

EXPOSICION DE MOTIVOS

I. MARCO LEGAL

Conforme a lo dispuesto por la Ley N° 26917, Ley de Creación de OSITRAN, este organismo regulador tiene la misión de regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las entidades prestadoras que explotan infraestructura de transporte de uso público, así como de velar por el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y usuarios, y garantizando, de esta manera, la eficiencia de dichos mercados.

El inciso a) del artículo 5 de la citada ley, señala que OSITRAN tiene entre sus objetivos, el velar por el cabal cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de concesión vinculados a la infraestructura pública nacional de transporte.

El numeral 7.1 del artículo 7 de dicha norma, dispone que una de las principales funciones de OSITRAN es la de fiscalizar y supervisar los contratos de concesión con criterios técnicos desarrollando todas las actividades relacionadas al control posterior de los contratos bajo su ámbito.

Asimismo, el inciso i) del artículo 7 de la Ley N° 26917 establece como una de sus principales funciones el cobrar las 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.

De otro lado, el inciso a) del numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, establece que la función supervisora a cargo del Regulador comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por este Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas.

En ese mismo sentido, el artículo 21 del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias (REGO), establece que el OSITRAN supervisa el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las Entidades Prestadoras y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia, procurando que éstas brinden servicios adecuados a los Usuarios.

Por su parte, el numeral 11 del artículo 3 del Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM (ROF), establece que es una función de OSITRAN, el cobrar los derechos, tasas, penalidades y cualquier otro monto que deban pagar las Entidades Prestadoras, según lo establezcan la Ley, los contratos de concesión respectivos, y los Reglamentos aprobados por el Consejo Directivo del 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 de la materia y de lo establecido en los contratos de concesión.

El artículo 52 del ROF señala que la Gerencia de Supervisión y Fiscalización constituye el órgano de línea, responsable de conducir, gestionar, evaluar, coordinar y ejecutar las actividades de supervisión y fiscalización relacionadas con la explotación de la infraestructura de transporte de uso público efectuada por las entidades prestadoras.



Finalmente, el numeral 10 del artículo 53 del ROF indica que la Gerencia de Supervisión y Fiscalización tiene entre sus funciones el aplicar penalidades a las empresas concesionarias en el marco de los contratos de concesión o normativa correspondiente.

Acorde con el marco legal expuesto, se colige que OSITRAN, en el ejercicio de la función de supervisión, se encuentra facultado para imponer las penalidades previstas contractualmente y resolver las impugnaciones sobre las mismas, de conformidad con el mecanismo y procedimiento establecido en los contratos de concesión.

No obstante, debe tenerse presente que, al ser OSITRAN una entidad administrativa que, en ejecución de lo dispuesto en los contratos de concesión, emite decisiones frente a un administrado –en este caso, el Concesionario, la actuación del Regulador se rige, en consecuencia, también bajo las disposiciones generales de actuación de las entidades de la Administración Pública, establecidas en la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General (LPAG), debiendo cumplir con observar los requisitos de validez del acto administrativo como son la competencia, objeto y contenido, finalidad pública, motivación, procedimiento regular, entre otras disposiciones que resulten aplicables acorde con la naturaleza de la actuación del Regulador derivada de los contratos de concesión.

Por lo tanto, aun cuando los contratos de concesión, en general, establecen los procedimientos en virtud de los cuales el OSITRAN impone las penalidades así como los mecanismos previstos para su impugnación y cobro, también ante el Regulador; se ha advertido la necesidad de regular un proceso interno de toma de decisiones por parte de las instancias competentes en la aplicación, impugnación y cobro de penalidades, acorde con los mecanismos previstos en los contratos de concesión, y supletoriamente en lo que resulte aplicable, por el Código Civil, considerando la naturaleza civil de las penalidades, así como por la LPAG, dado que la decisión de imponer una penalidad y de resolver su impugnación se exterioriza – en el ámbito de OSITRAN, a través de actos administrativos.

II. OBJETO

Establecer disposiciones de carácter uniforme con el propósito de regular el proceso interno de toma de decisiones por parte de las instancias competentes en la aplicación, impugnación y cobro de penalidades, acorde con los mecanismos previstos en los contratos de concesión, y supletoriamente, por el Código Civil y demás normatividad aplicable.

III. PRINCIPALES ASPECTOS DE LA DIRECTIVA

El proyecto de Directiva abarca los siguientes acápitales:

- Finalidad
- Objeto
- Base normativa
- Disposiciones Generales
- Disposiciones Específicas
- Responsabilidades.
- Anexo: Justificación y marco conceptual de la Directiva

A continuación se expone los principales aspectos de la propuesta.



III.1. Con relación a las Disposiciones Generales

Se indica que la Directiva se aplica de manera supletoria a lo establecido en los Contratos de Concesión en los que no se haya establecido procedimientos, plazos u otros criterios necesarios para la aplicación, impugnación y cobro de penalidades, según corresponda.

Asimismo, se establece qué principios son aplicables en la imposición de penalidades por parte de OSITRAN a las empresas concesionarias. Dichos principios –que tienen carácter enunciativo y no taxativo– son los siguientes: i) Principio de obligatoriedad del Contrato, según el cual lo dispuesto en los contratos de concesión prevalecerá sobre cualquier disposición de la presente Directiva que se oponga a lo establecido en el mismo; ii) Principio de Celeridad, en virtud al cual la actuación administrativa del OSITRAN se orienta a dotar a los trámites de la mayor dinámica posible, a fin de que los actos y pronunciamientos se efectúen y adopten en tiempo razonable, sin afectar el debido procedimiento ni el ordenamiento jurídico; iii) Principio de Predictibilidad, en atención al cual OSITRAN debe brindar a los concesionarios, información veraz, completa y confiable durante el procedimiento de aplicación, impugnación y cobro de penalidades, de modo tal que a su inicio, el administrado pueda tener una conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que se obtendrá; iv) Principio de Transparencia, que dispone que OSITRAN vela por la adecuada transparencia en su gestión y en la toma de decisiones debidamente motivadas de cualquiera de sus órganos, así como en el desarrollo de sus funciones.

III.2. Con relación al Título II: Disposiciones Específicas

En primer lugar, la Directiva contiene disposiciones de carácter interno (plazos y procedimientos) para la aplicación de penalidades, las mismas que resultan aplicables una vez que las empresa supervisoras –contratadas por OSITRAN, los Supervisores In Situ, los profesionales de la Jefatura de Contratos correspondiente de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN o la Gerencia de OSITRAN detectan posibles incumplimientos contractuales por parte de los concesionarios. Adicionalmente, la Directiva contempla procedimientos y plazos que resultan de aplicación para las Jefaturas de Contratos correspondientes, la Jefatura de Fiscalización y la Gerencia de Supervisión y Fiscalización.

En segundo lugar, se establecen disposiciones respecto a las impugnaciones de las penalidades impuestas a los concesionarios, las cuales resultan aplicables en aquellos casos en que los contratos de concesión no regulen el procedimiento de impugnación o no establezcan que el acto que determina y aplica las penalidades es impugnabile. En estos casos, se establece que 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, en tanto se implemente el citado Tribunal, conocer en segunda instancia, conforme al referido procedimiento establecido en la normativa. Asimismo, respecto al plazo para resolver las impugnaciones, se dispone que en aquellos casos en que los contratos de concesión no hayan establecido plazo alguno para ello, éstos deberán resolverse en un plazo máximo de 30 días hábiles de recibida la impugnación. Adicionalmente, se indica que el plazo previsto para el pago de penalidades quedará suspendido en tanto el Tribunal de Asuntos Administrativos o la Gerencia General de OSITRAN –según corresponda, no resuelvan la impugnación presentada por el concesionario, reiniciándose el cómputo del plazo de pago, en caso se confirme la imposición de la penalidad; salvo disposición distinta de los contratos de concesión.



En tercer lugar, se contemplan disposiciones para el cobro de penalidades, las cuales son de aplicación en caso que la empresa concesionaria penalizada no haya presentado impugnación dentro del plazo establecido en el contrato de concesión.

Finalmente, se establece que la Gerencia de Supervisión y Fiscalización y la Gerencia de Administración son responsables de verificar el cumplimiento de la presente Directiva, en el ámbito de sus competencias, debiendo actualizar el procedimiento documentado de la presente Directiva. Se indica además que la Jefatura de Fiscalización lleva un registro de las penalidades impuestas a los Concesionarios y lo comunica a la Jefatura de Tesorería para su correspondiente control de pagos.

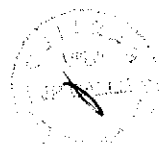
Con relación al Anexo: Justificación y marco conceptual de la Directiva

En primer lugar, el proyecto regula la naturaleza jurídica de la penalidad. Sobre el particular, se establece que como en todo contrato, en los contratos de concesión, la penalidad es un mecanismo pactado por las partes, como son el concesionario y concedente, para garantizar el cumplimiento de una determinada obligación, imponiendo el pago de un monto indemnizatorio a favor de la parte contractual que se ve afectada por el incumplimiento de su contra-parte. La penalidad limita el resarcimiento por el incumplimiento de una prestación en particular, teniendo función compensatoria, función moratoria y función indemnizatoria.

En segundo lugar, establece claramente la diferencia existente entre la penalidad y la sanción administrativa. Al respecto, se indica que el mecanismo de las penalidades tiene un origen contractual -a diferencia del régimen administrativo sancionador- el cual es empleado para garantizar el cumplimiento de una obligación en favor del acreedor y, dependiendo de la intención de las partes, puede cumplir diversas funciones. En el caso de los contratos de concesión, es claro que estos regulan intereses de carácter público y se regulan por normas sectoriales. No obstante, se rigen también por las disposiciones previstas en el Código Civil. En esa medida, los alcances de las obligaciones asumidas en los contratos de concesión por el concesionario a favor del concedente, y las consecuencias de su incumplimiento –como la aplicación del mecanismo de penalidades por ejemplo, deben ser revisados en base a las disposiciones de este marco normativo, en lo que corresponda. A diferencia de los mecanismos contractuales de penalidades que tienen su origen en la autonomía de las partes y tienen un fin resarcitorio, el régimen de infracciones y sanciones administrativas tiene un fin punitivo; y origen única y exclusivamente en la Ley, la que identificando un ilícito específico, tipifica una infracción administrativa y le adscribe la aplicación de una sanción administrativa. Asimismo, las infracciones y sanciones administrativas se rigen y aplican a través de un procedimiento administrativo sancionador y a diferencia de las penalidades que generan responsabilidad civil, las infracciones y sanciones generan una responsabilidad administrativa.

En tercer lugar, se define cual es la naturaleza del acto emitido por OSITRAN al imponer penalidades. En ese sentido, se indica que el pronunciamiento del Regulador por el cual determina y aplica las penalidades contractuales se rige por las disposiciones de la Ley N° 27444, emitiendo un acto administrativo de imposición de una penalidad, el cual debe cumplir los requisitos de validez de todo acto administrativo. Cabe indicar además que el acto administrativo emitido tiene una connotación y genera efectos de tipo contractual, al ser un acto de ejecución contractual de penalidades.

En cuarto lugar, respecto a la determinación del monto de la penalidad, el proyecto de Directiva dispone que en aquellos contratos de concesión en los que no se indique cual es la UIT aplicable, la UIT que debe ser considerada debe ser aquella que se encontraba vigente al momento en que la penalidad surtió efectos, es decir, a partir de la fecha en que ocurrió el hecho generador de la



penalidad, lo cual dependerá del tipo y naturaleza de la penalidad que se trate. El hecho generador de la penalidad, es decir, el hecho que activa la penalidad, dependerá del acuerdo de las partes, por lo que podrá ser la inejecución de una obligación o la materialización de un hecho expresamente previsto en el Contrato, ello sin perjuicio que OSITRAN determine su pago en un monto posterior a través del acto correspondiente. Para determinar cuándo se verifica este hecho generador, se debe verificar si la penalidad tiene por objeto indemnizar al Concedente por la demora en el cumplimiento de la obligación o si busca indemnizar el daño producido por el cumplimiento parcial o defectuoso o el incumplimiento total de la obligación.

En quinto lugar, se establece plazos internos para la emisión del acto administrativo de imposición de penalidades, a efectos de que el Regulador pueda cumplir con comunicarle al Concesionario la imposición de la penalidad, salvo que el Contrato de Concesión establezca un plazo distinto. Así, establece los siguientes plazos:

- (i) Un plazo máximo de 10 días hábiles para que la Empresa Supervisora, el Supervisor In Situ, el profesional de la Jefatura de Contratos correspondiente de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN o la Gerencia de OSITRAN que en el ejercicio de sus funciones haya detectado posibles incumplimientos, informe a la Jefatura de Contratos correspondiente y a la Jefatura de Fiscalización el hallazgo detectado de posible incumplimiento de obligaciones contractuales.
- (ii) Un plazo máximo de 30 días hábiles para que la Jefatura de Contratos y la Jefatura de Fiscalización emitan su "Informe de Incumplimiento" o "Informe de Cumplimiento".
- (iii) Un plazo máximo de diez (10) días hábiles contados a partir del día siguiente de recepción del "Informe de Incumplimiento" o "Informe de Cumplimiento", para que la Gerencia de Supervisión y Fiscalización determine si corresponde la aplicación de una penalidad

En sexto lugar, respecto a la impugnación de las penalidades, se indica expresamente que el acto administrativo de imposición de penalidad que emite el OSITRAN puede ser impugnado utilizando el procedimiento previsto expresamente en el contrato de concesión; o en ausencia de previsión contractual, utilizando el mecanismo de impugnación previsto en la Ley N° 27444.

En séptimo lugar, respecto a los órganos competentes, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN, se señala que la Gerencia de Supervisión y Fiscalización constituye el órgano de línea, responsable de aplicar las penalidades a las empresas concesionarias en el marco de los contratos de concesión. En tal sentido, las impugnaciones respecto de las cuestiones que deriven de la ejecución de actividades de supervisión serán resueltas por la Gerencia General, mientras que no se instale el Tribunal de Asuntos Administrativos de OSITRAN, ello en aplicación del literal d) del Acuerdo N° 1820-546-15-CD-OSITRAN, emitido en el marco de las atribuciones otorgadas mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, a través del cual, el Consejo Directivo de OSITRAN acordó lo siguiente: *"Disponer que los casos vinculados con Procedimientos Administrativos Sancionadores, penalidades y otros asuntos que correspondan ser conocidos por el Tribunal en Asuntos Administrativos de OSITRAN, en concordancia con lo establecido en el artículo 209 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, serán conocidos por la Gerencia General, hasta la instalación e inicio de funciones del referido órgano colegiado."*



IV. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La aprobación de la propuesta de Directiva permitirá a OSITRAN contar con un procedimiento interno de toma de decisiones por parte de las instancias competentes en la aplicación, impugnación y cobro de penalidades, acorde con los mecanismos previstos en los contratos de concesión, y supletoriamente en lo que resulte aplicable, por el Código Civil, considerando la naturaleza civil de las penalidades, así como por la LPAG, dado que la decisión de imponer una penalidad y de resolver su impugnación se exterioriza –en el ámbito de OSITRAN, a través de actos administrativos. Cabe indicar que el proyecto de Directiva ha sido elaborado teniendo en consideración lo dispuesto por los propios contratos de concesión, así como la aplicación de las disposiciones legales vigentes.

En este sentido, mediante la presente Directiva no se está creando obligación de carácter sustantivo o procedimiento alguno a cargo de los concesionarios, sino que se está estableciendo un procedimiento interno uniforme que debe seguir el Regulador para la aplicación, impugnación y cobro de penalidades por incumplimiento de obligaciones contractuales en que incurran los concesionarios, *que permita generar predictibilidad para los concesionarios y que asegure la transparencia en su aplicación.*

Por último, esta norma ni su implementación generan costos ni gastos al Tesoro Público.

V. IMPACTO DE VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La presente Directiva se ajusta al marco normativo vigente que regula la actuación de OSITRAN.



IX. ANEXO: JUSTIFICACIÓN Y MARCO CONCEPTUAL DE LA DIRECTIVA PARA APLICACIÓN, IMPUGNACIÓN Y COBRO DE PENALIDADES EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN BAJO EL ÁMBITO DE OSITRAN

Mediante la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público, se crea el OSITRAN, con la misión de regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las entidades prestadoras que explotan infraestructura de transporte de uso público, así como de velar por el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y usuarios, y garantizando, de esta manera, la eficiencia de dichos mercados.

El inciso a) del artículo 5 de la Ley N° 26917, señala que OSITRAN tiene entre sus objetivos, el velar por el cabal cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de concesión vinculados a la infraestructura pública nacional de transporte, en tanto que su artículo 7 dispone que una de las principales funciones de OSITRAN es la de fiscalizar y supervisar los contratos de concesión con criterios técnicos desarrollando todas las actividades relacionadas al control posterior de los contratos bajo su ámbito. Asimismo, se establece como una de sus principales funciones el cobrar las 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.

El inciso a) del numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, establece que la función supervisora a cargo del Regulador comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por este Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas.

De otro lado, el artículo 21 del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias (REGO), establece que el OSITRAN supervisa el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las Entidades Prestadoras y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia, procurando que éstas brinden servicios adecuados a los Usuarios. En ese sentido, la verificación del cumplimiento de los compromisos contractuales se efectúa a partir del ejercicio legal de la función supervisora y fiscalizadora atribuida a OSITRAN, funciones que, en concordancia con el Principio de Autonomía establecido en el artículo 9 del REGO, se ejercen sin estar sujeto a mandato imperativo de ningún otro organismo, órgano o entidad del Estado, ni de ninguna persona natural o jurídica privada.

El numeral 11 del artículo 3 del Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM (ROF), establece que es una función de OSITRAN, el cobrar los derechos, tasas, penalidades y cualquier otro monto que deban pagar las Entidades Prestadoras, según lo establezcan la Ley, los contratos de concesión respectivos, y los Reglamentos aprobados por el Consejo Directivo del 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 de la materia y de lo establecido en los contratos de

concesión. Asimismo, conforme a lo dispuesto por el artículo 52 del ROF, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización constituye un órgano de línea, responsable de conducir, gestionar, evaluar, coordinar y ejecutar las actividades de supervisión y fiscalización relacionadas con la explotación de la infraestructura de transporte de uso público efectuada por las entidades prestadoras, indicando además el numeral 10 del artículo 53 del ROF, que la Gerencia de Supervisión y Fiscalización tiene entre sus funciones el aplicar penalidades a las empresas concesionarias en el marco de los contratos de concesión o normativa correspondiente.

La normativa expuesta coincide, de manera general¹, con lo establecido en los contratos de concesión bajo el ámbito de OSITRAN, en los que se reconoce el ejercicio de la función de supervisión a cargo del Regulador, y en los que también se establece que éste se encuentra facultado para imponer las penalidades previstas contractualmente y resolver las impugnaciones sobre las mismas, razón por la cual la actuación del Regulador debe regirse por los términos y condiciones pactados por las Partes (Concedente y Concesionario).

No obstante, debe tenerse presente que, al ser OSITRAN una entidad administrativa que, en ejecución de lo dispuesto en los contratos de concesión, emite decisiones frente a un administrado – en este caso, el Concesionario-, la actuación del Regulador se rige, en consecuencia, también bajo las disposiciones generales de actuación de las entidades de la Administración Pública, establecidas en la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General (LPAG), debiendo cumplir con observar los requisitos de validez del acto administrativo como son la competencia, objeto y contenido, finalidad pública, motivación, procedimiento regular, entre otras disposiciones que resulten aplicables acorde con la naturaleza de la actuación del Regulador derivada de los contratos de concesión.

Dicho esto, cabe indicar que aunque los contratos de concesión, en general, establecen los procedimientos en virtud de los cuales el OSITRAN impone las penalidades así como los mecanismos previstos para su impugnación y cobro, también ante el Regulador; se ha advertido la necesidad de regular un proceso interno de toma de decisiones por parte de las instancias competentes en la aplicación, impugnación y cobro de penalidades, acorde con los mecanismos previstos en los contratos de concesión, y supletoriamente en lo que resulte aplicable, por el Código Civil, considerando la naturaleza civil de las penalidades, así como por la LPAG, dado que la decisión de imponer una penalidad y de resolver su impugnación se exterioriza – en el ámbito de OSITRAN, a través de actos administrativos.

En particular, se advierte la necesidad de:

- (i) Establecer el plazo para la imposición de penalidades una vez detectado el incumplimiento contractual, a fin de generar una actuación oportuna del Regulador en la notificación de tal imposición, salvo que las Partes hayan pactado plazo expreso para ello en el contrato de concesión.

¹ Se dice de manera general, pues existen contratos de concesión en los que se reconoce, por ejemplo, la posibilidad de impugnar ante el Concedente la penalidad impuesta por el Regulador, o de cuestionar directamente la penalidad por medio de los mecanismos de solución de controversias. Asimismo, existen contratos de concesión en los que no se establece un procedimiento de impugnación ante OSITRAN.

- (ii) Establecer la vigencia de la UIT que deberá considerarse para definir el monto de la penalidad, salvo que las Partes hayan pactado una regulación para ello en el contrato de concesión o un valor distinto para la cuantificación de la penalidad. Para ello, consideramos que debe ser aquella que exprese el valor vigente al momento del pago tal como lo contempla el RIS, puesto que además generará incentivos en el Concesionario para un pago oportuno de la penalidad, puesto que la UIT se incrementa anualmente; por ello, en tales casos, la UIT que debe ser considerada será aquella vigente en el momento en que se efectúe el pago.
- (iii) Reconocer la posibilidad de que el acto administrativo de imposición de penalidad que emite el OSITRAN pueda ser impugnado ante el propio Regulador, utilizando el procedimiento previsto expresamente en el contrato de concesión; o en ausencia de previsión contractual sobre el procedimiento a seguir, utilizando el mecanismo de impugnación previsto en la LPAG, a fin de no afectar el derecho de defensa de los concesionarios, salvo que el contrato de concesión establezca mecanismo distinto de impugnación.
- (iv) Establecer las instancias del Regulador que son competentes para decidir la aplicación de penalidades así como para resolver las impugnaciones y proceder a su cobro, acorde con el Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN, a fin de generar certeza en la actuación del Regulador, salvo que el contrato de concesión establezca autoridad distinta para resolver la impugnación y proceder al cobro de la penalidad.

Estas situaciones conllevan a que sea necesario emitir la presente directiva, a efectos de transparentar la actuación del Regulador en la aplicación de la penalidad, así como en el trámite de su impugnación y cobro, y con ello generar predictibilidad frente a los concesionarios.

En ese contexto, reconociendo que la mayoría de contratos de concesión establecen procedimientos de aplicación, impugnación y cobro de penalidades a cargo del OSITRAN, los que deben ser observados obligatoriamente por el Regulador en su contenido y alcance, el objetivo de esta Directiva es regular un proceso interno de toma de decisiones por parte de las instancias competentes, acorde con los mecanismos previstos en los contratos de concesión, y supletoriamente, por el Código Civil y la Ley N° 27444 en lo que corresponda, a fin de generar y garantizar una actuación transparente, predecible y efectiva por parte del OSITRAN, así como garantizar el derecho de defensa de los concesionarios.

1. La naturaleza jurídica de la penalidad

El mecanismo contractual de las penalidades está regulado en los artículos 1341, 1342 y 1343 del Código Civil, en los siguientes términos:

"Artículo 1341.- El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el

íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores.

Artículo 1342.- Cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación.

Artículo 1343.- Para exigir la pena no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos. Sin embargo, ella sólo puede exigirse cuando el incumplimiento obedezca a causa imputable al deudor, salvo pacto en contrario”.

A partir de las definiciones citadas y de lo regulado en el Código Civil, puede definirse a la penalidad como el mecanismo pactado por las partes (en el caso de los contratos de concesión, por el Concesionario y Concedente) en el ejercicio de su autonomía privada, que busca garantizar el cumplimiento de una determinada obligación, imponiendo el pago de un monto indemnizatorio a favor de la parte contractual que se ve afectada por el incumplimiento de su contraparte. A través de ella se limita el resarcimiento por el incumplimiento de una prestación en particular. Es una obligación accesoria de una obligación principal que busca generar incentivos para que el deudor cumpla con la misma, determinando de manera previa el monto que se debería pagar, o como se determinará éste, en caso de incumplimiento. Barchi señala al respecto: “... la cláusula penal es una estipulación accesoria y tiene una clara función garantista. (...) Se trata a su turno de una obligación, pero accesoria que se suma a la relación obligatoria principal para reforzarla, agravando los alcances de la responsabilidad del deudor en caso de incumplimiento”².

Definiendo a la penalidad contractualmente establecida, Cárdenas Quirós señala lo siguiente: “(...) emplearemos indistintamente las expresiones “cláusula penal”, “obligaciones con cláusula penal” y “pena obligacional”. Sin embargo, la expresión más adecuada es la última (...) la cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación o por acto posterior a ella, en forma separada, si bien con vinculación directa con la obligación principal (...) la denominación “pena obligacional”, en cambio estará referida al mecanismo compulsivo derivado de una relación obligatoria constituido por una prestación de dar, hacer o no hacer que el deudor se obliga a ejecutar en el supuesto de inejecución total o de cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación principal”³.

De lo anterior se desprende que, a efectos de tener un mecanismo contractual de penalidades ejecutable, es necesario que el contrato haya establecido al menos de manera genérica qué incumplimientos garantiza y al menos debe haber establecido los parámetros para determinar la penalidad que será exigida al deudor, entendida ésta como una prestación de dar, hacer o no hacer. Adicionalmente, debe tenerse presente que – salvo pacto en contrario-, la penalidad será ejecutable siempre y cuando el incumplimiento sea por causa imputable al deudor.

Teniendo claro cuál es la definición de la cláusula penal y habiendo determinado cuáles son sus elementos esenciales, corresponde identificar cuáles son las funciones que ésta cumple al incorporarse a un contrato (cualquiera fuera su tipo, como la concesión por ejemplo), conforme a

² BARCHI, Luciano. “Código Civil Comentado”. Primera Edición, Gaceta Jurídica. p. 1104.

³ CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. “Reflexiones sobre la Mutabilidad e Inmutabilidad de la Pena Obligatoria”. En: Estudios de Derecho Privado. Lima: Ediciones Jurídicas, p. 349.

los intereses de las partes y de acuerdo a lo permitido por la Ley. Además de garantizar el cumplimiento de una obligación, el Código Civil y doctrina le ha asignado al mecanismo de penalidades las siguientes funciones:

- (i) Función compensatoria: si según la intención de las partes, la penalidad tiene una función compensatoria respecto del incumplimiento definitivo de la obligación sin interés futuro por parte del acreedor en su cumplimiento, éste podrá solicitar acumulativamente:
- El cálculo de la penalidad, el cual absorberá y liquidará en base al cálculo antelado de la misma, todos los daños y perjuicios derivados del incumplimiento (más allá de que estos puedan ser, al momento de incumplimiento, mayores o menores a dicho monto).
 - La devolución de la contraprestación entregada al deudor, si es que se hubiera realizado.

Conforme señalan Osterling y Castillo⁴, esta función compensatoria – recogida en el artículo 1341 del Código Civil – está destinada a que el acreedor pueda sustituir el incumplimiento definitivo de la obligación por la penalidad pactada (perdiendo el derecho el deudor a percibir la contraprestación). En estos casos, el acreedor ya no tiene interés en el cumplimiento de la obligación, por ende no solicita su cumplimiento y se entiende compensado con el cobro de la penalidad.

- (ii) Función moratoria (penalidad acumulativa): si según la intención de las partes, la penalidad busca resarcir el cumplimiento tardío de la obligación anticipando los daños que éste podría generar, el acreedor puede solicitar acumulativamente:
- El cumplimiento de la obligación;
 - El pago de la penalidad, el cual absorberá y liquidará en base al cálculo antelado de la misma, todos los daños y perjuicios derivados del incumplimiento tardío (más allá de que estos puedan ser, al momento de incumplimiento, mayores o menores a dicho monto).

Esta función moratoria de la penalidad, es recogida en el artículo 1342 del Código Civil, cuando señala que la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, otorgando al acreedor el derecho para exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación.

Como señalan Rebaza y Gutierrez⁵, esta función moratoria surtirá efectos para casos de incumplimientos temporales, en los que el acreedor aún tiene interés en la prestación, por lo que puede requerir tanto la penalidad (que indemniza la demora) como exigir el cumplimiento de la obligación.

⁴ OSTERLING, Felipe y CASTILLO, Mario. "Compendio de Derecho de Obligaciones". Palestra Editores, 2008, pp. 945-946.

⁵ REBAZA, Alfonso y GUTIERREZ, Walter. "Código Civil Comentado". Tomo VI Derecho de las Obligaciones. Gaceta Jurídica, p. 1054.

- (iii) Función indemnizatoria: si según la intención de las partes, la cláusula penal tiene una función indemnizatoria anticipada de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento, el acreedor puede solicitar acumulativamente:
- El cumplimiento de la obligación; y
 - El pago de la penalidad, el cual absorberá y liquidará en base al cálculo antelado de la misma, todos los daños y perjuicios derivados del incumplimiento (más allá de que estos puedan ser, al momento de incumplimiento, mayores o menores a dicho monto).

Como señalan Rebaza y Gutiérrez⁶, la función por excelencia que cumple la penalidad es la indemnizatoria, conforme se puede apreciar de la revisión del artículo 1341 del Código Civil (y también en el artículo 1342 al indemnizarse la mora en el cumplimiento de la obligación).

Esto considerando que lo que buscaron las partes al incorporar esta penalidad en el contrato, fue liquidar anticipadamente el quantum de los futuros daños que podrían derivarse del incumplimiento de la obligación que "garantiza". La principal utilidad de esta función es que libera al acreedor de la probanza de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento, bastándole con probar que el incumplimiento le es imputable al deudor para poder exigirle el pago de la penalidad.

Esto, salvo que como señala el artículo 1341, las partes pacten el daño ulterior. En dicho caso, el pago de la penalidad se computará como parte de la indemnización de los daños y perjuicios que el incumplimiento definitivo haya causado al acreedor. Como ya se ha señalado, en el caso del artículo 1341, el pago de la penalidad incluso incrementada por el daño ulterior, sustituye el cumplimiento de la obligación del deudor, no siendo posible exigir su cumplimiento.

- (iv) Función liberatoria: si según la intención de las partes, la cláusula penal tiene un efecto liberatorio del cumplimiento de la obligación que ésta garantiza, entonces, el acreedor puede exigir alternativamente entre exigir el cumplimiento de la obligación o el pago de la penalidad. Y en caso que haya otorgado la facultad al deudor, éste podrá optar – ante el incumplimiento de la obligación -, por pagar la penalidad y liberarse así del cumplimiento de la obligación que garantiza⁷.

A partir de lo señalado, ha quedado claramente establecido que el mecanismo de las penalidades tiene un origen contractual. Este mecanismo se utiliza para garantizar el cumplimiento de una obligación en favor del acreedor y, dependiendo de la intención de las partes, puede cumplir diversas funciones.

En el caso de los contratos de concesión, es claro que estos regulan intereses de carácter público y se regulan por normas sectoriales. No obstante, se rigen también supletoriamente por las disposiciones previstas en el Código Civil. En esa medida, los alcances de las obligaciones asumidas

⁶ REBAZA, Alfonso y GUTIERREZ, Op.cit., p. 1042.

⁷ DIEZ-PICAZO, Luis. "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial". Editorial Civitas, Madrid, 1996, p. 397.

en los contratos de concesión por el deudor (normalmente el Concesionario) a favor del acreedor (normalmente el Concedente), y las consecuencias de su incumplimiento – como la aplicación del mecanismo de penalidades por ejemplo -, deben ser revisados en base a las disposiciones de este marco normativo, en lo que corresponda.

2. Diferencia de la penalidad respecto de la sanción administrativa

Como se ha indicado, por su propia naturaleza, la penalidad está sujeta a un régimen de tipo contractual, diferenciándose del régimen administrativo sancionador. En efecto, a diferencia de la penalidad, la imposición de una sanción administrativa tiene una naturaleza punitiva, y su finalidad es desincentivar la comisión de determinada conducta indeseable conforme al marco normativo aplicable, donde el Estado vela por mantener el orden legal y el Estado de Derecho.

En palabras de Alejandro Nieto *"El objeto directo del Derecho Administrativo Sancionador es un ilícito específico – la infracción administrativa – para la que la ley establece una sanción, que es atribuida en concreto a un sujeto por la Administración a través de un procedimiento especial (el procedimiento sancionador) en el que determina la infracción con todas sus circunstancias materiales así como al autor con sus circunstancias personales. En nuestro Derecho actual es nota esencial de las infracciones que se encuentren descritas en una ley (principio de legalidad, reserva legal y mandato de tipificación legal)"*⁸.

Como puede advertirse, la potestad sancionadora del Estado se encuentra sujeta a los principios de legalidad y de tipicidad. Estos principios están establecidos en la LPAG. Así, según el Principio de Legalidad, las infracciones administrativas que dan lugar a sanciones se establecen a través de normas con rango de ley, salvo que mediante una norma del mismo rango se permita la tipificación en vía reglamentaria, con lo cual es claro que la potestad sancionadora de la administración (y, por tanto, de OSITRAN) no puede ser objeto de negociación entre el Concedente y Concesionario, pues es una facultad indisponible e irrenunciable por parte de la Administración.

Como bien señala Cassagne *"(...) el poder de configurar sanciones puede devenir tanto de la ley como de la legislación delegada (...) y esa potestad sancionatoria (...) no puede ser objeto de pacto en el contrato administrativo habida cuenta la indisponibilidad e irrenunciabilidad que configura a la figura de la potestad"*⁹.

De esta forma, la imposición de las sanciones administrativas – y de gravámenes en general- se rigen en su totalidad por la normativa, ya que *"... la potestad sancionadora constituye una competencia de gestión necesaria complementaria a la potestad de mando y corrección para el adecuado cumplimiento del orden administrativo establecido en procura del interés público"*¹⁰.

Lo expuesto se condice con lo señalado en el artículo 32º del REGO, el cual establece lo siguiente:

"Artículo 32.- Funciones Fiscalizadora y Sancionadora.

⁸ NIETO, Alejandro. "Derecho Administrativo Sancionador". Editorial Tecnos, 2005, p. 194.

⁹ CASSAGNE, Juan Carlos. "El Contrato Administrativo". Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2005, p. 142.

¹⁰ MORON URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica, 2001, p. 677.

El OSITRAN fiscaliza e impone sanciones y medidas correctivas a las Entidades Prestadoras por el incumplimiento de las normas, disposiciones y/o regulaciones establecidas por el OSITRAN y de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión respectivos.

Los órganos del OSITRAN ejercen las facultades contenidas en las normas emitidas por el Consejo Directivo, dictadas en el marco de las funciones fiscalizadora y sancionadora (...)."

Por su parte, acorde con el Principio de Tipicidad, sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley o normas reglamentarias mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. En el caso de OSITRAN, esa tipificación se encuentra establecida en su Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS).

En consecuencia, queda claro que, a diferencia de los mecanismos contractuales de penalidades que tienen su origen en la autonomía de las partes y tienen un fin resarcitorio, el régimen de infracciones y sanciones administrativas tiene un fin punitivo; y origen única y exclusivamente en la Ley. En efecto, es la Ley (o por remisión de esta, el Reglamento) la que identificando un ilícito específico, tipifica una infracción administrativa y le adscribe la aplicación de una sanción administrativa.

Debe tenerse presente que la infracción administrativa es declarada como tal porque el Estado considera acrede un orden digno de protección por el ordenamiento jurídico administrativo sancionador. Como señala Nieto: *"La infracción, en definitiva, es una acción humana que la ley ha declarado como tal por ser causante de un hecho natural que acrede un orden (físico, social o moral) que el ordenamiento jurídico considera digno de esa protección"*¹¹.

Por otro lado, la sanción es un mal o castigo impuesto al administrado por haber realizado una conducta ilegal. Citando a García de Enterría: *"Por sanción entendemos aquí un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal. Este mal (fin aflictivo de la sanción) consistirá siempre en la privación de un bien o un derecho, imposición de una obligación de pago de una multa"*¹².

En tal sentido, queda claro que por su naturaleza, las infracciones y sanciones administrativas son en esencia distintas, ya que a diferencia de las penalidades que buscan garantizar el cumplimiento de una obligación para un caso concreto (una concesión en particular), la infracción y sanción tienen una vocación *erga omnes* en el entendido de querer proteger un orden general dentro del ordenamiento jurídico.

Así, a partir de la revisión de las características y particularidades de los mecanismos contractuales de penalidades, y de los regímenes de infracciones y sanciones podemos identificar una serie de diferencias entre ellos:

¹¹ NIETO, Op.cit. p. 195.

¹² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "Curso de Derecho Administrativo". Tomo II. Temis Palestra Editores, 2011, p. 1064.

- Las penalidades tienen un origen contractual y son fruto de la autonomía privada de las partes; en cambio, el régimen de infracciones y sanciones administrativas tiene su origen en la Ley o norma reglamentaria y su tipificación surge a partir del ejercicio de la potestad sancionadora y funciones adscritas a ella.
- Las penalidades se establecen en los contratos. Sin embargo, el régimen de infracciones y sanciones no puede ser objeto de negociación y/o disposición por parte de la Administración (OSITRAN), siendo de aplicación obligatoria y no facultativa por mandato de la Ley;
- Las penalidades además se regirán para su evaluación y aplicación a lo pactado por las partes y, de manera supletoria, por lo establecido por el Código Civil y la LPAG, al imponerse mediante un acto administrativo, como se verá a continuación. En cambio, las infracciones y sanciones administrativas se rigen y aplican a través de un procedimiento administrativo sancionador.
- Las penalidades generan responsabilidad civil; en cambio las infracciones y sanciones generan una responsabilidad administrativa.

En conclusión, en aplicación de la norma imperativa contenida en el artículo 1362° del Código Civil, conforme a la cual, los contratos deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y la común intención de las Partes, OSITRAN debe seguir los procedimientos contractualmente pactados, tanto en lo referido a la aplicación de penalidades, como respecto del mecanismo de impugnación y de su cobro, no siendo posible aplicar disposiciones de un procedimiento administrativo sancionador.

3. La naturaleza del acto emitido por OSITRAN al imponer penalidades

El marco institucional y regulatorio peruano promueve la participación privada en proyectos de infraestructura de transporte de uso público de alcance nacional (puertos, aeropuertos, carreteras y ferrocarriles), bajo el mecanismo de contratos de concesión y las modalidades de Asociaciones Público – Privadas, estableciendo la participación de OSITRAN con el objeto de regular económicamente el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras, así como de supervisar y fiscalizar el cumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales.

La creación de OSITRAN obedece fundamentalmente a la necesidad de hacer creíbles las reglas de juego previstas en el marco regulatorio y en los contratos de concesión, a fin de que la inversión privada en proyectos de infraestructura de transporte de uso público, que involucran también la provisión de servicios públicos, se de en los niveles previstos en los contratos para maximizar el bienestar social, garantizando con ello un retorno adecuado a la inversión, la protección de los usuarios así como la eficiencia económica de los mercados.

Esta credibilidad de las reglas de juego se ha logrado encargando a un organismo técnico y especializado, alejado funcionalmente de otros poderes públicos, políticos o económicos, la misión de supervisar los contratos de concesión para promover eficiencia económica en los mercados; de ahí que la credibilidad de OSITRAN – a la vez que su justificación frente a sus *stakeholders*, al

mercado y la sociedad civil-, se sustenta, en esencia, en su actuar técnico pero también en su independencia y autonomía¹³.

En ese contexto, es importante tener en consideración que los contratos de concesión, en tanto contienen disposiciones de carácter particular, que han sido pactadas entre Concesionario y Concedente, en el ámbito de una relación contractual, deben ser respetados por el Regulador. Ello, considerando que el rol de OSITRAN es el de verificar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, generando con su actuación confianza en las partes y respeto por las reglas de juego pactadas.

No obstante ello, no se debe perder de vista que los contratos de concesión son suscritos por el Estado Peruano dentro del régimen especial de Asociaciones Público Privadas en materia de infraestructura de servicios de uso público y que el OSITRAN participa en la ejecución contractual en su calidad de Organismo Regulador que supervisa el contrato; por lo que, de acuerdo a lo establecido en la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos y la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo¹⁴, el Regulador actúa no solamente de manera independiente a las Partes (Concedente y Concesionario), sino también ejerciendo sus funciones y competencias, en aplicación del Principio de Legalidad, previsto en el artículo IV de la LPAG, en virtud del cual las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

En tal sentido, a efectos de analizar la naturaleza del acto emitido por OSITRAN cuando impone una penalidad, debe tenerse presente que dicho acto "determina" y "aplica" las penalidades establecidas en el contrato de concesión, siendo que a efectos de que el Regulador pueda emitir el pronunciamiento que permita ejecutar el mecanismo contractual de penalidad, debe cumplir dos labores interdependientes entre sí.

La primera corresponde a una labor de "determinación", la cual supone que OSITRAN debe verificar el incumplimiento de una obligación de cargo del Concesionario que haya sido determinada por el contrato de concesión como pasible de la aplicación de una penalidad; y luego calcular el monto de la penalidad a aplicar al concesionario sobre la base de los criterios y pautas pactados contractualmente para dichos efectos.

Sobre la base de los hallazgos y cálculos obtenidos en la labor interna de "determinación", luego se procede a realizar una segunda labor externa que es la de "aplicación de penalidades" y que depende de la primera. Esta labor consiste en comunicarle al concesionario la imputación de la penalidad contractual y requerirle el pago del monto al que asciende la misma, siguiendo el procedimiento contractual pactado para dichos efectos.

¹³ Ver GILARDI, F (2002) "Policy credibility and delegation to independent regulatory agencies: a comparative empirical analysis, *Journal of European Public Policy*, 9:6, pp. 875-876; Thatcher, M., Stone, A (2002) "Theory and Practice of Delegation to Non Majoritarian Institutions", *West European Politics*, 25:1, p. 3; Wonka, A., Rittberger, B (2010) "Credibility, Complexity and Uncertainty: Explaining the Institutional Independence of 29 EU Agencies, *West European Politics*, 33:4, 734.

¹⁴ Conforme a la Ley N° 27332, los Organismos Reguladores constituyen "... organismos públicos descentralizados adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera". En concordancia con ello, la Ley N° 29158, en su Título IV le atribuye a los Organismos Reguladores la calidad de Organismos Públicos Especializados, teniendo por tanto independencia para ejercer sus funciones con arreglo a su Leyes de Creación.

Acorde con lo anterior, podemos señalar que, al ser OSITRAN una entidad administrativa que, en ejecución de lo dispuesto en los contratos de concesión, realiza actuaciones frente a un administrado (el concesionario), el pronunciamiento emitido por OSITRAN producto de las labores de determinación y aplicación de penalidades contractuales, tiene la naturaleza de un acto administrativo. En efecto, la Ley de Creación de OSITRAN, así como el REGO establecen que este Regulador tiene como función "Velar por el cabal cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de concesión vinculados a la infraestructura pública nacional de transporte". En particular, el artículo 7.1 de la Ley de Creación de OSITRAN establece que "Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes: (...) b) Administrar, fiscalizar y supervisar los contratos de concesión con criterios técnicos desarrollando todas las actividades relacionadas al control posterior de los contratos bajo su ámbito (y) i) Cobrar los derechos, tasas y 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 (...)".

Asimismo, la Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley Nº 27332, establece que la función supervisora "(...) comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas (...)", en tanto que la aplicación de penalidades es una función del Regulador que se encuentra expresamente señalada en el numeral 11 del artículo 3 del ROF de OSITRAN, desprendiéndose del marco legal vigente, con claridad, que es en ejercicio de tal función, que el OSITRAN puede emitir un acto administrativo determinando y aplicando las penalidades contractuales establecidas.

Lo anterior tiene amparo en lo establecido por la LPAG, que define a los actos administrativos como "las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta".

De una simple lectura del artículo citado, puede apreciarse que tal pronunciamiento de OSITRAN puede ser definido – a la luz de la LPAG – como acto administrativo, toda vez que, como ya hemos señalado, la declaración emitida por OSITRAN se hace en ejercicio de la función de supervisión, siendo que tal declaración despliega efectos jurídicos respecto de las obligaciones que tienen los concesionarios en el marco de la ejecución de los contratos de concesión.

Comentando el concepto de acto administrativo esbozado en la LPAG, Morón señala que "El acto administrativo es el resultado jurídico de un proceso de exteriorización intelectual que es emanado de cualquiera de los órganos de las entidades, para concretar en un supuesto específico la potestad conferida por la ley"¹⁵. En la misma línea, Dromi señala que el acto administrativo es "la declaración unilateral efectuada en el ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa"¹⁶.

Siendo ello así, queda claro entonces que el pronunciamiento del Regulador determinando y aplicando las penalidades contractuales se rige, en consecuencia, también bajo las disposiciones

¹⁵ MORON URBINA, Op.cit., p. 119.

¹⁶ DROMI, Roberto. "Derecho Administrativo". Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2006, p. 354.

generales de actuación de las entidades de la Administración Pública, establecidas en la LPAG, debiendo cumplir con observar los requisitos de validez de los actos administrativos que emita, como son la competencia, objeto y contenido, finalidad pública, motivación, procedimiento regular, entre otras disposiciones que resulten aplicables acorde con la naturaleza de la actuación del Regulador derivada de los contratos de concesión.

Lo antes expuesto, desde luego, no quita que tal acto administrativo tenga una connotación y genere efectos de tipo contractual, al ser un acto de ejecución contractual de penalidades. De hecho lo tiene, atendiendo a la propia naturaleza civil de las penalidades, como se ha indicado en el acápite V.1 anterior, y al hecho de que el OSITRAN, al emitir el acto administrativo mediante el cual determina y aplica penalidades contractualmente establecidas, también está emitiendo una declaración conforme al Contrato de Concesión, precisamente porque da cumplimiento al mecanismo de penalidades pactado por el Concedente y el Concesionario.

Sobre el particular, García de Enterría señala que los actos administrativos son declaraciones unilaterales de la Administración *"aunque de los mismos pueda ser presupuesto de existencia un eventual consentimiento privado, o también producirse en la formación, aplicación, resolución o liquidación de un contrato"*¹⁷. En esa misma línea, Dromi señala que *"el acto no deja de ser administrativo porque sus efectos...puedan estar comprendidos dentro del marco del derecho privado"*¹⁸.

En consecuencia, el acto administrativo por el cual se imputa el incumplimiento al Concesionario y se determina el monto que éste debe pagar a favor del Estado a título de penalidad, se emite necesariamente para dar cumplimiento al mecanismo de penalidades pactado por el Concedente y el Concesionario, siendo por tanto el Contrato de Concesión el que da contenido y determina el acto administrativo en virtud del cual el OSITRAN decide imponer penalidades.

4. Plazo para la emisión del acto administrativo de imposición de penalidades

La labor de "determinación" que le corresponde realizar al OSITRAN que, como se ha indicado, implica llevar a cabo actuaciones administrativas internas que le permitan identificar el incumplimiento de la obligación del Concesionario pasible de ser penalizada contractualmente, constituye la base para que se realice una segunda labor externa que es la de "aplicación de penalidades" a través de la emisión del acto administrativo que despliega efectos jurídicos en la esfera del concesionario.

En efecto, esta segunda labor consiste en comunicarle al concesionario el acto administrativo de imputación de la penalidad contractual y requerirle el pago del monto al que asciende la misma, siguiendo el procedimiento contractual pactado para dichos efectos, siendo que es esa comunicación del acto administrativo, el que puede ser objeto de un procedimiento de impugnación, aplicando el mecanismo pactado por las Partes

En consecuencia, dado que el incumplimiento y la aplicación de la penalidad se exterioriza conjuntamente a través de la emisión de un acto administrativo que se comunica al Concesionario,

¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Op.cit., p. 584.

¹⁸ DROMI, Op.cit., p. 358.

debe establecerse plazos máximos para que la actuación interna del Regulador, sea oportuna y eficaz.

Así, salvo que las Partes hayan pactado plazo expreso para esta actuación interna en el contrato de concesión, la Directiva establece tres plazos internos a efectos de que el Regulador pueda cumplir con comunicarle al Concesionario la imposición de la penalidad, tomando como base supletoriamente el plazo máximo de 30 días hábiles previsto en la LPAG, acorde con la actuación de los órganos respectivos:

- (i) Un plazo máximo para que luego de concluir las actividades de supervisión, en sus distintas modalidades, programadas en el Plan de Supervisión o efectuadas de cualquier otra forma sobre la base de la información que remita la Empresa Supervisora, el Supervisor In Situ y/o las unidades orgánicas de OSITRAN, el profesional de la Jefatura de Contratos correspondiente de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN informe los hechos que configurarían incumplimiento contractual por parte de las empresas concesionarias, que generen la aplicación de penalidades, a la Jefatura de Contratos correspondiente y a la Jefatura de Fiscalización.
- (ii) Un plazo máximo para que la Jefatura de Contratos y la Jefatura de Fiscalización emitan su "Informe de Incumplimiento", recomendando a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización la aplicación de una penalidad a la Entidad Prestadora, estableciendo que dicho plazo podrá ser prorrogado, por razones justificadas.

Ello, sin perjuicio de que, en caso se advierta la existencia de un incumplimiento, la Jefatura de Contratos requiera a la empresa concesionaria el cumplimiento efectivo de la obligación debida, independientemente de la aplicación de las penalidades, conforme a lo establecido en el artículo 65 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, así como su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 410-2015-EF, según el cual la aplicación de penalidades no exime al inversionista del cumplimiento efectivo de las obligaciones contractuales, salvo previsión en contrario en los contratos de concesión.

- (iii) Un plazo máximo para que la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, en su calidad de órgano de primera instancia, comunique al Concesionario el acto administrativo de imposición de la penalidad (que contiene tanto la imputación de incumplimiento como la determinación del monto de la penalidad).

De esta forma se busca establecer, en el ámbito interno de OSITRAN, una actuación oportuna y predecible por parte del órgano competente en primera instancia en la detección del incumplimiento y la aplicación de la penalidad.

5. Determinación de monto de la penalidad

Como se indicó anteriormente, cuando OSITRAN emite el acto administrativo por el cual "determina" y "aplica" las penalidades establecidas en el contrato de concesión, debe cumplir

generalmente dos labores interdependientes entre sí. La primera de ellas corresponde a una labor de "determinación", la cual supone que OSITRAN debe, a través de sus órganos competentes, realizar las actuaciones administrativas internas que le permitan identificar el incumplimiento de la obligación del Concesionario pasible de ser penalizada contractualmente y determinar el monto que corresponde pagar al concesionario, de manera previa a la "aplicación de penalidades" a través de la emisión del acto administrativo.

En el caso de los contratos de concesión, la determinación del incumplimiento y la consecuente imposición de la penalidad se traducen en el pago de una suma de dinero, que debe efectuar el Concesionario al Concedente, y que generalmente en los contratos de concesión es determinada en función de la unidad impositiva tributaria. Como es sabido, la UIT tiene un margen de variación cada año, por lo que resulta importante determinar la UIT aplicable para definir el monto de la penalidad que se determina en función del valor de la UIT.

Al respecto, se advierte que existen contratos de concesión en los que se ha acordado en forma expresa qué UIT es aplicable para determinar el monto de la penalidad¹⁹. Dado que la penalidad es una figura contractual su aplicación debe regirse por el acuerdo entre las partes. En esa medida, la UIT a considerar debe ser aquella definida en el contrato de concesión, por lo que la actuación del Regulador debe sujetarse, para la determinación del monto de la penalidad, a lo que establezca expresamente el contrato.

No obstante, se advierten contratos de concesión en los que no se regula la UIT aplicable, por lo que a fin de evitar discrecionalidad en la determinación de la UIT por parte del Regulador, la UIT que debe ser considerada, para el caso de las penalidades que tienen por objeto indemnizar al Concedente por la demora en el cumplimiento de la obligación, será aquella vigente en el momento en que se comunique al concesionario sobre la obligación incumplida y se le exija que se proceda a su ejecución, de conformidad con lo establecido en el artículo 1333 del Código Civil²⁰, salvo que exista previsión expresa en el Contrato de Concesión para la mora automática o que se configure alguno de los supuestos previstos en dicha norma.

Por ejemplo, la mora automática se puede producir, no solamente cuando la ley o el Contrato de Concesión lo declaren expresamente, sino también 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, lo que sucedería cuando el propio Contrato de Concesión incorpora la suma de varias obligaciones que están consideradas en ser ejecutadas respetando un cronograma detallado, dependiente una de otra, en el cual el incumplimiento o cumplimiento tardío significan el retraso de las siguientes.

¹⁹ Por ejemplo, en el Contrato de Concesión para el Proyecto Línea 2 y Ramal Av. Faucett – Av. Gambetta de la red básica del metro de Lima y Callao se indica expresamente lo siguiente: "El monto de la UIT a considerar será la vigente al momento de la aplicación de la penalidad correspondiente".

²⁰ Código Civil:

Artículo 1333.- Incurrir 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.

Asimismo, para el caso de las penalidades que buscan indemnizar el daño producido por el cumplimiento parcial o defectuoso o el incumplimiento total de la obligación, la UIT que debe ser considerada será aquella que se encontraba vigente al momento en que se incurrió en el incumplimiento que motiva la imposición de la penalidad, ya que en aplicación supletoria del Código Civil, dichas penalidades no requieren intimación en mora.

En conclusión, en aplicación de la norma imperativa contenida en el artículo 1362° del Código Civil, conforme a la cual, los contratos deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y la común intención de las Partes, OSITRAN debe observar, para la determinación del monto de la penalidad, la UIT aplicable acordada en los contratos de concesión, y supletoriamente las disposiciones del Código Civil en los casos en los que no esté regulado.

6. Plazo para la emisión del acto administrativo de imposición de penalidades

La labor de "determinación" que le corresponde realizar al OSITRAN que, como se ha indicado, implica llevar a cabo actuaciones administrativas internas que le permitan identificar el incumplimiento de la obligación del Concesionario pasible de ser penalizada contractualmente, constituye la base para que se realice una segunda labor externa que es la de "aplicación de penalidades" a través de la emisión del acto administrativo que despliega efectos jurídicos en la esfera del concesionario.

En efecto, esta segunda labor consiste en comunicarle al concesionario el acto administrativo de imputación de la penalidad contractual y requerirle el pago del monto al que asciende la misma, siguiendo el procedimiento contractual pactado para dichos efectos, siendo que es esa comunicación del acto administrativo, el que puede ser objeto de un procedimiento de impugnación, aplicando el mecanismo pactado por las Partes

En consecuencia, dado que el incumplimiento y la aplicación de la penalidad se exterioriza conjuntamente a través de la emisión de un acto administrativo que se comunica al Concesionario, debe establecerse plazos máximos para que la actuación interna del Regulador, sea oportuna y eficaz.

Así, salvo que las Partes hayan pactado plazo expreso para esta actuación interna en el contrato de concesión, la Directiva establece tres plazos internos a efectos de que el Regulador pueda cumplir con comunicarle al Concesionario la imposición de la penalidad, tomando como base supletoriamente el plazo máximo de 30 días hábiles previsto en la LPAG, acorde con la actuación de los órganos respectivos:

- (i) Un plazo máximo para que luego de concluir las actividades de supervisión, en sus distintas modalidades, programadas en el Plan de Supervisión o efectuadas de cualquier otra forma sobre la base de la información que remita la Empresa Supervisora, el Supervisor In Situ y/o las unidades orgánicas de OSITRAN, el profesional de la Jefatura de Contratos correspondiente de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN informe los hechos que configurarían incumplimiento contractual por parte de las empresas concesionarias, que generen

la aplicación de penalidades, a la Jefatura de Contratos correspondiente y a la Jefatura de Fiscalización.

- (ii) Un plazo máximo para que la Jefatura de Contratos y la Jefatura de Fiscalización emitan su "Informe de Incumplimiento", recomendando a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización la aplicación de una penalidad a la Entidad Prestadora, estableciendo que dicho plazo podrá ser prorrogado, por razones justificadas.

Ello, sin perjuicio de que, en caso se advierta la existencia de un incumplimiento, la Jefatura de Contratos requiera a la empresa concesionaria el cumplimiento efectivo de la obligación debida, independientemente de la aplicación de las penalidades, conforme a lo establecido en el artículo 65 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, así como su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 410-2015-EF, según el cual la aplicación de penalidades no exime al inversionista del cumplimiento efectivo de las obligaciones contractuales, salvo previsión en contrario en los contratos de concesión.

- (iii) Un plazo máximo para que la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, en su calidad de órgano de primera instancia, comunique al Concesionario el acto administrativo de imposición de la penalidad (que contiene tanto la imputación de incumplimiento como la determinación del monto de la penalidad).

De esta forma se busca establecer, en el ámbito interno de OSITRAN, una actuación oportuna y predecible por parte del órgano competente en primera instancia en la detección del incumplimiento y la aplicación de la penalidad.

7. De la impugnación de las penalidades

En cuanto a la impugnación de penalidades, la gran mayoría de contratos de concesión establecen los procedimientos a seguir para impugnar las penalidades, por lo que en aplicación de la norma imperativa contenida en el artículo 1362° del Código Civil, corresponderá al Regulador observar estrictamente el mecanismo que haya sido pactado por el Concedente y el Concesionario, al emitir el acto administrativo por el cual resuelve la impugnación.

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

Adicionalmente, existen otros contratos de concesión que, aunque prevén la aplicación de penalidades en caso de incumplimiento del Concesionario, no han establecido si el acto que determina y aplica las penalidades es impugnabile o no ni han remitido directamente la impugnación a la cláusula de solución de controversias. En estos casos, debe considerarse que la autoridad responsable legalmente de supervisar el cumplimiento de las obligaciones contractuales es un organismo regulador autónomo e independiente, esto es, el OSITRAN, y no el Concedente que es contraparte de la empresa concesionaria en la relación concesional. Siendo ello así, el acto

administrativo de imposición de penalidad que emita en estos casos el Regulador será susceptible de ser impugnado, como cualquier declaración de la Administración. Esto significa que el Concesionario podrá cuestionar el pronunciamiento del Regulador, a través del mecanismo de impugnación administrativo previsto en la Ley N° 27444. Ello, a fin de no afectar su derecho de defensa.

8. De los órganos competentes

Conforme a lo dispuesto por el artículo 52 del ROF de OSITRAN, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización constituye el órgano de línea, responsable de aplicar las penalidades a las empresas concesionarias en el marco de los contratos de concesión. Consecuentemente, y tal como se ha indicado en el acápite V.5 de la presente Directiva, corresponderá a dicha Gerencia emitir el acto administrativo de imposición de penalidades, en su calidad de órgano de primera instancia.

Asimismo, cabe indicar que, conforme con el artículo 22° del REGO, concordado con la Tercera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo N° 114-2013-PCM y lo dispuesto por el Acuerdo de Consejo Directivo N° 1799-542-158-CD-OSITRAN y el Acuerdo de Consejo Directivo N° 1820-546-15-CD-OSITRAN, las impugnaciones respecto de las cuestiones que deriven de la ejecución de actividades de supervisión, como es la impugnación de las penalidades impuestas por el Regulador, serán resueltas por la Gerencia General, mientras que no se instale el Tribunal de Asuntos Administrativos de OSITRAN.

En consecuencia, corresponderá observar las competencias antes señaladas, a fin de garantizar la validez del pronunciamiento del Regulador.

