

MEMORANDO N° 133 -2016-GAU-OSITRAN

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

JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Jurídica

MANUEL GUEVARA SOPLIN
Gerente de Administración

C.C. : **SANTOS TARRILLO FLORES**
Jefe de Fiscalización (e) de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización

Asunto : Remisión de comentarios recibidos al Proyecto de "Directiva para la aplicación, impugnación y cobro de penalidades en los Contratos de Concesión bajo el ámbito de OSITRAN".

Ref. : Resolución N° 031-2016-CD-OSITRAN

Fecha : 23 de junio de 2016

Me dirijo a ustedes, a fin de remitirles los ocho (08) comentarios recibidos a la bandeja de info@ositrn.gob.pe (administrado por la Oficina de Comunicación Corporativa) en atención al Proyecto de "Directiva para la aplicación, impugnación y cobro de penalidades en los Contratos de Concesión bajo el ámbito de OSITRAN" aprobado mediante el documento de la referencia, para lo cual detallamos lo siguiente:

EMPRESA	FECHA DE PRESENTACIÓN
1. Pizarro, Botto & Escobar Abogados	23 de junio
2. AFIN - Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional	23 de junio
3. Aeropuertos del Perú - ADP	22 de junio
4. Aeropuertos Andinos del Perú – AAP	22 de junio
5. Roselló Abogados	22 de junio
6. Terminales Portuarios Euroandinos – TPE	22 de junio
7. Lima Airport Partners - LAP	22 de junio
8. Graña y Montero	23 de junio

Atentamente,


CYNTHIA YÁÑEZ ALVA
Gerente de Atención al Usuario (e)

*Recibido
& CE: 22 pm
24.06.16*

De nuestra consideración:

Por medio de la presente, nos dirigimos a usted a fin de remitir a continuación nuestros comentarios al Proyecto de Directiva para la Aplicación, Impugnación y Cobro de Penalidades en los Contratos de Concesión bajo el ámbito de OSITRAN (en adelante, la Directiva), de acuerdo a los comentarios siguientes:

I. DISPOSICIONES LEGALES

Se observa que la interpretación realizada a la Directiva contradice la Ley N° 29158 "Ley Orgánica del Poder Ejecutivo" (LOPE), norma que establece los límites de su competencia, funciones o atribuciones, que pueden ser cumplidas por otros niveles de gobierno.

II. DISPOSICIONES GENERALES

En principio corresponde analizar la potestad normativa del OSITRAN, de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 11° del Reglamento General de OSITRAN (REGO), aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, texto que indica el alcance de la función normativa del regulador que consiste en 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 enfoque de la Directiva, se podría orientar hacia una función normativa amplia y discrecional, siendo restrictiva de acuerdo a lo indicado en el numeral 9.10 del Artículo 9° del REGO, que señala:

"9.10 Principio de Subsidiariedad.- En 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 (. .)"

[EL SUBRAYADO Y LAS NEGRITAS ES NUESTRO]

De lo antes expuesto, se extrae que la función normativa del Regulador es subsidiaria cuando existe duda razonable en el ejercicio de su función fiscalizadora y supervisora.

III. DISPOSICIONES PARA LA APLICACIÓN DE PENALIDADES

3.1 El numeral 6.1.1 y 6.1.2 de la Directiva prevén solo la aplicación de “penalidades” para los Concesionarios, desconociendo lo previsto en la Ley Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, aprobado por Decreto Legislativo N° 1224, que dispone que el Concedente también está sujeto a la aplicación de penalidades

3.2 El Contrato de Concesión, es un acuerdo voluntario de partes, en el cual se ha previsto articular penalidades frente a incumplimiento que pueda incurrir el Concesionario, en tal sentido, la cláusula busca que el Concesionario se desempeñe con un actuar diligente en el Cumplimiento de las obligaciones previstos en el Contrato de Concesión. A través de la presente Directiva se busca que un tercero ajeno a la relación contractual intervenga en la imposición de sanciones al Concesionario, hecho que es observable dado que desnaturaliza lo previsto en la cláusula de penalidades en los contratos de Concesión.

3.3 Asimismo, la Directiva califica que las decisiones del Regulador representan un acto administrativo¹, lo cual implicaría que las decisiones de dicho organismo regulador podrían ser cuestionadas bajo los criterios de un proceso contencioso administrativo, desconociendo el canal de solución de controversias previsto en los Contratos de Concesión vigentes.

3.4 Del mismo modo el numeral 6.1.8 de la Directiva, no establece claramente el valor de la UIT aplicable y en caso no lo defina tomará como información lo previsto en el Contrato de Concesión. Consideramos que en caso de aprobarse la Directiva, su instrumentalización genera un vacío y que haría inaplicable dicha disposición, de otro lado, una vez establecido el monto de la penalidad no resulta aplicable establecer mora alguna.

¹ “(...)La Gerencia de Supervisión y Fiscalización determinará, a través de acto administrativo sustentado, si corresponde la aplicación de una penalidad (...)”

3.5 Asimismo, es preciso mencionar que el procedimiento que se prevé en la Directiva para la impugnación de penalidades no define claramente su instrumentalización, lo cual vulnera el estado de derecho y seguridad jurídica, ya que se intenta eliminar que un Concesionario pueda recurrir al Arbitraje como mecanismo de solución de controversias.

Tatyana Hermoza

De: Cynthia Yañez Alva
Enviado el: jueves, 23 de junio de 2016 05:30 PM
Para: Tatyana Hermoza
Asunto: COMENTARIO 1 DIRECTIVA
Datos adjuntos: Comentarios a Directiva de OSITRAN (23.06.2016).pdf

De: Claudia Patricia Altamirano G En nombre de Info OSITRAN
Enviado el: jueves, 23 de junio de 2016 05:11 p.m.
Para: Cynthia Yañez Alva <cyanez@ositran.gob.pe>
CC: Evelyn Chumacero Asención <echumacero@ositran.gob.pe>; Eliana Caballero Acevedo <ecaballero@ositran.gob.pe>; Tábata Sofía Gallardo León <tgallardo@ositran.gob.pe>
Asunto: RV: Comentarios a Proyecto de Directiva sobre aplicacion e impugnacion de penalidades

Estimada Cynthia,
Reenvío correo llegado a la bandeja info@ositran, para conocimiento y fines.

Saludos,

Patricia Altamirano

De: Carlos Nuñez Caballero [mailto:cnunez@PBEabogados.com]
Enviado el: jueves, 23 de junio de 2016 04:39 p.m.
Para: Info OSITRAN <info@ositran.gob.pe>
Asunto: Comentarios a Proyecto de Directiva sobre aplicacion e impugnacion de penalidades

Estimados señores

Enviamos los comentarios de nuestro Estudio

Atentamente

Carlos Núñez Caballero
cnunez@pbeabogados.com

PIZARRO, BOTTO & ESCOBAR
p b e

Av. Víctor Andrés Belaúnde 214
Piso 5, San Isidro
Lima 27, Perú

T (511) 616 1200 F (511) 616 1201

 Piensa antes de imprimir / Think before printing

Lima, 23 de junio de 2016

Señores

**ORGANISMO REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE
TRANSPORTE DE USO PÚBLICO - OSITRAN**

Calle Los Negocios 182, Piso 5

Surquillo.-

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

Estimados señores:

Nos referimos al Proyecto de Directiva para la "Aplicación, impugnación y cobro de penalidades en los contratos de concesión bajo el ámbito de OSITRAN" (en adelante, la "Directiva"), publicada en el diario oficial El Peruano el 8 de junio de 2016 por mandato de la Resolución de Consejo Directivo N.º 031-2016-CD-OSITRAN.

Sobre el particular, el artículo 2 de la mencionada Directiva otorga a los concesionarios y/o interesados un plazo de quince (15) días hábiles para formular comentarios y/o sugerencias a la misma.

De acuerdo con ello, luego de analizar el contenido de la Directiva, a continuación indicamos nuestros comentarios a la misma:

I. SOBRE LA FUENTE LEGAL DE LAS ACTUACIONES DE OSITRAN.-

1. De manera preliminar, consideramos importante tener en cuenta que las decisiones y actos efectuados por OSITRAN pueden bien tener un origen estrictamente contractual (es decir, provenir de las disposiciones contenidas en un Contrato, como resultado de la libre voluntad de las partes); o un origen normativo (en otras palabras, teniendo como fuente leyes o normas legales que constituyen manifestación del *ius imperium* del Estado).
2. Siendo ello así, desarrollaremos brevemente las fuentes sobre las cuales se fundan los actos llevados a cabo por OSITRAN, en tanto que creemos que resulta determinante precisar el origen de tales actuaciones a fin de lograr identificar si el tema materia de la Directiva, corresponde o no a un acto inherente al *ius imperium* del Estado.

I.1 De las atribuciones y funciones del OSITRAN inherentes al *ius imperium* del Estado.-

3. De acuerdo a la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo¹, es competencia exclusiva del Poder Ejecutivo: “Ejercer, pudiendo desconcentrar pero no delegar, las funciones y atribuciones inherentes a: [...] la g) Regulación de los Servicios Públicos de su responsabilidad; y i) Regulación de la infraestructura pública de carácter y alcance nacional”. En tal sentido, se desprende que el Poder Ejecutivo ejerce funciones a través de los organismos reguladores (desconcentrando sus funciones, mas no delegándolas), de modo que las disposiciones expresadas en las respectivas leyes y reglamentos de cada uno de los organismos reguladores nacionales atribuyen a dichos organismos funciones propias del Poder Ejecutivo.
4. Esto quiere decir que OSITRAN, en su calidad de organismo regulador al estar cumpliendo con funciones y atribuciones inherentes al Estado, está exteriorizando el denominado *ius imperium* a través de los actos que realiza, desconcentrando así las funciones propias del Poder Ejecutivo.
5. Ahora bien, resulta pertinente reflexionar sobre el rol que cumple OSITRAN en materia de Contratación Pública y, más específicamente, en los Contratos de Concesión de Infraestructura de Transporte de Uso Público, que es la materia que nos atañe.
6. En primer lugar, de conformidad con su ley de creación², las atribuciones del OSITRAN son de orden regulatorio, normativo, fiscalizador, y de resolución de conflictos. Siguiendo esa línea, la norma en referencia enumera (sobre la base de las atribuciones citadas) todas las funciones que cumple el OSITRAN en su rol de organismo regulador, siendo que de todas ellas cabe destacar las siguientes:
 - Administrar, fiscalizar y supervisar los contratos de concesión;
 - Emitir opinión técnica sobre procedencia de renegociación o revisión de contratos de concesión; y
 - Proveer información y emitir opinión en aspectos de su competencia cuando el Ministerio de Transportes lo requiera.
7. Tales funciones, en general, operan en función a la atribución regulatoria que le otorga su propia ley, y denotan un evidente carácter supervisor (o de control) de la actividad desarrollada por las empresas prestadoras de los servicios públicos, así como de los compromisos contraídos en los contratos de concesión; tal y como establece el marco legal de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos.
8. Por consiguiente, coincidimos con la opinión de que cada acto que OSITRAN emite en ejercicio de sus funciones establecidas en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo – Ley N° 29158, es un acto administrativo que se realiza en ejercicio del

¹ Artículo 4° de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo – Ley N° 29158.

² Ley N° 26917 – Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo.

ius imperium del Estado³. Siendo ello así, solo en la medida en que determinada actuación se encuentre encuadrada dentro de lo que el marco normativo del OSITRAN contempla como 'función o atribución' propia del regulador, se podrá poner en duda su disponibilidad de ser sometida a arbitraje.

9. Sobre la base de lo desarrollado, cabe señalar que la única vía para impugnar decisiones emitidas por una entidad estatal, en tanto éstas expresen el ejercicio de funciones o atribuciones que emanen del imperio del Derecho y, por tanto, sean vinculantes, es la contencioso administrativa. En otras palabras, en la medida en que el OSITRAN emita actos administrativos en manifiesto ejercicio de facultades y atribuciones legalmente reconocidas al regulador, dichos actos no podrán constituir materia arbitrable, debiendo ser resueltos por la vía contencioso administrativa.
10. No obstante ello, partimos de la premisa de que es indispensable diferenciar un eventual acto administrativo de un acto emitido por un organismo administrativo en la vía contractual, siendo que son cuestiones que se contraponen la una a la otra.
11. Ahora bien, de la lectura del Artículo 1° de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444, un acto podrá ser calificado como administrativo, en el contexto de la citada ley, en la medida en que produzca efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos del administrado. En tal sentido, se entiende que es un acto administrativo únicamente si se encuentra dirigido a quienes intervengan en un procedimiento administrativo como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos; o, aunque no lo hubiesen iniciado, posean derechos o intereses legítimos que puedan resultar afectados por la decisión a adoptarse. En suma, un acto administrativo solo podrá tener tal carácter en tanto surta efectos sobre el particular (persona natural o jurídica) que entable una relación jurídica administrativa de subordinación respecto de la Administración Pública.
12. Por tanto, consideramos que si bien el OSITRAN es una entidad administrativa, no todo acto que provenga de dicho órgano puede ser considerado un acto administrativo, dado que una actuación pública (del OSITRAN en este caso) en tanto acto administrativo, está enmarcada en los preceptos del derecho público o (lo que vendría a ser lo mismo), haber sido realizada en ejercicio de la función administrativa que la ley le otorga.
13. Por el contrario, cuando el acto provenga de un marco legal específico distinto del derecho público, dejamos de calificarlo como acto administrativo, dado que en ese caso la entidad no ha actuado como ente administrativo sino como parte de una relación jurídica específica en igualdad de condiciones que el particular.

³ CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. ¿ARBITRAJE Y REGULACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS? EL CASO DE OSITRAN, p. 36, Volumen 17, Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Editorial Palestra, Lima, 2011.

14. En tal sentido, en caso el OSITRAN actúe conforme a las atribuciones que le fueron otorgadas a través de un contrato de concesión, ninguno de dichos actos podrá ser considerado como un acto administrativo.

1.2 De las decisiones adoptadas por el OSITRAN como manifestaciones del ius gestionis.-

15. La disposición del Estado (a través de cualquiera de sus diferentes entidades) de participar como parte en un contrato de concesión, asociación público privada, contrato ley, contrato administrativo, o similares, no implica el ejercicio del *ius imperium*. Por el contrario, en esos casos nos encontramos ante el ejercicio del *ius gestionis*, por el cual el propio Estado decidió colocarse en igualdad de condiciones que un particular y realizar en el mercado transacciones económicas, careciendo de toda inmunidad⁴ y ⁵ que autorice un tratamiento diferenciado frente a los demás agentes económicos⁶.
16. Trasladando tales premisas al contexto de los Contratos Ley que regula el Código Civil, la Exposición de Motivos del Artículo 1357° del citado Código (referido al otorgamiento de garantías y seguridades por el Estado mediante Contrato) señala que *"Por lo demás es válido que el Estado se someta a la esfera del Derecho privado y se coloque de modo paritario con el contratante particular cuando la conveniencia pública lo requiera"*. En suma, tanto la doctrina como la legislación nacional confirman que el Estado, y las entidades públicas que dependen de este, actúe como agente económico con iguales condiciones que el contratista o concesionario (según sea el caso).
17. En atención a lo expresado, CASTILLO FREYRE precisa que *"es importante tener en cuenta que no todos los actos de la Administración (entiéndase, los actos realizados por OSITRAN) son el resultado del ejercicio de prerrogativas derivadas del imperium del Estado que, por supuesto, no puede considerarse como materia de libre disposición"*⁷. Por el contrario, el autor continúa, señalando que *"muchas de sus actividades son consideradas como iure gestionis"*, las cuales describe como *"aquéllas en las cuales el Estado actúa como agente económico (en las relaciones contractuales)"*; es decir, como una parte dentro de un contrato comercial común,

⁴ CANTUARIAS, refiriéndose específicamente al tema de que los recursos invertidos en obras públicas no son de libre disposición, señala: *"Además, es realmente insostenible el segundo argumento referido a que como la CGR interviene los recursos invertidos en las obras públicas no son de libre disposición, y que su participación en nada cambia la naturaleza del contrato que sigue siendo un simple y común contrato de obra"*, CANTUARIAS SALAVERRY, "El arbitraje frente a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República", cit., p. 286.

⁵ Comentando estos conceptos, BARRÍA GARCÍA afirma que los Estados sólo podrán reivindicar la inmunidad respecto de actos en que han actuado como poder público (*jure imperio*), en tanto que si se asimilan a los particulares respecto de operaciones patrimoniales (*jure gestionis*), no gozan de ella. BARRÍA GARCÍA, Juan Aníbal, "Comentarios sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados y sus bienes", en: *Thémis*, N° 26, Lima, p. 53.

⁶ ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María y PANIAGUA GUEVARA, Carlos; "Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto de adicionales de obra", p. 138, artículo contenido en la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE N° 4, Lima 2007.

⁷ CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. *¿LAS FUNCIONES DEL OSITRAN SON MATERIA ARBITRABLE?* p. 290, Volumen 13, Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Editorial Palestra, Lima, 2010.

en igualdad de condiciones. Es entonces este supuesto aplicable a la mayoría de Contratos de Concesión, Asociaciones Público Privadas, y otros similares.

18. Siguiendo la misma línea de razonamiento, BULLARD también destaca que la doctrina ha comprendido que *“el Estado cuando sale al mercado, debe ser tratado en igualdad de condiciones en relación a las condiciones con las que se trata a cualquier particular, restringiéndose la tesis de la inmunidad absoluta de un Estado”*. En tal sentido, BULLARD finaliza señalando que *“la solución es tan simple como considerar estos actos como expresiones del iuris gestionis y no del iuris imperium”*⁸.
19. En síntesis, queda demostrado que las facultades de OSITRAN están divididas en dos grupos: por un lado, tenemos las facultades inherentes al *ius imperium* del Estado y, por otro, las facultades otorgadas dentro del ámbito del *ius gestionis*. Tal como explicaremos en la sección siguiente, consideramos que en el caso materia de la Directiva (imposición de penalidades en el marco de un contrato de concesión), la actuación de OSITRAN no se realiza en ejercicio a sus facultades propias del ius imperium; por el contrario, dichas actuaciones se facultan a través de una relación jurídica negocial específica entre las partes de un contrato.

1.3 Participación del OSITRAN respecto de la imposición de penalidades.-

20. Las facultades otorgadas al OSITRAN en un contrato, tienen como origen la voluntad de las partes que lo suscribieron. Por tal motivo, ninguna de dichas facultades corresponde a las funciones y atribuciones del OSITRAN calificadas como *“ius imperium”* del Estado. Por el contrario, los actos derivados en virtud de un Contrato, serán considerados como expresiones del *“ius gestionis”*.
21. De esta manera, en la medida que las penalidades contractuales que son impuestas por OSITRAN nazcan de lo pactado en un contrato, es evidente que a estos efectos el regulador debe ser tratado como mero agente económico y no como entidad administrativa.
22. En consecuencia, la facultad de imponer penalidades contractuales por parte de OSITRAN supone que este únicamente intervenga a modo de colaborador técnico a fin de cautelar la buena ejecución del Contrato de Concesión . Es decir, que con ello se desprende que dicha facultad no expresa en modo alguno el *ius imperium* del Estado y, antes bien, es una manifestación del *ius gestionis*.
23. En efecto, consideramos que la aplicación de penalidades en un contrato, se impone a un nivel contractual que no involucra la manifestación de atribuciones del OSITRAN como organismo regulador del Estado, sino más bien implica la participación de este último ejecutando labores de supervisión técnica durante la ejecución de la prestación por mutuo acuerdo de las partes de un contrato.

⁸ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “ENEMIGOS ÍNTIMOS. EL ARBITRAJE Y LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS”, pp. 188-189, Revista Peruana de Arbitraje N° 2, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2006.

24. En ese orden de ideas, no solo sostenemos que el OSITRAN no se encuentra ejerciendo funciones estatales propiamente dichas en la ejecución de contrato, sino que tales actos no califican como “actos administrativos”.

II. **SOBRE LA NATURALEZA DE LAS PENALIDADES**

25. De acuerdo a lo indicado anteriormente, es importante señalar que la Directiva en su acápite IX, desarrolla el concepto sobre la naturaleza jurídica de la penalidad así como el de la naturaleza de la sanción administrativa. Al respecto, estamos de acuerdo con las definiciones dadas a los mismos. Es decir, que la penalidad es aquel mecanismo pactado entre las partes dentro de un contrato que prevé una liquidación anticipada de daños a efectos de que se pague un monto indemnizatorio a la parte contractual afectada por el incumplimiento de su contraparte. En ese sentido, queda claro que la penalidad tiene origen contractual toda vez que nace por el acuerdo entre las partes de un contrato.
26. De otro lado, se distingue la penalidad contractual de la sanción administrativa, al indicarse que esta última está sujeta al régimen administrativo sancionador, y siendo que la imposición de una sanción administrativa tiene una naturaleza punitiva se distingue de la penalidad que está sujeta a un régimen de tipo contractual.
27. Sin embargo, dicho análisis pierde consistencia al indicar posteriormente que el acto emitido por OSITRAN, cuando impone una penalidad, tiene la naturaleza de un acto administrativo. Al respecto, de acuerdo a lo expuesto líneas arriba, consideramos incorrecta la concepción de que la imposición de una penalidad contractual determinada por el OSITRAN pueda calificarse como un acto administrativo, toda vez que en el caso de los contratos de concesión, la función de imposición de las penalidades ha sido otorgada a OSITRAN por las partes bajo el marco de un contrato. En efecto, la conclusión a la que se llega en el numeral 3 del acápite IX de la Directiva sería errada ya que estaría considerando que el OSITRAN impone las penalidades en virtud de un mandato legal y no por la expresión de la voluntad de las partes en un contrato de concesión.
28. En ese sentido, consideramos que las opiniones que el OSITRAN emita, aun cuando tengan efecto vinculante para el concedente y el concesionario, no son por sí mismas actos dictados en el ejercicio de sus atribuciones legales, sino decisiones de naturaleza estrictamente contractual. De acuerdo con ello, no correspondería que la impugnación de dichas penalidades se dirima en una instancia administrativa, lo cual conllevaría que una vez agotada la misma se deba resolver la controversia en la vía contencioso administrativa.
29. Al respecto, CASTILLO FREYRE nos indica que “Por el contrario, si se trata de una función otorgada por las propias partes al ente regulador, no corresponde en modo

alguno acudir al proceso contencioso administrativo, sino al mecanismo de solución de controversias contenido en el contrato de concesión.”⁹

30. Por tanto, consideramos que la Directiva se ha elaborado bajo una elucubración errada respecto de la naturaleza de los actos que emite el OSITRAN al imponer una penalidad contractual, que no se produce en ejercicio de una función intrínseca a él, sino que surge del encargo que las partes le confieren en el contrato de concesión. Dicha situación genera diversas consecuencias, entre ellas podemos resaltar la limitación al acceso al arbitraje por las razones que expondremos a continuación.

III. SOBRE LA LIMITACIÓN AL ACCESO DEL ARBITRAJE

31. Como sabemos, a través del arbitraje lo que se busca es proteger a las partes de la afectación de sus derechos contractuales para permitir que cualquier controversia que se origine en la relación formalizada, pueda ser resuelta a través de este medio alternativo de resolución de conflictos dentro de los cuales obviamente se puede controvertir la aplicación de penalidades.
32. Por consiguiente, el hecho de calificar como “acto administrativo” la imposición de penalidades a fin de forzar que el procedimiento para impugnarlas se deba sujetar a lo establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo General – Ley 27444, (en adelante, LPAG), introduce una distorsión que no se condice con la naturaleza jurídica de la penalidad y le genera al Poder Judicial una mayor carga de la que puede procesar.
33. La idea expuesta en la Directiva es inconveniente tanto desde el punto de vista jurídico como desde el punto de vista práctico en lo relativo a la celeridad que merece la solución de cualquier conflicto, sin perjuicio de que vulnera el derecho de quienes decidan cuestionar las penalidades impuestas en el marco de un contrato que no debería contemplar ningún tipo de limitación al respecto.
34. En conclusión, la Directiva además de indicar que las penalidades impuestas por OSITRAN en el marco de un contrato de concesión tienen carácter contractual, debería indicar también que si existen controversias vinculadas a las mismas, deberían ser resueltas en la vía arbitral pactada en el contrato de concesión.

PIZARRO, BOTTO & ESCOBAR ABOGADOS.

⁹ CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. ¿ARBITRAJE Y REGULACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS? EL CASO DE OSITRAN, p. 156, Volumen 17, Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Editorial Palestra, Lima, 2011.

Tatyana Hermoza

De: Cynthia Yañez Alva
Enviado el: jueves, 23 de junio de 2016 05:31 PM
Para: Tatyana Hermoza
Asunto: COMENTARIO 2 DIRECTIVA
Datos adjuntos: Comentarios Proyecto Directiva para Aplicación Impugnación y Cobro de Penalidades en CC ámbito de OSITRAN - AFIN.pdf

Marca de seguimiento: Seguimiento
Estado de marca: Completado

De: Claudia Patricia Altamirano G **En nombre de** Info OSITRAN
Enviado el: jueves, 23 de junio de 2016 03:32 p.m.
Para: Cynthia Yañez Alva <cyanez@ositran.gob.pe>
CC: Evelyn Chumacero Asención <echumacero@ositran.gob.pe>; Eliana Caballero Acevedo <ecaballero@ositran.gob.pe>; Tábata Sofía Gallardo León <tgallardo@ositran.gob.pe>
Asunto: RV: AFIN: REMITE COMENTARIOS A PROYECTO DIRECTIVA PENALIDADES CONTRACTUALES

Estimada Cynthia,
Reenvío correo llegado a la bandeja info@ositran, para conocimiento y fines.

Saludos,

Patricia Altamirano

De: Juan Pacheco [<mailto:jpacheco@afin.org.pe>]
Enviado el: jueves, 23 de junio de 2016 12:55 p.m.
Para: Info OSITRAN <info@ositran.gob.pe>
CC: 'Aldo Chirinos Miñano' <achirinos@afin.org.pe>; 'Yissela Fitzmaurice' <yfitzmaurice@afin.org.pe>; 'Felix Jimenez' <fjimenez@afin.org.pe>; 'Juan Pacheco' <jpacheco@afin.org.pe>; 'Renzo Marini' <rmarini@afin.org.pe>
Asunto: AFIN: REMITE COMENTARIOS A PROYECTO DIRECTIVA PENALIDADES CONTRACTUALES

Estimados señores:

Les remitimos comentarios al "Proyecto de Directiva para la Aplicación, Impugnación y Cobro de Penalidades en los Contratos de Concesión bajo el ámbito de OSITRAN" para que sean tomados en cuenta en la evaluación respectiva.

Atentamente



Juan Pacheco
Gerente General
Asociación para el Fomento de la
Infraestructura Nacional - AFIN
Av. Jorge Basadre No. 310 - Of. 601-D

San Isidro
Telf. 441-1000 (anexo 202)
www.afin.org.pe

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD Este correo electrónico, incluyendo en su caso, los archivos adjuntos al mismo, pueden contener información de carácter confidencial y/o privilegiada, y se envían a la atención única y exclusivamente de la persona y/o entidad a quien va dirigido. La copia, revisión, uso, revelación y/o distribución de dicha información confidencial sin la autorización previa y por escrito de OSITRAN está prohibida. Si usted no es el destinatario a quien se dirige el presente correo, favor de contactar al remitente respondiendo al presente correo y eliminar el correo original incluyendo sus archivos, así como cualesquiera copia del mismo. OSITRAN se reserva el derecho de ejercitar las acciones legales que correspondan.

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

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

Numeral	Comentarios AFIN
Comentarios Generales	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. 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 subsidiaridad, regulado en el numeral 10 del Artículo 9° del REGO señala expresamente lo siguiente: <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 similarmemente 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> 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 subsidiaridad 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:

	<i>"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. <u>Desestimamos la idea de los actos administrativos bilaterales, de ahí que el contrato administrativo no sea un acto administrativo</u>"¹</i> 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. 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 naturaleza del acto que emita OSITRAN para aplicar las penalidades sea un acto administrativo, puesto que esta naturaleza solo puede ser otorgada por Ley. 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. 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 bajo los criterios de un procedimiento administrativo típico, es
--	--

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

	decir, que la decisión del Regulador sólo podría ser discutida en un proceso contencioso administrativo. 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.
Comentarios generales	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 dispares en la naturaleza jurídica del medio de impugnación utilizado. 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. 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>. 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.
Comentarios generales	Sin perjuicio de lo señalado hasta este punto, consideramos necesario indicar lo siguiente. 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. A pesar de no estar de acuerdo con el contenido central del Proyecto, a continuación realizaremos algunos comentarios a sus disposiciones específicas.
VI.1. Disposiciones para la aplicación de penalidades (6.1.5.)	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”. 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). En ese sentido, consideramos que la norma debería modificarse de la siguiente manera: <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, <u>otorgándole un plazo de 10 días hábiles luego de recibida la solicitud de información para su absolución</u>, 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>
VI.1. Disposiciones para la aplicación de penalidades (6.1.8.)	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. 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: <i>"Aplicación de la ley en el tiempo</i> <i>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".</i>
--	--

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 Regulador le comunique 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:

"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".

VI.2. Disposiciones en materia de impugnación de penalidades (6.2.2.)	El numeral 6.2.2 indica que <i>"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 impugnables, 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 [...]"</i>. 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. Una Directiva no puede cambiar un Contrato de Concesión.
VI.2. Disposiciones en materia de impugnación de penalidades (6.2.5.)	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". 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. 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). En ese sentido, consideramos que la norma debería modificarse de la siguiente manera: <i>"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, <u>otorgándole un plazo de 10 días hábiles luego de recibida la solicitud de información para su</u></i>

	<i>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."</i>
--	--

Tatyana Hermoza

De: Cynthia Yañez Alva
Enviado el: jueves, 23 de junio de 2016 05:32 PM
Para: Tatyana Hermoza
Asunto: COMENTARIO 4 DIRECTIVA
Datos adjuntos: Obs Directiva.pdf

Marca de seguimiento: Seguimiento
Estado de marca: Completado

De: Claudia Patricia Altamirano G En nombre de Info OSITRAN
Enviado el: jueves, 23 de junio de 2016 03:30 p.m.
Para: Cynthia Yañez Alva <cyaney@ositran.gob.pe>
CC: Evelyn Chumacero Asención <echumacero@ositran.gob.pe>; Eliana Caballero Acevedo <ecaballero@ositran.gob.pe>; Tábata Sofía Gallardo León <tgallardo@ositran.gob.pe>
Asunto: RV: Comentarios a Proyecto de Directiva

Estimada Cynthia,
Reenvío correo llegado a la bandeja info@ositran, para conocimiento y fines.

Saludos,

Patricia Altamirano

De: Javier Rizo-Patron Larraburre [<mailto:javier.rizopatron@aap.com.pe>]
Enviado el: miércoles, 22 de junio de 2016 04:56 p.m.
Para: Info OSITRAN <info@ositran.gob.pe>
CC: Abel Flores <abel.flores@aap.com.pe>; Brenda Sparrow <brenda.sparrow@kunturwasi.com.pe>; Mario Eduardo Galvez Abad <mario.galvez@aap.com.pe>
Asunto: Comentarios a Proyecto de Directiva

Señores OSITRAN

Adjunto a la presente encontrarán nuestros comentarios y observaciones al "Proyecto de Directiva para la Aplicación, Impugnación y Cobro de Penalidades en los Contratos de Concesión bajo el ámbito de OSITRAN"
Attn

Javier Rizo Patrón Larrabure
Aeropuertos Andinos del Perú S.A.

La información que contiene este correo electrónico es confidencial y compete exclusivamente al destinatario. Si Ud ha recibido esta comunicación por error, por favor, notifíquelo inmediatamente al remitente y borre el mensaje junto con sus ficheros anexos sin leerlo, copiarlo, grabarlo, distribuirlo o divulgarlo o hacer cualquier otro uso de la información sin el consentimiento de la empresa. El correo electrónico via Internet no permite asegurar la confidencialidad o correcta recepción de los mensajes, por lo que la Empresa no asume responsabilidad alguna por los daños causados.

The information contained in this communication is confidential, may be privileged and is intended for the exclusive use of the above named addressee. If you receive this communication in error, please notify the sender immediately and delete it, and all its attached documents. If you are not the intended recipient, you are expressly prohibited from reading, copying, distributing, disseminating or, in any other way, using any of the information without the company consent. Please note that Internet e-mail guarantees neither the confidentiality nor the proper receipt of the message sent, so that the Company shall not be liable for any damages caused.

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD Este correo electrónico, incluyendo en su caso, los archivos adjuntos al mismo, pueden contener información de carácter confidencial y/o privilegiada, y se envía a la atención única y exclusivamente de la persona y/o entidad a quien va dirigido. La copia, divulgación, uso, revelación y/o distribución de dicha información confidencial sin la autorización previa y por escrito de OSITRAN está prohibida. Si usted no es el destinatario a quien se dirige el presente correo, favor de contactar al remitente respondiendo al presente correo y eliminar el correo original incluyendo sus archivos, así como cualesquiera copia del mismo. OSITRAN se reserva el derecho de ejercitar las acciones legales que correspondan.



Lima, 22 de junio de 2016

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")

De nuestra especial consideración:

Sirva la presente para hacerles llegar nuestros comentarios al Proyecto de norma de la referencia, por la que se establecen 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.

Sobre el particular, lo primero que debemos resaltar es la iniciativa de pretender dar predictibilidad y transparencia en la intervención de OSITRAN en este ámbito, lo cual resulta positivo, toda vez que el procedimiento y las entidades para la aplicación de penalidades contractuales se encuentra definida de distinta manera en los contratos de concesión.

Sin embargo, en línea con ello nos preocupa que en los numerales 6.1.7, 6.2.2 y el Anexo del Proyecto, se establezca que la aplicación de penalidades por parte de OSITRAN sea considerado un acto administrativo que deba ser cuestionado a través del procedimiento de impugnación administrativo previsto en la Ley N° 27444 – Ley de Procedimiento Administrativo General ("LPAG") y de ese modo se esté cambiando la naturaleza jurídica de las penalidades que puede aplicar OSITRAN o el Concedente según sea tratado en cada contrato de concesión, de naturaleza civil a administrativa y por tanto se pueda variar la vía de cuestionamiento de la aplicación de las mismas contenida en los contratos de concesión, impidiendo con ello que la aplicación de penalidades contractuales en todos los casos pueda ser controvertida a través del mecanismo de solución de controversias recogido en los distintos contratos de concesión.



En relación a lo mencionado, es importante tener en cuenta que el artículo 63 de la Ley N° 27444¹ referido al carácter inalienable de la competencia administrativa, establece en forma expresa que es nulo todo acto administrativo o contrato que contemple la renuncia a la titularidad, o la abstención del ejercicio de las atribuciones conferidas a algún órgano administrativo.

En ese sentido, consideramos que si la aplicación de penalidades fuera una competencia administrativa de OSITRAN, conforme se sostiene en el Proyecto, tendría que ejercerla en todos los casos y en todos contratos de concesión, incluso en aquellos que establecen la aplicación de penalidades por parte del Concedente (inicial o vía impugnación) pues la no aplicación por OSITRAN y la aplicación por el Concedente devendría en una acción nula que ameritaría sanciones a los funcionarios públicos que acepten ello.

Sin embargo, conforme fundamentamos a continuación la naturaleza de la aplicación de penalidades contractuales por parte de OSITRAN o del Concedente no es administrativa, sino civil o contractual, tanto es así que existen contratos de concesión, como lo hemos indicado que establecen la aplicación de penalidades al Concedente y no a OSITRAN, sin que ello implique una vulneración al artículo 63 de la Ley N° 27444 y en consecuencia sin que se sancione a los funcionarios que permitan ello.

Asimismo, existen contratos de concesión en los que se reconoce la posibilidad de impugnar ante OSITRAN la penalidad impuesta por esta entidad. En nuestro caso, el Contrato de Concesión² en su cláusula 18.3 establece que el Concesionario podrá impugnar por escrito ante el OSITRAN la imposición de la penalidad en un plazo máximo de 10 días hábiles.

Este mecanismo de impugnación incluido en el Contrato a nuestro entender y en línea con lo antes expresado, no enerva la naturaleza civil de la penalidad contractual. En ese sentido, la decisión que el OSITRAN 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 Cláusula Décimo Sexta del Contrato de Concesión.

¹

Artículo 63.- Carácter inalienable de la competencia administrativa

63.1 Es nulo todo acto administrativo o contrato que contemple la renuncia a la titularidad, o la abstención del ejercicio de las atribuciones conferidas a algún órgano administrativo.

63.2 Sólo por ley mediante mandato judicial expreso, en un caso concreto, puede ser exigible a una autoridad no ejercer alguna atribución administrativa.

63.3 La demora o negligencia en el ejercicio de la competencia o su no ejercicio cuando ello corresponda, constituye falta disciplinaria imputable a la autoridad respectiva.

²

Concesión del Segundo Grupo de Aeropuertos de Provincia de la República del Perú, suscrito el 5 de enero de 2011.



En otras palabras, sin perjuicio de que en el marco de una relación contractual se haya encargado al OSITRAN o al Concedente la aplicación de las penalidades contractuales, éstas mantienen su naturaleza civil y se rigen, consecuentemente, por el derecho privado y especialmente por lo dispuesto en los Contratos de Concesión, sin que pueda variarse su naturaleza jurídica y modificarse los mecanismos de cuestionamiento.

De esta manera, la penalidad y su aplicación por el Concedente u OSITRAN no constituye 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 OSITRAN realiza esta función en nombre y representación del Concedente³.

Nótese además que 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"*⁴. En este caso, el 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"*⁵ (énfasis agregado).

Cabe indicar que 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 concesión⁶ en el que se dispone lo siguiente:

"En caso que el Concesionario no se encuentre conforme con la sanción administrativa, podrá recurrir a los mecanismos legales de impugnación de los

³ CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO, Rita. ¿Arbitraje y regulación de servicios públicos? El caso de OSITRAN. Palestra: Lima, 2011, p. 41.

⁴ MORON URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica: Lima, 2009, p. 121-122.

⁵ MARAVI, Milagros. "¿Son arbitrables las decisiones de los organismos reguladores? En: Revista Derecho y Sociedad N° 36. Lima, p. 56.

⁶ 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/LO1_-_LINEAMIENTOS_DE_OSITRAN_PARA_LA_EMITION_DE_OPINION_DE_LOS_CONTRATOS.pdf



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).

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).

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 Contrato⁷ (énfasis agregado).

Como puede apreciarse, el Proyecto en esta materia está planteando un cambio de posición a lo que el propio OSITRAN considera y que además resulta contrario a lo que sostienen los otros organismos reguladores. En este caso, el Proyecto sugiere que la naturaleza jurídica de las penalidades varía en función de lo que acuerden las partes en el contrato de concesión y que como hemos indicado, ello implicaría una contravención a lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley N° 27444, en caso que se continúe considerando que la aplicación de penalidades de OSITRAN constituye un acto administrativo sin solicitar la nulidad de los contratos de concesión que establezcan la aplicación de penalidades por el Concedente.

Nótese que al parecer no se ha tenido en cuenta que la ley que atribuye competencia a los organismos reguladores y específicamente a OSITRAN no le atribuye la competencia exclusiva para aplicar penalidades y por el contrario la competencia expresamente establecida es para cobrarlas, lo cual constituye una actividad diametralmente distinta a su aplicación.

Al parecer, el Proyecto no ha tenido en cuenta tal diferencia y ha considerado que la atribución de cobrar penalidades es sinónimo de aplicación de penalidades. Sin embargo, si se revisa expresamente lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley de OSITRAN⁸, aprobada por Ley N° 26917, esta entidad es legalmente competente para el cobro de las penalidades⁹ y no así para su aplicación.

Por ello, es que solicitamos que al amparo de lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley N° 27444 que establece que la competencia de las entidades tiene su fuente en la Constitución y en la ley, y es reglamentada por las normas administrativas que de aquéllas se derivan, no se consideren los puntos VI.1 y VI. 2 del Proyecto en la redacción

⁷ 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_869_MHz.PDF

⁸ Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo.

⁹ "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".



final a fin de que la Directiva guarde coherencia con el marco legal vigente y lo dispuesto en los Contratos de Concesión teniendo en cuenta:

1. Que la aplicación de penalidades contractuales por OSITRAN no se deriva de las normas con rango de ley que le atribuyen competencia como si es la de cobrar penalidades que es una actividad o función distinta.
2. Que la aplicación de penalidades contractuales por OSITRAN no constituyen actos administrativos sino actos de naturaleza contractual o civil.
3. Que la aplicación de penalidades contractuales no varía en su naturaleza jurídica si es aplicada por el OSITRAN o por el Concedente manteniendo en ambos casos su naturaleza civil o contractual.

Sin otro particular,

Atentamente,


Javier Rizo Patrón Larrabure

Apoderado

Tatyana Hermoza

De: Cynthia Yañez Alva
Enviado el: jueves, 23 de junio de 2016 05:31 PM
Para: Tatyana Hermoza
Asunto: COMENTARIO 3 DIRECTIVA
Datos adjuntos: 160622 - Comentarios al Proyecto de Directiva para la aplicación de penalidades - OSITRAN.xlsx

Importancia: Alta

Marca de seguimiento: Seguimiento
Estado de marca: Completado

De: Claudia Patricia Altamirano G En nombre de Info OSITRAN
Enviado el: jueves, 23 de junio de 2016 03:31 p.m.
Para: Cynthia Yañez Alva <cyanez@ositran.gob.pe>
CC: Evelyn Chumacero Asención <echumacero@ositran.gob.pe>; Eliana Caballero Acevedo <ecaballero@ositran.gob.pe>; Tábata Sofia Gallardo León <tgallardo@ositran.gob.pe>
Asunto: RV: Comentarios a la Resolución de Consejo Directivo N° 031-2016-CD-OSITRAN
Importancia: Alta

Estimada Cynthia,
Reenvío correo llegado a la bandeja info@ositran, para conocimiento y fines.

Saludos,

Patricia Altamirano

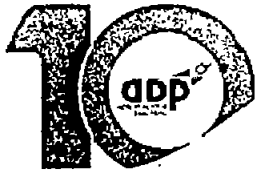
De: Lia Valdiviezo [<mailto:lia.valdiviezo@adp.com.pe>]
Enviado el: miércoles, 22 de junio de 2016 06:30 p.m.
Para: Info OSITRAN <info@ositran.gob.pe>
CC: Ezequiel Ayllon <Ezequiel.Ayllon@adp.com.pe>
Asunto: Comentarios a la Resolución de Consejo Directivo N° 031-2016-CD-OSITRAN
Importancia: Alta

Nos dirigimos a ustedes con relación al Proyecto de Directiva para la aplicación, impugnación y cobro de penalidades en los Contratos de Concesión bajo el ámbito de OSITRAN, el mismo respecto del cual solicitaron la remisión de comentarios u observaciones.

Sobre el particular, adjunto a la presente les hacemos llegar nuestros comentarios respecto del proyecto de Norma, a efectos que vuestro Organismo los analice y valore, incorporando al mismo aquellos comentarios que estimen pertinentes y fundamentando el rechazo de aquellos que estimen como no pertinentes.

Atentamente.

Lía Valdiviezo Aponte
Abogada de la Gerencia de Regulación



Aeropuertos del Perú S.A.

Jr. Doménico Morelli 110, Tercer Piso - San Borja

Teléfono: (511) 513-3800 - Anexo: 53821

lja.valdiviezo@adp.com.pe



Todos podemos ayudar a conservar el medio ambiente
No imprimas este mail si no es necesario.

www.adp.com.pe

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico, incluyendo en su caso, los archivos adjuntos al mismo, pueden contener información de carácter confidencial y/o privilegiada, y se envían a la atención única y exclusivamente de la persona y/o entidad a quien va dirigida. La copia, revisión, uso, revelación y/o distribución de dicha información confidencial sin la autorización previa y por escrito de OSITRAN está prohibida. Si usted no es el destinatario a quien se dirige el presente correo favor de contactar al remitente respondiendo al presente correo y eliminar el correo original incluyendo sus archivos así como cualesquiera copia del mismo. OSITRAN se reserva el derecho de ejercitar las acciones legales que correspondan.

Artículo	Comentario
Punto 3, párrafo 21 Numeral IX	La aplicación de Penalidades de parte de OSITRAN dentro del marco de los Contratos de Concesión, no corresponde al ejercicio de su Función de Supervisión o Fiscalización, sino al ejercicio de una función meramente contractual. Esto queda claramente demostrado por el hecho que la mera Función Supervisora (sin la existencia de esa facultad en los Contratos de Concesión) no habilita a OSITRAN a aplicar Penalidades Contractuales. Por el contrario, aún en defecto de la mencionada Función, OSITRAN si podría ejercer dicha facultad amparándose en el texto de los Contratos de Concesión.
Punto 3 Numeral IX	La imposición de la penalidad en sí por parte de OSITRAN efectivamente se materializa en un Acto Administrativo (la administración no puede actuar a través de un mecanismo distinto). No obstante ello, siendo que al mismo tiempo este acto es emitido ejerciendo una facultad que le es delegada a OSITRAN en virtud del/de los Contratos de Concesión, eso significaría que una vez agotadas las vías para cuestionar el acto administrativo (con lo cual esta queda finalmente firme), aún supervivirían los mecanismos de solución de controversias previstos en los Contratos de Concesión (ya no como una impugnación -presentada ante la autoridad- sino como una controversia frente a mi contraparte contractual)? Este punto no es claro, por lo que solicitamos sea analizado.
Punto 4 Numeral IX	No se señala el plazo para la emisión del Acto Administrativo de Imposición de Penalidades. En este punto OSITRAN plantea tres plazos internos, a efectos que el Regulador pueda cumplir con comunicarle al Concesionario la imposición de alguna penalidad, tomando como base supletoria el plazo máximo de 30 días hábiles de acuerdo a lo estipulado en la Ley de Procedimiento Administrativo, salvo que las Partes hayan pactado plazo expreso para esta actuación. Siendo así, nos surgen las siguientes interrogantes: ¿Qué pasa si en el plazo máximo estipulado OSITRAN –en forma general- no informa al Concesionario sobre los hechos que configurarían un incumplimiento, inmediatamente se activa –nuevamente- el plazo máximo como prorroga? En caso no haya un plazo expreso establecido en el Contrato -lo cual implicaría que el Contrato de Concesión no ha querido prever un plazo perentorio- esta regulación importaría una modificación a las condiciones contractuales, excediendo con ello las facultades de OSITRAN.

Tatyana Hermoza

De: Cynthia Yañez Alva
Enviado el: jueves, 23 de junio de 2016 05:32 PM
Para: Tatyana Hermoza
Asunto: COMENTARIO 5 DIRECTIVA
Datos adjuntos: comentarios al proyecto de directiva de impugnación de penalidades.docx

De: Claudia Patricia Altamirano G En nombre de Info OSITRAN
Enviado el: jueves, 23 de junio de 2016 03:28 p.m.
Para: Cynthia Yañez Alva <cyanez@ositran.gob.pe>
CC: Evelyn Chumacero Asención <echumacero@ositran.gob.pe>; Eliana Caballero Acevedo <ecaballero@ositran.gob.pe>; Tábata Sofía Gallardo León <tgallardo@ositran.gob.pe>
Asunto: RV: comentarios al proyecto de directiva de impugnación de penalidades

Estimada Cynthia,
Reenvío correo llegado a la bandeja info@ositran, para conocimiento y fines.

Saludos,

Patricia Altamirano

De: Miguel Angel Paz Sime [<mailto:mpaz@rossellolaw.com>]
Enviado el: miércoles, 22 de junio de 2016 01:02 p.m.
Para: Info OSITRAN <info@ositran.gob.pe>
CC: Muriel Menchola <mmenchola@rossellolaw.com>; Pierre Nalvarte <pnalvarte@rossellolaw.com>
Asunto: comentarios al proyecto de directiva de impugnación de penalidades

Estimados Señores
OSITRAN

Nos es grato dirigirnos a ustedes a efectos de expresarles nuestros saludos y remitir, en calidad de adjunto al presente, el documento que contiene los comentarios al Proyecto de Directiva para la Aplicación, Impugnación y Cobro de Penalidades, publicado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 031-2016-CD-OSITRAN, formulados por nuestro Estudio.

Agradeciendo la atención al presente, quedamos de ustedes.

Atentamente,

Miguel Angel Paz

ROSSELLÓ ABOGADOS | ATTORNEYS AT LAW
Camino Real 348, Torre El Pilar, piso 12
San Isidro, Lima - Perú
Tel: (511) 2300000
Fax: (511) 2222555
www.rossellolaw.com

revelación y/o distribución de dicha información confidencial sin la autorización previa y por escrito de OSITRAN es la prohibida. Si usted no es el destinatario a quien se dirige el presente correo, favor de contactar al remitente respondiendo al presente correo y eliminar el correo original incluyendo sus archivos, así como cualquier copia del mismo. OSITRAN se reserva el derecho de ejercitar las acciones legales que correspondan.

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

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

Comentario N° 1: OSITRAN está modificando unilateralmente los Contratos de Concesión suscritos, vulnerando el Artículo 62 de la Constitución.

1. Mediante el Proyecto de Directiva se estaría regulando el procedimiento de impugnación de penalidades el cual, de acuerdo a lo expresamente señalado en ella, sería aplicable supletoriamente, en ausencia de regulación contractual en los Contratos de Concesión. Consecuentemente.
2. Dentro de las justificaciones de necesidad que realiza el Proyecto de Directiva para ser aplicable supletoriamente a los Contratos de Concesión suscritos, se resalta la ausencia de una remisión expresa de la cláusula de penalidades al convenio arbitral, conforme se puede apreciar del texto citado a continuación:

** 7. De la impugnación de penalidades
(...)*

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.

A continuación, demostraremos que las penalidades sí se encuentran dentro del ámbito del convenio arbitral de los Contratos de Concesión y que su discusión no puede ser remitida a la vía administrativa; sostener una posición contraria y aprobar el Proyecto de Directiva, implicaría una modificación unilateral de los Contratos de Concesión por parte del Estado Peruano a través de una norma reglamentaria y, por consiguiente, una directa y grave vulneración al Artículo 62 de la Constitución Política del Perú, la cual dispone textualmente lo siguiente:

"Artículo 62.- La libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. (...)"

3. Con relación a los convenios arbitrales en los contratos de concesión, la Ley de Asociaciones Público Privadas actualmente vigente, esto es, el Decreto Legislativo N° 1224 ha regulado en su Artículo 23 lo siguiente:

"23.1 Los Contratos de Asociación Público Privada deben incluir la vía arbitral como mecanismo de solución de controversias. (...)"

De hecho, ha sido un común denominador de la normativa del Régimen de Promoción de la Inversión Privada la introducción de los convenios arbitrales dentro de los Contratos de Concesión (Desde el TUO de Concesiones, el Decreto Legislativo 1012 y el actual Decreto Legislativo 1224) como una cláusula obligatoria para la solución de conflictos, y la forma de redacción de la misma siempre ha sido de la manera más amplia.

Lo señalado anteriormente tiene como fundamento la previsión constitucional contemplada en el Artículo 63 de nuestra Carta Magna, la cual señala expresamente lo siguiente: “(...) El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.”

4. Ahora bien, en cuanto al alcance del convenio arbitral, el Artículo 13.1. del Decreto Legislativo 1071, Ley General de Arbitraje, establece que “1. El Convenio Arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje **todas las controversias** o ciertas controversias que hayan surgido o pueda surgir entre ellas prospecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza”.

Dicha norma ha recogido el principio de *favor arbitri*, el mismo que, en palabras de Luciano Barchi, supone que: “(...) si el convenio arbitral no es claro, de acuerdo con el principio *favor arbitri* que consagra la nueva LA, **deberán considerarse “todas” las controversias derivadas de la relación jurídica contractual**, lo cual debe comprender, incluso, las cuestiones extracontractuales de derivadas de dicha relación jurídica contractual (...)”¹

5. Sobre el alcance del sometimiento de controversias a arbitraje en los Contratos de Concesión, nos permitimos manifestarles que la cláusula arbitral típica que se incluye en los Contratos de Concesión suscritos, es absolutamente clara en señalar que todas las controversias de las Partes se encuentran sometidas al convenio arbitral; incluso, las cláusulas arbitrales tipo en los Contratos de Concesión no se refieren únicamente a cierto tipo de controversias, sino que son absolutamente amplias. Lo anteriormente señalado se puede apreciar en el cuadro siguiente, donde se establecen las controversias que son sometidas a trato directo, previo al inicio del arbitraje:

CONTRATO DE CONCESIÓN DE LA AUTOPISTA DEL SOL TRAMO TRUJILLO-SULLANA	18.11. Las Partes declaran que es su voluntad que <u>todos los conflictos o incertidumbres con relevancia jurídica que pudieran surgir con respecto a la interpretación, ejecución, cumplimiento, y cualquier aspecto relativo a la existencia, validez o eficacia del Contrato o Caducidad de la Concesión, serán resueltos por trato directo entre las Partes. (..)</u>
	16.4 Trato Directo 16.4.1 <u>Las Partes declaran que es su voluntad que todos los conflictos o incertidumbres con relevancia jurídica que pudieran surgir con respecto a la ejecución, cumplimiento, y cualquier aspecto relativo a la existencia, validez, eficacia o caducidad del Contrato, siempre que éstas no tengan relación con el</u>

¹ En *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* Tomo I, Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones – IPA, Lima, 2011, p. 167.

CONTRATO DE CONCESIÓN DEL PRIMER GRUPO DE AEROPUERTOS DE PROVINCIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ	ejercicio de las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público, serán resueltos por trato directo entre las Partes implicadas, dentro de un plazo de quince (15) Días Calendario contados a partir de la fecha en que una Parte comunica a la otra, por escrito, la existencia de un conflicto o de una incertidumbre con relevancia jurídica.(...)
CONCURSO DE PROYECTOS INTEGRALES PARA LA CONCESIÓN DEL NUEVO TERMINAL DE CONTENEDORES EN EL TERMINAL PORTUARIO DEL CALLAO – ZONA SUR	16.11 <u>Las Partes declaran que es su voluntad que todos los conflictos o incertidumbres con relevancia jurídica que pudieran surgir con respecto a la interpretación, ejecución, cumplimiento, y cualquier aspecto relativo a la existencia, validez o eficacia del Contrato o Caducidad de la Concesión con excepción de lo referente al régimen aplicable las Tarifas reguladas por el REGULADOR cuya vía de reclamo es la vía administrativa u otras decisiones de éste órgano en el ejercicio de sus funciones administrativas, serán resueltos por trato directo entre las Partes, dentro de un plazo de quince (15) Días contados a partir de la fecha en que una Parte comunica a la otra, por escrito, la existencia de un conflicto o de una incertidumbre con relevancia jurídica.</u> (...) <u>En caso las Partes, dentro del plazo de trato directo, no resolvieran el conflicto o incertidumbre suscitada, deberán definirlo como un conflicto o incertidumbre de carácter técnico o no-técnico, según sea el caso. Los conflictos o incertidumbres técnicas (cada una, una "Controversia Técnica") serán resueltos conforme al procedimiento estipulado en el Literal a) de la Cláusula 16.12. Los conflictos o incertidumbres que no sean de carácter técnico (cada una, una "Controversia No- Técnica") serán resueltos conforme al procedimiento previsto en el Literal b) de la Cláusula 16.12.(...)</u>
CONTRATO DE CONCESIÓN CONCURSO DE PROYECTOS INTEGRALES PARA LA CONCESIÓN DEL PROYECTO ESPECIAL SISTEMA ELÉCTRICO DE TRANSPORTE MASIVO DE CALLAO, LÍNEA 1, VILLA EL SALVADOR - AV. GRAU - SAN JUAN DE LURIGANCHO	16.12 <u>Las Partes declaran que es su voluntad que todos los conflictos o incertidumbres con relevancia jurídica que pudieran surgir con respecto a la interpretación, ejecución, cumplimiento y cualquier aspecto relativo a la existencia, validez, eficacia del Contrato o Caducidad de la Concesión, con excepción de lo referente al régimen aplicable a las tarifas reguladas por el Regulador cuya vía de reclamo es la vía administrativa u otras decisiones de este organismo en el ejercicio de sus funciones administrativas, serán resueltos por trato directo entre las Partes.</u> El plazo de trato directo para el caso del arbitraje racional deberá ser de quince (15) Días contados a partir de la fecha en que una Parte comunica a la otra, por escrito, la existencia de un conflicto o de una incertidumbre con relevancia jurídica.

6. Consecuentemente, la posición de OSITRAN relacionada a que los convenios arbitrales incluidos en los Contratos de Concesión no hacen mención expresa a la impugnación de penalidades vulnera y vacía de contenido a los convenios arbitrales suscritos en los Contratos de Concesión y contraviene al Artículo 13 del Decreto Legislativo 1071, Ley General de Arbitraje y el Artículo 62 de la Constitución.

Para que las penalidades no se encontrarán contenidas en el alcance de los respectivos convenios arbitrales, éstos expresamente deberían señalar una estipulación contractual en ese sentido.

7. Además, debe tenerse presente el carácter estrictamente contractual de las penalidades en los Contratos de Concesión, que configuran una relación jurídica intersubjetiva bilateral entre el Concedente y el Concesionario; razón por la cual es preciso manifestar que cuando OSITRAN actúa imponiendo las penalidades, lo hace en vía de delegación por parte del Concedente; pues éste lo autoriza para tal fin a través del Contrato de Concesión, pero dichas atribuciones no se extienden al aspecto referido a la resolución de impugnaciones.
8. El objeto de la norma, la supletoriedad de un procedimiento administrativo de impugnación de penalidades en caso de no remisión de las mismas al convenio arbitral, es un imposible jurídico.
9. En suma, OSITRAN no cuenta con competencia para regular la impugnación de penalidades de los Contratos de Concesión suscritos en aquellos contratos donde no se haga mención expresa al procedimiento de impugnación, pues ello implicaría una modificación unilateral por parte del Estado Peruano respecto de dichos contratos, desconociéndose la vía arbitral y, por consiguiente, una flagrante vulneración del Artículo 62 de la Constitución.
10. Lo que OSITRAN puede considerar regular es el procedimiento interno para la impugnación de la penalidad, siempre que los Contratos de Concesión expresamente estipulen que la impugnación y/o discusión de las penalidades será conocida por OSITRAN.

En ese sentido, también consideramos que debe ser modificado el Artículo 68.1 del Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, nuevo Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN, a través del cual se otorga al Tribunal de Asuntos Administrativos competencia para revisar en segunda instancia la aplicación de penalidades. Al respecto, dicha norma reglamentaria es también contraria al Decreto Legislativo N° 1024, a los acuerdos contenidos en el Contrato de Concesión y, por consiguiente, vulnera el Artículo 62 de la Constitución. Consecuentemente, el referido artículo del ROF de OSITRAN debe ser modificado bajo la línea que el Tribunal sólo podrá conocer de las impugnaciones que sean presentadas por los concesionarios, cuando los Contratos hayan previsto que dichas impugnaciones sean vistas por OSITRAN y, adicionalmente, ello en modo alguno podrá suponer una renuncia a someter la controversia a arbitraje; pues reiteramos que estamos ante una penalidad cuya naturaleza es absolutamente contractual.

11. En aquellos Contratos de Concesión aún no suscritos, éstos podrán contemplar el procedimiento de impugnación o discusión respecto de cualquier penalidad, aunque reiteramos que ello debe ser realizado siempre respetando la naturaleza estrictamente contractual de las penalidades contempladas como parte de dichos contratos. En otras palabras, siempre respetando la posibilidad de acudir a arbitraje para discutir cualquier controversia relacionada con la imposición de penalidades.
12. Consideramos que la intención de OSITRAN al regular la impugnación de penalidades es establecer mecanismos céleres de contradicción. No obstante, si estos son establecidos como una vía obligatoria para ejercer tal derecho, como la Directiva pretende, OSITRAN incurre en una modificación de los Contratos de Concesión, al suprimir la facultad de los Concesionarios

de recurrir a los mecanismos de solución de controversias. Por tal motivo, sugerimos que, si OSITRAN considera que la reglamentación de la impugnación debe permanecer (aunque nosotros discrepamos), la Directiva tendría que indicar con toda precisión que la discusión ante OSITRAN es facultativo y su utilización no implica una renuncia al ejercicio del derecho de acudir a los mecanismos de solución de controversias.

Comentario N° 2: Sobre la falta de competencia de OSITRAN para emitir y/o aprobar el Proyecto de Directiva en cuanto a la aplicación e impugnación de penalidades

13. En ejercicio de la potestad normativa contemplada en el Literal 3.1.c) de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos y el Literal a) del Artículo 12 de la Ley N° 26917 (en adelante, Ley de OSITRAN), OSITRAN emitió la Resolución de Consejo Directivo N° 031-2016-CD-OSITRAN, a través de la cual se pone en conocimiento el 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").

14. El Proyecto de Directiva tiene como objeto lo siguiente:

- i. Regular el procedimiento interno de toma de decisiones de las instancias de las entidades competentes durante el procedimiento de aplicación, impugnación y cobro de penalidades.
- ii. Establecer un procedimiento de manera supletoria en aquellos *"contratos en los que no se haya regulado un procedimiento, plazos u otros criterios para la aplicación, impugnación y cobro de penalidades según corresponda"*.

Para ello, OSITRAN desarrolla una diferenciación entre las penalidades, de origen contractual, y las sanciones, ejercicio del *ius puniendi* de la Administración. Al respecto, estamos de acuerdo y saludamos la distinción conceptual jurídica que ha hecho OSITRAN en relación a esta materia. Sin embargo, hemos identificado que vuestra entidad carecería de competencia para emitir este tipo de Directiva, como sustentaremos en los siguientes párrafos.

15. Con relación a las potestades que tiene OSITRAN para aprobar y regular sobre los temas antes señalados como parte del Proyecto de Directiva, es preciso tener en consideración que OSITRAN como cualquier entidad pública se encuentra limitado por el Principio de Legalidad recogido en el Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, por lo que únicamente puede actuar respecto de aquellas materias en las cuales se le ha atribuido tal competencia.

16. Al respecto, el alcance de la potestad normativa de OSITRAN tiene como objeto desarrollar las potestades otorgadas por ley e incluso desarrolladas en el Decreto Supremo N° 044-2006-PCM (Reglamento General de OSITRAN). En ese sentido, mediante el ejercicio de dicha potestad, OSITRAN no puede arrogarse funciones que no se encuentren contempladas en la Ley de OSITRAN y que incluso se encuentran sometidas a convenio arbitral.

17. Específicamente, en relación al tema de penalidades y su facultad para emitir el Proyecto de Directiva, OSITRAN realiza una interpretación del Literal i) del Numeral 1 del Artículo 7 de la Ley de OSITRAN, cuyo texto citamos a continuación:

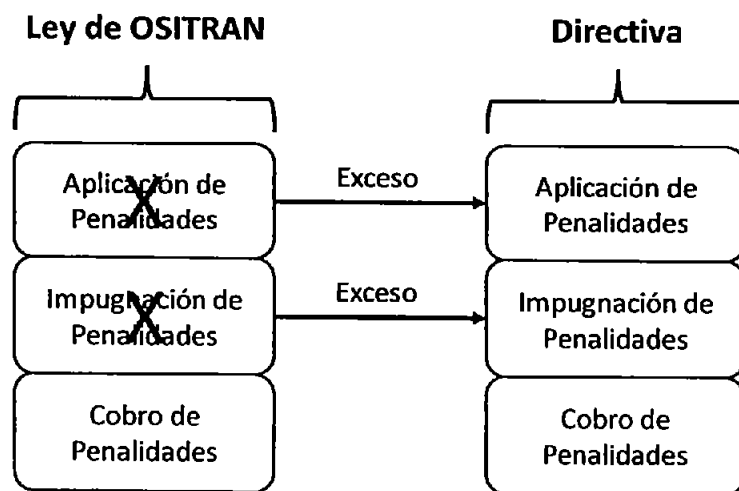
"i) Cobrar los derechos, tasas, penalidades y cualquier otro monto que deban pagar los concesionarios de infraestructura pública nacional de transporte, según lo establezcan la

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 pudieran haber contraído en estos, con terceros y con el Estado, en virtud de la legislación vigente y de lo establecido en los contratos de concesión" (subrayado agregado)

A partir de dicha disposición, sostiene que en la medida que ostenta como parte de sus funciones el cobro de penalidades, entonces ostenta las facultades necesarias para normar sobre la aplicación, cobro e impugnación de penalidades.

18. Al respecto, queremos manifestar que del Artículo 7.1.i) de la Ley de OSITRAN no se desprende en modo alguno que OSITRAN cuente con la función de actuar como organismo competente para aplicar penalidades ni para conocer y resolver la impugnación de penalidades impuestas a los concesionarios, sino únicamente a proceder con el cobro de penalidades. En ese extremo, de aprobarse el Proyecto de Directiva, dicha norma reglamentaria devendría ilegal al exceder el ámbito de las potestades conferidas por la Ley a OSITRAN y, asimismo, vulnerar el Principio de Legalidad recogido en la Ley N° 27444, incluso susceptible de ser sujeta a una Acción Popular.

La vulneración del Principio de Legalidad, a través del exceso en la Directiva al pretender regular potestades que NO han sido conferidas en la Ley a OSITRAN, se puede apreciar en el siguiente gráfico:



Lo anteriormente señalado también resulta de aplicación al Artículo 68.1 del Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, nuevo Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN, pues a través de éste se estaría excediendo el alcance de las funciones otorgadas a OSITRAN por ley, así como implicaría una vulneración al alcance de los convenios arbitrales de los Contratos de Concesión suscritos y, por consiguiente, del Artículo 62 de la Constitución. Consecuentemente, recomendamos su modificación, excluyendo del alcance de la competencia del Tribunal de Asuntos Administrativos, la impugnación de las penalidades.

19. No obstante que la ley no le ha atribuido competencia a OSITRAN respecto de la aplicación y/o impugnación de penalidades y, por consiguiente, tampoco la facultad de reglamentar sobre ello, sí sería posible que, por acuerdo de las Partes plasmado en el Contrato de Concesión, se decida

que la aplicación de penalidades e incluso su discusión sea vista por OSITRAN, a través del procedimiento contractual que se prevea en dicho Contrato y no como un procedimiento administrativo de impugnación. Como ya hemos indicado, dicho nivel de discusión en OSITRAN, en modo alguno podrá menoscabar el derecho del Concesionario y/o el Concedente para recurrir al arbitraje, en caso existiese alguna controversia sobre la aplicación de la penalidad; pues como bien ha reconocido OSITRAN en la Exposición de Motivos del Proyecto de Directiva, las penalidades tienen como fundamento el pacto contractual y no el *ius puniendi* del Estado.

Comentario N° 3: La Directiva podría incluir otros aspectos no previstos

20. La Directiva pretende regular el modo y oportunidad de aplicación de penalidades, aun cuando consideramos que ello no sería legalmente válido pues la potestad legal de OSITRAN se limita al cobro. Ahora bien, en caso OSITRAN decida aprobar definitivamente la directiva, sobre la base de las facultades reconocidas en los contratos de concesión, esta podría incluir algunos aspectos que podrían mejorar la operatividad en la aplicación de penalidades.

21. Al respecto, dentro de las Leyes Aplicables a la relación contractual existente entre el Concedente y el Concesionario se encuentra el artículo 1333 del Código Civil:

“Artículo 1333.- Incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación.

No es necesaria la intimación para que la mora exista:

1.- Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.

2.- Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla.

3.- Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación.

4.- Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor.”

22. Para la aplicación de penalidades, es decir, para la invocación de una cláusula penal compensatoria o moratoria, por incumplimiento o cumplimiento tardío, parcial o defectuoso es necesario que el acreedor constituya previamente en mora al deudor. Así lo entiende OSTERLING (“Obligaciones con Cláusula Penal”, www.osterlingfirm.com), quien señala que *“la cláusula penal es la valuación anticipada de los daños y perjuicios por el incumplimiento de la obligación. Su propósito es evitar las intrincadas cuestiones que surgen de la valoración de los daños y perjuicios por el juez; esto es evitar la prueba del perjuicio y el arbitrio judicial en su estimación. Es por ello que la cláusula penal sólo puede exigirse cuando el deudor ha sido constituido en mora y cuando la inejecución de la obligación obedece a dolo o a culpa del deudor”*.

23. Dado que el sistema de constitución en mora imperante en la legislación es la mora por intimación y no la mora automática, la cual ocurre únicamente en los cuatro supuestos taxativamente previstos en el artículo 1333 del Código Civil, sería apropiado que la Directiva deje claramente establecido que, en ausencia de regulación sobre mora automática en el Contrato de Concesión, para la imposición de la penalidad es imprescindible que el Concedente o el Regulador; en caso le haya sido asignado a éste la aplicación de penalidades, imputen al Concesionario el incumplimiento y que solo al tener certeza de la recepción de la comunicación mediante la cual se produce la intimación en mora, es posible imponer la penalidad.

Comentario N° 4: El Proyecto de Directiva contiene disposiciones contradictorias con el marco legal vigente y con su propia Justificación y Marco Teórico

24. En el Proyecto de Directiva se señala el Principio de Obligatoriedad del Contrato y se alude a los Artículos 1361 y 1362 del Código Civil. Sin embargo, el hecho de que un tercero ajeno a una relación contractual pretenda imponer, unilateralmente, disposiciones que se aplican de manera supletoria a un contrato firmado entre terceros (el Concesionario y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones) resulta totalmente contradictorio con el Principio de Obligatoriedad (y respeto) del Contrato y con los Artículos 1361 y 1362 del Código Civil.
25. Asimismo, consideramos que, si bien OSITRAN hace la distinción entre la naturaleza contractual de la penalidad y la naturaleza administrativa de la sanción, al momento de elaborar el Proyecto de Directiva, ello no ha sido tomado en consideración, ni tampoco el alcance de los convenios arbitrales contemplados en los Contratos de Concesión.
26. En el Proyecto de Directiva se invoca el Principio de Predictibilidad. Sin embargo, en el contenido de la Directiva se señala que, en determinados casos, la imposición de una penalidad se resolverá bajo el mecanismo de solución de controversias, en otros casos, conforme a lo dispuesto en cada Contrato de Concesión y, en otros casos, conforme a lo dispuesto en la Directiva del OSITRAN. De este modo, se contraviene totalmente el Principio de Predictibilidad para con los administrados.

Tatyana Hermoza

De: Cynthia Yañez Alva
Enviado el: jueves, 23 de junio de 2016 05:33 PM
Para: Tatyana Hermoza
Asunto: COMENTARIO 6 DIRECTIVA
Datos adjuntos: [Untitled].pdf

-----Mensaje original-----

De: Claudia Patricia Altamirano G En nombre de Info OSITRAN **Enviado el:** jueves, 23 de junio de 2016 03:27 p.m.
Para: Cynthia Yañez Alva <cyanez@ositran.gob.pe>
CC: Evelyn Chumacero Asención <echumacero@ositran.gob.pe>; Tábata Sofía Gallardo León <tgallardo@ositran.gob.pe>; Eliana Caballero Acevedo <ecaballero@ositran.gob.pe>
Asunto: RV: Comentarios al Proyecto de Directiva para la aplicación , impugnación y cobro de las penalidades

Estimada Cynthia,
Reenvío correo llegado a la bandeja info@ositran, para conocimiento y fines.

Saludos,

Patricia Altamirano

-----Mensaje original-----

De: Francisco Biber [mailto:francisco.biber@euroandino.com.pe]
Enviado el: miércoles, 22 de junio de 2016 01:00 p.m.
Para: Info OSITRAN <info@ositran.gob.pe>
Asunto: RV: Comentarios al Proyecto de Directiva para la aplicación , impugnación y cobro de las penalidades

Estimados se adjunta carta con los comentarios sobre el Proyecto del asunto saludos

Francisco Biber
Gerente Legal
TPE – Paita S.A. | www.euroandino.com.pe

Pensemos en el medio ambiente antes de imprimir este documento **POLITICA DE PRIVACIDAD** La información contenida en la correspondencia electrónica de TPE PAITA SA es confidencial , privilegiada y está dirigida exclusivamente a su destinatario. Cualquier revisión , difusión , distribución o copiado de dicha correspondencia está prohibido . Si ha recibido un email por error por favor bórralo y envíe un mensaje al remitente. Gracias

-----Mensaje original-----

De: IMPRESORA_AIH [mailto:impresoras@andino.com.pe] **Enviado el:** miércoles, 22 de junio de 2016 06:40 a.m.
Para: Francisco Biber
Asunto:

Abra el documento adjunto. Este documento se envió digitalmente con un dispositivo de envío digital de HP.

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico, incluyendo en su caso, los archivos adjuntos al mismo, pueden contener información de carácter confidencial y/o privilegiada, y se envían a la atención única y

exclusivamente de la persona y/o entidad a quien va dirigido. La copia, revisión, uso, revelación y/o distribución de dicha información confidencial sin la autorización previa y por escrito de OSITRAN está prohibida. Si usted no es el destinatario a quien se dirige el presente correo, favor de contactar al remitente respondiendo al presente correo y eliminar el correo original incluyendo sus archivos, así como cualesquiera copia del mismo. OSITRAN se reserva el derecho de ejercitar las acciones legales que correspondan.

Lima, 22 de junio de 2016

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 Tarazaona
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" (énfasis agregado).

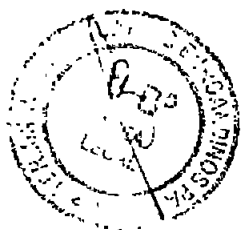
5. Este razonamiento es compartido por OSITRAN, como puede observarse en la página 38 de sus Lineamientos para la emisión de opinión de los proyectos de contratos de concesión⁵ en el que dispone que:

"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

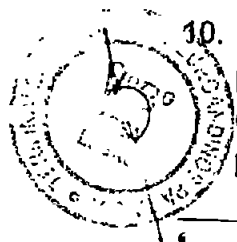
7. Asimismo, en el ámbito de las telecomunicaciones, los contratos de concesión identifican textualmente esta distinción, como se aprecia en la cláusula 19.1 del Contrato de Concesión Única "Banda 698-806 MHZ" a nivel nacional:

"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

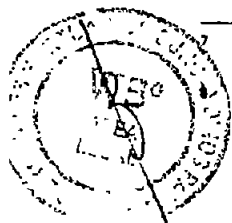


⁶ Similar redacción tiene la cláusula 19.1 del Contrato de Concesión para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones y asignación de frecuencias en la Banda 821-824 MHz y 866-869 MHz en la provincia de Lima y la provincia constitucional del Callao, Mayo 2009. Ver link: http://www.proyectosapp.pe/RepositorioAPS/0/0/JER/TRANSPARENCIA_BANDA821/Contrato_suscrito_Banda821_824_mhz_866_869_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

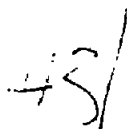
7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

(...) 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”.

Tatyana Hermoza

De: Cynthia Yañez Alva
Enviado el: jueves, 23 de junio de 2016 05:35 PM
Para: Tatyana Hermoza
Asunto: COMENTARIO 7 DIRECTIVA
Datos adjuntos: Comentarios al Proyecto de Directiva para la Aplicación, Impugnación y Cobro de Penalidades en CC bajo el ámbito de OSITRAN (rev LAP).pdf

Importancia: Alta

De: Claudia Patricia Altamirano G En nombre de Info OSITRAN
Enviado el: miércoles, 22 de junio de 2016 12:02 p.m.
Para: Cynthia Yañez Alva <cyanez@ositran.gob.pe>
CC: Evelyn Chumacero Asención <echumacero@ositran.gob.pe>; Eliana Caballero Acevedo <ecaballero@ositran.gob.pe>; Tábata Sofía Gallardo León <tgallardo@ositran.gob.pe>
Asunto: RV: Comentarios al Proyecto de Directiva para la Aplicación, Impugnación y Cobro de las Penalidades en los Contratos de Concesión bajo el ámbito de OSITRAN
Importancia: Alta

Estimada Cynthia,
Reenvío correo llegado a la bandeja info@ositran, para conocimiento y fines.

Saludos,

Patricia Altamirano

De: Montes, Milagros [<mailto:mmontes@lima-airport.com>]
Enviado el: miércoles, 22 de junio de 2016 11:54 a.m.
Para: Info OSITRAN <info@ositran.gob.pe>
Asunto: Comentarios al Proyecto de Directiva para la Aplicación, Impugnación y Cobro de las Penalidades en los Contratos de Concesión bajo el ámbito de OSITRAN
Importancia: Alta

Estimados señores,

Adjunto al presente, remitimos nuestros comentarios al Proyecto de Directiva para la Aplicación, Impugnación y Cobro de las Penalidades en los Contratos de Concesión bajo el ámbito de OSITRAN. Favor confirmar recepción, gracias.

Saludos,

Milagros Montes



MILAGROS MONTES MOROTE
Gerente de Regulación

Aeropuerto Internacional Jorge Chávez
Av. Elmer Faucett s/n Edificio Central, Piso 7
Callao - Peru
T (511) 517 3370

www.lap.com.pe



¡El Aeropuerto Internacional Jorge Chávez ya está en Facebook!

Síguenos en <https://www.facebook.com/aeropuertojorgechavez>

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico, incluyendo en su caso, los archivos adjuntos al mismo, pueden contener información de carácter confidencial y/o privilegiada, y se envían a la atención única y exclusivamente de la persona y/o entidad a quien va dirigido. La copia, revisión, uso, revelación y/o distribución de dicha información confidencial sin la autorización previa y por escrito de OSITRAN está prohibida. Si usted no es el destinatario a quien se dirige el presente correo, favor de contactar al remitente respondiendo al presente correo y eliminar el correo original incluyendo sus archivos, así como cualesquiera copia del mismo. OSITRAN se reserva el derecho de ejercitar las acciones legales que correspondan.

Comentarios al Proyecto de Directiva para la Aplicación, Impugnación y Cobro de las Penalidades en los Contratos de Concesión bajo el ámbito de OSITRAN
(Resolución N° 031-2016-CD-OSITRAN)

Numeral	Comentarios LAP
	<u>CONSIDERACIONES GENERALES:</u> i. Conforme con el Artículo 11° del Reglamento General de OSITRAN – REGO, se indica que la función normativa que detenta el OSITRAN 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. El alcance de este artículo se debe leer conjuntamente con lo dispuesto en el numeral 10 del Artículo 9° del REGO que recoge el Principio de Subsidiaridad. En ese sentido, la función normativa del OSITRAN 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 la propia 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 subsidiaridad 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. ii. Si bien es posible que en toda relación contractual las Partes pueden acordar cláusulas penales posteriormente a la suscripción del contrato¹, 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.

¹ El Artículo 1344* del Código Civil señala lo siguiente

*Artículo 1344 - Oportunidad de estipulación

La cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación o por acto posterior "

	iii. 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. iv. 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. v. Un contrato administrativo no puede ser 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. vi. 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. vii. 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. viii. A nuestro entender, la 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 bajo los criterios de un procedimiento administrativo típico, es decir, que la decisión del Regulador sólo podría ser discutida en un proceso contencioso administrativo. ix. En base a lo mencionado, consideramos que los efectos generales de la Directiva afectan a los concesionarios en infraestructura de transporte, dado que (.) representaría una clara transgresión
--	---

	al principio de subsidiaridad 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. x. De otro lado, si el OSITRAN detectara 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 no puede hacer el OSITRAN 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.
VI.1. Disposiciones para la aplicación de penalidades (6.1.5.)	La norma en cuestión señala que la Jefatura de Contratos correspondiente o la Jefatura de Fiscalización podrá 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”. 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, determinado y acorde con las disposiciones del procedimiento administrativo regido por la Ley N° 27444. Por consiguiente, siguiendo lo establecido en el artículo 132 del cuerpo normativo citado precedentemente, debería otorgarse al administrado (Concesionario) un plazo de 10 días hábiles para que cumpla con entregar la Información solicitada por la Administración (OSITRAN). En ese sentido, consideramos que la norma debería modificarse de la siguiente manera: <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, <u>otorgándole un plazo de 10 días hábiles luego de recibida la solicitud de información para su absolución</u>, 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>

VI.1. Disposiciones para la aplicación de penalidades (6.1.8.)	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. 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 la explicación para diferenciar el valor de la UIT -como monto que tendría la penalidad- tampoco se encuentra previsto en el Anexo del Proyecto de Directiva (numeral 5 de la parte IX), ni en su Exposición de Motivos. 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 a las penalidades debería realizarse mediante Adenda y no por una norma o disposición administrativa, como sería el caso del presente Proyecto de Directiva. No se debe perder de vista que la regulación de las penalidades es estrictamente contractual (antes que administrativa); 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 ese sentido, consideramos que el valor de las penalidades, que toma como referencia el de 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 Regulador le comunique 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: <i><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></i> <i><u>"En ningún caso se le podrá exigir al Concesionario el pago de una penalidad por el incumplimiento tardío de una obligación que fue cumplida parcialmente o de manera defectuosa, objeto de una penalidad antes aplicada."</u></i>
VI.2. Disposiciones en materia de impugnación de penalidades (6.2.2.)	El numeral 6.2.2 indica que <i>"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 [...]".</i> 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. A nuestro entender, y aún en el caso que un contrato en específico no establezca un mecanismo de impugnación para la aplicación de penalidades o no haya determinado un proceso específico para discutir la imposición de penalidades, es claro que toda discrepancia respecto de la aplicación de una penalidad representa, a su vez, una controversia que versa respecto del cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el contrato de concesión, materia que está prevista de ser resuelta de acuerdo al mecanismo señalado

	en la Cláusula de Solución de Controversias, el cual generalmente indica que las vías para resolver los conflictos respecto del cumplimiento, eficacia y/o validez son el trato directo o en su defecto el arbitraje.
VI.2. Disposiciones en materia de impugnación de penalidades (6.2.5.)	La norma en cuestión señala que el Tribunal de Asuntos Administrativos o la Gerencia General de OSITRAN podrá 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”. 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, determinado y acorde con las disposiciones del procedimiento administrativo regido por la Ley N° 27444. 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). En ese sentido, consideramos que la norma debería modificarse de la siguiente manera: <i>“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, <u>otorgándole un plazo de 10 días hábiles luego de recibida la solicitud de información para su absolución</u>, 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.”</i>