

Lima, 22 de junio de 2016

OSITRA	
MESA DE PAR	
14590	
22 JUN 2016	
Firma:.....	
Hora:.....	4:73

Señores

**Organismo Supervisor de la inversión en Infraestructura
de Transporte de Uso Público - OSITRAN**

Presente.

Ref. Resolución N° 031-2016-CD-OSITRAN Proyecto de Directiva para la aplicación, impugnación y cobro de penalidades en los contratos de concesión bajo el ámbito de OSITRAN ("Proyecto")

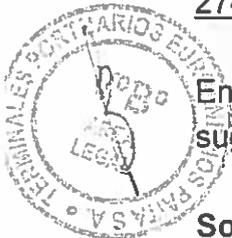
Atención : Sr Francisco Jaramillo Tarazona
Gerente de Supervisión y Fiscalización

De nuestra consideración:

Por medio de la presente cumplimos con hacer llegar nuestros comentarios al proyecto de norma de la referencia, mediante el cual se establecerían disposiciones para la aplicación, impugnación y cobro por parte de OSITRAN de las penalidades previstas en los contratos de concesión bajo el ámbito de su competencia.

Nuestros comentarios se centran en la necesidad de que el Proyecto sea consistente con los contratos de concesión y, además, evite imponer obligaciones adicionales y mayores cargas administrativas a las que actualmente soportan los concesionarios.

En particular, nos preocupa lo dispuesto en los numerales 6.1.7, 6.2.2 y el Anexo del Proyecto, en los que se establece que la aplicación de penalidades por parte de OSITRAN es un acto administrativo que debe ser cuestionado a través del procedimiento de impugnación administrativo previsto en la Ley N° 27444 – Ley de Procedimiento Administrativo General ("LPAG").



En relación a estas disposiciones tenemos las siguientes observaciones y sugerencias:

Sobre la naturaleza jurídica de las penalidades contractuales

1. Existen contratos de concesión en los que se reconoce la posibilidad de impugnar ante el Regulador (OSITRAN) la penalidad impuesta por esta entidad. En nuestro caso, el Contrato de Concesión¹ en su cláusula 19.3 establece que el Concesionario podrá impugnar por escrito ante el Regulador la imposición de la penalidad en un plazo máximo de 10 días hábiles.
2. Este mecanismo de impugnación incluido en el Contrato no enerva la naturaleza civil de la penalidad contractual. En ese sentido, la decisión que el Regulador adopte respecto de la impugnación no es un acto administrativo y, por tanto, ante cualquier discrepancia que surja de su aplicación, se activará el mecanismo de solución de controversias correspondiente, que en nuestro caso está regulado en la sección XVI del Contrato.

En otras palabras, sin perjuicio de que en el marco de una relación contractual se haya encargado al Regulador la aplicación de las penalidades contractuales, éstas mantienen su naturaleza civil y se rigen, consecuentemente, por el derecho privado.

3. De esta manera, la penalidad no califica como un acto administrativo, conforme este último ha sido definido por la doctrina y por la LPAG, que en su artículo 1.1 señala que: "*Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos (...)*". Esto último no se verifica en el caso de las penalidades, que se aplican en el marco de una relación contractual, donde el Regulador realiza esta función en nombre y representación del órgano concedente².
4. En ese sentido, no toda declaración de la Administración es un acto administrativo. Como señala MORON: "*No se trata de calificar al acto, por el órgano que es su autor, sino por la potestad pública que a través de ella se ejerce*"³. En este caso, el Regulador no ejerce una potestad pública sino una función que contractualmente le ha sido asignada:



¹ Concesión del Terminal Portuario de Paita, suscrito el 9 de setiembre de 2009.

² CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO, Rita. *¿Arbitraje y regulación de servicios públicos? El caso de OSITRAN*. Palestra: Lima, 2011, p. 41.

³ MORON URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica: Lima, 2009, p. 121-122.

“En efecto, contractualmente se ha asignado al Regulador la representación del Concedente para aplicar penalidades y es prerrogativa del concesionario, si no está de acuerdo con la misma, cuestionarla a través del mecanismo de solución de controversias previsto en el Contrato, tanto respecto de la aplicación misma de la penalidad o la magnitud de la misma”⁴ (énfasis agregado).

5. Este razonamiento es compartido por OSITRAN, como puede observarse en la página 38 de sus Lineamientos para la emisión de opinión de los proyectos de contratos de concesión⁵ en el que dispone que:

“En caso que el Concesionario no se encuentre conforme con la sanción administrativa, podrá recurrir a los mecanismos legales de impugnación de los actos administrativos (Impugnación administrativa o iniciar un Proceso Contencioso Administrativo); cuestión diferente ocurrirá cuando exista desavenencia respecto de una penalidad contractual pues en este caso se acudirá a los mecanismos contractuales de solución de controversias pactados por las partes” (énfasis agregado).

6. Del mismo modo, en materia de electricidad e hidrocarburos, el artículo 36° del Reglamento de OSINERGMIN reconoce claramente esta distinción cuando define su función fiscalizadora y sancionadora:

“Artículo 36.- Definición de la Función Fiscalizadora y Sancionadora
(...)”

Las sanciones previstas en los Contratos de Concesión suscritos al amparo del Decreto Supremo N° 059-96-PCM tienen el carácter de penalidades contractuales por lo que su imposición por parte de OSINERG se deberá entender realizada en nombre y representación del órgano concedente. Las penalidades contractuales serán cuestionadas a través del mecanismo de solución de controversias previsto por el respectivo Contrato de Concesión” (énfasis agregado).



⁴ MARAVI, Milagros. “¿Son arbitrables las decisiones de los organismos reguladores? En: Revista Derecho y Sociedad N° 36. Lima, p. 56.

⁵ Aprobado mediante Acuerdo N° 1043-267-08-CD-OSITRAN del 12 de marzo de 2008. Disponible en la página web de OSITRAN, consultada el 17 de junio de 2016: https://www.ositran.gob.pe/images/NORMAS/L01_-_LINEAMIENTOS_DE_OSITRAN_PARA_LA_EMISION_DE_OPINION_DE_LOS_CONTRATOS.pdf

7. Asimismo, en el ámbito de las telecomunicaciones, los contratos de concesión identifican textualmente esta distinción, como se aprecia en la cláusula 19.1 del Contrato de Concesión Única "Banda 698-806 MHZ" a nivel nacional:

"19.1 Independencia de las Penalidades de cualquier Sanción Administrativa

(...)

Las sanciones administrativas podrán ser impugnadas mediante el proceso contencioso-administrativo establecido en la Ley N° 27584, su Texto Único Ordenado aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, o norma que la sustituya. En el caso de penalidades convencionales, la imposición de las mismas sólo podrá cuestionarse en la vía arbitral, de acuerdo a lo dispuesto en la Cláusula 20 del presente Contrato"⁶ (énfasis agregado).

8. Contrario a lo claramente establecido por el propio OSITRAN y por otros organismos reguladores, el Proyecto sugiere que la naturaleza jurídica de las penalidades varía en función de lo que acuerden las partes en el contrato de concesión.

9. En esa línea, si las partes pactaron un procedimiento concreto para la aplicación e impugnación de penalidades, éstas permanecerán en el mundo del derecho privado -la aplicación de la penalidad no será un acto administrativo y su impugnación no deberá seguirse conforme a la LPAG-; por el contrario, si el contrato de concesión no regula el procedimiento aplicable, las penalidades contractuales mutarán y serán reguladas por el derecho público. De este modo, el Proyecto, en los hechos, implicaría que las penalidades contractuales se transforman en sanciones administrativas, lo que resulta contradictorio con su naturaleza civil.

10. El Proyecto no puede modificar nuestro Contrato y atribuir a las penalidades contractuales una naturaleza administrativa que no le corresponde. Ello resultaría inconsistente con lo pactado contractualmente por las partes – lo cual fue debidamente analizado en su oportunidad por el



⁶ Similar redacción tiene la cláusula 19.1 del Contrato de Concesión para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones y asignación de frecuencias en la Banda 821-824 MHZ y 866-869 MHZ en la provincia de Lima y la provincia constitucional del Callao, Mayo 2009. Ver link: http://www.proyectosapp.pe/RepositorioAPS/0/0/JER/TRANSPARENCIA_BANDA821/Contrato_suscrito_Banda821_824_mhz_866_969_MHz.PDF

Regulador - , además de una carga administrativa adicional no prevista en el Contrato en tanto se crea un nuevo procedimiento de impugnación de penalidades en la vía administrativa. Por ello, solicitamos que el Proyecto sea modificado de manera que no resulte confuso para los concesionarios de infraestructura pública de transporte que las discrepancias en torno a la aplicación de las penalidades se resuelven conforme al mecanismo de solución de controversias establecido en los contratos de concesión.

Sobre la competencia de OSITRAN

11. Saludamos la labor de OSITRAN de establecer medidas que a nivel institucional optimicen la eficiencia en el cumplimiento de sus funciones. Sin perjuicio de ello, consideramos pertinente precisar que, en virtud del artículo 3° de la Ley Marco de los Organismos Reguladores, aprobada por Ley N° 27332, éstos ejercen función normativa en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias. De conformidad con el artículo 7° de la Ley de OSITRAN⁷, aprobada por Ley N° 26917, esta entidad es competente para el cobro de las penalidades⁸.
12. Por el contrario, como hemos señalado líneas arriba, la aplicación e impugnación de penalidades no forman parte de la función fiscalizadora y sancionadora de OSITRAN, sino que éstas son ejercidas por encargo y en representación del Estado, que actúa como contraparte en un contrato de concesión. En ese sentido, estas funciones pudieron ser ejercidas tanto por OSITRAN como por otra entidad pública o privada, dependiendo de lo que se estableciera en el contrato de concesión. Prueba de ello, es que en caso de que no se establezcan penalidades en el contrato, OSITRAN no realizará estas funciones. Por tanto, solicitamos que los puntos VI.1 y VI. 2 no sean considerados en la redacción final de la Directiva, a fin de que ésta guarde coherencia con el marco legal vigente.
13. Finalmente, conviene precisar que el Proyecto constituye una norma de carácter general y no de carácter particular como se señala en su parte

Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo.

"Artículo 7.- Funciones

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

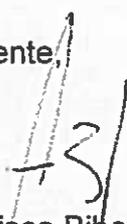
(...) i) Cobrar los derechos, tasas, penalidades y cualquier otro monto que deban pagar los concesionarios de infraestructura pública nacional de transporte, según lo establezcan la Ley, los contratos de concesión respectivos, y los reglamentos aprobados por el Consejo Directivo de OSITRAN; así como efectuar los pagos que correspondan en el cumplimiento de las obligaciones que se pudiere haber contraído con éstos, con terceros y con el Estado, en virtud de la legislación vigente y de lo establecido en los contratos de concesión".



considerativa, en la medida que no aplica a ninguna entidad prestadora en concreto, sino que por el contrario, aplica a todas las entidades prestadoras, con carácter general. Por ende, es de aplicación el procedimiento previsto en el artículo 15° del REGO⁹.

Sin otro particular,

Atentamente,



Dr Francisco Biber Serpa
Gerente Legal

⁹ Reglamento General del OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM. Artículo 15.- Participación de los interesados
Constituye requisito para la aprobación y modificación de los reglamentos, normas y regulaciones de alcance general que dicte el OSITRAN, el que sus respectivos proyectos hayan sido previamente publicados en el Diario Oficial El Peruano, en el Portal Institucional del OSITRAN (www.ositran.gob.pe) o algún otro medio que garantice su difusión, con el fin de recibir los comentarios y sugerencias de los interesados. La mencionada publicación previa contiene la siguiente información: 1. El texto del proyecto normativo. 2. La Exposición de Motivos. 3. El plazo para la recepción de los comentarios escritos y, de considerarlo necesario, la fecha en la que se realizarán los comentarios verbales de los participantes. El plazo para la recepción de comentarios escritos y verbales no puede ser menor de quince (15) días calendario contados desde la fecha de publicación del proyecto. Puede exceptuarse del procedimiento de publicación en caso se requiera, debiendo indicarse expresamente en cada caso las razones que justifican la excepción”.



FTSA

FERROCARRIL TRANSANDINO S.A.

OSITRAN
MESA DE PARTES
14637
23 JUN 2016
Firma: 
Mesa: 1104

Carta N° 208-GL-2016/FETRANS

Lima, 23 de junio de 2016

Señores

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

info@ositran.gob.pe

Presente.-

Ref. Resolución N° 031-2016-CD-OSITRAN
Proyecto de Directiva para la aplicación,
impugnación y cobro de penalidades en los
contratos de concesión bajo el ámbito de
OSITRAN (la "Directiva")

De nuestra consideración:

Por medio de la presente cumplimos con hacer llegar nuestros comentarios al proyecto de norma de la referencia, mediante la cual se establecerían disposiciones para la aplicación, impugnación y cobro por parte de OSITRAN de las penalidades previstas en los contratos de concesión bajo el ámbito de su competencia.

Nuestros comentarios se centran en la necesidad de que la Directiva sea consistente con el marco legal peruano y los contratos de concesión vigentes y, además, evite imponer obligaciones adicionales y mayores cargas administrativas a las que actualmente soportan los concesionarios.

En particular, nos preocupa lo dispuesto en los puntos VI.1, VI.2 y en el Anexo del Proyecto, en los que se establece que la aplicación de penalidades por parte de OSITRAN es un acto administrativo que debe ser cuestionado a través del procedimiento de impugnación administrativo previsto en la Ley N° 27444 – Ley de Procedimiento Administrativo General ("LPAG").

En relación a estas disposiciones tenemos las siguientes observaciones y sugerencias:

Sobre la naturaleza jurídica de las penalidades contractuales

1. El Contrato de Concesión suscrito por nuestra empresa y el Estado Peruano, representado por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones¹, establece en su Cláusula 20.2 que, ante el incumplimiento de alguna de las obligaciones de este Contrato, OSITRAN aplicará las penalidades previstas en el Anexo N° 9. Si bien nuestro Contrato de Concesión no contempla un procedimiento concreto y particular para la impugnación de las penalidades eventualmente aplicadas por OSITRAN, conforme al texto expreso del Contrato, todas las controversias surgidas en el marco y/o en relación con el mismo, definición que evidentemente incluye toda controversia vinculada con incumplimientos imputados al Concesionario y sus efectos – como por ejemplo la imposición de penalidades – deberá ser necesariamente resuelto de conformidad con lo dispuesto en la cláusula de solución de controversias².
2. Atendiendo a que nuestro Contrato no establece un procedimiento para la impugnación de penalidades, de acuerdo con lo previsto en el numeral V.1 y en el Anexo³ del proyecto de Directiva, las disposiciones relativas al procedimiento de impugnación de penalidades debería ser plenamente aplicable al Contrato de Concesión suscrito por nuestra empresa y el Estado Peruano⁴. En otras palabras, de ser aprobado con su redacción original, el proyecto de Directiva modificaría nuestro Contrato de Concesión, al incorporar un procedimiento que no ha sido acordado por las partes.
3. Dado que el proyecto de Directiva no puede modificar nuestro Contrato –el cual, además cuenta con la garantía del Estado, teniendo la naturaleza de contrato-ley- y en la medida que exigir que el cuestionamiento de la penalidad se tramite a través de un procedimiento de impugnación administrativo ante OSITRAN resultaría inconsistente con su naturaleza civil, además de una carga administrativa adicional impuesta a nuestra empresa; solicitamos que el Proyecto sea modificado de manera que se aclare a los concesionarios de infraestructura pública de transporte que las discrepancias en torno a la aplicación de las penalidades se resuelven conforme al mecanismo de solución de controversias establecido en los contratos de concesión, con prescindencia de cuál sea el mecanismo (un procedimiento concreto o el mecanismo general de solución de controversias).

¹ Concesión de la administración de los Ferrocarriles Centro, Sur y Sur Oriente, suscrito el 19 de julio de 1999.

² Cláusula Vigésimo segunda del Contrato

³ Numeral 7, página 17 del Proyecto

⁴ Representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

4. En efecto, si bien OSITRAN aplica las penalidades, ello no enerva su naturaleza civil. En ese sentido, la aplicación de las penalidades contractuales no es un acto administrativo y, por tanto, ante cualquier discrepancia que resulte de esta aplicación, se activará el mecanismo de solución de controversias correspondiente, que en nuestro caso está regulado en la Cláusula Vigésimo Segunda del Contrato.

En otras palabras, sin perjuicio de que en el marco de una relación contractual se haya encargado a OSITRAN la aplicación de las penalidades contractuales, éstas mantienen su naturaleza civil y se rigen, consecuentemente, por el derecho privado.

5. De esta manera, la penalidad no califica como un acto administrativo, conforme este último ha sido definido por la doctrina y por la LPAG, que en su artículo 1.1 señala que: "*Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos (...)*". Esto último no se verifica en el caso de las penalidades, que se aplican en el marco de una relación contractual, donde OSITRAN realiza esta función en nombre y representación del órgano concedente⁵.
6. En ese sentido, no toda declaración de la Administración es un acto administrativo. Como señala MORON: "*No se trata de calificar al acto, por el órgano que es su autor, sino por la potestad pública que a través de ella se ejerce*"⁶. En este caso, OSITRAN no ejerce una potestad pública sino una función que contractualmente le ha sido asignada:

"En efecto, contractualmente se ha asignado al Regulador la representación del Concedente para aplicar penalidades y es prerrogativa del concesionario, si no está de acuerdo con la misma, cuestionarla a través del mecanismo de solución de controversias previsto en el Contrato, tanto respecto de la aplicación misma de la penalidad o la magnitud de la misma"⁷ (énfasis agregado).

⁵ CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO, Rita. ¿Arbitraje y regulación de servicios públicos? El caso de OSITRAN. Palestra: Lima, 2011, p. 41.

⁶ MORON URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica: Lima, 2009, p. 121-122.

⁷ MARAVI, Milagros. "¿Son arbitrables las decisiones de los organismos reguladores? En: Revista Derecho y Sociedad N° 36. Lima, p. 56.

- 7. Este razonamiento es compartido por OSITRAN, como puede observarse en la página 38 de sus Lineamientos para la emisión de opinión de los proyectos de contratos de concesión⁸ en el que dispone que:

"En caso que el Concesionario no se encuentre conforme con la sanción administrativa, podrá recurrir a los mecanismos legales de impugnación de los actos administrativos (Impugnación administrativa o iniciar un Proceso Contencioso Administrativo); cuestión diferente ocurrirá cuando exista desavenencia respecto de una penalidad contractual pues en este caso se acudirá a los mecanismos contractuales de solución de controversias pactados por las partes" (énfasis agregado).

- 8. Del mismo modo, en materia de electricidad e hidrocarburos, el artículo 36° del Reglamento de OSINERGMIN reconoce claramente esta distinción cuando define su función fiscalizadora y sancionadora:

*"Artículo 36.- Definición de la Función Fiscalizadora y Sancionadora (...)
Las sanciones previstas en los Contratos de Concesión suscritos al amparo del Decreto Supremo N° 059-96-PCM tienen el carácter de penalidades contractuales por lo que su imposición por parte de OSINERG se deberá entender realizada en nombre y representación del órgano concedente. Las penalidades contractuales serán cuestionadas a través del mecanismo de solución de controversias previsto por el respectivo Contrato de Concesión" (énfasis agregado).*

- 9. Asimismo, en el ámbito de las telecomunicaciones, los contratos de concesión identifican textualmente esta distinción, como se aprecia en la cláusula 19.1 del Contrato de Concesión Única "Banda 698-806 MHZ" a nivel nacional:

*"19.1 Independencia de las Penalidades de cualquier Sanción Administrativa
(...)
Las sanciones administrativas podrán ser impugnadas mediante el proceso contencioso-administrativo establecido en la Ley N° 27584, su Texto Único*

⁸ Aprobado mediante Acuerdo N° 1043-267-08-CD-OSITRAN del 12 de marzo de 2008. Disponible en la página web de OSITRAN, consultada el 17 de junio de 2016 https://www.ositran.gob.pe/images/NORMAS/L01_-_LINEAMIENTOS_DE_OSITRAN_PARA_LA_EMISION_DE_OPINION_DE_LOS_CONTRATOS.pdf

Ordenado aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, o norma que la sustituya. En el caso de penalidades convencionales, la imposición de las mismas sólo podrá cuestionarse en la vía arbitral, de acuerdo a lo dispuesto en la Cláusula 20 del presente Contrato⁹ (énfasis agregado).

10. Contrario a lo claramente establecido por el propio OSITRAN y por otros organismos reguladores, el proyecto de Directiva sugiere que la naturaleza jurídica de las penalidades varía en función de lo que acuerden las partes en el contrato de concesión.
11. En esa línea, si las partes pactaron un procedimiento concreto para la aplicación e impugnación de penalidades, éstas permanecerán en el mundo del derecho privado -la aplicación de la penalidad no será un acto administrativo y su impugnación no deberá seguirse conforme a la LPAG-; por el contrario, si el contrato de concesión no regula el procedimiento aplicable, las penalidades contractuales mutarán y serán reguladas por el derecho público. De este modo, el Proyecto, en los hechos, implicaría que las penalidades contractuales se transforman en sanciones administrativas, lo que resulta contradictorio con su naturaleza civil.
12. El Proyecto no puede modificar nuestro Contrato y atribuir a las penalidades contractuales una naturaleza administrativa que no le corresponde. Ello resultaría inconsistente con lo pactado contractualmente por las partes -lo cual fue debidamente analizado en su oportunidad por OSITRAN-, además de una carga administrativa adicional no prevista en el Contrato, en tanto se crea un nuevo procedimiento de impugnación de penalidades en la vía administrativa. Por ello, reiteramos nuestra solicitud de que el Proyecto sea modificado en ese sentido y la redacción final de la Directiva no incluya los puntos VI.1 y VI. 2 por los motivos previamente expuestos.

Sobre la competencia de OSITRAN

13. Saludamos la labor de OSITRAN de establecer medidas que a nivel institucional optimicen la eficiencia en el cumplimiento de sus funciones, dentro de las cuales se encuentra ciertamente la de supervisar los contratos de concesión en el ámbito de su competencia. Sin perjuicio de ello, consideramos pertinente precisar que, en

⁹ Similar redacción tiene la cláusula 19.1 del Contrato de Concesión para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones y asignación de frecuencias en la Banda 821-824 MHz y 866-869 MHz en la provincia de Lima y la provincia constitucional del Callao, Mayo 2009. Ver link: http://www.proyectosapp.pe/RepositorioAPS/0/0/JER/TRANSPARENCIA_BANDA821/Contrato_suscrito_Banda821_824_mhz_866_969_MHz.PDF

virtud del artículo 3° de la Ley Marco de los Organismos Reguladores, aprobada por Ley N° 27332, éstos ejercen función normativa en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias. De conformidad con el artículo 7° de la Ley de OSITRAN¹⁰, aprobada por Ley N° 26917, esta entidad es competente para el cobro de las penalidades¹¹.

14. Por el contrario, como hemos señalado líneas arriba, la aplicación e impugnación de penalidades no forman parte de la función fiscalizadora y sancionadora de OSITRAN, sino que éstas son ejercidas por encargo y en representación del Estado, que actúa como contraparte en un contrato de concesión. En ese sentido, estas funciones pudieron ser ejercidas tanto por OSITRAN como por otra entidad pública o privada, dependiendo de lo que se estableciera en el contrato de concesión. Prueba de ello, es que en caso de que no se establezcan penalidades en el contrato, OSITRAN no realizará estas funciones.
15. En síntesis, si bien OSITRAN puede aprobar disposiciones que a nivel institucional le permitan realizar sus actividades de manera eficiente, ello en absoluto puede significar una modificación de los contratos de concesión, pues esta posibilidad está reservada exclusivamente para las partes contratantes. En nuestro caso, la cláusula 23.3 del Contrato de Concesión dispone lo siguiente:

"23.3. Modificación del Contrato. El Contrato de Concesión puede ser modificado por acuerdo entre las partes, previa opinión técnica de OSITRAN, lo que deberá realizarse mediante la misma forma con la que se ha documentado este Contrato, con excepción de las actualizaciones del Anexo N° 2 o de la devolución de los bienes de la concesión incluidos en el numeral 2.5. del Anexo N° 2 o en el Anexo N° 3. El acuerdo de modificación, salvo las excepciones antes señaladas, será obligatorio para las partes solamente si consta por escrito y es firmado por los representantes debidamente autorizados de las partes" (énfasis agregado).

¹⁰ Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo.

¹¹ "Artículo 7.- Funciones

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

(...) i) Cobrar los derechos, tasas, penalidades y cualquier otro monto que deban pagar los concesionarios de infraestructura pública nacional de transporte, según lo establezcan la Ley, los contratos de concesión respectivos, y los reglamentos aprobados por el Consejo Directivo de OSITRAN; así como efectuar los pagos que correspondan en el cumplimiento de las obligaciones que se pudiere haber contraído con éstos, con terceros y con el Estado, en virtud de la legislación vigente y de lo establecido en los contratos de concesión".

16. Por tanto, sin perjuicio de que las disposiciones comentadas no serán aplicables a nuestra empresa en virtud de lo dispuesto en la citada cláusula 23.3 de nuestro Contrato de Concesión, solicitamos que los puntos VI.1 y VI. 2 no sean considerados en la redacción final de la Directiva, a fin de que ésta guarde coherencia con el marco legal vigente.
17. Finalmente, conviene precisar que el proyecto de Directiva constituye una norma de carácter general y no de carácter particular como se señala en su parte considerativa, en la medida que no aplica a ninguna entidad prestadora en concreto, sino que por el contrario, aplica a todas las entidades prestadoras, con carácter general. Por ende, es de aplicación el procedimiento previsto en el artículo 15° del REGO¹².

Sin otro particular, quedamos de usted

Atentamente,



p. FERROCARRIL TRANSANDINO S.A.
Karina Catacora Villasante
Directora de Servicios Legales y Asuntos Regulatorios

¹² Reglamento General del OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM. Artículo 15.- Participación de los interesados

Constituye requisito para la aprobación y modificación de los reglamentos, normas y regulaciones de alcance general que dicte el OSITRAN, el que sus respectivos proyectos hayan sido previamente publicados en el Diario Oficial El Peruano, en el Portal Institucional del OSITRAN (www.ositran.gob.pe) o algún otro medio que garantice su difusión, con el fin de recibir los comentarios y sugerencias de los interesados. La mencionada publicación previa contiene la siguiente información: 1. El texto del proyecto normativo. 2. La Exposición de Motivos. 3. El plazo para la recepción de los comentarios escritos y, de considerarlo necesario, la fecha en la que se realizarán los comentarios verbales de los participantes. El plazo para la recepción de comentarios escritos y verbales no puede ser menor de quince (15) días calendario contados desde la fecha de publicación del proyecto. Puede exceptuarse del procedimiento de publicación en caso se requiera, debiendo indicarse expresamente en cada caso las razones que justifican la excepción".

IIRSA NORTE

Odebrecht Latinvest

OSITRAN
MESA DE PARTES

14679
23 JUN 2016

Firma:
Hora: 14:03

Piura, 23 de junio de 2016

Carta N° 5129-CINSA-OSITRAN

Señores:

OSITRAN

Calle Los Negocios 182, piso 4, Surquillo

Lima.-

Atención: **Obed Chuquiwayta Arias**
Gerente General

Asunto: **Comentarios respecto al Proyecto de Directiva para la "Aplicación, impugnación y cobro de penalidades en los contratos de concesión bajo el ámbito de OSITRAN"**

Nos dirigimos a usted en atención al Proyecto de Directiva para la "Aplicación, impugnación y cobro de penalidades en los contratos de concesión bajo el ámbito de OSITRAN", respecto del cual indicamos:

- i. Es correctísimo lo señalado por el OSITRAN en el numeral 6.1.3 del acápite "VI.1 Disposiciones para la aplicación de penalidades" al reconocer la "naturaleza contractual de la penalidad" porque reconoce sin duda alguna su verdadera naturaleza (fijación anticipada de daños y perjuicios) y no la confunde con consecuencias administrativas que podrían existir. Sin embargo, consideramos que debe luego quedar claro que al tener naturaleza contractual, el hecho que la aplicación de la penalidad se impugne y sea resuelta por un Tribunal de Asuntos Administrativo (o la Gerencia General en tanto éste no se constituya) no debe impedir que el tema sea finalmente resuelto en sede arbitral. Consideramos que lo señalado en el numeral 7) del acápite "IX. ANEXO: JUSTIFICACIÓN Y MARCO CONCEPTUAL DE LA DIRECTIVA PARA APLICACIÓN, IMPUGNACIÓN Y COBRO DE PENALIDADES EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN BAJO EL ÁMBITO DE OSITRAN" ⁽¹⁾ sobre la impugnabilidad de las penalidades conforme al mecanismo de solución de controversias cuando así se establezca, es un buen punto de partida. Aunque consideramos que la naturaleza contractual de la penalidad no se pierde aunque el regulador emita sus pronunciamientos con la forma de actos administrativos, e igualmente, salvo que se

¹ "7. De la impugnación de las penalidades

En cuanto a la impugnación de penalidades, la gran mayoría de contratos de concesión establecen los procedimientos a seguir para impugnar las penalidades, por lo que en aplicación de la norma imperativa contenida en el artículo 1362² del Código Civil, corresponderá al Regulador observar estrictamente el mecanismo que haya sido pactado por el Concedente y el Concesionario, al emitir el acto administrativo por el cual resuelve la impugnación.

No obstante, cabe indicar que existen algunos contratos de concesión en los que se señala que la impugnación podrá ser planteada ante el Concedente, o que remiten la impugnación del acto de aplicación de penalidades directamente a la cláusula de solución de controversias. En estos casos, corresponderá a las Partes hacer valer su derecho observando tales mecanismos de impugnación.

Adicionalmente, existen otros contratos de concesión que, aunque prevén la aplicación de penalidades en caso de incumplimiento del Concesionario, no han establecido si el acto que determina y aplica las penalidades es impugnabile o no ni han remitido directamente la impugnación a la cláusula de solución de controversias. En estos casos, debe considerarse que la autoridad responsable legalmente de supervisar el cumplimiento de las obligaciones contractuales es un organismo regulador autónomo e independiente, esto es, el OSITRAN, y no el Concedente que es contraparte de la empresa concesionaria en la relación concesional. Siendo ello así, el acto administrativo de imposición de penalidad que emita en estos casos el Regulador será susceptible de ser impugnado, como cualquier declaración de la Administración. Esto significa que el Concesionario podrá cuestionar el pronunciamiento del Regulador, a través del mecanismo de impugnación administrativo previsto en la Ley N° 27444. Ello, a fin de no afectar su derecho de defensa." (Sin subrayado en el original).

Concesionaria IIRSA Norte S.A.
Av. Víctor Andrés Belaúnde, 280 - Of 502
San Isidro - Lima | Perú
Tel. 51 1 217 2800
www.iirsanorte.com.pe



IIRSA NORTE

Odebrecht Latinvest

diga expresamente lo contrario en el Contrato de Concesión, las decisiones de imposición de penalidades contractuales deben siempre poder ser cuestionadas en sede arbitral, pues ello brinda mayores garantías al Concesionario. Consideramos en todo caso, que el establecer reglas para cuestionar las penalidades no privan a esta de su naturaleza contractual, no pudiéndose olvidar que si el OSITRAN puede participar en el proceso de imposición de éstas, es porque existe un Contrato de Concesión, por lo que las decisiones relativas a éstas tienen necesariamente que desembocar en los procedimientos de solución de controversias, a menos que expresamente en el Contrato de Concesión se establezca lo contrario. Esto debe quedar claro para evitar que se restrinjan los derechos de los Concesionarios.

- ii. En cuanto a la UIT aplicable, consideramos que a diferencia de lo que se señala en los numerales 6.1.7 y 6.1.8, ésta debe ser la de la fecha de pago, pues ese es el propósito de una unidad de deferencia como esa, evitar el innecesario cálculo de intereses (a que se contrae el numeral 6.3.4).

Atentamente,



ROBERTO SHIMABUKURO MAKIKADO
Concesionaria IIRSA Norte S.A.

C.c: Francisco Jaramillo Tarazona - Gerente de Supervisión y Fiscalización del OSITRAN

Concesionaria IIRSA Norte S.A.
Av. Víctor Andrés Belaúnde, 280 - Of 502
San Isidro - Lima | Perú
Tel. 51 1 217 2800
www.iirsanorte.com.pe





AFIN N° 135 - 2016

Lima, 23 de junio de 2016.



Señores

**Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Uso Público –
OSITRAN**

Presente.-

Referencia: Comentarios al Proyecto de Directiva para la Aplicación,
Impugnación y Cobro de Penalidades en los Contratos de
Concesión bajo el ámbito de OSITRAN.

De nuestra consideración:

Nos dirigimos a ustedes con el objeto de saludarlos y a la vez hacerle llegar en
Anexo nuestros comentarios al "Proyecto de Directiva para la Aplicación,
Impugnación y Cobro de Penalidades en los Contratos de Concesión bajo el
ámbito de OSITRAN", publicado mediante Resolución de Consejo Directivo
N° 031-2016-CD-OSITRAN.

Seguros de la atención que se servirá brindar a la presente, quedamos de
usted.

Atentamente,

Juan Pacheco

Gerente General

Comentarios al Proyecto de Directiva para la Aplicación, Impugnación y Cobro de Penalizaciones en los Contratos de Concesión bajo el ámbito de OSITRAN

Resolución de Consejo Directivo N° 031-2016-CD-OSITRAN

Numeral	Comentarios AFIN
Comentarios Generales	<p>Conforme con el Artículo 11° del Reglamento General de OSITRAN – REGO (aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM), se indica que la función normativa que detenta dicho organismo regulador implica el dictar dentro de su ámbito de competencia, reglamentos autónomos, normas que regulen los procedimientos a su cargo y otras normas de carácter general aplicables a todos los administrados que se encuentren en las mismas condiciones. El citado artículo señala que estos reglamentos pueden definir los derechos y obligaciones de las Entidades Prestadoras, las actividades supervisadas o los Usuarios.</p> <p>De una primera lectura del mencionado artículo se podría pensar que la función normativa de OSITRAN es amplia y discrecional; sin embargo, ello no es así. De acuerdo con el principio de subsidiariedad, regulado en el numeral 10 del Artículo 9° del REGO señala expresamente lo siguiente:</p> <p><u>"el ejercicio de su función normativa y/o reguladora, la actuación del OSITRAN es subsidiaria y solo procede en aquellos supuestos en los que el mercado y los mecanismos de libre competencia no sean adecuados para el desarrollo de los mercados y la satisfacción de los intereses de los Usuarios. En caso de duda sobre la necesidad de dictar disposiciones normativas y/o reguladoras, se debe optar por no dictarlas. Entre varias opciones similarmente efectivas, se opta por la que afecte menos a la autonomía privada. En tal sentido, la adopción de una disposición normativa y/o reguladora debe sustentarse en la existencia de monopolios u oligopolios, existencia de barreras legales o económicas significativas de acceso al mercado o niveles significativos de asimetría de información en el mercado correspondiente entre las Entidades Prestadoras, de un lado, y los Usuarios, del otro."</u></p>

Como se observa, la función normativa es restrictiva, dado que dicho organismo no puede establecer regulación alguna en tanto ello afecte a la autonomía privada. A nuestro entender, y a pesar que el mismo Proyecto de Directiva señala que su aplicación es supletoria a lo que se dicte en cada contrato de concesión, consideramos que es contraria a la normativa y afecta el principio de subsidiariedad antes mencionado, dado que afectaría los alcances de todos los contratos de concesión suscritos en el Sector Transportes, no importando el nivel de detalle que desarrollen en cada contrato.

De manera general, corresponde indicar que al momento que las Partes acordaron de común acuerdo establecer penalidades de manera voluntaria, éstas tienen por efecto no solo disuadir cualquier comportamiento del Concesionario que sea contrario al requerido, sino además el contener una función indemnizatoria, la cual es inherente a la forma en la cual se ha considerado adecuado reparar los perjuicios que pudieran originarse como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones asumidas.

Si bien es posible que en toda relación contractual las Partes pueden acordar cláusulas penales posteriormente a la suscripción del contrato, es práctica usual en los contratos de concesión suscritos en el Sector Transporte, se contemple expresamente tanto el procedimiento a seguir como las circunstancias a tenerse en cuenta para aplicar penalidades contractuales, las cuales fueron aceptadas voluntariamente por las Partes al momento de suscribir dicho contrato, con lo cual queda específicamente determinado para el concesionario las consecuencias que derivarían ante cualquier incumplimiento de sus compromisos y del procedimiento a seguir por parte del Regulador.

Asimismo, a efectos de generar transparencia en la acreditación del hecho pasible de penalización, es usual que las Partes otorguen al Regulador, de manera voluntaria, la facultad o potestad de aplicar penalidades contractuales, indicando además los supuestos que deberá tomar en cuenta al momento de determinar el monto. De esta manera, la aplicación de penalidades no resulta siendo una facultad que nace de una decisión discrecional del Regulador sino que ella es producto de las funciones y atribuciones que otorgan las Partes a este Organismo, estableciendo además las reglas determinadas por éstas.

Sobre esto, debemos mencionar que el hecho que a través del contrato las partes hayan determinado que será OSITRAN el encargado de aplicar las penalidades, no implica, bajo ningún aspecto, que a través de esta disposición las Partes permitan que el acto mediante el cual se impongan estas penalidades sea un acto administrativo. El marco de actuación de una determinada entidad administrativa, en este caso OSITRAN, debe nacer y estar necesariamente reconocido por Ley.

Sobre este aspecto, los términos contenidos en un contrato de concesión, de carácter disponible, claramente no tienen naturaleza administrativa, según lo mencionado por Dromi:

“En el acto administrativo la emanación y contenido de toda declaración depende de la voluntad de un solo sujeto de derecho: el Estado o ente público no estatal, según el caso.

Se excluye del concepto de acto administrativo a los contratos, que tienen un régimen jurídico específico. La declaración tiene que ser unilateral. Desestimamos la idea de los actos administrativos bilaterales, de ahí que el contrato administrativo no sea un acto administrativo”

Como se puede apreciar, la doctrina señala que las declaraciones de las entidades que representan un acto administrativo no sólo son actos que tienen fuerza vinculante por imperio de derecho, sino que los mismos representan una decisión unilateral en la cual el administrado no influye. Es por ello que Dromi desestima la posibilidad que un contrato administrativo sea considerado como acto administrativo, puesto que tanto su formación como sus efectos son bilaterales. Claramente la aplicación de una cláusula penal en un contrato de concesión tiene efectos bilaterales, por lo que no es posible considerar que las manifestaciones de la administración pública (MTC, OSITRAN, entre otros) referidas a las penalidades contractuales representan actos administrativos.

¹ DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. Tomo I. Gaceta Jurídica S.A., 2005. Lima, p. 318

<p>De esta manera, cuando el Proyecto de Directiva pretende "suplir" lo no contemplado en los contratos de concesión, lo que está haciendo en la práctica es ir en contra de lo previamente pactado por las Partes ya que en el Contrato de Concesión, acertadamente, no se indica que la naturaleza del acto que emita OSITRAN para aplicar las penalidades sea un acto administrativo, puesto que esta naturaleza solo puede ser otorgada por Ley.</p> <p>Es tal la capacidad de las Partes de disponer lo concerniente a la cláusula penal, que los concesionarios y el concedente no tienen limitación para crear, modificar y regular todo lo concerniente a la aplicación de penalidades. Entre estas facultades que las Partes pueden ejercer sobre esta materia, está la posibilidad de elegir a otro ente para que determine la aplicación o no de las penalidades. Es tal su capacidad de decisión que, incluso, podrían pactar válidamente en eliminar del contrato que los relaciona toda posibilidad de imposición de penalidades.</p> <p>A nuestro entender, el Proyecto de Directiva confunde la naturaleza de la cláusula penal establecida en los contratos de concesión, puesto que cuando indica que la decisión de OSITRAN representa un acto administrativo, ello implica necesariamente que el cuestionamiento de esta "decisión" debería ser resuelta bajos los criterios de un procedimiento administrativo típico, es decir, que la decisión del Regulador sólo podría ser discutida en un proceso contencioso administrativo.</p> <p>En base a lo mencionado, consideramos que los efectos generales del Proyecto de Directiva afectan a todos los concesionarios en infraestructura de transporte, dado que (i) representaría una clara transgresión al principio de subsidiariedad que establece el REGO al pretender imponer una norma que estaría limitando e impidiendo, en la práctica, el ejercicio de la autonomía privada; y, (ii) se estaría haciendo una inadecuada aplicación y entendimiento de las actividades que los concesionarios y el Estado otorgan al OSITRAN respecto de la aplicación de penalidades.</p>	
<p>Sin perjuicio de lo señalado en el comentario anterior, es preciso indicar que el Proyecto de Directiva estaría estableciendo - ante el ejercicio del derecho de defensa del concesionario al impugnar una penalidad - tratamientos disímiles en la naturaleza jurídica del medio de impugnación utilizado.</p>	<p>Comentarios generales</p>

Así, el Proyecto de Directiva señala que, por un lado, habrán impugnaciones de penalidades que se diriman ante la cláusula de solución de controversias, como lo son el trato directo entre las partes y el arbitraje; y por otro lado, habrán impugnaciones de penalidades que se resuelvan conforme los mecanismos de impugnación dispuestos por la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.

Aquí encontramos que el Proyecto de Directiva se ampara en el Principio de obligatoriedad del Contrato, al señalar que "(...) corresponderá al Regulador observar estrictamente el mecanismo que haya sido pactado por el Concedente y el Concesionario, al emitir el acto administrativo por el cual resuelve la impugnación".

En virtud de dicho principio, el Proyecto de Directiva indica que si el contrato de concesión no ha planteado la impugnación de las penalidades ante el Concedente o bajo el mecanismo de solución de controversias, esta se resolverá conforme con las normas administrativas. A contrario sensu, entendemos que el Proyecto de Directiva sí considera que, en caso el contrato de concesión disponga que la impugnación del acto administrativo que comunica una penalidad deba resolverse de acuerdo con la cláusula de solución de controversias o ante el Concedente, se aplicarían estas disposiciones contractuales, y por lo tanto, no resultará aplicable el procedimiento administrativo regulado por la Ley N° 27444.

Siendo que la naturaleza de las penalidades es de origen contractual, toda controversia derivada entre las partes debe resolverse entre las mismas, y por lo mismo, sujetas a trato directo y arbitraje. La función de OSITRAN para la determinación y aplicación de las penalidades, que se traduce en la emisión de un acto administrativo, no exime de la facultad de las partes para discutir entre ellas el asunto de fondo, en tanto alguna de ellas considere que no ha habido incumplimiento contractual. Las relaciones jurídicas que emanan de los contratos de concesión - y por ende, cualquier controversia que se relacione con ellas - se regulan a través de su propio mecanismo de solución de controversias contractuales, más aún si fueron las mismas partes quienes establecieron qué conductas estarán sujetas a una penalidad.

<p>En tal sentido, cuando el Proyecto de Directiva señala que resultará aplicable de manera supletoria para aquellos contratos de concesión que no dispongan procedimiento, plazos u otros criterios, estableciendo, para estos casos, un procedimiento de impugnación de penalidades que se regirá por la Ley del Procedimiento Administrativo General, está restringiendo a las partes la posibilidad de que cualquier controversia sea tratada en base a los mecanismos establecidos por las partes, como lo son el trato directo y el arbitraje. Debe tenerse claro que no es OSITRAN quien determina la penalidad, porque ésta ya ha sido pre establecido por las partes en la negociación contractual, por lo que su actuación no responde a sus facultades de <i>ius imperium</i>.</p> <p>Consideramos que ante esta ambigüedad, debe aclararse con una disposición específica en el Proyecto de Directiva que el procedimiento establecido se aplica sin perjuicio de que las discrepancias respecto de la aplicación de penalidades y su determinación se resuelvan conforme a los mecanismos de solución de controversias previstos en cada Contrato de Concesión o de Asociación Público Privada.</p>	
<p>Comentarios generales</p> <p>Sin perjuicio de lo señalado hasta este punto, consideramos necesario indicar lo siguiente:</p> <ol style="list-style-type: none"> i. OSITRAN no tiene competencia para establecer penalidades que no han sido pactadas en los contratos de concesión. Si las partes del contrato no acordaron penalidades ante el incumplimiento de una obligación, el regulador no puede fijar penalidades que éstas no han considerado. Lo previsto en el contrato de concesión es el reflejo de la voluntad de las partes y el OSITRAN en modo alguno puede alterar esa voluntad determinando penalidades que no han sido pactadas por las partes en los contratos de concesión. ii. Si el OSITRAN detecta un incumplimiento a alguna obligación establecida en el contrato de concesión, tiene la competencia para tramitar dicho incumplimiento a través de un procedimiento sancionador de acuerdo a la normativa establecida para estos efectos y aplicar la sanción respectiva debidamente motivada. Lo que OSITRAN no puede ni debe hacer es determinar, además de dicha sanción, la aplicación de penalidades cuando el contrato en cuestión no ha regulado nada al respecto. Cualquier cambio a las condiciones del contrato de concesión debe ser hecho vía adenda por acuerdo exclusivo de las partes. <p>A pesar de no estar de acuerdo con el contenido central del Proyecto, a continuación realizaremos algunos comentarios a sus disposiciones específicas.</p>	



infraestructura que integra a más peruanos

<p>VI.1. Disposiciones para la aplicación de penalidades (6.1.5.)</p>	<p>La norma en cuestión señala que la Jefatura de Contratos correspondiente o la Jefatura de Fiscalización podrán requerirle información adicional al Concesionario a fin de determinar la existencia de un presunto incumplimiento. A efectos de que el Concesionario cumpla con tal requerimiento, OSITRAN le concederá –como refiere el texto de la citada norma- el “plazo respectivo”.</p> <p>Al respecto, tiene sentido lo contenido en la norma 6.1.5., toda vez que el OSITRAN debe contar con todas las herramientas posibles para emitir su decisión sobre la situación del Concesionario; sin embargo, somos de la opinión que el plazo que se otorgaría al Concesionario debe estar definido. Por consiguiente, considerando la remisión del procedimiento que establece el Proyecto al procedimiento establecido en la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, debería otorgarse al administrado (Concesionario) el plazo establecido en el artículo 132 del referido cuerpo normativo, es decir, un plazo de 10 días hábiles para que cumpla con entregar la información solicitada por la Administración (OSITRAN).</p> <p>En ese sentido, consideramos que la norma debería modificarse de la siguiente manera:</p> <p><i>“En aquellos casos en los cuales la Jefatura de Contratos correspondiente o la Jefatura de Fiscalización requiera información adicional a fin de determinar la existencia de un presunto incumplimiento, la solicitará al Concesionario o a otras entidades, otorgándole un plazo de 10 días hábiles luego de recibida la solicitud de información para su absolución, con la finalidad de obtener la información que resulte necesaria, debiéndose cumplir con los principios de celeridad y razonabilidad en el requerimiento de la información.”</i></p>
<p>VI.1. Disposiciones para la aplicación de penalidades (6.1.8.)</p>	<p>La norma aludida establece que la penalidad por el incumplimiento de una obligación contractual se determina según el valor de la UIT, salvo que el Contrato de Concesión haya previsto valor distinto. Adicionalmente, la norma hace una diferencia respecto al valor que tendrían las penalidades, dependiendo de aquello que se busque indemnizar. Así, tratándose de indemnizar al Concedente por la demora en el cumplimiento de una obligación, la penalidad tendrá el valor de la UIT vigente al momento en el que se comunique al Concesionario sobre la obligación incumplida y se le exija que proceda a su ejecución. En cambio, cuando la penalidad busque indemnizar el daño producido por el incumplimiento parcial, defectuoso o total de la obligación; la penalidad tendrá el valor de la UIT que se encontraba vigente al momento en que se incurrió en el incumplimiento.</p>

Sobre el particular, no encontramos justificación alguna para diferenciar el valor que tendrá la penalidad (UIT) si ésta deriva de un determinado tipo de incumplimiento. Cabe resaltar que ni el Anexo del Proyecto de Directiva (numeral 5 de la parte IX), ni su Exposición de Motivos, realizan una explicación de las razones para diferenciar el valor de la UIT -como monto que tendría la penalidad-.

En nuestra opinión, y al igual que la misma premisa de la que parte el OSITRAN, una penalidad tiene naturaleza estrictamente civil, por ese motivo, el número y el monto de las mismas deberían pactarse entre las partes y no imponerse por una de ellas. En ese orden de ideas, cualquier modificación a los términos contractuales que contienen las penalidades debería realizarse mediante Adenda y no por una norma o disposición administrativa, como sería el caso del Proyecto de Directiva.

No se debe perder de vista que la regulación de las penalidades es estrictamente contractual; por lo tanto, cualquier disposición administrativa relacionada a esta materia que incida directamente sobre el Contrato de Concesión debería mantener el equilibrio en la relación contractual entre el Estado y el Concesionario.

La mayoría de los contratos de concesión suscritos en el Sector Transportes no establece de manera clara cuál es el valor de la UIT aplicable para definir el monto de la penalidad; sin embargo, esta situación no "habilita" a que sea un tercero ajeno a las Partes (en este caso, el OSITRAN) quien establezca con una Directiva la forma de aplicación. Esta facultad o se genera por decisión expresa de las Partes o por las reglas establecidas en el Código Civil.

En efecto, el valor de la UIT para la cuantificación de la penalidad debe regirse por la Teoría de los Hechos Cumplidos, conforme lo dispone el Artículo III del Título Preliminar del Código Civil:

*"Aplicación de la ley en el tiempo
Artículo III.- La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú".*

En ese sentido, aplicar la UIT vigente al momento en que OSITRAN decida comunicar la penalidad al concesionario, respecto a un hecho ocurrido en el pasado, atenta contra este principio que rige las relaciones jurídicas entre las partes contratantes. Por tal razón, para el cobro de la penalidad en donde la UIT sea el valor referencial, las disposiciones del Código Civil determinan que este sea el valor existente al momento de la comisión del incumplimiento.

Asimismo, la Constitución Política del Perú, al que hace referencia el Artículo III del Título preliminar del Código Civil únicamente permite la aplicación retroactiva en materia penal, cuando favorece al reo. Así:

“Constitución Política del Perú 1993

Artículo 103.- Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. (...)

Nuevamente queda claro que el valor de las penalidades, que toma como referencia a la UIT, debería ser aquel valor que estuvo vigente al momento en que se incurrió en el incumplimiento de la obligación, sin diferenciar el tipo de incumplimiento. De esta manera se resta discrecionalidad al Estado para que a través del OSITRAN fije distintos montos de penalidades, ya que –tal y como se encuentra prevista la norma objeto de análisis en este momento– para el caso de los incumplimientos tardíos, la penalidad será la UIT vigente del día en el que el Regulator le comuniqué y exija al Concesionario ejecutar su obligación, lo que supone que el Concesionario podría pagar penalidades mayores si el OSITRAN demora en hacer el requerimiento formal.

Como se aprecia, es importante que el OSITRAN reformule el numeral 6.1.8 en aras de precisar adecuadamente las observaciones antes expuestas. Para ello, recomendamos que se incluya como parte de la norma en cuestión lo siguiente:

	<p><u>“En caso que éstos [los Contratos de Concesión] no establezcan cuál es el valor de la UIT aplicable para determinar el monto de la penalidad, la UIT que debe ser considerada será aquella que se encontraba vigente al momento en que se incurrió en el incumplimiento que motiva la imposición de la penalidad”.</u></p> <p>El numeral 6.2.2 indica que “en caso el Contrato de Concesión prevea la aplicación de penalidades por parte de OSITRAN pero no regule el procedimiento de impugnación o no establezca que el acto que determina y aplica las penalidades es impugnabile, el Concesionario podrá cuestionar el pronunciamiento de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, a través del procedimiento de impugnación administrativo previsto en la Ley N° 27444, correspondiendo al Tribunal de Asuntos Administrativos o la Gerencia General de OSITRAN [...]”.</p> <p>Esta disposición modifica lo estipulado en aquellos contratos que no haya tenido la previsión antes descrita dado que, al considerar que los actos que emita el OSITRAN son considerados actos administrativos, ello traería como consecuencia que todo cuestionamiento de dicha decisión sea discutida en un procedimiento contencioso administrativo ante el Poder Judicial. Como resulta evidente, esta situación haría que pierda todo sentido la cláusula de solución de controversias que se establece en los contratos de concesión.</p> <p>Una Directiva no puede cambiar un Contrato de Concesión.</p>
<p>VI.2. Disposiciones en materia de impugnación de penalidades (6.2.2.)</p>	
<p>VI.2. Disposiciones en materia de impugnación de penalidades (6.2.5.)</p>	
	<p>Sin perjuicio de cuestionar la propuesta global, la norma en cuestión señala que el Tribunal de Asuntos Administrativos o la Gerencia General de OSITRAN podrán requerirle información adicional al Concesionario a fin de resolver su recurso impugnativo. A efectos de que el Concesionario cumpla con tal requerimiento, OSITRAN le concederá –como refiere el texto de la citada norma- el “plazo respectivo”.</p> <p>Como señalamos en el comentario del numeral 6.1.5, somos de la opinión que el plazo que debería otorgarse al Concesionario debe ser un plazo definido, acorde con lo dispuesto en la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General.</p> <p>Por consiguiente, siguiendo lo establecido en el artículo 132 del cuerpo normativo citado precedentemente, debería otorgarse al administrado (Concesionario) un plazo no menor de 10 días hábiles para que cumpla con entregar la información solicitada por la Administración (OSITRAN).</p>



En ese sentido, consideramos que la norma debería modificarse de la siguiente manera:
 "En aquellos casos en los cuales el Tribunal de Asuntos Administrativos o la Gerencia General de OSITRAN, en tanto se implemente el citado Tribunal, requiera información adicional a fin de resolver el recurso impugnativo, la solicitará al Concesionario o a otras entidades, otorgándole un plazo de 10 días hábiles luego de recibida la solicitud de información para su absolución, con la finalidad de obtener la información que resulte necesaria. En este caso, se interrumpirá el plazo indicado en el numeral 6.2.3 de la presente Directiva."

Carta No. 328-2016-APMTC/LEG

Callao, 23 de junio de 2016



Señores

CONSEJO DIRECTIVO

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

Calle Los Negocios N° 182, Piso 4
Surquillo.-

Asunto: Remisión de Comentarios al proyecto de Directiva para la Aplicación, Impugnación y Cobro de Penalidades en los Contratos de concesión bajo el ámbito de OSITRAM

Referencia: Resolución N° 031-2016-CD-OSITRAM de fecha 2 de junio de 2016

De nuestra consideración,

Por medio de la presente, le extendemos nuestro cordial saludo y les remitimos nuestros comentarios al Proyecto de Directiva para la Aplicación, Impugnación y Cobro de Penalidades en los Contratos de concesión bajo el ámbito de OSITRAM (en adelante, la "Directiva"), cuya pre-publicación en el Diario Oficial El Peruano se realizó con fecha 8 de junio de 2016, mediante Resolución de Consejo Directivo de la referencia.

En este sentido, de acuerdo con lo requerido en el artículo 2 de la referida Resolución y dentro del plazo conferido, nuestra representada remite sus comentarios a la Directiva, en virtud de los fundamentos que serán expuestos a continuación.

I. Comentarios al proyecto de Directiva

1. Valor de la UIT aplicable

El punto 6.1.8 del numeral VI.1 de la Directiva establece lo siguiente:

6.1.8 El monto de la penalidad se determinará según el valor de la Unidad Impositiva Tributaria (UIT) u otro valor definido en los contratos de concesión. En caso que éstos no establezcan cuál es el valor de la UIT aplicable para determinar el monto de la penalidad, la UIT que debe ser considerada, para el caso de las penalidades que tienen por objeto indemnizar al Concedente por la demora en el cumplimiento de la obligación, será aquella vigente en el momento en que se comunique al concesionario sobre la obligación incumplida y se le exija que se proceda a su ejecución, salvo que exista previsión legal o contractual expresa para la mora automática.

Para el caso de las penalidades que buscan indemnizar el daño producido por el cumplimiento parcial o defectuoso o el incumplimiento total de la obligación, la UIT que debe ser considerada será aquella que se encontraba vigente al momento en que se incurrió en el incumplimiento que motiva la imposición de la penalidad.

Con relación a este punto, consideramos conveniente precisar que el Contrato de Concesión del Terminal Norte Multipropósito del Puerto del Callao, suscrito entre el Estado Peruano y APM TERMINALS CALLAO S.A. con fecha 11 de mayo de 2011 (en adelante, el "Contrato de Concesión"), no establece de manera expresa cuál será el valor de la UIT aplicable para definir el monto de la penalidad. Sin embargo, consideramos que esta situación no "habilita" a que un tercero ajeno a las Partes sea quien establezca a través de una Directiva, la forma de aplicación y/o cálculo de la penalidad contractual a ser aplicada. Esta facultad se genera por decisión expresa de las Partes del Contrato de Concesión o por las reglas establecidas en el Código Civil al ser una norma que de manera supletoria, se podrá aplicar a la relación jurídica existente entre las partes, en este caso concreto entre el Estado Peruano y APM TERMINALS CALLAO.

Ahora bien, se debe advertir que en los criterios de aplicación establecidos para las penalidades listadas en el Anexo 17 del Contrato de Concesión, se hace la referencia a los siguientes términos "cada vez", "cada día de atraso", entre otros; por lo que es de nuestro entendimiento que la UIT aplicable para definir el monto de la penalidad a ser impuesta por el OSITRAN, será aquella que estuvo vigente al momento en que se incurrió en el incumplimiento, toda vez que se deberá corroborar la existencia del hecho que motiva la imposición de la penalidad, para que se proceda con su aplicación afectiva, conforme a lo dispuesto en el Contrato de Concesión.

Por tanto, consideramos que el criterio establecido en la Directiva no sería de aplicación al Contrato de Concesión suscrito entre el Estado Peruano, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y APM TERMINALS CALLAO.

2. Suspensión del plazo para pago de penalidades

Con relación a este supuesto, el proyecto de Directiva establece que el plazo para el pago de las penalidades se suspenderá, de acuerdo a lo establecido en

el contrato de concesión. Asimismo, se ha previsto que en caso no se hubiese establecido previsión alguna respecto a ello, la suspensión operará en tanto el Tribunal de Asuntos Administrativos o la Gerencia General de OSITRAN, no hubiese resuelto el recurso impugnativo presentado por el Concesionario.

Sin perjuicio de ello, conviene tomar en cuenta que lo señalado anteriormente y que forma parte de la Directiva, ya se encuentra regulado en el segundo párrafo de la Cláusula 19.2, Sección de Penalidades, del Contrato de Concesión, en la cual se indica que el plazo para el pago de las penalidades contractuales, será suspendido ante la impugnación de la penalidad por parte de APM TERMINALS CALLAO. Con ello, el cómputo de dicho plazo se reiniciaría una vez que la imposición de la penalidad sea confirmada por el OSITRAN.

Por tanto, consideramos que el criterio establecido en la Directiva no sería de aplicación al Contrato de Concesión suscrito por nuestra representada.

3. Plazo para pago de penalidades (5 d/h)

Conviene señalar que este plazo no se encuentra referido al pago de penalidades sino al plazo dentro del cual, a falta de previsión expresa al respecto en el Contrato de Concesión, OSITRAN debería solicitar al Concedente que éste le indique la cuenta bancaria en la cual se realizará el depósito o transferencia del monto cobrado como consecuencia de la aplicación de la penalidad.

No obstante, lo antes señalado no resultaría aplicable al Contrato de Concesión del Terminal Norte Multipropósito del Puerto del Callao, puesto que se ha establecido expresamente que APM TERMINALS CALLAO abonará el pago de las penalidades en la cuenta que le indique el Concedente en un plazo de 10 días, contados a partir de la notificación por parte del mismo.

II. **Análisis respecto a los alcances del proyecto de Directiva**

De acuerdo con el Artículo 11° del Reglamento General de OSITRAN – REGO (aprobado mediante Decreto Supremo 044-2006-PCM), la función normativa que detenta el Regulador implica el dictar dentro de su ámbito de competencia, reglamentos autónomos, normas que regulen los procedimientos a su cargo y otras normas de carácter general aplicables a todos los administrados que se encuentren en las mismas condiciones.

Asimismo, de acuerdo con el principio de subsidiaridad, regulado en el numeral 10 del Artículo 9° del REGO señala expresamente lo siguiente:

"(...) el ejercicio de su función normativa y/o reguladora, la actuación del OSITRAN es subsidiaria y solo procede en aquellos supuestos en los que el mercado y los mecanismos de libre competencia no sean adecuados para el desarrollo de los mercados y la satisfacción de los intereses de los Usuarios. En caso de duda sobre la necesidad de dictar disposiciones normativas y/o reguladoras, se debe optar por no dictarlas. Entre varias opciones similarmente efectivas, se opta por la que afecte menos a la autonomía privada. En tal sentido, la adopción de una disposición normativa y/o reguladora debe sustentarse en la existencia de monopolios u oligopolios, existencia de barreras legales o económicas significativas de acceso al mercado o niveles significativos de asimetría de información en el mercado correspondiente entre las Entidades Prestadoras, de un lado, y los Usuarios, del otro."

En tal sentido, la función normativa a cargo del Regulador es restrictiva, puesto que no se podría establecer regulación que afecte la autonomía privada de las partes de un contrato. Ahora bien, en caso su aplicación se pretenda extender a los contratos de concesión en ejecución, se debe advertir que ello afectaría directamente el Principio de Subsidiaridad recogido en el REGO, cuyos alcances han sido anteriormente indicados.

De esta manera, cuando el proyecto de Directiva pretende "suplir" lo no contemplado en los contratos de concesión, lo que se propone, en la práctica, podría conllevar a que se contradiga o desconozca lo previamente pactado por las Partes; más aún si se tiene en cuenta que en los contratos de concesión, no se indica que el acto que emita OSITRAN para aplicar las penalidades contractuales sea un "acto administrativo", puesto que dicha naturaleza únicamente podría ser otorgada por medio de una Ley.

Sobre este punto, corresponde indicar que al momento que las partes de un contrato de concesión acuerdan establecer penalidades de manera voluntaria, éstas lo realizan libremente, ya que la función de la cláusula penal tiene por efecto no solo disuadir cualquier comportamiento de alguna parte (generalmente del Concesionario) que sea contrario al requerido, sino también contienen un tamiz indemnizatorio. Esto último es inherente y responde a la forma en la cual las partes han considerado adecuado reparar los perjuicios que pudieran originarse como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones asumidas por alguna de ellas.

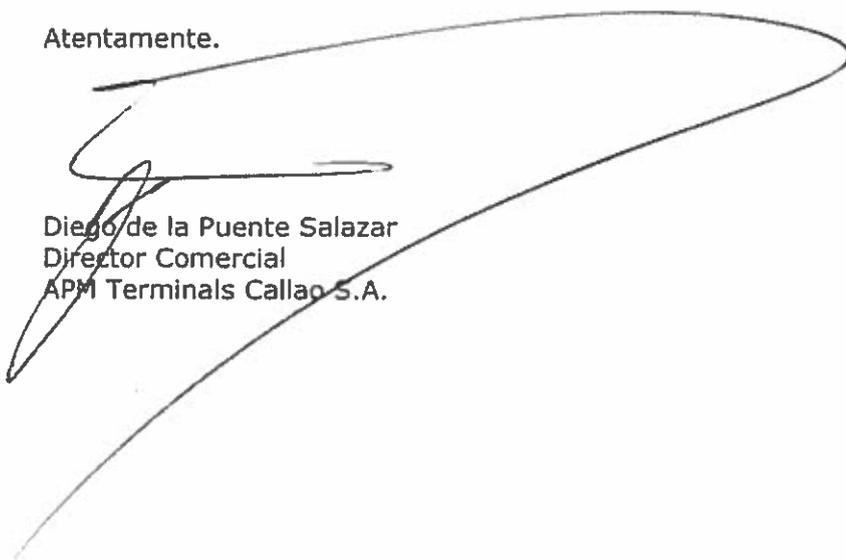
En general, se debe tener en cuenta que la capacidad de las Partes para disponer lo concerniente a la cláusula penal es amplia, por lo que no cuentan con limitación para crear, modificar y regular todo lo concerniente a la aplicación de penalidades contractuales. En este sentido, la limitación a dicha capacidad inherente a las

partes, no se podría imponer en virtud de la decisión de un tercero, ajeno a la relación contractual existente y formada entre dos partes contractuales; puesto que ello podría implicar que la voluntad de dicho tercero prime sobre el acuerdo y el sentido de lo pactado en cada contrato de concesión en fase de ejecución.

Por lo expuesto, consideramos que los efectos generales de la Directiva no podrían extenderse a los contratos de concesión suscritos a la fecha, puesto que ello tendría las siguientes consecuencias: (i) representaría una clara transgresión al principio de subsidiaridad que establece el Reglamento General del OSITRAN - REGO al pretender imponer una norma que podría limitar o impedir, en la práctica, el ejercicio de la autonomía privada; y, (ii) se estaría haciendo una inadecuada aplicación y entendimiento de las actividades que los concesionarios y el Estado Peruano le otorgan al Regulador en el marco de la aplicación de penalidades contractuales.

Sin otro particular, le agradecemos la atención que brinde a la presente y quedamos de ustedes.

Atentamente.



Diego de la Puente Salazar
Director Comercial
APM Terminals Callao S.A.





Callao, 27 de junio de 2016

Señores

**Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de
Transporte de Uso Público - Ositran**

Presente. -

Atención: Grupo de Trabajo del Proyecto de Directiva para la aplicación impugnación y cobro de penalidades en los contratos de concesión bajo el ámbito de Ositran (en adelante el "Proyecto de Directiva")

Referencia: Proyecto de Directiva.

Asunto: Comentarios al Proyecto de Directiva.

Estimados señores:

Mediante Resolución del Consejo Directivo N° 031-2016-CD-OSITRAN el Ositran autorizó la publicación de la referida resolución, del Proyecto de Directiva y de su correspondiente exposición de motivos, los cuales fueron publicados en el diario oficial "El Peruano" el 8 de junio de 2016, otorgando un plazo para que los interesados remitan por escrito o por correo electrónico sus comentarios o sugerencias al Proyecto de Directiva.

Con relación al Proyecto de Directiva, les detallamos a continuación nuestros comentarios:

1. Sobre el plazo para la imposición de penalidades una vez detectado el incumplimiento contractual

De acuerdo al Proyecto de Directiva, se dispone de 10 días hábiles de culminadas las actividades de supervisión para que la Jefatura de Contratos/Empresa Supervisora/Supervisor informen de los hechos que configurarían un incumplimiento contractual, a la Jefatura de Contratos y a la Jefatura de Fiscalización. La Jefatura de Contratos (con respecto a los hechos ocurridos) y la Jefatura de Fiscalización (con respecto a la calificación del incumplimiento) tienen un plazo no mayor de 30 días hábiles de recibido el informe para elaborar conjuntamente el Informe de Incumplimiento, el cual será dirigido a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización. Asimismo, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización dispondrá de 10 días hábiles de recibido el Informe de Incumplimiento o el Informe de Cumplimiento, según sea el caso, para emitir su pronunciamiento ya sea imponiendo una multa u ordenando el archivamiento del expediente.

- Sobre el particular, cabe señalar, que el Proyecto de Directiva no establece si el pronunciamiento de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización puede ser impugnado o si su decisión es final, lo cual debería ser aclarado por Ositran. Igualmente, el Proyecto de Directiva debería pronunciarse sobre si se trata de una materia arbitrable o no.
- Otro tema que debería ser contemplado en el Proyecto de Directiva es la posibilidad de que previo a que la Jefatura de Contratos y la Jefatura de Fiscalización preparen su Informe de Incumplimiento, le den la opción al Concesionario de presentar sus descargos o de acreditar que han subsanado el incumplimiento. Al respecto el Proyecto de Directiva solo establece que se requerirá al Concesionario que cumpla con la obligación debida, presuponiéndose entonces que el Concesionario no la ha cumplido.

2. Sobre la posibilidad de impugnar la penalidad frente al propio Ositran

De acuerdo al Proyecto de Directiva, el recurso de impugnación será resuelto por la Gerencia General de Ositran hasta que se implemente el Tribunal de Asuntos Administrativos, y el plazo para resolverlas será el que establezca cada contrato de concesión, y a falta de regulación treinta (30) días hábiles de recibida la impugnación. Igualmente se establece que el Proyecto de Directiva se aplicará de manera supletoria a lo establecido en los contratos de concesión bajo el ámbito de Ositran, siempre que en los mismos no se hayan establecido procedimientos, plazos u otros criterios necesarios para la aplicación, impugnación y cobro de penalidades.

- Sobre el particular, cabe señalar que hay contratos de concesión donde se establece expresamente que en lo concerniente a los incumplimientos del Concesionario en todo lo no previsto en el mismo, aplicará el Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS) de Ositran. Sin perjuicio de ello y considerando que la propia exposición de motivos de la Directiva establece que las penalidades corresponden al ámbito contractual a diferencia de lo que sucede con las sanciones e infracciones que se rigen y aplican a través de un procedimiento administrativo sancionador, sería pertinente que se aclare si se seguirá aplicando supletoriamente el RIS o si será de aplicación la Directiva, cuando esta sea aprobada.

En atención a lo expuesto sugerimos que el Proyecto de Directiva aborde los siguientes temas:

- (i) Si la resolución del Ositran resolviendo una impugnación es final o puede ser impugnada, y en dicho caso, ante que autoridad puede interponerse. Aclaración sobre si ello se trata de una materia arbitrable o no.
- (ii) Que se contemple la posibilidad del Concesionario de presentar sus descargos o acreditar el cumplimiento de la obligación debida previo a la emisión del Informe de Incumplimiento.
- (iii) Confirmar si el RIS seguirá siendo de aplicación supletoria en lo concerniente a los incumplimientos de los concesionarios a las disposiciones del Contrato de Concesión, o si una vez aprobado el Proyecto de Directiva ésta será la que aplicará de forma supletoria.

Sin otro particular, quedamos a su disposición.

Atentamente,
TRANSPORTADORA CALLAO S.A.



Victor Sam Chang
Gerente General