peajes por aplicación de esquemas de descuento, el pago de la Retribución se calculará sobre la base de los peajes establecidos contractualmente, sin considerar los descuentos aplicados.



Artículo 3.- Interpretar la Cláusula 9.9 del Contrato de Concesión en el sentido que en los supuestos de reducción de peajes por disposición de una entidad pública, por causa de fuerza mayor, por acuerdo entre las Partes o por decisión unilateral del Concesionario, el pago de la Retribución se calculará sobre la base de los ingresos obtenidos con base a los niveles inferiores de la tarifa.

Artículo 4.- Interpretar el Contrato de Concesión en el sentido que cuando corresponda que el Concedente compense al Concesionario por la reducción de los peajes, dicha compensación será tomada en cuenta para el pago de la Retribución desde el momento en que sea efectivamente realizada.

Artículo 5.- Autorizar la publicación de la presente Resolución en la página web institucional (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.



ALEJANDRO CHANG CHIANG
Presidente