



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

N° 026-2015-CD-OSITRAN

Lima, 13 de mayo de 2015

VISTOS:

El Oficio Circular N° 008-15-SCD-OSITRAN, y el Informe N° 025-15-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, de las Gerencias de Supervisión y Fiscalización, y de Asesoría Jurídica; y,

CONSIDERANDO:

Que, el 20 de setiembre de 2005, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en representación del Estado Peruano, suscribió con Concesionaria Vial del Perú S.A. – COVIPERU, el Contrato de Concesión para la Construcción y Explotación del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica de la Carretera Panamericana Sur –R01S;

Que, mediante Carta N° C.0042.GG.2015, recibida el 4 de febrero de 2015, el Concesionario comunicó a OSITRAN las nuevas Tarifas a ser cobradas por éste en las unidades de peaje Chilca, Jahuay e Ica, en aplicación del reajuste ordinario del Peaje, establecido en el Literal d) de la Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión;

Que, con fecha 11 de febrero de 2015, en virtud de la facultad atribuida en el artículo 35° del Reglamento General de OSITRAN (RETA), la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN, mediante el Oficio N° 0878-2015-GSF-OSITRAN que adjunta el Informe N° 011-15-GRE-OSITRAN, solicitó a COVIPERU corregir el tarifario publicado; ello, debido a que se había detectado diferencias en las Tarifas remitidas por el Concesionario respecto de las calculadas en dicho Informe conforme a la Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión;

Que, el 17 de febrero de 2015, el Concesionario interpuso un Recurso de Reconsideración ante la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN, solicitando revocar o modificar el Oficio N° 0878-2015-GSF-OSITRAN y, consecuentemente, establecer que COVIPERU ha efectuado correctamente el cálculo de las nuevas Tarifas, remitidas mediante Carta N° C.0042.GG.2015;

Que, con fecha 5 de marzo de 2015, mediante Informe N° 010-15-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, las tres gerencias de línea de OSITRAN recomendaron dar inicio a un procedimiento de interpretación de oficio del último párrafo del Literal d) de la Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión;

Que, con fecha 12 de marzo de 2015, mediante Oficio Circular N° 008-15-SCD-OSITRAN, la Secretaría Técnica del Consejo Directivo de OSITRAN comunicó al Concedente y al Concesionario, que el Consejo Directivo emitió la Resolución N° 012-2015-CD-OSITRAN, mediante la cual se dispone el inicio del procedimiento de interpretación de oficio del último párrafo de la Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión;





Que, mediante Oficio N° 128-15-GG-OSITRAN, de fecha 8 de abril de 2015, se solicitó al Concedente emitir su opinión respecto del procedimiento de interpretación de oficio del último párrafo del Literal d) de la Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión;

Que, con fecha 22 de abril de 2015, mediante Oficio N° 1195-2015-MTC/25, el Concedente remitió el Informe N° 445-2015-MTC/25, mediante el cual expresa su postura respecto de la interpretación del último párrafo del Literal d) de la Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión;

Que, con fecha 22 de abril de 2015, el Concesionario presentó un escrito conteniendo su opinión respecto de la interpretación del último párrafo del Literal d) de la Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión;

Que, mediante Informe N° 025-15-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, las tres gerencias de OSITRAN opinaron respecto a la oportunidad de la aplicación del redondeo y sobre la denominación de la moneda fraccionaria a utilizar para el redondeo, recomendando la interpretación del último párrafo del literal d) de la cláusula 8.17. del Contrato de Concesión;

Que, luego de evaluar y deliberar respecto al tema materia de análisis, el Consejo Directivo hace suyo el Informe N° 025-15-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, incorporándolo íntegramente en la parte considerativa de la presente Resolución, conforme a lo dispuesto en el artículo 6.2 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General;

Que, estando a lo anterior, de conformidad con las facultades atribuidas por la Ley N° 26917, y, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión N° 548-15-CD-OSITRAN;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Interpretar el último párrafo del literal d) de la cláusula 8.17 del Contrato de Concesión, en los términos siguientes:

i) *“De acuerdo con el régimen tarifario contenido en el Contrato de Concesión, para obtener la Tarifa, se aplican las siguientes reglas:*

- *La Tarifa se obtiene luego de que al Peaje se le suma el IGV correspondiente y de efectuado el redondeo respectivo.*
- *La Tarifa es determinada por eje. Un vehículo ligero paga una Tarifa. Un vehículo pesado paga una Tarifa por cada número de ejes que tuviera.*
- *Sobre la base de la Tarifa previamente definida se calcula el doble cobro en un solo sentido (Norte Sur).*

El redondeo debe efectuarse al momento en que se determina la Tarifa, mas no así cuando se efectúa el cobro al usuario (doble Tarifa).

ii) *El Contrato de Concesión bajo análisis contiene una cláusula de redondeo expresa que permite al Concesionario elegir entre redondear la Tarifa a los diez (10) céntimos más próximos o a la menor moneda fraccionaria que se encuentre vigente, que a la fecha es a los S/. 0.05. En ese sentido, el*





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

Concesionario puede elegir entre redondear a los S/. 0.10 más próximos o a los S/. 0.05, al no existir un orden de prelación en el Contrato de Concesión. No cabe la posibilidad de efectuar el redondeo a los diez (10) céntimos de Nuevo Sol inmediatamente superior”.

Artículo 2°.- Recomendar que el Concedente y el Concesionario evalúen la modificación del último párrafo de la Cláusula 8.17, Literal d) del Contrato de Concesión; toda vez que sería necesario especificar el criterio para efectuar el redondeo a la menor moneda fraccionaria, en el escenario bajo el cual las monedas de S/. 0,10 y S/. 0,05 no estén en circulación, lo cual solamente puede ser objeto de precisión a través de una modificación contractual.

Artículo 3°.- Notificar la presente Resolución y el Informe N° 025-15-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN a la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A. y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Artículo 4°.- Autorizar la difusión de la presente Resolución en el Portal Institucional (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y difúndase.


PATRICIA BENAVENTE DONAYRE
Presidente del Consejo Directivo



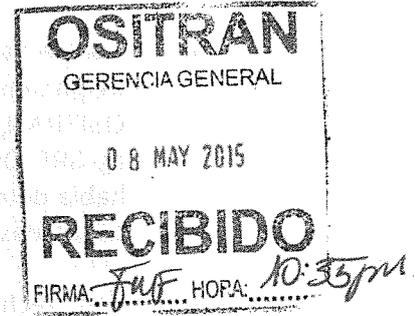
Reg. Sal. 18574

CARGO

INFORME N° 025-15-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN

A : **OBED CHUQUIHUAYTA ARIAS**
Gerente General

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



MANUEL CARRILLO BARNUEVO
Gerente de Regulación y Estudios Económicos

JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Jurídica

Asunto : Interpretación de la Cláusula 8.17, Literal d), último párrafo del Contrato de Concesión para la Construcción y Explotación del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica de la Carretera Panamericana Sur – R01S (Red Vial 6)

Referencias : a) Escrito S/N de fecha 22 de abril de 2015
b) Oficio N° 1195-2015-MTC/25
c) Resolución de Consejo Directivo N° 012-2015-CD-OSITRAN
d) Recurso de Reconsideración recibido el 17 de febrero de 2015
e) Oficio N° 0878-2015-GSF-OSITRAN
f) Informe N° 011-15-GRE-OSITRAN

Fecha : 08 de mayo de 2015



I. OBJETO

1. Emitir opinión respecto de la interpretación de oficio del último párrafo del Literal d) de la Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión para la Construcción y Explotación del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica de la Carretera Panamericana Sur –R01S (Red Vial 6).

II. ANTECEDENTES

2. El 20 de setiembre de 2005, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC o Concedente), en representación del Estado Peruano, suscribió con Concesionaria Vial del Perú S.A. (en adelante, COVIPERU o Concesionario) el Contrato de Concesión para la Construcción y Explotación del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica de la Carretera Panamericana Sur –R01S (en adelante, el Contrato de Concesión).
3. Mediante Carta N° C.0042.GG.2015, recibida el 4 de febrero de 2015, el Concesionario comunicó a OSITRAN las nuevas Tarifas a ser cobradas por éste en las unidades de peaje Chilca, Jahuay e Ica, en aplicación del reajuste ordinario del Peaje, establecido en el Literal d) de la Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión.



4. Con fecha 11 de febrero de 2015, en virtud de la facultad atribuida en el artículo 35° del Reglamento General de OSITRAN (RETA)¹, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN, mediante el Oficio N° 0878-2015-GSF-OSITRAN que adjunta el Informe N° 011-15-GRE-OSITRAN, solicitó a COVIPERU corregir el tarifario publicado; ello, debido a que se había detectado diferencias en las Tarifas remitidas por el Concesionario respecto de las calculadas en dicho Informe conforme a la Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión.
5. Con fecha 17 de febrero de 2015, el Concesionario interpuso un Recurso de Reconsideración ante la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN, solicitando revocar o modificar el Oficio N° 0878-2015-GSF-OSITRAN y, consecuentemente, establecer que COVIPERU ha efectuado correctamente el cálculo de las nuevas Tarifas, remitidas mediante Carta N° C.0042.GG.2015.
6. Con fecha 5 de marzo de 2015, mediante Informe N° 010-15-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, las tres gerencias de línea de OSITRAN recomendaron dar inicio a un procedimiento de interpretación de oficio del último párrafo del Literal d) de la Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión.
7. Con fecha 12 de marzo de 2015, mediante Oficio Circular N° 008-15-SCD-OSITRAN, la Secretaría Técnica del Consejo Directivo de OSITRAN comunicó al Concedente y al Concesionario, que el Consejo Directivo aprobó la Resolución N° 012-2015-CD-OSITRAN, mediante la cual se dispone el inicio del procedimiento de interpretación de oficio del último párrafo de la Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión.
8. Mediante Oficio N° 128-15-GG-OSITRAN, de fecha 8 de abril de 2015, se solicitó al Concedente emitir su opinión respecto del procedimiento de interpretación de oficio del último párrafo del Literal d) de la Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión.
9. Con fecha 22 de abril de 2015, mediante Oficio N° 1195-2015-MTC/25, el Concedente remitió el Informe N° 445-2015-MTC/25, mediante el cual expresa su postura respecto de la interpretación del último párrafo del Literal d) de la Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión.
10. Con fecha 22 de abril de 2015, el Concesionario presentó un escrito conteniendo su opinión respecto de la interpretación del último párrafo del Literal d) de la Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión.



III. ANALISIS

11. A efectos de emitir la opinión objeto del presente Informe, se analizarán los siguientes puntos:
 - A. La función de OSITRAN de interpretar los Contratos de Concesión
 - B. Principios legales y mecanismos de interpretación contractual



¹ Reglamento General de Tarifas de OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 043-2004-CD-OSITRAN, "Artículo 35.- Observaciones y medidas correctivas OSITRAN podrá efectuar observaciones a los Tarifarios de las Entidades Prestadoras con relación a las condiciones de aplicación de las Tarifas, ofertas, descuentos y promociones en general previstos en dichos tarifarios. Para tal efecto, en la notificación respectiva OSITRAN establecerá el plazo en que la Entidad Prestadora deberá incorporar en el Tarifario las referidas observaciones. En caso contrario se aplicará lo establecido en el Artículo 15".

[El subrayado es nuestro]

- C. Criterios de interpretación aplicables según el Contrato de Concesión
- D. La actuación de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización y de la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos
- E. La postura del Concedente
- F. La postura del Concesionario
- G. Lo que establece el Contrato de Concesión
- H. Evaluación de las estipulaciones contractuales

A. La función de OSITRAN de interpretar Contratos de Concesión

- 12. El inciso e) del numeral 7.1 del artículo 7º de la Ley de Creación de OSITRAN, Ley Nº 26917, otorga a OSITRAN la función específica de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.
- 13. En efecto, el marco normativo regulatorio, que es de cumplimiento obligatorio para las Entidades Prestadoras, establece que corresponde a OSITRAN interpretar los Contratos de Concesión de infraestructura de transporte de uso público bajo su ámbito, pues éste constituye el título que otorga al Concesionario el derecho de realizar todas las actividades comprendidas en la explotación económica de los Bienes de la Concesión.



- 14. De otro lado, el inciso d) del artículo 53º del Reglamento General del OSITRAN, Decreto Supremo Nº 044-2006-PCM, precisa que la función de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación, corresponde al Consejo Directivo de OSITRAN. Además, la norma prevé que la referida interpretación está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, dando claridad al texto y haciendo posible su aplicación; pudiendo ser parte de la interpretación, el texto mismo del contrato, sus anexos, las bases de licitación y las circulares.



- 15. En esa línea normativa, OSITRAN cuenta con facultades que le permiten interpretar de oficio o a pedido de parte el Contrato de Concesión, tal como lo establece el inciso e) del artículo 7.1 de la Ley Nº 26917, más aun tratándose de aspectos vinculados a la tarifa que estará autorizado a cobrar el Concesionario a los usuarios de la Infraestructura.

B. Principios legales y mecanismos de interpretación contractual

- 16. Por Acuerdo Nº 557-154-04-CD-OSITRAN, de fecha 17 de noviembre de 2004, el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó los "Lineamientos para la interpretación y emisión de opiniones sobre propuestas de modificación y reconversión de Contratos de Concesión" (en adelante, los Lineamientos), cuyo objeto es establecer los principios que serán de aplicación en los casos en que se interpreten los Contratos de Concesión, así como en la preparación de opiniones técnicas de OSITRAN con relación a las solicitudes de modificación y reconversión de los contratos de concesión.



- 17. De acuerdo a lo previsto en los Lineamientos, se entiende por interpretación aquella aclaración o explicación sobre el sentido y significado de una o más cláusulas ambiguas u oscuras del Contrato de Concesión que no sean claras. Así, la interpretación de un contrato busca determinar de manera precisa cuál es el verdadero sentido, finalidad y alcance de las cláusulas contractuales, a fin de posibilitar su aplicación.

18. De este modo, acorde con la normatividad vigente, los Lineamientos establecen que OSITRAN interpreta los Contratos de Concesión de oficio o a solicitud de parte, utilizando diversos métodos de interpretación, entre ellos: (i) el literal, que se limita a declarar el alcance que surge de las palabras empleadas en el contrato, sin restringir ni emplear su alcance; (ii) el lógico, que resuelve lo que quiso decir cláusula objeto de interpretación, es decir, cuál es el espíritu de lo pactado -ratio legis-; (iii) el sistemático, que implica atribuirle sentido al texto contractual, por comparación con otras cláusulas, ubicando principios o conceptos que hayan sido establecidos en el propio contrato; y, (iv) el histórico, que implica recurrir a contenidos de antecedentes del Contrato de Concesión o normas directamente vinculadas, buscando detectar la intención del promotor de la inversión privada.
19. Asimismo, se señala que en caso un aspecto comprendido dentro del ámbito del contrato de concesión no haya sido definido por éste, OSITRAN aplicará supletoriamente el marco regulatorio vigente. Si el marco regulatorio presentara un vacío normativo respecto del tema materia de análisis, OSITRAN aplicará la analogía, la cual podrá utilizarse siempre que no hubiese una previsión contractual, ni una norma aplicable supletoriamente. No obstante, en ningún caso se podrá crear una obligación no contenida ni comprendida dentro del ámbito del Contrato de Concesión.
20. De otro lado, además de lo establecido en las reglas de interpretación dispuestas por el Consejo Directivo, se debe tener presente la naturaleza particular y relativamente compleja de los Contratos de Concesión, ya que éstos ayudan a generar confianza en los inversionistas, dado que el Estado asume, en principio, similares compromisos a los contenidos en cualquier otro contrato celebrado entre privados, y no reclama, salvo excepciones, poderes o facultades especiales. Dado que existe en la legislación vigente una serie de reglas aplicables a los contratos en general, lo recomendable es que se utilicen estas reglas de interpretación, de manera conjunta o complementaria con los lineamientos antes comentados, sin perder de vista que nos encontramos ante un Contrato de Concesión en el que se encuentra inmerso el interés público.
21. En atención a lo expuesto, como regla general y salvo que el contrato establezca excepción sobre el particular, las normas sobre interpretación del acto jurídico previstas en los Artículos 168º a 170º del Código Civil² son aplicadas de manera inmediata, coincidiendo



² A continuación se detallan los principales principios y criterios del Código sustantivo:

La interpretación literal

El punto de partida de cualquier interpretación es el texto mismo del contrato (Artículo 168º del Código Civil). Las partes encuentran seguridad en el texto conocido del contrato y por ello ese texto literal se caracteriza por: (i) ser el punto de partida del proceso interpretativo; y, (ii) enmarcar la interpretación dentro de los parámetros de lo señalado en el contrato. Ninguna interpretación puede contradecir el texto expreso y claro.

Esta regla ha sido recogida por el artículo 1361º del mismo cuerpo legal que regula los contratos en general, y establece que lo expresado en los contratos es de obligatorio cumplimiento. En ese orden de ideas, el legislador ha optado por el criterio objetivista como principal regla para interpretar los contratos, sin perjuicio de las excepciones que se presente en cada caso concreto. Para tal efecto, el segundo párrafo del artículo antes descrito, prevé que se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla (presunción iuris tantum).

La buena fe objetiva

La buena fe no es sólo un criterio de interpretación que recoge el artículo 168º del Código Civil, sino que constituye un Principio General del Derecho, y que aplicado a una relación contractual, implica que la conducta de las partes debe regirse por los valores de la lealtad, de fidelidad, equidad y confianza recíproca y razonable. En ese sentido, las estipulaciones de un contrato deben interpretarse en consonancia con estos valores. Siendo este el caso, debe darse al texto contractual el sentido de lo que resulta usual y ordinario para una persona diligente en las circunstancias del caso (Artículo 168º del Código Civil).



sustancialmente con los principios y criterios establecidos en los Lineamientos aprobados por OSITRAN.

C. Criterios de interpretación aplicables según el Contrato de Concesión

22. En el caso que nos aborda, las cláusulas 15.3 a 15.9 del Contrato de Concesión de la Red Vial N° 6, establecen los siguientes criterios para resolver divergencias de las partes en la interpretación del Contrato:

15.3. *En caso de divergencia en la interpretación de este Contrato, se seguirá el siguiente orden de prelación para resolver dicha situación:*

- a) El Contrato; y,
- b) Las Bases.

15.4. *El Contrato se suscribe únicamente en idioma castellano. De existir cualquier diferencia entre cualquier traducción del Contrato y éste, prevalecerá el texto del Contrato en castellano. Las traducciones de este Contrato no se considerarán para efectos de su interpretación.*

15.5. *Los plazos establecidos se computarán en días, meses o años según corresponda.*

15.6. *Los títulos contenidos en el Contrato tienen únicamente el propósito de identificación y no deben ser considerados como parte del Contrato, para limitar o ampliar su contenido ni para determinar derechos y obligaciones de las Partes.*

Los términos en singular incluirán los mismos términos en plural y viceversa. Los términos en masculino incluyen al femenino y viceversa.

15.7. *El uso de la disyunción "o" en una enumeración deberá entenderse que comprende excluyentemente a alguno de los elementos de tal enumeración.*

Como puede advertirse, la interpretación no debe conducir a resultados extraños o forzados, diferentes a lo realmente estimado por las partes. Por ello, el contrato debe ser interpretado asumiendo que la intención de las partes es colaborar entre ellas de manera leal para conseguir los fines que persiguen. Una interpretación que conduzca a concluir que una engañó a la otra, y ampare ese engaño, debe ser descartada. Asimismo, tampoco es objetivo de la interpretación descubrir que quiso cada uno en su fuero interno, sino que quisieron en común.

De otro lado, inmerso dentro de este principio se puede encuadrar el de conservación del acto, según el cual las Cláusulas deben ser entendidas de tal manera que tengan efectos. Una interpretación según la cual una Cláusula no puede ser aplicada porque no tiene ningún efecto debe descartarse. En otras palabras, entre dos posibles interpretaciones, una que mantiene los efectos del contrato y otra que lo deja sin efecto, debe preferirse siempre aquella que favorezca su vigencia. Asimismo, este principio hace referencia a que entre dos interpretaciones, se tiene que preferir aquella que implique que la Cláusula tenga una aplicación práctica, que sea útil.

La interpretación sistemática: el contrato como unidad

La interpretación sistemática (Artículo 169º del Código Civil), supone entender el contrato como una unidad y comprender que las Cláusulas se interrelacionan entre sí. Como hemos señalado, se busca entonces que la labor del intérprete considere que la interpretación de una Cláusula Contractual debe tener en cuenta que ésta se encuentra relacionada con otras con las cuales, como conjunto, conforma un todo que debe ser consistente. El intérprete debe en ese sentido preferir, entre varias interpretaciones posibles, aquella interpretación que da consistencia al todo. Dada la forma como se celebra el Contrato de Concesión, el contrato es algo más que las Cláusulas en el contenido. Documentos como las bases, las circulares, la absolución de consultas, los términos de referencia o anexos técnicos son parte del contrato y deben seguir este principio de interpretación sistemática. Pero si surgen contradicciones entre el texto de distintos documentos, debemos tener reglas para resolver qué documentos priman sobre otros. Más adelante se incluyen las reglas establecidas en el Contrato de Concesión materia de análisis, para priorizar documentos al momento de interpretarlo.

La interpretación finalista

La interpretación finalista (Artículo 170º del Código Civil) obliga al intérprete a que la interpretación a que se llegue sea siempre la más adecuada a la naturaleza y fines del contrato. Son relevantes preguntas como ¿Cuál es la finalidad de esta disposición? Si se interpreta la Cláusula en cuestión de una forma o en algún sentido, deberá responderse las siguientes preguntas: ¿Cumplirá ésta su finalidad? ¿Cómo se ajusta la interpretación al objetivo que perseguían las partes al celebrar el contrato?



15.8. *El uso de la conjunción "y" en una enumeración deberá entenderse que comprende a todos los elementos de dicha enumeración o lista.*

15.9. *Todas aquellas tarifas, ingresos, costos, gastos y similares a que tenga derecho la SOCIEDAD CONCESIONARIA por la prestación del Servicio deberán ser cobrados en la moneda que corresponda conforme a las Leyes y Disposiciones Aplicables y a los términos del Contrato.*

D. La actuación de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización y de la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos

23. Mediante Carta N° C.0042.GG.2015, recibida el 04 de febrero de 2015, el Concesionario comunicó a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de este Organismo Regulador las nuevas Tarifas a ser cobradas por éste en las unidades de peaje de Chilca, Jahuay e Ica, en aplicación del reajuste tarifario establecido en la Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión.



24. Mediante el Memorando N° 0231-2015-GSF-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización solicitó a la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos que verifique el reajuste de las Tarifas efectuado por el Concesionario, tanto para los vehículos ligeros como para los vehículos pesados.

25. Mediante el Informe N° 011-15-GRE-OSITRAN, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos verificó si el reajuste tarifario realizado por el Concesionario se encontraba conforme con lo establecido en la Cláusula 8.17 del Contrato, advirtiendo algunas diferencias entre las Tarifas remitidas por el Concesionario y las calculadas por dicha Gerencia en virtud de la mencionada cláusula. Así, mediante el Oficio N° 0878-2015-GSF-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización remitió al Concesionario el referido Informe, solicitándole la corrección del tarifario publicado respecto de las Tarifas a cobrar en las unidades de peaje Chilca, Jahuay e Ica.



26. Conforme se indica en el numeral 26 del Informe N° 011-15-GRE-OSITRAN, las diferencias encontradas entre las Tarifas publicadas por el Concesionario y las calculadas por el Regulador fueron originadas por la aplicación de diferentes criterios respecto de: (i) el tipo de cambio utilizado para el cálculo; y, (ii) la aplicación del redondeo.

27. Con respecto al primer punto, cabe señalar que el tipo de cambio utilizado para el cálculo de las Tarifas no es materia del presente Informe, dado que no es un aspecto que haya motivado el inicio de la interpretación de oficio realizado mediante la Resolución N° 012-2015-CD-OSITRAN³.



28. Con relación al segundo punto, tal como se concluyó en el Informe que sustenta el inicio del presente procedimiento de interpretación de oficio⁴, en la medida que coexisten dos lecturas respecto del último párrafo del literal d) de la Cláusula 8.17, una efectuada a través del Informe N° 011-15-GRE-OSITRAN y otra realizada por el Concesionario; existe la necesidad de dilucidar, en virtud de lo establecido en el Contrato de Concesión, lo siguiente:

i) la oportunidad de la aplicación del redondeo de la Tarifa a cobrar; y,

³ Toda vez que el tipo de cambio a emplear en el cálculo del reajuste tarifario no es materia interpretable, este aspecto será resuelto directamente en el Informe referido al Recurso de Reconsideración interpuesto por el Concesionario.

⁴ Informe N° 010-15-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, que forma parte integrante de la Resolución de Consejo Directivo N° 012-2015-CD-OSITRAN.

ii) la denominación de la moneda a la que debe efectuarse dicho redondeo.

E. La postura del Concesionario

E.1. Con relación a la oportunidad de la aplicación del redondeo

29. A efectos de determinar la oportunidad del redondeo, el Concesionario previamente señala cuál es el monto o concepto sobre el cual éste debe ser aplicado. Para tal fin, en su escrito sin número de fecha 22 de abril, precisa los dos conceptos definidos por el Contrato de Concesión, señalando que conforme a lo previsto en la Cláusula 1.5 del mismo, el Peaje es la contraprestación por los servicios de explotación de la infraestructura pública que brinda COVIPERÚ; mientras que la Tarifa de Peaje es el monto que éste está facultado a cobrar, es decir, lo que paga el usuario:

"2.1.3. En relación al análisis de la regulación contractual, consideramos necesario no sólo hacer mención a la definición de Tarifa contemplada en la Cláusula 1.5 del Contrato de Concesión, sino también a la definición contractual de Peaje, ello a fin de exponer claramente cuáles son los alcances de cada uno de estos conceptos y aclarar la confusión que se ha ocasionado en torno a esta materia y que las Gerencias de Línea utilizan para sostener que el redondeo no forma parte de la Tarifa sino de la "Tarifa a cobrar" o también denominado por ellas como "Monto Final a pagar por los Usuarios":

(...)

Como es posible apreciar, el Contrato de Concesión expresamente señala que el Peaje es aquél monto al cual tiene derecho la Sociedad Concesionaria por el uso del Tramo Vial, es decir, tiene como objetivo servir de contraprestación por los servicios de explotación infraestructura pública que brinda COVIPERÚ; de ahí que éste concepto no incluye otros conceptos, como por ejemplo, el IGV, entre otros. Además, el Contrato de Concesión define que la Tarifa por Peaje es el monto permitido que COVIPERÚ está facultada a cobrar; es decir, el monto que los Usuarios deben pagar a nuestra empresa concesionaria, el cual incluye a su vez la contraprestación (el Peaje) por el uso del Tramo Vial, más otros conceptos que detallaremos más adelante como, por ejemplo, el IGV y otros, los cuales detallaremos más adelante

De lo anterior queda claro que nuestro Contrato de Concesión define con absoluta claridad que el Peaje es el cobro por el servicio que brindamos, mientras que la Tarifa es lo que paga el Usuario. También queda claro que nuestro Contrato de Concesión no tiene otros conceptos, como el que las Gerencias de Línea pretenden acuñar a través de una teórica (e inexistente) diferencia entre Tarifa y "Tarifa a cobrar" o, también denominado por éstas como "monto final a pagar por los Usuarios".

Esta idea (diferenciar entre Tarifa y monto final a pagar por los Usuarios) no solamente no está prevista en el Contrato de Concesión sino que, en aplicación de los conceptos que hemos transcrito y que si están expresamente recogidos en él, se trataría de una interpretación absolutamente contraria al texto expresa del Contrato de Concesión y, por ende, carente de todo valor pues implicaría desconocer la estructura básica del régimen económico del Contrato de Concesión, en donde lo que sí existe es la diferencia entre Peaje y Tarifa de Peaje."

[El subrayado es nuestro]

30. En ese sentido, el Concesionario sostiene, en el numeral 2.1.5 de su escrito, que la Tarifa es la suma de todos los importes y conceptos que debe pagar el usuario, los cuales incluyen el ajuste por inflación y el mecanismo del redondeo; y la misma engloba y aterriza toda la regulación sobre el régimen tarifario contemplada en el Contrato de Concesión.

"Reiteramos el Contrato no contiene una definición de Tarifa y otra de "Tarifa a cobrar", por lo que las Gerencias de Línea no pueden crear definiciones distinguiendo donde el Contrato no distingue y desconociendo la regulación contractual pactada entre las Partes; más aún esta distinción implicaría suponer que existen montos que forman parte de la Tarifa y que no se cobran y otros que forman parte de la Tarifa y sí se cobran, lo que no sucede. Por el contrario, todos y cada uno de los importes y conceptos que forman parte de la Tarifa son importes a cobrar al usuario y son expresión de derechos otorgados a nuestra empresa concesionaria en virtud del Contrato de Concesión, como por ejemplo, el ajuste por inflación y el mecanismo del redondeo. No existe una Tarifa interna y otra externa.

En ese sentido, la Tarifa es la suma concreta que debe pagar el usuario y que sirve para englobar y aterrizar toda la regulación sobre el régimen tarifario contemplada en el Contrato de Concesión de cara al usuario; es decir es la forma y la garantía a través de la cual se representa y concreta todos y cada uno de los distintos derechos que el Contrato de Concesión ha otorgado a nuestra empresa Concesionaria."

[El subrayado es nuestro]

31. Considerando lo anterior, el Concesionario reitera que la Tarifa está relacionada con el importe a cobrar al usuario. Asimismo, señala que de acuerdo a las disposiciones establecidas en el Contrato de Concesión, éste no hace distinción alguna entre Tarifa y "Tarifa a cobrar", sino que la primera es el pago que realizan los usuarios y engloba los distintos derechos que el Contrato de Concesión le otorga, entre ellos, el mecanismo de redondeo:

"2.1.6. Por otro lado, a fin de eliminar cualquier atisbo de duda respecto de si el Contrato distingue entre Tarifa y "Tarifa a Cobrar", a continuación citaremos textualmente distintas cláusulas contractuales en donde se podrá observar claramente que el término Tarifa nunca se encuentra separado y/o alejado del término "cobrar" o "pagar", por lo que no existe un concepto de Tarifa y otro de "Tarifa a Cobrar" (o también denominado por las Gerencias de Línea como monto final a pagar por parte de los usuarios), tal y como pretenden interpretar las Gerencias de Línea, es decir, lo que pagan los Usuarios es la Tarifa, no la Tarifa y algo más. Reiteramos existe la única distinción que realiza el Contrato de Concesión es entre Peaje y Tarifa.

(...)

Consecuentemente, en el vasto texto contractual antes citado, resulta completamente manifiesto que el Contrato de Concesión relaciona la Tarifa con el importe a cobrar al usuario, no haciendo distinción alguna entre Tarifa y "Tarifa a Cobrar". En ese sentido, queda por íntegramente desvirtuado el fundamento por el cual las Gerencias de Línea sostienen que el redondeo no forma parte de la Tarifa, pues se encuentra relacionado con el pago que deben realizar los usuarios. Todo pago que realizan los usuarios está relacionado con la Tarifa, éste comprende, engloba y aterriza distintos derechos que el Contrato de Concesión otorga a la Sociedad Concesionaria, entre ellos, el mecanismo de redondeo."

[El subrayado es nuestro]



32. De esta manera, el Concesionario concluye lo siguiente:

- "a) El Peaje es el monto que tiene como objetivo compensar a COVIPERÚ por el uso del Tramo Vial concesionado y, por ende, por la prestación del servicio de explotación de la infraestructura pública.
- b) La Tarifa es el monto a cobrar a los Usuarios, la cual reiteramos engloba, aterriza y aplica los distintos derechos que son reconocidos a favor de COVIPERÚ en el Contrato de Concesión.
- c) En ese sentido, la Tarifa está constituida por el Peaje, el ajuste por inflación, el IGV y el mecanismo de redondeo."

33. Finalmente, el Concesionario pone de manifiesto que lo establecido en el Contrato de Concesión supone que solo existe una Tarifa y no tantas Tarifas como número de ejes, precisando que la cantidad de ejes no es una variable a considerar para determinar la Tarifa. Por ende, de acuerdo a lo expresado por el Concesionario, solo una vez hallada la Tarifa sería posible aplicar ésta a los vehículos livianos y a los vehículos pesados en función del número de ejes, y proceder con su doble cobro en un solo sentido.

E.2. Con relación a la moneda fraccionaria utilizada para el redondeo

34. El Concesionario sostiene que el esquema del redondeo previsto en el Contrato de Concesión tiene por objetivo facilitar el pago de la Tarifa por parte de los usuarios así como el cobro por parte de COVIPERÚ:

"2.2.2. Lo que persigue el esquema de redondeo previsto en el Contrato de Concesión, es facilitar el pago de la Tarifa por parte de los Usuarios y el cobro por parte de COVIPERÚ. En efecto, la posibilidad de que los usuarios deban atender una Tarifa expresada en un monto de difícil cancelación (por los céntimos involucrados en ella), se constituye en una barrera o dificultad que busca ser levantada (o evitada) con el redondeo, mecanismo que sirve tanto a favor de los usuarios como a COVIPERÚ. En aplicación del redondeo, no solamente los Usuarios gozarán de mayor facilidad para pagar la Tarifa sino que, además, ello permitirá que su tiempo para efectuar el pago respectivo sea menor, lo que redundará en nuevas ventajas a su favor y una mayor satisfacción de su tránsito por la Red Vial N° 6. Como en todo contrato, este redondeo también simplificará la operación del Concesionario y, como a los Usuarios, le reducirá costos."

[El subrayado es nuestro]

35. Asimismo, el Concesionario señala que a la fecha de suscripción del Contrato de Concesión se encontraban vigentes las monedas de uno (1) y cinco (5) céntimos; es decir, existían monedas fraccionarias menores a la moneda de diez (10) céntimos. Considerando ello, refiere que la regulación prevista en el último párrafo del literal d) de la Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión, tenía como finalidad que el redondeo fuera efectuado a los diez (10) céntimos y solo en caso que esta moneda fuera sacada de circulación, el redondeo sería aplicado a la menor moneda fraccionaria vigente, la que en dicho contexto, sería mayor a diez (10) céntimos:

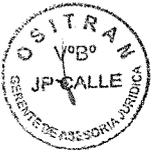
"En otras palabras, si a la fecha de suscripción del Contrato de Concesión, existían monedas de un (1) y cinco (5) céntimos vigentes, por qué el Contrato de Concesión no hizo referencia a ellas directamente si es que se tenía como objetivo que éstas fueran utilizadas para el redondeo de la Tarifa?. Más aún, si es que se quería que la Tarifa fuese redondeada a la

menor moneda fraccionaria vigente, por qué no se eliminó la referencia a la moneda de diez (10) céntimos y simplemente se señaló que el resultado de la suma del Peaje, (reajustado en este caso) más el IGV fuese redondeado a la menor moneda fraccionaria vigente?.

La respuesta a dichas interrogantes es la misma: porque la regulación del Contrato de Concesión, prevista en el último párrafo del literal d) de la Cláusula 8.17, tenía como finalidad que, como regla general, la menor moneda fraccionaria que aplicará para este Contrato de Concesión fuese la de diez (10) céntimos. En tal sentido, sólo en caso que la moneda de diez (10) céntimos fuera sacada de circulación, el redondeo debería ser aplicado a la menor moneda fraccionaria vigente la que, en ese contexto, obviamente sería mayor a diez (10) céntimos."

[El subrayado es nuestro]

36. De otro lado, el Concesionario hace referencia a una comunicación de OSITRAN del año 2011, a través de la cual ordena a varios Concesionarios, entre los que se encontraba COVIPERÚ, dar cumplimiento a lo dispuesto en el Informe N° 054-11-GAL-OSITRAN, según lo cual prima lo estipulado específicamente en los Contratos de Concesión, no siendo exigible el artículo 44° del Código de Protección y Defensa del Consumidor:



- "2.2.8. Con relación al redondeo a los cinco céntimos más próximos, el OSITRAN ya se ha pronunciado anteriormente mediante el Oficio Circular N° 4383-2011-GS-OSITRAN del 18 de octubre de 2011, el mismo que adjuntaba el Memorando N° 087-11-GG-OSITRAN y el Informe N° 054-11-GAL-OSITRAN de la Gerencia Legal del OSITRAN.

Cabe señalar que en el referido Oficio el OSITRAN ordenaba a los Concesionarios que se "sirva dar cumplimiento a lo dispuesto en el Informe N° 054-11-GAL-OSITRAN, así como proceder, según lo contemplado en el Reglamento General de Tarifas del OSITRAN." Pues bien, en el Numeral 34 del referido Informe se señalaba lo siguiente:

"En el caso que nos aborda, y como resultado de la evaluación de los Contratos de Concesión vigentes, advertimos que éstos cuentan con una regulación expresa e indubitable sobre el redondeo, el mismo que se efectúa, en la mayoría de los casos, a los diez (10) céntimos de Nuevo Sol inmediatamente superior. En tal sentido, no nos encontramos ante el supuesto de Contrato incompleto en este aspecto; por lo que bajo estos supuestos, no resulta exigible el artículo 44° del Código de Protección y Defensa del Consumidor."

(El resalado es nuestro)

(...)

- 2.2.9. La opinión de OSITRAN es clara y contundente respecto al redondeo señalando, sin posibilidad de interpretar otra cosa, que prima lo estipulado específicamente en los Contratos de Concesión y que en ellos, como sucede en el caso de COVIPERÚ, se dispone que se realice a lo diez (10) céntimos.

(...) Y esto fue determinado por OSITRAN en un momento en que efectivamente se encontraba vigente, como la está hasta ahora, la moneda de cinco (5) céntimos."

37. Finalmente, en relación a este punto, el Concesionario concluye su postura de interpretación, afirmando lo siguiente:



3.3 Por consiguiente, hemos demostrado a lo largo de nuestro escrito, que la interpretación correcta del último párrafo del literal d) de la Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión respecto a la oportunidad de redondeo y la moneda fraccionaria que debe emplearse, es aquella que ha efectuado COVIPERÚ, la cual consiste en lo siguiente:

(....)

e) El redondeo consiste en llevar la Tarifa a los diez céntimos superiores más próximos. Esta regla existe a fin de facilitar el pago a los usuarios y el cobro por parte de COVIPERU

f) Sólo cabe aplicar la "menor moneda fraccionaria vigente", cuando no se encuentra vigente y en circulación la moneda de diez (10) céntimos.

(...)"

38. De esta manera, el Concesionario concluye que el redondeo debe efectuarse a la moneda de diez (10) céntimos en tanto ésta se encuentre vigente, y solo cuando ésta ya no esté en circulación, corresponderá efectuarlo a la moneda que en ese momento se convierta en la menor moneda fraccionaria vigente.

F. La postura del Concedente

F.1. Con relación a la oportunidad de la aplicación del redondeo

39. En los numerales 21, 22 y 23 del Informe N° 445-2015-MTC/25, el Concedente señala lo siguiente:

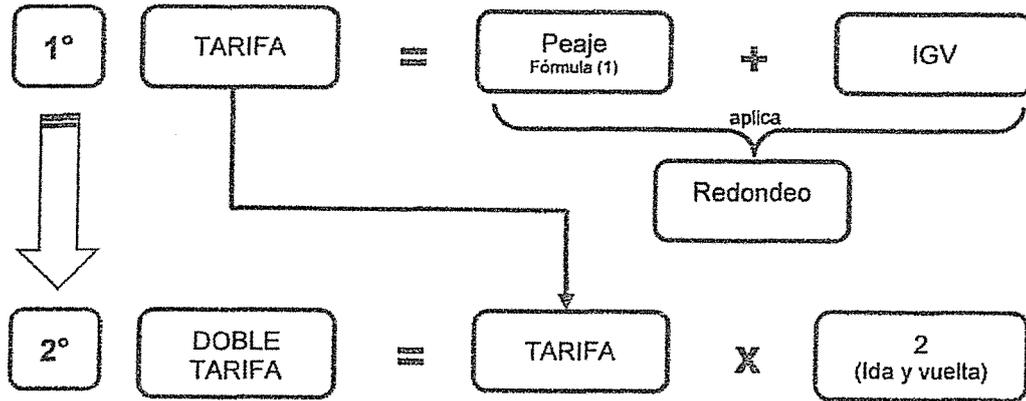
"21. Sobre la oportunidad de la aplicación del redondeo de la Tarifa a cobrar, se entiende que este proceso forma parte de la fórmula del reajuste de peaje, la cual no puede ser separada de su cálculo para ser aplicada en otro momento que no es propio del reajuste de peaje (ver diagrama N° 1). Debe entenderse, que la doble Tarifa, no es la unidad que debe ser reajustada por la fórmula (1), sino que, tal como el Contrato de Concesión establece, el redondeo es un paso previo para hallar la Tarifa.

22. Dicho de otro modo, de la lectura de la Cláusula precitada, el Contrato de Concesión establecería que el redondeo se hace al momento en que se determina la Tarifa, que está comprendida por el peaje reajustado según la fórmula contractual, más el IGV.

23. Finalmente concluimos que, teniendo en cuenta que el Contrato de Concesión le permite al Concesionario la modalidad de cobro en un solo sentido en el cual se aplica la doble Tarifa, se tendría que el valor final de la doble tarifa sería el resultante de multiplicar por dos (2) la Tarifa previamente determinada. Por lo tanto, el reajuste se aplicaría exclusivamente sobre la Tarifa."

40. Así, el Concedente sostiene que la aplicación del redondeo de la Tarifa forma parte de la fórmula del reajuste de peaje, por lo que no podría ser aplicado en otro momento, sino que es un paso previo para hallar la Tarifa. Asimismo, señala que el valor de la doble Tarifa sería el resultado de multiplicar por 2 la Tarifa determina luego de aplicar el redondeo. Este procedimiento es graficado por el Concedente de la siguiente manera:

Diagrama N° 1: Metodología para aplicar la Tarifa y Doble Tarifa



Fuente: Contrato de Concesión. Elaboración DGCT.

F.2. Con relación a la denominación de la moneda fraccionaria a la que debe efectuarse el redondeo

41. En los numerales 25, 26 y 27 del Informe N° 445-2015-MTC/25, el Concedente declara lo siguiente:

"25. Es claro que el Contrato de Concesión establece que el redondeo de la tarifa puede hacerse de cualquiera de las dos formas siguientes: "Redondear a los diez (10) céntimos más próximos o la moneda fraccionaria que se encuentre vigente". Si bien se origina la posibilidad de elegir sobre cualquiera de las dos opciones, debe recordarse que al momento de la firma del Contrato la menor moneda fraccionaria era la de un (01) céntimo.

26. Por otro lado, se hace necesario recordar que en el pronunciamiento de OSITRAN respecto al redondeo de las tarifas en las concesiones viales remitido a la Concesionaria mediante el Oficio N° 4383-2011-GS-OSITRAN, de fecha 18 de octubre de 2011 se precisa que no resulta exigible aplicar el artículo 44° del Código de Protección y Defensa del Consumidor², en tanto los Contratos de Concesión cuentan con una regulación expresa al respecto.

27. Toda vez que previamente ya se realizó el cálculo de la Tarifa (en aplicación al Contrato de Concesión) y la doble Tarifa, con el redondeo a 10 céntimos en la misma Concesión y que, según se precisa en el Informe N° 054-11-GAL-OSITRAN, en la mayoría de los casos el redondeo se efectúa a los diez (10) céntimos de Nuevo Sol inmediatamente superior, se considera coherente el efectuar el redondeo a 10 céntimos para este caso."

[El subrayado es nuestro]

42. De los párrafos citados, se desprende que de acuerdo al Concedente, el Contrato de Concesión establece la posibilidad de elegir sobre cualquiera de las siguientes dos opciones: i) redondear a los diez (10) céntimos más próximos; o, ii) redondear a la menor moneda fraccionaria que se encuentre vigente.

43. Asimismo, el Concedente señala que de acuerdo al Oficio N° 4383-2011-GS-OSITRAN, no resulta exigible lo establecido en el artículo 44° del Código de Protección y Defensa del Consumidor⁵. En ese sentido, y considerando que con anterioridad se ha efectuado el

⁵ LEY N° 29571 – CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR

redondeo de la Tarifa a los diez (10) céntimos, el Concedente considera coherente efectuar el redondeo a los diez (10) céntimos en esta oportunidad.

G. Lo que establece el Contrato de Concesión

44. El literal d) de la Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión establece el método de reajuste de los Peajes a ser realizado por el Concesionario. Asimismo, el último párrafo de dicho literal –el cual es materia de análisis- dispone lo siguiente:

"Para determinar la Tarifa a cobrar, a los Peajes mencionados en esta cláusula deberá sumarse el importe correspondiente al Impuesto General a las Ventas (IGV) y otros aportes de ley, que no incluyen los aportes por regulación, y el resultado se deberá redondear a los diez (10) céntimos más próximos o a la menor moneda fraccionaria que se encuentre vigente."

45. Por su parte, las cláusulas 8.14 y 8.15 del Contrato de Concesión precisan lo siguiente:

"8.14.- El cobro de la Tarifa se efectuará a través de las Unidades de Peaje. La SOCIEDAD CONCESIONARIA cobrará doble Tarifa en un solo sentido (Norte a Sur). En caso que, por razones debidamente sustentadas, la SOCIEDAD CONCESIONARIA desee efectuar el cobro de la Tarifa también en el sentido Sur a Norte, deberá contar con la autorización expresa del CONCEDENTE, previa opinión del REGULADOR en cuyo caso, el monto de la Tarifa por calzada, se reducirá al cobro de una Tarifa por cada sentido.

(...)

8.15.- Corresponde a la SOCIEDAD CONCESIONARIA el cobro de la Tarifa (compuesta por el Peaje más el Impuesto General a las Ventas y cualquier otro aporte de ley) como contraprestación por el Servicio público materia del Tramo.

Se exigirá el pago de la Tarifa a cada Usuario que utilice el Tramo, de acuerdo a la categoría de vehículo, de conformidad con la Tarifa especificada en la Cláusula 8.17, (...)"

46. Con relación a la Tarifa a pagar por cada categoría de vehículo, el literal b) de la Cláusula 8.17 establece 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:

- i) Cada vehículo ligero, definido como Categoría M1, M2 y Categoría N1 en el Reglamento Nacional de Vehículos Decreto Supremo N° 058-2003-MTC, o norma que la modifique o sustituya, pagará una Tarifa.*
- ii) Cada vehículo pesado, definido como Categorías M3, N2 y N3 en el Reglamento Nacional de Vehículos Decreto Supremo N° 058-2003-MTC, o norma que la modifique o sustituya y los vehículos de categoría O1, O2, O3 y O4, que sean remolcados por los vehículos pesados incluidos en las categorías antes señalados, pagarán una Tarifa por cada eje.*

(...)"

"Artículo 44°.- Redondeo de precios

Se encuentra prohibido que los proveedores redondeen los precios en perjuicio del consumidor, salvo que este manifieste expresamente su aceptación al momento de efectuar el pago del producto o servicio. (...)"

H. Evaluación de las estipulaciones contractuales

H.1. Cuestión Previa: la Función Reguladora

47. De acuerdo a los artículos 3 y 5 de la Ley N° 26917, Ley de Creación de OSITRAN, uno de los objetivos del OSITRAN es el de "velar por el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de concesión vinculados a la infraestructura pública nacional de transporte", así como "...regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras.... cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios...".

48. Esto significa que, en el marco de los límites de actuación contenidos en dicha Ley y en la observancia de los principios y normas orientadoras de su accionar contenidas en la normatividad del ámbito de su competencia, el OSITRAN, en su condición de Organismo Regulador, debe orientar ciertamente su accionar a cautelar el interés de las empresas prestadoras del servicio público (provisión de infraestructura de transporte de uso público), lo cual se logra manteniendo los incentivos adecuados para que la inversión en los proyectos de infraestructura se de en los niveles previstos en los Contratos de Concesión para maximizar el bienestar social.



49. De esta forma, haciendo creíbles las reglas de juego previstas en los Contratos de Concesión, el Regulador busca garantizar que las empresas concesionarias retengan los incentivos a invertir y que puedan obtener un retorno adecuado a sus inversiones, considerando la especial naturaleza de éstas que se caracterizan normalmente- en el contexto de los prestación del servicio público de provisión de infraestructura -, por ser inversiones considerables, de difícil recuperación (costos hundidos), en activos específicos (no tienen utilidad en usos alternativos) y de largo plazo⁶.



50. Asimismo, conforme se desprende de su mandato legal, el rol y la actuación del OSITRAN no se limita a cautelar exclusivamente el interés de los concesionarios, sino que además debe cautelar, de una manera imparcial y objetiva, el interés de los usuarios que son los beneficiarios del servicio que prestan las empresas concesionarias. En efecto, no debe perderse de vista que la principal razón económica para regular los servicios públicos es la existencia de empresas concesionarias que no enfrentan competencia, o la rivalidad que pudieran enfrentar es marginal, de tal forma que se impida el abuso de su poder de mercado⁷.



51. En ese contexto, queda claro que la función del Regulador debe orientarse a cautelar el interés de los empresarios prestadores del servicio, así como también a la "Protección del Consumidor, respecto a posibles abusos del prestador del servicio" y a "Promoción de la calidad, extensión y continuidad del servicio"⁸, lo cual debe darse necesariamente de manera imparcial y objetiva. Este tratamiento imparcial y objetivo supone que el Regulador no debe otorgar condiciones que favorezcan a uno de los titulares de cualquiera de estos intereses por encima de otro, otorgando un tratamiento discriminatorio o diferenciado. Asimismo, la actuación del Regulador debe estar basado en la adopción de

⁶ Guash, J and Spiller, P (1999) "Managing the Regulatory Process: Design, Concepts, Issues, and the Latin America and Caribbean Story (World Bank) pp. 31-32.

⁷ Ver Armstrong Cowan y Vickers (1994) "Regulatory Reform. Economic Analysis and British Experience". MIT Press. Cambridge, Massachusetts, London, England.

⁸ Alonso, Aurelio. Las agencias de competencia y la desregulación: el TDC. En: Anuario de la Competencia 1996. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1998. pp. 212.

criterios objetivos que encuentren sustento en el marco regulatorio, razón por la cual cualquier actuación subjetiva debe ser rechazada por considerarse arbitraria. Esto, por lo demás, es el sustento de la autonomía técnico-funcional, y de la actuación transparente que se espera de un Organismo Regulador. Por tanto, esta actuación imparcial y objetiva son elementos esenciales para generar credibilidad en el proceso regulatorio y, por tanto, para generar confianza en los usuarios, inversionistas y el propio Estado⁹.

52. En ese orden de ideas, a fin de cumplir con el mandato que le ha sido impuesto legalmente consistente en cautelar de manera imparcial y objetiva los intereses de la empresa concesionaria, de los usuarios y del Estado, este Regulador para el ejercicio de la función reguladora, debe cumplir con las condiciones y pre-requisitos habilitantes de su ejercicio que establece el Literal b) del Numeral 7.1 del Artículo 7º de la Ley N° 26917, Ley de Creación de OSITRAN. Así, de acuerdo con la referida norma, es función de OSITRAN operar el sistema tarifario de la infraestructura bajo su ámbito, dentro de los siguientes límites:

- i.- *En el caso que no exista competencia en el mercado, fijar las tarifas, peajes y otros cobros similares y establecer reglas claras y precisas para su correcta aplicación, así como para su revisión y modificación, en los casos que corresponda.*
- ii. *En el caso que exista un contrato de concesión con el Estado, velar por el cumplimiento de las cláusulas tarifarias y de reajuste tarifario que éste contiene”.*

53. De esta manera, la Ley N° 26917 establece determinadas condiciones para el ejercicio válido de la función reguladora; advirtiéndose que OSITRAN no fija tarifa en cualquier supuesto, sino solamente en aquellos casos en que la competencia no existe ni puede existir en el correspondiente mercado. Asimismo, se establece que, en caso exista un Contrato de Concesión, este Regulador velará por el cumplimiento de las cláusulas tarifarias que este contiene.

54. En ese marco legal, el artículo 12 del Reglamento General de Tarifas RETA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 043-2004-CD-OSITRAN, precisa:

"Artículo 12. Tarifas Contractuales

En los casos que los Contratos de Concesión de la Infraestructura de Transporte de Uso Público bajo competencia de OSITRAN, establezcan Tarifas aplicables a los servicios, mecanismos de reajuste tarifario o disposiciones tarifarias, corresponderá a OSITRAN velar por la correcta aplicación de las mismas en el marco de lo establecido en dichos contratos. Las reglas del presente Reglamento se aplicarán de manera supletoria a lo establecido en los contratos de concesión." (Subrayado y resaltado es nuestro).

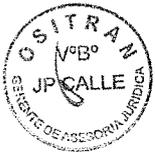
55. Por tanto, de acuerdo a las normas glosadas anteriormente, en el caso del régimen tarifario contenido en el contrato de concesión de COVIPERU, la función reguladora de OSITRAN se circunscribe a velar por su cabal y estricto cumplimiento, observando las reglas y condiciones pactadas en dicho contrato; siendo supletorias a dicho régimen tarifario, las reglas contenidas en el RETA.

56. Hecha la precisión que antecede, a continuación se procederá a evaluar las cláusulas del Contrato de Concesión vinculadas al procedimiento de interpretación de oficio.

⁹ Smith, W (1997) "Utility Regulators – The Independence Debate". Work Bank, *Public Policy for the Private Sector*, Note N° 127, p. 2.

H.2. Oportunidad de la aplicación del redondeo

57. Lo que es materia de análisis en el presente acápite, es la Oportunidad de la aplicación del redondeo de la Tarifa que debe cobrar el Concesionario, en el marco de lo dispuesto por el Contrato de Concesión.
58. De una lectura a las definiciones de "Peaje"¹⁰ y "Tarifa"¹¹ establecidas en la Cláusula 1.5 del Contrato de Concesión, puede advertirse que Peaje es un importe aún no puesto a disposición del usuario de la vía, mientras que la Tarifa debe incluir el IGV sumado al Peaje para ser considerada como tal.
59. Si bien en la definición de Tarifa, contenida en la Cláusula 1.5 y reafirmada en la Cláusula 8.14 del Contrato de Concesión, no se ha hecho mención expresa al redondeo; debe tenerse presente que, de acuerdo con el régimen tarifario contenido en la cláusula 8.17 literales b) y d), corresponde determinar para todos los vehículos que utilicen la vía, una única Tarifa que sea utilizada como base de cálculo para luego obtener un resultado monetario final según el tipo de vehículo (ligero o pesado).
60. En efecto, el último párrafo del inciso d) de la Cláusula 8.17 indica expresa y literalmente: *"Para determinar la Tarifa a cobrar, a los Peajes mencionados en esta cláusula deberá sumarse el importe correspondiente al Impuesto General a las Ventas (IGV) y otros aportes de ley, que no incluyen los aportes por regulación, y el resultado se deberá redondear (...)".*
61. En otras palabras, al margen del hecho que en la definición de Tarifa contenida en las Cláusula 1.5 y 8.14 del Contrato de Concesión no se haya hecho mención expresa al redondeo para la determinación de la Tarifa, existe otra cláusula en el propio contrato referida al régimen tarifaria en la que sí se ha determinado expresamente la forma en que dicha Tarifa debe ser aplicada; destacándose que, en el presente caso, la determinación de la Tarifa a cobrar, comprende el redondeo, razón por la cual todas las cláusulas en mención deben leerse de manera conjunta.
62. Pues bien, a partir de una interpretación literal y conjunta de las cláusulas referidas al régimen tarifario contenido en el Contrato de Concesión, se advierte que, para obtener la Tarifa, se deben efectuar los cálculos por cada tipo de vehículo, de acuerdo a las siguientes reglas:
- ✓ La Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión destinada a regular el régimen tarifario determina la forma en que la Tarifa debe ser aplicada.
 - ✓ Se requiere del redondeo para determinar la Tarifa.



¹⁰ "Peaje"

Es el cobro por el uso del Tramo Vial Puente Pucusana-Cerro Azul-Ica de la Carretera Panamericana Sur — Ro1S que la SOCIEDAD CONCESIONARIA está facultada a exigir a los Usuarios en los términos establecidos en las Cláusulas 8.14, 8.15, 8.16 y 8.17 del Contrato, sin incluir el Impuesto General a las Ventas u otros aportes de ley.

¹¹ Tarifa(s)

Entiéndase por tarifa de Peaje, el monto permitido, expresado en Nuevos Soles, que la SOCIEDAD CONCESIONARIA está facultada a cobrar a los Usuarios por concepto de Peaje, más el Impuesto General a las Ventas y cualquier otro aporte de Ley.

Entiéndase por tarifa de servicios, el monto que la SOCIEDAD CONCESIONARIA está autorizada a cobrar por aquellos Servicios Obligatorios cuya prestación no reviste carácter gratuito, definidos en la Cláusula 8.10 del Contrato, más el Impuesto General a las Ventas en los casos que sea aplicable y cualquier otro aporte de Ley".

- ✓ La Tarifa se obtiene luego de que al Peaje se le suma el IGV correspondiente y de efectuado el redondeo respectivo.
- ✓ La Tarifa es determinada por eje. Un vehículo ligero paga una Tarifa. Un vehículo pesado paga una Tarifa por cada número de ejes que tuviera. Y sobre la base de la misma Tarifa se calcula el doble cobro en un solo sentido (Norte Sur).

63. En suma, de las cláusulas reseñadas se colige que la real intención de las Partes ha sido que el redondeo es necesario y que constituye un paso previo para la determinación de la Tarifa. Una vez obtenida la Tarifa se debe efectuar los cálculos requeridos en la cláusula 8.17 literal b) a fin de obtener la Tarifa para cada vehículo ligero y la tarifa para cada vehículo pesado -que paga una Tarifa por eje, así como lo dispuesto en la cláusula 8.14 para la determinación de la doble Tarifa (debido al doble cobro en un solo sentido).
64. Por lo tanto, respecto a la oportunidad del redondeo, a la luz de lo señalado literalmente en el Contrato de Concesión, que recoge la real intención de las Partes, corresponde interpretar el último párrafo del inciso d) de la cláusula 8.17 en el sentido que el redondeo debe efectuarse al momento en que se determina la Tarifa, mas no así cuando se efectúa el cobro al usuario (doble Tarifa).



H.3. Denominación de la moneda fraccionaria a utilizar para el redondeo

65. Lo que es materia de análisis en este acápite es el sentido del último párrafo del literal d) de la cláusula 8.17, respecto a los alcances de la denominación de la moneda fraccionaria para el redondeo. Sobre el particular, dicha cláusula dispone lo siguiente:

"Para determinar la Tarifa a cobrar, a los Peajes mencionados en esta cláusula deberá sumarse el importe correspondiente al Impuesto General a las Ventas (IGV) y otros aportes de ley, que no incluyen los aportes por regulación, y el resultado se deberá redondear a los diez (10) céntimos más próximos o a la menor moneda fraccionaria que se encuentre vigente".

66. De la citada cláusula, se advierte que el Contrato de Concesión no establece un orden de prelación ni preferencia para el uso de una u otra denominación, es decir, no establece si debe redondearse hacia los diez (10) céntimos más próximos o hacia la menor moneda fraccionaria, estableciendo solo, de manera literal, que el redondeo debe hacerse "a los diez (10) céntimos más próximos o a la menor moneda fraccionaria que se encuentre vigente".

67. Sobre el particular, cabe indicar que en aplicación de la Circular No 002-2011-BCRP, desde el día 1 de mayo de 2011, la moneda o unidad fraccionaria de Nuevos Soles de menor denominación, en territorio peruano, para pagos en efectivo como circulante, son las monedas de S/.0,05 y ya no las de S/.0,01, manteniéndose esta última como unidad de cuenta solo para efectos contables y para las transacciones que se pagan con medios diferentes al efectivo. Asimismo, el artículo 4 de la propia Circular No. 002-2011-BCRP señala que a partir del 1 de mayo de 2011, sólo para los pagos en efectivo y sobre el monto total a pagar, se procede al redondeo tomando como referencia lo dispuesto en el Artículo 44 de la Ley No. 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, que a la letra dice: *"Se encuentra prohibido que los proveedores redondeen los precios en perjuicio del consumidor, salvo que éste manifieste expresamente su aceptación al momento de efectuar el pago del producto o servicio."*



68. Ahora bien, tal como se ha indicado en los antecedentes del presente Informe, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 33° y 34° del RETA, el Concesionario comunicó al Regulador el tarifario con las nuevas tarifas que serían cobradas en las Unidades de Peaje de Chilca, Jahuay e Ica, en aplicación del reajuste ordinario previsto en la Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión. Luego de la revisión correspondiente, en ejercicio de la facultad atribuida en el artículo 35° de la referida norma regulatoria, el Regulador observó la modificación del tarifario, indicando a COVIPERÚ que debía corregirlo ajustándose a los términos previstos en dicha cláusula. Dicho documento fue impugnado por el Concesionario, quien cuestionó la aplicación de la referida cláusula, efectuada por la Administración, solicitando su anulación en virtud de que COVIPERÚ habría efectuado correctamente el cálculo de la nueva Tarifa, advirtiéndose que las diferencias entre las Tarifas remitidas mediante Carta N° C.0042.GG.2015 y las calculadas por OSITRAN se deben, entre otros factores, fundamentalmente a la oportunidad de la aplicación del redondeo y, la denominación de la moneda utilizada para efectuar el redondeo.

69. En tal sentido, se advirtieron las siguientes dos interpretaciones sobre la moneda fraccionaria utilizada para el redondeo:

a) Las Gerencias de Regulación y Estudios Económicos, y de Supervisión y Fiscalización efectuaron el redondeo de la Tarifa a cobrar al usuario hacia los 5 céntimos más cercanos, de acuerdo con lo establecido en el último párrafo del Literal d) de la Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión, según el cual, el redondeo debe hacerse "a los diez (10) céntimos más próximos o a la menor moneda fraccionaria que se encuentre vigente". Es decir, el criterio utilizado en este caso fue efectuar el redondeo hacia la moneda fraccionaria más próxima a la Tarifa resultante. Así, puesto que la Tarifa resultante fue S/. 11,94997, la moneda fraccionaria más próxima era 5 céntimos y no 10.

b) Por su parte, el Concesionario alegó que en una comunicación de OSITRAN del año 2011, se ordena a varios Concesionarios, entre los que se encontraba COVIPERÚ, dar cumplimiento a lo dispuesto en el Informe N° 054-11-GAL-OSITRAN, según lo cual prima lo estipulado específicamente en los Contratos de Concesión, no siendo exigible el artículo 44° del Código de Protección y Defensa del Consumidor. Asimismo, manifiesta que el redondeo consiste en llevar la Tarifa a los diez céntimos superiores más próximos y que esta regla existe a fin de facilitar el pago a los usuarios y el cobro por parte de COVIPERÚ

70. A continuación procederemos al análisis interpretativo de las dos lecturas advertidas previamente.

71. Respecto a la lectura que tiene el Concesionario vinculada a la aplicación del Código de Protección y Defensa del Consumidor, cabe precisar que ninguno de los dos pronunciamientos emitidos anteriormente por este Regulador, respecto al tema que nos aborda, ha sustentado su posición en la aplicación de dicho Código.

72. En efecto, OSITRAN se pronunció en su oportunidad sobre los alcances del artículo 44 del Código de Protección y Defensa del Consumidor y de la Circular No. 002-2011-BCRP, mediante el Informe N° 054-11-GA-OSITRAN remitido a COVIPERÚ con Oficio No. 4383-2011-GS-OSITRAN.



73. Así, respecto a la prohibición contenida en el referido artículo 44 del Código, de que los proveedores redondeen los precios en perjuicio del consumidor, OSITRAN indicó que el artículo 63 de la misma norma, referido a la protección del consumidor en productos o servicios específicos en relaciones de consumo en el caso de los servicios públicos regulados, establece que la protección al usuario de los servicios públicos regulados por los organismos reguladores -como OSITRAN, se rige por las disposiciones de dicho Código en lo que resulte pertinente y por la regulación sectorial correspondiente, siendo que la regulación sectorial desarrolla en sus normas reglamentarias los principios de protección establecidos en el Código de Protección y Defensa del Consumidor.
74. De esta forma, OSITRAN concluyó en el Informe N° 054-11-GA-OSITRAN que este criterio establecido por el propio Código de Protección y Defensa del Consumidor privilegia la regulación en los contratos de concesión y le da un carácter secundario a la aplicación de las normas generales de consumo. Sobre la base de dicho análisis, OSITRAN concluyó que los contratos de concesión vigentes al mes de octubre del 2011 contemplan un mecanismo de determinación tarifaria que incluye el redondeo; no encontrándose ante el supuesto de contrato incompleto en este aspecto; por lo que bajo estos supuestos, no resultaría exigible el artículo 44 del Código de Protección y Defensa del Consumidor.
75. Por otro lado, de la revisión del Informe N° 054-11-GA-OSITRAN, se advierte que éste se refiere a la aplicación del redondeo en los contratos de concesiones viales de SURVIAL, COVISUR y COVIPERÚ, centrándose en el análisis de la regulación del Peaje y la Tarifa de los contratos de concesión vial en general, y tomando como ejemplo típico la Cláusula 9.6, contenida en los Contratos con COVISUR y SURVIAL, la cual establece que *"Las Tarifas serán redondeadas a los 10 céntimos de Nuevo Sol inmediatamente superior"*.
76. Sin embargo, es importante acotar que dicha Cláusula no se encuentra contenida en el Contrato de Concesión con COVIPERU, por lo tanto, **no resulta aplicable a este el redondeo a los 10 céntimos inmediatamente superior**, como erróneamente sostiene el Concesionario¹²; toda vez que, como se ha indicado en el presente acápite, la denominación de la moneda a utilizarse para el redondeo en el Contrato de Concesión con COVIPERU se encuentra regulado en la Cláusula 8.17 y establece una regulación distinta a la de los otros contratos de concesión.
77. Por lo tanto, cuando el Informe N°054-11-GA-OSITRAN concluyó que **"en la mayoría de los casos"** el redondeo se efectuaba a los diez (10) céntimos de Nuevo Sol inmediatamente superior, es claro que este análisis no aplica a todos los contratos de concesión, sino a aquellos contratos en cuyas cláusulas se estableció dicho mecanismo de redondeo de manera expresa; situación distinta a la del Contrato de Concesión con COVIPERÚ, que contempla un mecanismo de redondeo diferente, tal como hemos analizado en los párrafos precedentes.
78. Ahora bien, respecto a la segunda lectura que ha sido planteada sobre la forma en que se aplica el redondeo, cabe indicar que de una lectura literal del último párrafo del inciso d) de la cláusula 8.17, se advierte la existencia de una regulación contractual expresa respecto al redondeo, en virtud de la cual se permite al Concesionario elegir entre redondear la Tarifa a los diez (10) céntimos más próximos o a la menor moneda fraccionaria que se encuentre vigente.



¹² En su escrito de fecha 22.04.15

79. Esta interpretación se desprende de la existencia de la disyunción "o" contenida en la cláusula materia de análisis, término que de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 15.7 del Contrato de Concesión, que contiene los criterios de interpretación, significa lo siguiente:

"15.7.- El uso, de la disyunción "o" en una enumeración deberá entenderse que comprende excluyentemente a alguno de los elementos de tal enumeración.

80. De la citada cláusula se advierte que, en el presente caso, el empleo de la disyunción "o" conlleva al uso excluyente de una de las dos alternativas de moneda fraccionaria a utilizar para el redondeo, y dado que como hemos indicado, la cláusula no establece un orden de prelación para la elección de tales alternativas, es posible interpretar que el Concesionario puede elegir cualquiera de ellas (una) a efectos de efectuar el redondeo.

81. Por lo tanto, se advierte entonces que la real intención de las Partes, a partir de una interpretación literal del último párrafo del literal d) de la Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión, es que el redondeo podrá realizarse a los diez (10) céntimos más próximos o a la menor moneda fraccionaria que se encuentre vigente, siendo que –a la fecha- podrá redondearse la Tarifa a los S/.0.10 más próximos o a los S/.0.05, pudiendo el Concesionario elegir entre uno u otro camino al no existir un mecanismo de prelación en el propio contrato, sin tener la posibilidad de exceder su cálculo de redondeo más allá del rango permitido en este. Cabe indicar además que, para el redondeo de la Tarifa determinada por el Regulador a través del Informe N° 011-15-GRE-OSITRAN, este tampoco aplicó como criterio para dicha determinación, el artículo 44 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, como erróneamente señaló el Concesionario.



82. La cláusula de redondeo permite al Concesionario elegir entre redondear la Tarifa a los diez (10) céntimos más próximos o a la menor moneda fraccionaria que se encuentre vigente, que a la fecha es de S/.0.05, al no existir un orden de prelación en el Contrato de Concesión; no cabiendo la posibilidad de exceder el cálculo del redondeo más allá del rango antes descrito y expresamente permitido por el último párrafo literal d) Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión, en tal sentido, no corresponde efectuar el redondeo a los diez (10) céntimos de Nuevo Sol inmediatamente superior.



83. Sin perjuicio de lo expuesto, es importante indicar que la posibilidad de optar por dos monedas fraccionarias en la actualidad, S/. 0,10 ó S/. 0,05, no necesariamente permanecerá durante el período de vigencia de la Concesión, toda vez que, eventualmente, dichas monedas podrían salir de circulación. De ser este el caso, el texto contenido en el último párrafo del Literal d) de la Cláusula 8.17, materia de interpretación, solo dará lugar a efectuar el redondeo hacia la menor moneda fraccionara que se encuentre vigente, ya que en ese escenario, se elimina la opción de los 10 céntimos más próximos. Es importante tomar en consideración dicho escenario, toda vez que, de existir monedas de mayor denominación, la distancia con respecto a la tarifa calculada crecería por efecto del redondeo. Así, bajo el escenario en el cual la menor moneda fraccionaria en circulación fuera S/. 0,20 y la Tarifa calculada ascendiera a S/. 6.26, el Concesionario podría optar por redondear hacia abajo (S/. 6,20) o hacia arriba (S/. 6.40), en tanto no existiría un criterio contemplado actualmente en el Contrato que indique expresamente efectuar el redondeo hacia la moneda fraccionaria más próxima a la Tarifa calculada.



84. En consecuencia, de darse ese escenario, se recomienda que el Concedente y el Concesionario evalúen la modificación del último párrafo de la Cláusula 8.17, Literal d) del

Contrato de Concesión; toda vez que sería necesario especificar el criterio para efectuar el redondeo a la menor moneda fraccionaria, en el escenario bajo el cual las monedas de S/. 0,10 y S/. 0,05 no estén en circulación, lo cual solamente puede ser objeto de precisión a través de una modificación contractual.

IV. CONCLUSIONES

Por lo tanto, en virtud de lo expuesto, podemos arribar a las siguientes conclusiones:

- i. De acuerdo con el régimen tarifario contenido en el Contrato de Concesión, para obtener la Tarifa, se deben efectuar los cálculos por cada tipo de vehículo, de acuerdo a las siguientes reglas:
 - ✓ La Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión destinada a regular el régimen tarifario determina la forma en que la Tarifa debe ser aplicada.
 - ✓ Se requiere del redondeo para determinar la Tarifa.
 - ✓ La Tarifa se obtiene luego de que al Peaje se le suma el IGV correspondiente y de efectuado el redondeo respectivo.
 - ✓ La Tarifa es determinada por eje. Un vehículo ligero paga una Tarifa. Un vehículo pesado paga una Tarifa por cada número de ejes que tuviera. Y sobre la base de la misma Tarifa se calcula el doble cobro en un solo sentido (Norte Sur).
- ii. Por lo tanto, respecto a la oportunidad del redondeo, de conformidad con lo dispuesto por el Contrato de Concesión, se interpreta que este debe efectuarse al momento en que se determina la Tarifa, mas no así cuando se efectúa el cobro al usuario (doble Tarifa).
- iii. En vista que existe regulación expresa respecto al redondeo en el Contrato de Concesión con COVIPERÚ, no resulta aplicable el artículo 44 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, sino que, será de aplicación lo dispuesto en el último párrafo del literal d) de la Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión, que establece que el redondeo podrá realizarse a los diez (10) céntimos más próximos o a la menor moneda fraccionaria que se encuentre vigente, siendo que –a la fecha- podrá redondearse la Tarifa a los S/0.10 más próximos o a los S/0.05, pudiendo el Concesionario elegir entre uno u otro camino al no existir un mecanismo de prelación en el propio contrato, sin tener la posibilidad de exceder su cálculo de redondeo más allá del rango permitido en este.
- iv. Cuando el Informe 054-11-GA-OSITRAN concluyó que “en la mayoría de los casos” el redondeo se efectuaba a los diez (10) céntimos de Nuevo Sol inmediatamente superior, es claro que este análisis no aplica a todos los contratos de concesión, sino a aquellos contratos en cuyas cláusulas se estableció dicho mecanismo de redondeo de manera expresa; situación distinta a la del Contrato de Concesión con COVIPERÚ, que contempla un mecanismo de redondeo diferente, tal como hemos analizado en los párrafos precedentes.



V. RECOMENDACIONES

1. Conforme a lo expuesto en el presente Informe, se recomienda al Consejo Directivo, interpretar a partir de lo dispuesto en el último párrafo del literal d) de la cláusula 8.17 del Contrato de Concesión, lo siguiente:

i) De acuerdo con el régimen tarifario contenido en el Contrato de Concesión, para obtener la Tarifa, se aplican las siguientes reglas:

- ✓ La Tarifa se obtiene luego de que al Peaje se le suma el IGV correspondiente y de efectuado el redondeo respectivo.
- ✓ La Tarifa es determinada por eje. Un vehículo ligero paga una Tarifa. Un vehículo pesado paga una Tarifa por cada número de ejes que tuviera.
- ✓ Sobre la base de la Tarifa previamente definida se calcula el doble cobro en un solo sentido (Norte Sur).

El redondeo debe efectuarse al momento en que se determina la Tarifa, mas no así cuando se efectúa el cobro al usuario (doble Tarifa).

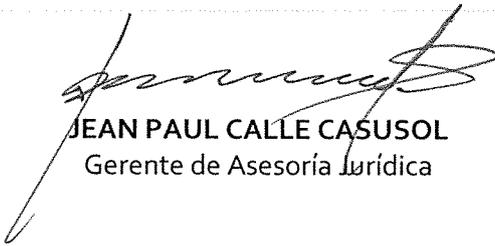
ii) El Contrato de Concesión bajo análisis contiene una cláusula de redondeo expresa que permite al Concesionario elegir entre redondear la Tarifa a los diez (10) céntimos más próximos o a la menor moneda fraccionaria que se encuentre vigente, que a la fecha es a los S/. 0.05. En ese sentido, el Concesionario puede elegir entre redondear a los S/. 0.10 más próximos o a los S/. 0.05, al no existir un orden de prelación en el Contrato de Concesión. No cabe la posibilidad de efectuar el redondeo a los diez (10) céntimos de Nuevo Sol inmediatamente superior”.

2. Se recomienda que el Concedente y el Concesionario evalúen la modificación del último párrafo de la Cláusula 8.17, Literal d) del Contrato de Concesión; toda vez que sería necesario especificar el criterio para efectuar el redondeo a la menor moneda fraccionaria, en el escenario bajo el cual las monedas de S/. 0,10 y S/. 0,05 no estén en circulación, lo cual solamente puede ser objeto de precisión a través de una modificación contractual.
3. Se recomienda someter el presente Informe al Consejo Directivo de OSITRAN para su consideración y eventual aprobación.

Atentamente,


MANUEL CARRILLO BARNUEVO
Gerente de Regulación y Estudios Económicos


FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA
Gerente de Supervisión y Fiscalización


JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Jurídica

Reg. Sal 18219-15

Se adjunta proyecto de Resolución.

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Lima, xx de mayo de 2015

Nº xxx-2015-CD-OSITRAN

VISTOS:

El Oficio Circular Nº 008-15-SCD-OSITRAN, y el Informe Nº 025-15-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, de las Gerencias de Supervisión y Fiscalización, y de Asesoría Jurídica; y,

CONSIDERANDO:

Que, el 20 de setiembre de 2005, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en representación del Estado Peruano, suscribió con Concesionaria Vial del Perú S.A. – COVIPERU, el Contrato de Concesión para la Construcción y Explotación del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica de la Carretera Panamericana Sur –R01S;

Que, mediante Carta Nº C.0042.GG.2015, recibida el 4 de febrero de 2015, el Concesionario comunicó a OSITRAN las nuevas Tarifas a ser cobradas por éste en las unidades de peaje Chilca, Jahuay e Ica, en aplicación del reajuste ordinario del Peaje, establecido en el Literal d) de la Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión;

Que, con fecha 11 de febrero de 2015, en virtud de la facultad atribuida en el artículo 35º del Reglamento General de OSITRAN (RETA) , la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN, mediante el Oficio Nº 0878-2015-GSF-OSITRAN que adjunta el Informe Nº 011-15-GRE-OSITRAN, solicitó a COVIPERU corregir el tarifario publicado; ello, debido a que se había detectado diferencias en las Tarifas remitidas por el Concesionario respecto de las calculadas en dicho Informe conforme a la Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión;

Que, el 17 de febrero de 2015, el Concesionario interpuso un Recurso de Reconsideración ante la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN, solicitando revocar o modificar el Oficio Nº 0878-2015-GSF-OSITRAN y, consecuentemente, establecer que COVIPERU ha efectuado correctamente el cálculo de las nuevas Tarifas, remitidas mediante Carta Nº C.0042.GG.2015;

Que, con fecha 5 de marzo de 2015, mediante Informe Nº 010-15-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, las tres gerencias de línea de OSITRAN recomendaron dar inicio a un procedimiento de interpretación de oficio del último párrafo del Literal d) de la Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión;

Que, con fecha 12 de marzo de 2015, mediante Oficio Circular Nº 008-15-SCD-OSITRAN, la Secretaría Técnica del Consejo Directivo de OSITRAN comunicó al Concedente y al Concesionario, que el Consejo Directivo aprobó la Resolución Nº 012-2015-CD-OSITRAN, mediante la cual se dispone el inicio del procedimiento de interpretación de oficio del último párrafo de la Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión;

Que, mediante Oficio Nº 128-15-GG-OSITRAN, de fecha 8 de abril de 2015, se solicitó al Concedente emitir su opinión respecto del procedimiento de interpretación de oficio del último párrafo del Literal d) de la Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión;

Que, con fecha 22 de abril de 2015, mediante Oficio Nº 1195-2015-MTC/25, el Concedente remitió el Informe Nº 445-2015-MTC/25, mediante el cual expresa su postura respecto de la interpretación del último párrafo del Literal d) de la Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión;



Que, con fecha 22 de abril de 2015, el Concesionario presentó un escrito conteniendo su opinión respecto de la interpretación del último párrafo del Literal d) de la Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión;

Que, mediante Informe N° 025-15-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, las tres gerencias de OSITRAN opinaron respecto a la oportunidad de la aplicación del redondeo y sobre la denominación de la moneda fraccionaria a utilizar para el redondeo;

Que, luego de evaluar y deliberar respecto al tema materia de análisis, el Consejo Directivo hace suyo el Informe N° 025-15-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, incorporándolo íntegramente en la parte considerativa de la presente Resolución, conforme a lo dispuesto en el artículo 6.2 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General;

Que, estando a lo anterior, de conformidad con las facultades atribuidas por la Ley N° 26917, y, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión de fecha XX de mayo de 2015;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Interpretar el último párrafo del literal d) de la cláusula 8.17 del Contrato de Concesión, en los términos siguientes:

- i) *"De acuerdo con el régimen tarifario contenido en el Contrato de Concesión, para obtener la Tarifa, se aplican las siguientes reglas:*
- ✓ *La Tarifa se obtiene luego de que al Peaje se le suma el IGV correspondiente y de efectuado el redondeo respectivo.*
 - ✓ *La Tarifa es determinada por eje. Un vehículo ligero paga una Tarifa. Un vehículo pesado paga una Tarifa por cada número de ejes que tuviera.*
 - ✓ *En base a la Tarifa previamente definida se calcula el doble cobro en un solo sentido (Norte Sur).*

El redondeo debe efectuarse al momento en que se determina la Tarifa, mas no así cuando se efectúa el cobro al usuario (doble Tarifa).

- ii) *El Contrato de Concesión bajo análisis contiene una cláusula de redondeo expresa que permite al Concesionario elegir entre redondear la Tarifa a los diez (10) céntimos más próximos o a la menor moneda fraccionaria que se encuentre vigente, que a la fecha es a los S/. 0.05. En ese sentido, el Concesionario puede elegir entre redondear a los S/. 0.10 más próximos o a los S/. 0.05, al no existir un orden de prelación en el Contrato de Concesión. No cabe la posibilidad de efectuar el redondeo a los diez (10) céntimos de Nuevo Sol inmediatamente superior".*

Artículo 2°.- Recomendar que el Concedente y el Concesionario evalúen la modificación del último párrafo de la Cláusula 8.17, Literal d) del Contrato de Concesión; toda vez que sería necesario especificar el criterio para efectuar el redondeo a la menor moneda fraccionaria, en el escenario bajo el cual las monedas de S/. 0,10 y S/. 0,05 no estén en circulación, lo cual solamente puede ser objeto de precisión a través de una modificación contractual.



Artículo 3°.- Notificar la presente Resolución y el Informe N° 025-15-GSF-GAJ-OSITRAN a la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A. y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Artículo 4°.- Autorizar la difusión de la presente Resolución en el Portal Institucional (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y difúndase.

PATRICIA BENAVENTE DONAYRE
Presidente del Consejo Directivo



