

 OSITRAN	NOMBRE DE LA DIRECTIVA			CODIGO
	DIRECTIVA PARA APLICACIÓN, IMPUGNACIÓN Y COBRO DE PENALIDADES EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN BAJO EL ÁMBITO DE OSITRAN			DIR-GSF-GA-001-16
	ELABORADO POR	GSF-GA	APROBADO POR	CONSEJO DIRECTIVO
	REVISADO POR	GPP – GAJ – GG	RESOLUCIÓN N°	050-2016-CD-OSITRAN

I. FINALIDAD

La presente Directiva tiene como finalidad establecer reglas que generen transparencia y predictibilidad en el accionar de OSITRAN respecto de los procedimientos a su cargo referidos a la aplicación, impugnación y cobro de penalidades por incumplimiento de obligaciones contractuales en que incurran las empresas concesionarias, conforme a los mecanismos previstos expresamente en los contratos de concesión, a fin que el Regulador lleve a cabo su actuación en forma eficiente, eficaz y con la celeridad del caso en los procedimientos referidos.

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 de OSITRAN en los procedimientos a su cargo referidos a la aplicación y/o impugnación de penalidades, así como de su cobro, conforme a los mecanismos previstos expresamente en los contratos de concesión, y supletoriamente, por el Código Civil y demás normatividad aplicable.

III. BASE NORMATIVA

- 3.1 Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público, Ley N° 26917 y sus modificatorias.
- 3.2 Ley Marco de Organismo Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332 y sus modificatorias.
- 3.3 Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 (LPAG).
- 3.4 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.
- 3.5 Código Civil, Decreto Legislativo N° 295 y sus modificatorias.

3.6 Reglamento General de OSITRAN, Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias (REGO).

3.7 Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM (ROF).

IV. ALCANCE

La presente Directiva es de alcance a todas las Jefaturas y Gerencias de OSITRAN que participan en la verificación del cumplimiento de las obligaciones de los concesionarios, así como en los procedimientos a su cargo referidos a la aplicación, impugnación y cobro de penalidades a las empresas concesionarias, previstos expresamente en los Contratos de Concesión de Infraestructura de Transporte de Uso Público.

V. DISPOSICIONES GENERALES

V.1 Aplicación supletoria de la Directiva

La Directiva se aplica de manera supletoria a lo establecido en los Contratos de Concesión en los que se hayan previsto procedimientos a cargo de OSITRAN respecto a la aplicación y/o impugnación de penalidades, así como de su cobro, estableciendo plazos para la actuación oportuna y célere del Regulador, así como los criterios necesarios para la oportuna y adecuada aplicación, impugnación y cobro de penalidades.

En aquellos casos donde el Contrato de Concesión haya establecido un procedimiento específico distinto o disposiciones distintas a las establecidas en la presente Directiva, se aplicará lo dispuesto por el Contrato de Concesión”.

V.2 Principios aplicables a la imposición de penalidades por parte de OSITRAN

Los siguientes principios son aplicables en los pronunciamientos de aplicación de penalidades a las empresas concesionarias que emita el OSITRAN. Dichos principios tienen carácter enunciativo y no taxativo:

Principio de obligatoriedad del Contrato.- Conforme a lo dispuesto por los artículos 1361 y 1362 del Código Civil, corresponde al OSITRAN supervisar los contratos de concesión, teniendo en consideración que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos y que deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y la común intención de las Partes. En este sentido, lo dispuesto en el Contrato de Concesión prevalecerá sobre cualquier disposición de la presente Directiva que se oponga a lo establecido en el mismo.

Principio de Celeridad.- La actuación administrativa del OSITRAN en la aplicación, impugnación y cobro de penalidades, 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.

Principio de Predictibilidad.- OSITRAN deberá 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.

Principio de Transparencia.- OSITRAN vela por la adecuada transparencia en su gestión y en la toma de decisiones de cualquiera de sus órganos, así como en el desarrollo de sus funciones. Toda decisión de cualquier órgano del OSITRAN debe ser debidamente motivada y adoptarse de tal manera que los criterios a utilizarse sean conocidos y predecibles.

VI. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS

VI.1 Disposiciones para la aplicación de penalidades

- 6.1.1. Salvo disposición distinta del Contrato de Concesión, 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 informará 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, en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles de culminadas las actividades de supervisión correspondientes. Para tales efectos, el profesional de la Jefatura de Contratos correspondiente, antes de emitir su informe, verificará que se haya comunicado a la respectiva empresa concesionaria la existencia de un potencial incumplimiento contractual, requiriéndole su cumplimiento, sin perjuicio de otorgarle la posibilidad de que presente sus descargos en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles, prorrogables por similar plazo sujeto a solicitud fundamentada.
- 6.1.2 La Jefatura de Contratos correspondiente y la Jefatura de Fiscalización, en un plazo no mayor de treinta (30) días hábiles de recibido el informe antes mencionado evaluarán el mismo, y elaborarán de manera conjunta el "Informe de Incumplimiento", recomendando a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización la aplicación de una penalidad a la empresa concesionaria, o el "Informe de Cumplimiento", recomendando la no aplicación de penalidades y archivamiento del expediente, según corresponda.
- 6.1.3 El "Informe de incumplimiento" deberá contar con las características que establece el Reglamento General de Supervisión aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 024-2011-CD-OSITRAN y sus modificatorias, en lo que resulte aplicable por la naturaleza contractual de la penalidad, encontrándose a cargo de la Jefatura de Contratos correspondiente el emitir pronunciamiento sobre los hechos ocurridos e incumplimiento en el que ha incurrido el concesionario, en tanto que la Jefatura de Fiscalización se pronunciará sobre la calificación del incumplimiento, determinando si corresponde la aplicación de una penalidad y, de ser el caso, el monto de la penalidad que sería aplicable, de acuerdo a las condiciones y términos previstos explícitamente en el Contrato de Concesión, de conformidad con las competencias establecidas en el ROF de OSITRAN. En caso se

determine que lo que corresponde es aplicar una sanción administrativa, se deberá aplicar el procedimiento correspondiente, en el marco de la normativa sancionadora vigente, salvo disposición distinta prevista en el contrato de concesión.

- 6.1.4 En caso que la Jefatura de Contratos y la Jefatura de Fiscalización presenten discrepancia sobre el cumplimiento o incumplimiento, cada una de ellas elaborará su informe por separado. Para ello, la Jefatura de Contratos correspondiente contará con un plazo de veinte (20) días hábiles posteriores a la recepción del informe del profesional para presentar a la Jefatura de Fiscalización su correspondiente informe; y, la Jefatura de Fiscalización contará con un plazo de veinte (20) días hábiles posteriores a la recepción de dicho informe para elaborar su informe respectivo y presentarlos a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización.
- 6.1.5 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, indicándole el plazo respectivo para su absolución con la finalidad de obtener la información que resulte necesaria, el cual no podrá ser menor de 10 días hábiles, debiéndose cumplir con los principios de celeridad y razonabilidad en el requerimiento de la información. En este caso, se interrumpirá el plazo indicado en los numerales 6.1.2 y 6.1.4 de la presente Directiva, reiniciándose el cómputo del mismo luego de recibida la información solicitada. Asimismo, la Jefatura de Contratos correspondiente podrá realizar acciones de supervisión complementarias en caso resulte necesario.
- 6.1.6 Previa solicitud debidamente fundamentada por parte de la Jefatura de Contratos correspondiente y la Jefatura de Fiscalización, el plazo señalado en los numerales 6.1.2 y 6.1.4 de la presente Directiva podrá ser prorrogado por única vez, por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, en diez (10) días hábiles adicionales.
- 6.1.7 La Gerencia de Supervisión y Fiscalización determinará, a través de acto administrativo sustentado, si corresponde la aplicación de una penalidad, procediendo a la imposición de la penalidad o disponiendo el archivamiento del expediente, lo cual deberá realizarse en un plazo máximo de diez (10) días hábiles contados a partir del día siguiente de recepción del "Informe de Incumplimiento" o "Informe de Cumplimiento", de ser el caso.

En caso se determine la existencia de un incumplimiento por parte de la empresa concesionaria y por tanto, que corresponde la aplicación de una penalidad, salvo disposición distinta prevista en el contrato de concesión, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, deberá, en el mismo acto:

- a) Requerir a la empresa concesionaria el cumplimiento efectivo de la obligación debida, en caso la misma aún no haya sido cumplida por la empresa concesionaria.
- b) Aplicar la penalidad que corresponda.

- 6.1.8 El monto de la penalidad se determinará según el valor de la Unidad Impositiva Tributaria (UIT) u otro valor definido en los contratos de concesión. En caso que éstos no establezcan cuál es el valor de la UIT aplicable para determinar el monto de la penalidad, la UIT que debe

ser considerada, es aquella que estaba vigente a la fecha en que se incurrió o se inició el incumplimiento que motiva la imposición de la penalidad.

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.

VI.2 Disposiciones en materia de impugnación de penalidades

- 6.2.1. En caso el Concesionario impugne la penalidad impuesta por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, conforme al procedimiento de impugnación previsto en el Contrato de Concesión, y esta sea recibida por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, la misma, dentro del plazo de un (1) día hábil, elevará el cuestionamiento al Tribunal de Asuntos Administrativos o la Gerencia General de OSITRAN, en tanto se implemente el citado Tribunal, a fin de que se resuelva, en segunda instancia, conforme al procedimiento establecido en el Contrato de Concesión.
- 6.2.2 El plazo para resolver las impugnaciones contra las penalidades que interpongan las empresas concesionarias será el que establezca cada Contrato de Concesión. En caso que el Contrato de Concesión no haya establecido plazo alguno para resolver las impugnaciones que presenten las empresas concesionarias, éstos deberán resolverse en un plazo máximo de 10 días hábiles, computados a partir del día siguiente de recibida la impugnación.
- 6.2.3 El plazo previsto para el pago de penalidades quedará suspendido según lo establezca cada Contrato de Concesión. En caso que el Contrato de Concesión no establezca previsión alguna, la suspensión operará en tanto el Tribunal de Asuntos Administrativos o la Gerencia General de OSITRAN, no resuelva la impugnación presentada por el Concesionario, reiniciándose el cómputo del plazo de pago, en caso se confirme la imposición de la penalidad.
- 6.2.4. En aquellos casos en los cuales el Tribunal de Asuntos Administrativos o la Gerencia General de OSITRAN, en tanto se implemente el citado Tribunal, requiera información adicional a fin de resolver el recurso impugnativo, la solicitará al Concesionario o a otras entidades, otorgándole un plazo no menor de 10 días hábiles para su absolución, con la finalidad de obtener la información que resulte necesaria. En este caso, se interrumpirá el plazo indicado en el numeral 6.2.2 de la presente Directiva.

VI.3 Disposiciones para el cobro de penalidades

- 6.3.1 En el caso que la empresa concesionaria no haya presentado impugnación dentro del plazo establecido en el Contrato de Concesión o en la presente Directiva, según corresponda, la Jefatura de Fiscalización, una vez vencido el plazo de impugnación, remitirá a la Jefatura de Tesorería de la Gerencia de Administración, el cargo de la notificación de la penalidad impuesta a la empresa concesionaria, a fin que verifique si cumplió con efectuar el pago de la penalidad aplicada.

- 6.3.2 En caso la Jefatura de Tesorería verifique que la empresa concesionaria no efectuó el pago de la penalidad dentro del plazo previsto en el Contrato de Concesión, realizará el cobro de la misma, observando el mecanismo contractualmente establecido.
- 6.3.3 Una vez realizado el cobro de la penalidad, la Jefatura de Tesorería de la Gerencia de Administración procederá a remitir el monto cobrado, al destino que establezca el Contrato de Concesión. A falta de previsión en el contrato de concesión, en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles, se deberá solicitar al Concedente que indique la cuenta bancaria para que se proceda a la transferencia o depósito respectivo.
- 6.3.4 Ante la falta de pago de una penalidad en el plazo contractualmente establecido, corresponderá a la Jefatura de Contabilidad de la Gerencia de Administración liquidar los intereses legales de conformidad con el Código Civil y remitir a la Jefatura de Tesorería para efectuar el cobro correspondiente y transferir el monto de la penalidad al Concedente. No se aplicarán intereses legales en aquellos casos en los que el contrato de concesión prevea la posibilidad de que una vez vencido el plazo contractual para el pago de penalidades por el concesionario, el cobro de las mismas sea efectuado a través de la ejecución de garantías.

VII. RESPONSABILIDADES

- 7.1 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.
- 7.2 La Gerencia de Supervisión y Fiscalización y la Gerencia de Administración desarrollan o actualizan el procedimiento documentado de la presente Directiva, y lo remiten a la Gerencia General para su aprobación y comunicación a todos los órganos del OSITRAN, previa opinión de la Gerencia de Planeamiento y Presupuesto y de la Gerencia de Asesoría Jurídica.

VIII. DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL ÚNICA

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.

IX. DISPOSICIÓN TRANSITORIA FINAL ÚNICA

La presente Directiva será de aplicación a aquellos procedimientos de aplicación de penalidades que se inicien a partir de su entrada en vigencia. A los procedimientos que se hubieren iniciado con anterioridad, no les será de aplicación la presente Directiva.

X. 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.

De esta manera, en ejercicio de la función de supervisión asignada a OSITRAN, este Regulador se encontrará facultado a imponer las penalidades previstas contractualmente así como a resolver las impugnaciones que se presenten sobre el particular, en todos aquellos casos donde el Contrato de Concesión haya otorgado dicha función a OSITRAN, siendo el caso que 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 en aquellos casos donde los contratos de concesión 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.
- (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.
- (iii) Regular el procedimiento interno a seguir por los órganos de OSITRAN ante impugnaciones del acto administrativo de imposición de penalidad que emite el

OSITRAN, de acuerdo al procedimiento previsto expresamente en el contrato de concesión.

- (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, siempre teniendo en consideración que la intervención de OSITRAN en el caso de la aplicación y/o impugnación de penalidades se dará únicamente cuando tales procedimientos estén a cargo de OSITRAN en virtud del Contrato de Concesión.

En ese contexto, 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"¹.

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 inexecución total o de cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación principal"².

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 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.

¹ BARCHI, Luciano. "Código Civil Comentado". Primera Edición, Gaceta Jurídica. p. 1104.

² CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. "Reflexiones sobre la Mutabilidad e Inmutabilidad de la Pena Obligatoria". En: Estudios de Derecho Privado. Lima: Ediciones Jurídicas, p. 349.

Conforme señalan Osterling y Castillo³, 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 Gutierrez⁴, 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.

- (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 Gutiérrez⁵, 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).

³ OSTERLING, Felipe y CASTILLO, Mario. "Compendio de Derecho de Obligaciones". Palestra Editores, 2008, pp. 945-946.

⁴ REBAZA, Alfonso y GUTIERREZ, Walter. "Código Civil Comentado". Tomo VI Derecho de las Obligaciones. Gaceta Jurídica, p. 1054.

⁵ REBAZA, Alfonso y GUTIERREZ, Op.cit., p. 1042.

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 garantiza⁶.

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 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*

⁶ DIEZ-PICAZO, Luis. “Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial”. Editorial Civitas, Madrid, 1996, p. 397.

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)”⁷.

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”⁸.

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”⁹.

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

“Artículo 32.- Funciones Fiscalizadora y Sancionadora.

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

⁷ NIETO, Alejandro. “Derecho Administrativo Sancionador”. Editorial Tecnos, 2005, p. 194.

⁸ CASSAGNE, Juan Carlos. “El Contrato Administrativo”. Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2005, p. 142.

⁹ MORON URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica, 2001, p. 677.

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 agreda 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 agreda un orden (físico, social o moral) que el ordenamiento jurídico considera digno de esa protección"*¹⁰.

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 multa¹¹."

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:

- 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.

¹⁰ NIETO, Op.cit. p. 195.

¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "Curso de Derecho Administrativo". Tomo II. Temis Palestra Editores, 2011, p. 1064.

- 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 autonomía¹².

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

¹² 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.

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 Ejecutivo³³, 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.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la penalidad nace y se ejecuta considerando lo pactado por las partes en los Contratos de Concesión, OSITRAN deberá seguir los procedimientos contractualmente pactados, tanto en lo que respecta a la aplicación de penalidades como en lo referido a la resolución de impugnaciones contra las mismas.

No obstante ello, debe tenerse presente que, al ser OSITRAN un Organismo Regulador y, por tanto, una entidad administrativa que ejerce su función de supervisión (establecida legalmente y reconocida contractualmente), sus decisiones respecto a la imposición de penalidades y resolución e impugnaciones **son actos administrativos**, sin perjuicio de lo cual también **tienen efectos contractuales**.

¿Por qué son actos administrativos?

A efectos de analizar la naturaleza del pronunciamiento emitido por OSITRAN, corresponde remitirnos a qué debe entenderse por la decisión emitida por el Regulador a través del cual “determina” y “aplica” las penalidades establecidas en el Contrato. A efectos de que OSITRAN

³³ 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.

pueda emitir el pronunciamiento que permita ejecutar cualquiera de los mecanismos contractuales de penalidades pactados en los Contratos de Concesión, deben cumplirse 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 establecida por el Contrato 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.

Como puede verse esta es una labor "ad intra" realizada por OSITRAN, mediante la cual verifica a través de sus órganos competentes el incumplimiento de una obligación del Concesionario pasible de ser penalizada contractualmente; calculando a su vez — conforme a los parámetros contractualmente establecidos — el monto al que asciende la misma.

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 las 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.

En base a la precisión terminológica antes realizada, podemos señalar que el pronunciamiento emitido por OSITRAN fruto de las labores de determinación y aplicación de las penalidades contractuales antes reseñadas, tiene la naturaleza de un acto administrativo emitido en ejercicio de la función pública de supervisión reconocida a su cargo (que explicaremos a continuación). Dicho acto administrativo despliega a su vez efectos contractuales, ya que al emitirse se está ejecutando el mecanismo de penalidades pactado por el Concedente y Concesionario en los respectivos Contratos de Concesión.

A continuación desarrollaremos la función de supervisión otorgada a OSITRAN (y las atribuciones adscritas a ella), que lo facultan a emitir estos actos administrativos a efectos de ejecutar los mecanismos contractuales de penalidades establecidos en los Contratos de Concesión.

a) Función pública de supervisión otorgada a OSITRAN que lo habilita a emitir este tipo de pronunciamientos

La Ley N° 27332 — Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos (en adelante, LEY MARCO) ha definido las funciones públicas que se han otorgado a los Organismos Reguladores como OSITRAN, entre las que tenemos:

"Artículo 3.- Funciones

3. 1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones.

a) Función supervisora. comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas (...),

Por su parte, la Ley N° 26917 - Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura del Transporte de Uso Público, es aún mucho más clara respecto a las atribuciones que dichas funciones otorgan al OSITRAN en el marco de los Contratos de Concesión.

En efecto, en dicha Ley se le confiere expresamente a OSITRAN la función de supervisar (control posterior) los Contratos de Concesión, facultándolo a cobrar las penalidades que los concesionarios deben pagar conforme a lo establecido en dichos Contratos. Así el artículo 7 dispone lo siguiente:

"Artículo 7.- Funciones de OSITRAN

7. 1. 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.

(...)

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, (...)"

Estas funciones se derivan de uno de los objetivos principales que tiene OSITRAN que consiste en velar por el cabal cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Contratos de Concesión; así el artículo 5 de dicha norma dispone lo siguiente:

"Artículo 5.- Objetivos

OSITRAN tiene los siguientes objetivos:

a) Velar por el cabal cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de concesión vinculados a la infraestructura pública nacional de transporte. (...)"

Desarrollando y dotando de contenido a esta función y objetivos reconocidos legalmente, el Decreto Supremo N° 044 -2006- PCM - Reglamento General de OSITRAN y sus modificatorias establece que OSITRAN ejerce — entre otras — funciones de supervisión que son las que reconocen la atribución de OSITRAN para emitir los actos administrativos determinando y aplicando las penalidades, conforme a lo pactado en los respectivos Contratos de Concesión. Son los alcances y atribuciones de esta función conferida a OSITRAN, los que lo habilitan a emitir los actos administrativos con efectos contractuales bajo comentario.

En primer lugar, la función supervisora atribuye al OSITRAN la facultad de *"verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las ENTIDADES PRESTADORAS"*. Es en ejercicio de esta función (reconocida por lo demás en los contratos de concesión) que OSITRAN tiene la atribución de verificar el incumplimiento de las obligaciones del Concesionario y por ende calcular el monto que corresponde aplicarle a título de penalidad por dicho incumplimiento, siempre a la luz de los términos contractualmente pactados.

En segundo lugar, se reconoce expresamente a OSITRAN la atribución de *"cobrar (...) las penalidades que deban pagar las ENTIDADES PRESTADORAS, según lo que establezca (...) los contratos de concesión respectivos"*.

Sobre la base de los hallazgos y cálculos obtenidos en ejercicio de la función supervisora, OSITRAN procede a comunicarle al concesionario la imputación de una penalidad y a exigirle el pago de la misma. Como puede verse las labores de determinación y aplicación de penalidades confluyen y forman parte integrante del pronunciamiento emitido por OSITRAN para ejecutar el mecanismo contractual de penalidades pactado por las partes.

En conclusión, es en ejercicio de la función pública de supervisión que se le ha conferido, reconocida además en los contratos de concesión, que OSITRAN puede emitir un acto administrativo determinando y aplicando las penalidades establecidas en los Contratos de Concesión. Algo trascendental en el ejercicio de estas funciones, es que éstas se ejercen de conformidad y a la luz de lo pactado por las partes en los respectivos Contratos de Concesión.

Los Contratos de Concesión determinan los parámetros de ejercicio de la función de supervisión en lo que respecta a la ejecución de los mecanismos contractuales de penalidades pactados en ellos.

El pronunciamiento emitido por OSITRAN para determinar y aplicar las penalidades contractuales tiene la naturaleza de un acto administrativo que despliega efectos contractuales, al ser un acto de ejecución del mecanismo contractual de penalidades.

Este razonamiento se ampara en lo establecido por la Ley de Procedimiento Administrativo General 27444 (en adelante, LPAG) y en la doctrina administrativa. La LPAG 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 los pronunciamientos de OSITRAN pueden ser definidos — a la luz de la LPAG- como actos administrativos. Veamos cómo es que el pronunciamiento de OSITRAN cumple con cada uno de los elementos de dicha definición, a saber:

- Una declaración de una entidad estatal, en el marco de normas de derecho público. Como ya hemos señalado, la declaración emitida por OSITRAN se hace en ejercicio de la función pública de supervisión de los Contratos de Concesión otorgada a dicha entidad mediante normas de derecho público e incorporada en los contratos de concesión.
- Destinada a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados, dentro de una situación concreta. Esto también es claro, ya que la declaración de OSITRAN (imputa un determinado incumplimiento de obligaciones y requiere el pago de un monto) despliega efectos jurídicos respecto de las obligaciones que tienen los Concesionarios en el marco de la ejecución de los Contratos de Concesión. Esto, considerando además que los Concesionarios están bajo el ámbito de competencia de OSITRAN, por ser Concesionarios de infraestructura de Transporte de Uso Público.

Comentando el concepto de acto administrativo esbozado en la LPAG, Juan Carlos Morón¹⁴ señala: *"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"*.

De esta reflexión, resulta ilustrativo resaltar la finalidad que tiene un acto administrativo "concretar en un supuesto específico la potestad conferida por la ley". En efecto, cuando OSITRAN — realizando las labores de determinación y aplicación de la penalidad -emite su pronunciamiento imputando un incumplimiento de una obligación del Concesionario y requiriéndole el pago de un monto a éste; se está concretando en el supuesto específico de dicho incumplimiento, la facultad de supervisión establecida por Ley a OSITRAN y reconocida contractualmente.

Coincidiendo con estos planteamientos, Roberto Dromi¹⁵ 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"*.

En la misma línea, Eduardo García de Enterría¹⁶, define al acto administrativo de la siguiente manera:

"Declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria".

De lo expuesto, es claro que OSITRAN, al emitir el pronunciamiento por el cual aplica penalidades, está ejerciendo la función público- administrativa de supervisión (que está reconocida en los contratos de concesión); sin embargo, el ejercicio de esta función, por mandato de la Ley, ejecuta y da cumplimiento a los mecanismos contractuales de penalidades establecidos en los respectivos Contratos de Concesión. Es decir, el mecanismo contractual de penalidades por las partes da contenido y determina los parámetros de ejercicio de estas facultades públicas otorgadas por Ley a OSITRAN.

Cabe precisar que dicho pronunciamiento no solo se ajusta a la definición de acto administrativo establecida en LPAG y es confirmada por la doctrina administrativa, sino que también cumple con los requisitos de validez que el artículo 3 de la LPAG establece. En efecto, la validez de dicho acto administrativo mediante el cual se determina y aplica la penalidad, cumple con los 5 requisitos de validez establecidos por la LPAG, a saber:

1. Competencia.- Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.

La Competencia para emitir el acto administrativo que determine y aplique las penalidades, ha sido determinada por Ley. Es el OSITRAN el que emitirá a través del órgano competente el acto

¹⁴ MORON, Juan Carlo. "Comentarios a Ley del Procedimiento Administrativo General". Gaceta Jurídica: 2001. P. 119.

¹⁵ DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina. 2006. P. 354.

¹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "Curso de Derecho Administrativo. Tomo II". TEMIS PALESTRA EDITORES: 2011. P. 587.

administrativo aplicando el mecanismo contractual de penalidades, en ejercicio de la facultad de supervisión que le ha sido otorgada por Ley.

Juan Carlos Morón¹⁷ es claro en este sentido al señalar que una vez fijada por Ley la competencia a favor de un Organismo (como OSITRAN en el presente caso), dicha Autoridad debe desplegar los medios necesarios para ejecutar dicha facultad a través de sus propios órganos. Esto quiere decir que habiendo sido fijada por Ley la función de OSITRAN para aplicar las penalidades conforme los mecanismos contractuales pactados en los Contratos de Concesión, dicha Entidad debe viabilizar el ejercicio de dicha función a través de sus órganos (y atribuciones de cada uno de ellos (establecidos en el Reglamento de Organización y Funciones), velando siempre por el respeto de los mecanismos contractuales de penalidades pactados que son objeto de ejecución.

DROMI¹⁸ señala que al reconocerse esa competencia por Ley, se reconocen atribuciones no solo expresas sino razonablemente implícitas a efectos de poder cumplir con las funciones encargadas. Si bien en los Contratos de Concesión no se dice que OSITRAN emitirá actos administrativos para determinar y aplicar las penalidades establecidas en éstos, resulta razonablemente implícita la atribución otorgada a OSITRAN para emitir dichos actos administrativos, por ser los idóneos e indispensables para llevar a cabo dichas funciones.

2. Objeto o contenido.- Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.

Este requisito es claramente cumplido por el pronunciamiento de OSITRAN: (i) en base al incumplimiento de obligaciones de cargo del Concesionario que ha sido identificado, (ii) se determina el monto de la penalidad en base a los parámetros y criterios contractualmente establecidos, y (iii) se comunica al Concesionario de la aplicación de dicha penalidad y su respectiva obligación de pago del monto solicitado.

Los numerales (i) y (ii) determinan el objeto del acto administrativo, y el numeral (iii) describe los efectos jurídicos de éste respecto al Concesionario.

3. Finalidad Pública.- Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitársele a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.

Juan Carlos Morón¹⁹ señala que la finalidad buscada por el acto concreto (en este caso, aplicar la penalidad contractual) debe concordar con el interés público (velar por el cumplimiento de las

¹⁷ Cfr. Con MORON, Juan Carlos. "Comentarios a Ley del Procedimiento Administrativo General". Gaceta Jurídica: 2001. P. 143.

¹⁸ Cfr. Con DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina. 2006. P.361.

¹⁹ Cfr. Con MORON, Juan Carlos. "Comentarios a Ley del Procedimiento Administrativo General". Gaceta Jurídica: 2001. Pp. 144-145.

obligaciones asignadas a los Concesionarios en los Contratos de Concesión) que inspiró al legislador habilitar o atribuir competencia para emitir esa clase de actos administrativos.

Habiendo descrito ya las finalidades de interés público que se persiguen con el ejercicio de la facultad de supervisión otorgada a OSITRAN, debe tenerse por confirmado este requisito: la determinación y aplicación de las penalidades contractuales buscan incentivar el cumplimiento de las obligaciones de cargo de los Concesionarios.

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

La motivación que el acto administrativo emitido por OSITRAN debe tener a efectos de proceder a la ejecución del mecanismo contractual de las penalidades, confirma y hace indiscutible la relación de dependencia y complementariedad que tienen las facultades otorgadas por Ley a OSITRAN y el Contrato de Concesión.

En efecto, el acto administrativo que emita OSITRAN deberá identificar cuál es la obligación incumplida por el Concesionario, por qué considera que éste la ha incumplido, cuál es la base contractual que permite establecer su incumplimiento y finalmente dejar claramente detallado cuál es el criterio utilizado para fijar el monto al que asciende dicha penalidad (en base a los parámetros contractualmente establecidos para tales efectos).

5. Procedimiento regular.- Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación.

La Ley ha determinado que el procedimiento que OSITRAN deberá seguir para emitir los actos administrativos en ejecución de los mecanismos contractuales pactados, debe ser el establecido en los Contratos de Concesión. La Ley ha considerado éstos como procedimientos regulares y habilitadores para manifestar la voluntad del Estado, a través de OSITRAN, a efectos de aplicar las penalidades por el incumplimiento de las obligaciones del Concesionario.

A la luz de la normativa y la doctrina administrativa expuesta, cabe concluir que el pronunciamiento mediante el cual OSITRAN determina y aplica penalidades tiene la naturaleza de un acto administrativo emitido en ejercicio de las atribuciones públicas derivadas de las funciones conferidas a su favor.

¿Por qué tales actos administrativos producen efectos contractuales?

Si bien es claro que los pronunciamientos mediante los que OSITRAN determina y aplica las penalidades tienen la naturaleza de un acto administrativo; ello no impide que estos produzcan efectos contractuales, ello considerando el efecto que dichos actos administrativos - sin duda expedidos como consecuencia de las funciones y atribuciones conferidas a OSITRAN- despliegan sobre los mecanismos de penalidades pactados en los Contratos de Concesión, ejecutándolos.

Eduardo García de Enterría²⁰ señala que los actos administrativos son declaraciones unilaterales de la Administración *"aunque de los mismos pueda ser presupuesto de existencia un eventual*

²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "Curso de Derecho Administrativo. Tomo II". TEMIS PALESTRA EDITORES: 2011. P. 584.

consentimiento privado, o también producirse en la formación, aplicación, resolución o liquidación de un contrato”.

En esa misma línea, Roberto Dromi²¹ señala que el acto no deja de ser administrativo porque sus efectos excepcionalmente puedan estar comprendidos dentro del marco del Derecho privado.

La doctrina administrativa no descarta y por el contrario afirma que los actos administrativos pueden desplegar efectos respecto a los Contratos a los que pudieran estar ligados (es decir, desplegar efectos en el ámbito del Derecho Privado).

En efecto, se reconoce que las Entidades Estatales emiten actos administrativos para concretizar las funciones públicas que se les han asignado; aunque dichos actos administrativos pueden desplegar efectos contractuales.

En conclusión y en base a la normativa y doctrina, puede confirmarse que el pronunciamiento emitido por OSITRAN a efectos de determinar y aplicar las penalidades contractualmente establecidas imputando un incumplimiento al Concesionario y determinando el monto que éste debe pagar a favor del Estado, tiene la naturaleza de un acto administrativo emitido en ejercicio de las funciones públicas reconocidas a su cargo. Dicho acto administrativo despliega a su vez efectos contractuales, ya que al emitirse se está cumpliendo con el mecanismo de penalidades pactado por el Concedente y Concesionario en los respectivos Contratos de Concesión.

En el marco expuesto, las disposiciones para la aplicación y/o impugnación de penalidades previstas en el proyecto de Directiva consideran que OSITRAN tiene facultades para imponer penalidades y/o resolver la impugnación de las mismas (mediante la emisión de actos administrativos que producen efectos contractuales), lo cual se realiza en el marco de los contratos de concesión. De esta manera, debe quedar claro que el proyecto de Directiva no modifica en forma alguna lo dispuesto los contratos de concesión que prevén la intervención de OSITRAN, estableciendo únicamente procedimientos internos para la mejor atención de los mismos al interior de la entidad, siendo su aplicación supletoria a lo expresamente dispuesto por los Contratos de Concesión.

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

²¹ Cfr. Con DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina. 2006. P. 358.

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 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. Así, los principales plazos contemplados en el proyecto de Directiva son los siguientes:

- (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. Para tales efectos, el profesional de la Jefatura de Contratos correspondiente, antes de emitir su informe, verificará que se haya comunicado a la respectiva empresa concesionaria la existencia de un potencial incumplimiento contractual, requiriéndole su cumplimiento, sin perjuicio de otorgarle la posibilidad de que presente sus descargos en un determinado plazo.

Así, por buena práctica, en caso se advierta la existencia de un posible incumplimiento se requerirá 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.

- (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.
- (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 (UIT). 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 penalidad²². 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 es aquella que se encontraba vigente a la fecha en que se incurrió en incumplimiento. Cuando se trate de un incumplimiento de una obligación continuada, se tomará la UIT vigente respecto al momento en que se inició el incumplimiento por parte del Concesionario.

6. De la impugnación de las penalidades

En cuanto a la impugnación de penalidades, la presente Directiva se aplica a los contratos de concesión que establecen la competencia de OSITRAN para resolver las mismas, contando con los procedimientos a seguir en dichos casos, 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.

²² 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”.

No obstante, en aquellos 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 a la cláusula de solución de controversias, corresponderá a las Partes hacer valer su derecho observando tales mecanismos de impugnación.

7. 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.