



**“EVALUACIÓN DEL RÉGIMEN DE PENALIDADES EN LOS
CONTRATOS DE CONCESIÓN DE INFRAESTRUCTURA DE
TRANSPORTE DE USO PÚBLICO”**

**Trabajo de Investigación presentado
para optar al Grado Académico de Magíster en
Regulación de Servicios Públicos y Gestión de Infraestructuras**

Presentada por

Sr. César Augusto Borda Gonzales

Sr. Juan Carlos Juárez Quichíz

Sr. Gadwyn Sánchez Yaringaño

Asesor: Profesor Julio César Aguirre Montoya

2016

A mis padres, esposa e hija.

César

A mi familia.

Gadwyn

A mi familia.

Juan Carlos

Agradecemos al Ositran, por la información proporcionada.

Resumen ejecutivo

El primer objetivo del trabajo de investigación es evaluar, de forma crítica, el régimen de penalidades contenido en los contratos de concesión de infraestructura de uso público y el desempeño del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (Ositran) al momento de imponer penalidades a dichos concesionarios. Como consecuencia de lo primero, el segundo objetivo consiste en proponer un conjunto de mejores prácticas de sencilla implementación, pero con un gran impacto en la mejora de la gestión del Ositran al ejecutar este tipo de penalidades contractuales.

La revisión de la doctrina especializada permite diferenciar el régimen de penalidades contractuales, dentro de las cuales se encuentran aquellas incorporadas en los contratos de concesión de infraestructura de uso público del régimen administrativo sancionador.

De un lado, la penalidad o cláusula penal es un mecanismo propio del derecho civil, cuya finalidad principal es indemnizar o resarcir a una parte que pudiera resultar afectada por el incumplimiento de una obligación de su contraparte. Asimismo, es un mecanismo jurídico con implicancias económicas, pues reduce los costos de transacción y genera incentivos para el cumplimiento de las obligaciones asumidas. En virtud de esta utilidad, las penalidades han sido incorporadas en los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público. Sin embargo, por tratarse de un contrato suscrito por el Estado, la indemnización responde también a los intereses públicos afectados, los que se encuentran relacionados con la prestación adecuada del servicio por parte del concesionario.

De otro lado, la potestad sancionadora de la Administración pública y el régimen administrativo sancionador constituyen la competencia conferida por la ley al Estado para sancionar o castigar a los particulares, incluyendo a entidades públicas y funcionarios públicos en determinados casos, ante la comisión de conductas no deseadas o que el ordenamiento legal pretende evitar.

En suma, las penalidades contractuales y las sanciones administrativas son conceptos diferentes, aunque ambas guardan similitud sobre las consideraciones que los agentes ponderan antes de incumplir el contrato o de cometer una infracción. A pesar de ello, desde nuestra perspectiva, los objetivos en ambos casos son diferentes.

En ese marco, de acuerdo con nuestra revisión, en los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público suscritos por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones no existe mayor criterio para diferenciar cuándo un incumplimiento constituye una penalidad y cuándo, una infracción administrativa. En estricto, pareciera que, para los redactores de estos contratos, la penalidad es una suerte de infracción administrativa.

Así, de nuestra evaluación del régimen de penalidades contenido en dichos contratos, evidenciamos que existen deficiencias en las normas regulatorias de las competencias del Ositran para la aplicación de penalidades. No basta con que los contratos le confieran al Ositran la potestad de aplicar penalidades, sino que se necesitan normas con rango de ley de respaldo.

Además, existe confusión entre el régimen administrativo sancionador y el régimen de penalidades. Ambos regímenes se gestionan de manera indistinta, como si se trataran de sanciones administrativas sujetas a una multa. En efecto, los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público suscritos por el Estado peruano incorporan un régimen de penalidades heterogéneo que, en esencia, lo equipara al régimen administrativo sancionador. Es decir, no se ha previsto qué conductas específicas constituyen un incumplimiento grave y que, en razón de ello, deben sujetarse al régimen de penalidades. Es decir, se debe cuantificar el monto de la indemnización en vista del daño generado, tanto por el incumplimiento de la prestación como por una prestación defectuosa del servicio público. Prueba de ello es la elevada incidencia de incumplimientos en los sectores de puertos y aeropuertos, aunque sin acercarse al porcentaje de penalidades acumuladas necesarias para declarar a la concesión en supuesto de caducidad.

Conforme a nuestra evaluación, consideramos que el régimen de penalidades incorporado en los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público no encierra un riesgo regulatorio inmediato para los concesionarios. Por un lado, es cierto que el régimen de penalidades contenido en los contratos de concesión bajo estudio concede una excesiva discrecionalidad a favor del Ositran, pues considera sus decisiones como definitivas e incuestionables en algunos casos. Sin embargo, por otro lado, se aprecia que los montos de la gran mayoría de penalidades son menores y, así se llegue al tope de penalidades acumulado como supuesto de caducidad de la concesión, las partes siempre pueden fijar un nuevo límite superior.

En ese contexto, proponemos las siguientes mejores prácticas: i) el Ositran y los concesionarios sometan a arbitraje las controversias generadas en torno a la aplicación de penalidades, ii) el

Ositran no aplique la cláusula que le permite imponer penalidades por incumplimientos no previstos en la tabla de penalidades, iii) ProInversión (Agencia de Promoción de la Inversión Privada-Perú) defina una cláusula estándar sobre penalidades; y iv) el Ositran y ProInversión reserven el régimen de penalidades para incumplimientos de gran magnitud.

Índice

Índice de tablas.....	ix
Índice de anexos	xi
Introducción	1
Capítulo I. Marco teórico vinculado al régimen de penalidades previsto en los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público.....	3
1. Las penalidades en los contratos de concesión	3
2. Utilidad económica de las penalidades en los contratos de concesión	5
3. Las infracciones administrativas y el régimen administrativo sancionador.....	5
4. Las principales similitudes y diferencias entre el régimen de penalidades y el régimen administrativo sancionador	7
Capítulo II. Análisis del régimen de penalidades previsto en los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público suscritos por el Estado peruano	11
1. Un régimen heterogéneo	14
2. Confusión entre régimen de penalidades y régimen administrativo sancionador	14
3. El Ositran como organismo encargado de determinar y aplicar las penalidades	17
4. Diversidad de receptores del pago por penalidades	18
5. Impugnación de una penalidad aplicada	18
Capítulo III. Experiencia y evaluación de la aplicación de penalidades por parte del Ositran	20
1. Experiencia del Ositran en la aplicación de penalidades entre los años 2001 y 2015	20
2. Casos emblemáticos de aplicación de penalidades por sectores de infraestructura.....	21
2.1 Aeropuertos.....	22
2.1.1 Aeropuertos del Perú S.A.	22
2.1.2 Aeropuertos Andinos del Perú S.A.	24
2.2 Carreteras	27
2.2.1 Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 3 S.A.	27
2.2.2 Concesionaria Vial del Sol S.A.	31
2.3 Puertos	32
2.3.1 Terminales Portuarios Euroandinos S.A.	32
2.3.2 Empresa Transportadora Callao S.A.	35

2.4 Ferrocarriles	44
-------------------------	----

Capítulo IV. Diagnóstico de las principales deficiencias del régimen de penalidades contenido en los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público y de la experiencia del Ositran en su aplicación45

1. Deficiencias en las normas que regulan las competencias del Ositran para la aplicación de penalidades.....	45
2. Confusión entre el régimen administrativo sancionador y el régimen de penalidades	48
3. El régimen de penalidades de los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público	50

Capítulo V. Propuestas de mejora.....54

1. Mejor práctica 1. El Ositran y los concesionarios sometan a arbitraje las controversias generadas en torno a la aplicación de penalidades.....	54
2. Mejor práctica 2. El Ositran no aplique la cláusula que le permite imponer penalidades por incumplimientos no previstos en la tabla de penalidades	55
3. Mejor práctica 3. ProInversión debe definir una cláusula estándar sobre penalidades.....	55
4. Mejor práctica 4. El Ositran y ProInversión reserven el régimen de penalidades para incumplimientos de gran magnitud.....	57

Conclusiones y recomendaciones59

Conclusiones	59
Recomendaciones.....	60

Bibliografía61

Anexos65

Nota biográfica86

Índice de tablas

Tabla 1. Diferencias entre régimen de penalidades y régimen administrativo sancionador.....	9
Tabla 2. Relación de contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público.....	12
Tabla 3. Número de penalidades aplicadas por el Ositran, 2009-2015.....	21
Tabla 4. Penalidades impuestas por el Ositran a la empresa AAP, 2011-2014.....	25
Tabla 5. Penalidades impuestas por el Ositran en el sector aeroportuario (a junio 2015).....	28
Tabla 6. Penalidades impuestas por el Ositran en el sector carreteras (a junio 2015).....	33
Tabla 7. Órgano del Ositran que aplica penalidades.....	34
Tabla 8. Penalidades impuestas por el Ositran en el sector portuario (a junio 2015).....	39
Tabla 9. Penalidades impuestas por el Ositran en el sector ferroviario (a junio 2015).....	44
Tabla 10. Penalidades acumuladas para alcanzar supuesto de caducidad del contrato de concesión (a junio 2015).....	52

Índice de gráficos

Gráfico 1. Contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público	11
Gráfico 2. Penalidades aplicadas por el Ositran, 2001-2015	20

Índice de anexos

Anexo 1. Penalidades por años e infraestructuras (1994-2014).....	66
Anexo 2. Características del régimen de penalidades contenido en cada contrato de concesión	72
Anexo 3. Tratamiento de las penalidades en los contratos de concesión de otras infraestructuras distintas a las reguladas por Ositran.....	75
Anexo 4. Cláusulas de caducidad de concesión por aplicación de penalidades (a junio 2015).....	78

Introducción

De modo coloquial, se afirma que un contratante precavido es aquel que incorpora en el contrato aquellos mecanismos destinados a disuadir a su contraparte de incumplirlo. En términos jurídicos, el mecanismo para disuadir a la contraparte de incumplir un contrato es la penalidad. Así, en caso de incumplimiento, las partes conocen cuál será el castigo: por lo general, el pago de una suma previamente determinada o, en función de la gravedad, la resolución del contrato.

Como contratante precavido, el Estado peruano ha incorporado en los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público, entre muchas otras disposiciones, cláusulas que regulan el régimen de penalidad por incumplimiento del concesionario. En otros términos, el castigo por incumplir el contrato de concesión.

Así, la principal inquietud que motiva el presente trabajo de investigación consiste en estudiar los diferentes regímenes de penalidades incorporados por el Estado peruano en los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público, a la luz de lo que la teoría jurídica y económica proponen. Así como, estudiar la experiencia del Ositran en su aplicación.

Además, el presente trabajo nace con el afán de evaluar si la regulación contractual de las penalidades y la actuación del Ositran en su aplicación encierran un riesgo regulatorio. En efecto, desde nuestra experiencia profesional, anterior a la revisión de la información oficial brindada por el Ositran, el agente regulador contaba con un elevado margen de discrecionalidad al momento de aplicar penalidades a los concesionarios, lo cual podría representar un riesgo regulatorio.

Más allá de las disquisiciones estrictamente teóricas y legales, es muy importante evaluar si los regímenes de penalidades incorporados en los distintos contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público responden al criterio económico por el que fueron creados. Es decir, si los incentivos incorporados en estos contratos han servido para modular las conductas de los concesionarios, de modo que se vean desalentados a incumplir el contrato o, si por lo contrario, estos mecanismos se han convertido en unos trámites burocráticos más a cargo del Ositran, sin ninguna utilidad inmediata.

El resultado de la investigación nos ha mostrado varias conclusiones importantes. Entre ellas, que el diseño del régimen de penalidades en los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público ha ido desarrollándose en contra de un criterio de unicidad y

simplicidad. En última instancia, esto ha generado una actuación poco uniforme por parte del organismo regulador en su labor de aplicar penalidades a las empresas concesionarias. En otros términos, a lo largo de los diversos contratos de concesión suscritos por el Estado peruano, es posible apreciar una sofisticación del régimen de penalidades. En él, de manera progresiva, se han incorporado nuevas disposiciones que –en teoría– tendrían como resultado un régimen “mejorado”, aunque en la práctica generan poca predictibilidad y actuaciones contradictorias.

En efecto, como se verá en el presente documento, llama la atención que –en nuestra opinión– a pesar de su experiencia, forjada durante todos estos años, el Estado no haya permitido establecer un criterio único acerca del régimen de penalidades, como sí ha ocurrido, por ejemplo, con las cláusulas que tratan sobre la solución de controversias entre las partes y, de modo más concreto, sobre el arbitraje. Es decir, no encontramos razón suficiente que hubiese impedido al Estado definir una cláusula regular o típica que establezca las reglas para la aplicación de penalidades de manera simple y concreta, en lugar de haber ido sofisticando innecesariamente los textos contractuales, sin mayor utilidad práctica.

De otro lado, observamos que el régimen de penalidades incorporado en los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público no responde a una mínima evaluación económica de costo-beneficio, de modo que se brinden los incentivos necesarios a los concesionarios para cumplir a cabalidad sus obligaciones. Conforme a nuestra evaluación, el Estado peruano confunde el esquema de penalidades que ha diseñado con el régimen administrativo sancionador; es decir, equipara ambas figuras legales, cuando tienen supuestos y objetivos diferentes.

Este tratamiento similar genera que el Estado no fije con precisión qué incumplimientos específicos y extraordinarios acarrearán la imposición de una penalidad, por constituir un daño que afecta el interés público y subyace al uso de la infraestructura en cuestión. Así, al tratarse de un incumplimiento sensible, se debería vincular al pago de un monto igualmente importante, aunque por acumulación puede generar la caducidad de la concesión inclusive.

En este contexto, el presente documento pretende constituir un aporte no solo al estudio y esclarecimiento legal del régimen de penalidades en los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público, sino también contribuir a mejorar el diseño de estos, y –en especial– su posterior ejecución.

Capítulo I. Marco teórico vinculado al régimen de penalidades previsto en los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público

Antes de revisar los contratos de concesión suscritos por el Estado y evaluar la experiencia del Ositran al momento de aplicar penalidades, consideramos pertinente revisar el marco teórico jurídico sobre el que se asientan: por un lado, el régimen de penalidades existente en los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público y, por otro lado, el régimen administrativo sancionador aplicado por el Estado. Luego, a la luz de dicha revisión, explicaremos las principales diferencias entre ambos regímenes.

La revisión del marco teórico, y principalmente la diferenciación entre ambos instrumentos, es importante porque se trata de mecanismos que, a simple vista, podrían confundirse en la relación concedente-concesionario, en el marco de un contrato de concesión de infraestructura de transporte de uso público. Sin embargo, como revisaremos a continuación, la concepción, los fines y las características de un régimen de penalidades son distintos en comparación con el régimen administrativo sancionador. En ese sentido, la eventual confusión al momento de caracterizarlos en el contrato de concesión o al momento de aplicarlos, por parte de la Administración pública, podría tener consecuencias negativas, no solo para el concesionario sino para el propio Estado.

Al respecto, cabe precisar que no es nuestra intención proponer una evaluación puramente dogmática del régimen de penalidades y del régimen administrativo sancionador, sino utilizar estas categorías jurídicas para, más adelante, revisar y evaluar si los textos contractuales sobre las penalidades guardan concordancia con la naturaleza de dichos mecanismos.

1. Las penalidades en los contratos de concesión

La penalidad es una figura jurídica que surge en el derecho civil¹ como un mecanismo por medio del cual las partes de un contrato establecen, de forma anticipada, las consecuencias de su incumplimiento, parcial o total, o del retraso de la ejecución de las obligaciones asumidas. Por lo general, la penalidad implica el pago de un monto dinerario; sin embargo, nuestro ordenamiento no lo reduce necesariamente a ello.

¹ El artículo 1341 del Código Civil vigente define a la penalidad en los siguientes términos: «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 (sic)».

Conforme señala Osterling (1988: 303): «[...] la cláusula penal constituye la valuación anticipada de los daños y perjuicios que causaría la inejecución de la obligación principal». Dicho de otro modo, la cláusula penal es útil en la medida que permite a las partes conocer cuáles son las consecuencias directas del incumplimiento de sus obligaciones. De ese modo, se evita acudir a un tercero (que podría ser el Poder Judicial o un tribunal arbitral) para la determinación y cuantificación del daño causado por el incumplimiento de una parte a otra.

Muchos autores han estudiado la naturaleza y las funciones de la penalidad en el ámbito del derecho civil. Así, Gutierrez y Rebaza (2003: 534) pasan revista a las principales funciones que la doctrina le ha atribuido a la penalidad, destacando el tener un fin indemnizatorio por los daños que pudiera causar el incumplimiento de una obligación. No obstante ello, también le reconocen funciones adicionales, como garantizar y persuadir al deudor para que cumpla con las obligaciones establecidas por las partes.

En ese sentido, en mérito al fin indemnizatorio, cuando una de las partes no cumple con su obligación (o la cumple de manera tardía o defectuosa), la contraparte puede exigir el pago de una penalidad. Esta es una forma de evitar la posterior discusión sobre el monto de los daños y perjuicios ocasionados, pues dicho monto se ha pactado previamente frente a la ocurrencia del incumplimiento o retraso (Baldwin 2005: 37). Es decir, se trata de una figura que, principalmente, tiene como propósito determinar un resarcimiento antes de la ocurrencia del daño.

Al tratarse de un mecanismo eficaz, pues define de forma previa el daño y la compensación correspondiente, la aplicación de penalidades ha sido adoptada por diversas ramas del derecho; entre ellas, el derecho público en materia de contratos de concesión de infraestructura suscritos con el Estado.

Así, si bien la institución de la penalidad ha sido adoptada e incorporada en los contratos de concesión de infraestructura suscritos por el Estado peruano (como los de infraestructura de transporte de uso público que son objeto de estudio del presente documento), es importante resaltar su naturaleza y función originaria. En efecto, como hemos revisado en el desarrollo del presente apartado, en primer lugar, la penalidad tiene por objeto determinar con anterioridad la indemnización correspondiente a la parte afectada por el incumplimiento de su contraparte.

2. Utilidad económica de las penalidades en los contratos de concesión

Desde un punto de vista económico, el establecimiento de una penalidad o cláusula penal reduce los costos de transacción y los costos de cuantificar el daño generado a una parte del contrato por el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de una obligación a cargo de la otra. Además, genera un incentivo para el cumplimiento de las obligaciones asumidas al conocer con anterioridad que, en caso de incumplimiento, se deberá resarcir a la otra parte conforme a lo previsto en la cláusula penal.

Con esa lógica, las penalidades en los contratos de concesión tienen como objetivo indemnizar al Estado por los incumplimientos en que pudiese incurrir el concesionario.

No obstante, a diferencia de los privados, que cuantifican el daño en razón de la afectación económica generado por el incumplimiento; en el caso de los contratos de concesión, las penalidades deberían cuantificarse en razón de los intereses públicos afectados. Dichos intereses públicos se materializan en la prestación adecuada de los servicios, a cargo del concesionario, mediante la gestión de la infraestructura de uso público.

En ese orden de ideas, a modo de cierre del presente apartado, consideramos oportuno resaltar que la penalidad o cláusula penal es un mecanismo propio del derecho civil, cuya finalidad principal es indemnizar o resarcir a una parte que pudiera resultar afectada por el incumplimiento de una obligación de su contraparte. Asimismo, es un mecanismo jurídico con implicancias económicas, por el hecho de reducir los costos de transacción y generar incentivos para el cumplimiento de las obligaciones asumidas. En virtud de esta utilidad, las penalidades han sido incorporadas en los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público. Sin embargo, cabe recordar que, por tratarse de un contrato suscrito por el Estado, la indemnización responde también a los intereses públicos afectados, los que se encuentran relacionados con la prestación adecuada del servicio por parte del concesionario.

3. Las infracciones administrativas y el régimen administrativo sancionador

A diferencia del régimen de penalidades –cuyo origen es el derecho civil, que se constituye en virtud de la autonomía de las partes y ha sido adoptado en materia de concesiones de infraestructura de uso público–, el régimen administrativo sancionador se erige como un conjunto de mecanismos e instituciones propios del derecho administrativo, que encuentra su origen en la ley.

Conforme señala Nieto (2005: 149), la potestad sancionadora del Estado constituye un único *ius puniendi* –o derecho de sancionar– que cuenta con dos ramificaciones independientes: el judicial penal y el administrativo sancionador. Así, en última instancia, se trata de un derecho punitivo único desdoblado en el derecho penal y en el derecho administrativo sancionador. La Administración pública ejerce este último conforme a principios y reglas específicas construidos a lo largo del tiempo.

Por su parte, Ossa indica lo siguiente: «La Potestad Sancionadora de la Administración Pública es la que abre la acción punitiva de la Administración. Es una atribución propia de la Administración que se traduce en la posibilidad jurídica de la imposición de sanciones a los particulares y aún a los funcionarios que infringen sus disposiciones, o a sus servidores que, en el ejercicio de sus funciones, transgreden sus mandatos o desconocen sus prohibiciones (sic)» (Ossa 2000: 127).

Asimismo, Pedreschi sostiene que: «Uno de los principios básicos del sistema constitucional (tal como fuera diseñado en sus orígenes), radicaba en la encomienda exclusiva del ejercicio de la potestad punitiva (*ius puniendi*) a los órganos jurisdiccionales, en atención a la independencia de actuación de los mismos frente al Poder Ejecutivo. Sin embargo, tanto una visión histórica como un rápido examen actual del ordenamiento jurídico nacional y comparado, evidencia que en la práctica totalidad de los mismos, la Administración Pública cuenta con potestades represivas o de sanción expresas, dirigidas a contrarrestar la comisión de determinados supuestos de conductas ilícitas cuyo castigo se encuentra excluido de la competencia de los órganos jurisdiccionales penales [...] (sic)» (Pedreschi 2003:502).

Como se puede apreciar, en términos simples, la potestad sancionadora de la Administración pública y el régimen administrativo sancionador constituyen la competencia conferida por la ley al Estado para sancionar o castigar a los particulares, incluyendo a entidades públicas y funcionarios públicos en determinados casos, ante la comisión de conductas no deseadas o que el ordenamiento legal pretende evitar.

En este punto, consideramos importante resaltar que la imposición de sanciones por parte del Estado no es discrecional o arbitraria, más bien se debe seguir un procedimiento con pasos y etapas bien definidas a fin de salvaguardar el derecho de defensa y debido procedimiento de los sujetos a quienes se imputa la comisión de una infracción. Además, dichas conductas, denominadas técnicamente como infracciones administrativas, deben encontrarse tipificadas con propiedad de manera previa a su comisión.

Así, una conducta es sancionable cuando se encuentra expresamente delimitada y considerada como una infracción dentro de nuestro ordenamiento. El sentido de esta exigencia radica en que se debe eliminar por completo, o en la medida de lo posible, cualquier vaguedad de la norma en torno a las conductas sancionables, pues ello puede conducir a la configuración de arbitrariedades al sancionarse conductas que no hubiesen estado previstas por ley.

En el campo de los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público, la aplicación de sanciones administrativas es realizada por el Ositran, a partir del Reglamento de Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución No. 023-2003-CD-OSITRAN.

4. Las principales similitudes y diferencias entre el régimen de penalidades y el régimen administrativo sancionador

Una vez expuestas las principales características y fines del régimen de penalidades contractuales y del régimen administrativo sancionador, repasaremos cuáles son las principales diferencias entre cada uno de estos mecanismos.

Así, en primer lugar, el régimen de penalidades tiene un origen contractual o consensuado entre las partes de un contrato –el concedente y el concesionario–, en el marco de un contrato de infraestructura de uso público. En efecto, si bien la penalidad es una figura reconocida legalmente, en última instancia, su inclusión en un contrato depende del consenso de las partes. En cambio, el régimen administrativo sancionador o la potestad sancionadora, entendida como la competencia de una entidad pública para tipificar determinadas conductas como infracciones administrativas e imponer sanciones, no depende de la voluntad de los particulares sino de la ley. Como revisamos en el apartado anterior, la potestad sancionadora del Estado se origina o fundamenta en el *ius puniendi*, es decir, en la atribución inherente del Estado para castigar.

En segundo lugar, el régimen de penalidades tiene como función determinar, con anterioridad, la cuantificación de la indemnización que pudiera corresponder ante el daño generado por un incumplimiento del contrato. De otro lado, el régimen administrativo sancionador, la de castigar a los particulares por la comisión de una conducta no deseada o repudiada por el ordenamiento jurídico.

En este punto es importante resaltar que en el caso de los contratos celebrados por el Estado, con especial referencia a los contratos de concesión de infraestructura de uso público, la indemnización prevista en la cláusula penal responde a la cuantificación del daño que el

incumplimiento del concesionario genera por la no prestación o prestación defectuosa de los servicios a su cargo, en mérito a la gestión de la infraestructura entregada en concesión. En razón de ello, la determinación de la penalidad en este tipo de contratos debería obedecer a una cuantificación objetiva de estas variables.

En tercer lugar, en vista de que el régimen de penalidades tiene su origen en la voluntad de las partes, bien se puede establecer un procedimiento contractual para su aplicación. En el caso de los contratos de concesión de infraestructura de uso público, el texto del contrato puede determinar el procedimiento, modo y oportunidad de aplicación de penalidades. En cambio, el régimen administrativo sancionador responde a procedimientos y pasos previstos en la ley. No son pues de libre disposición para las partes de un contrato, ya que el Estado ejerce dicha potestad en virtud de un mandato legal.

En cuarto lugar, los conflictos generados por la aplicación de penalidades son susceptibles de ser sometidos a los mecanismos de solución de controversias previstos en el propio contrato. En cambio, en el caso de las sanciones impuestas por las entidades públicas o por la comisión de infracciones administrativas, estas pueden ser impugnadas, primero, ante la propia entidad y, luego, en el Poder Judicial mediante un proceso contencioso administrativo ante un juez especializado en derecho administrativo, de acuerdo con lo previsto en el ordenamiento legal peruano.

Esta diferenciación no es ajena para el Ositran, pues en los *Lineamientos de OSITRAN para la emisión de opinión de los proyectos de contrato de concesión*, aprobado mediante Acuerdo de Consejo Directivo No. 1043-267-08-CD-OSITRAN, de fecha 12 de marzo de 2008, se establece la posibilidad de que un mismo incumplimiento contractual pueda ser calificado como infracción administrativa y como penalidad, por tratarse de figuras jurídicas diferentes. En el primer caso, se trata de un mecanismo propio del derecho administrativo sancionador, que castiga una conducta por considerarla nociva al interés de la colectividad. En el segundo caso, implica la indemnización de carácter civil por el incumplimiento del concesionario².

² Conforme al numeral 230.10 del artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el principio *Non bis in idem* no impide que una misma conducta sea sancionada administrativamente (tipificada por norma con rango de ley, de acuerdo con el principio de tipicidad) y, a la vez, configure una penalidad contractual (acordada por las partes en el mismo contrato). Ello, en vista de que mientras la sanción administrativa supone el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado y constituye una responsabilidad administrativa; la penalidad contractual es una manifestación de la responsabilidad civil, cuyo origen es un acuerdo de partes.

En este sentido, la existencia de penalidades no exonera al concesionario de ser acreedor a sanciones administrativas por parte del regulador. En caso de que el concesionario no se encuentre conforme con la sanción administrativa, podrá recurrir a los mecanismos legales de impugnación de los actos administrativos (Impugnación administrativa o iniciar un Proceso Contencioso Administrativo); cuestión diferente ocurrirá cuando exista desavenencia respecto de una penalidad contractual, pues en este caso se acudiría a los mecanismos contractuales de solución de controversias pactados por las partes.

A manera de resumen, en la tabla 1 se presentan las diferencias antes anotadas.

Tabla 1. Diferencias entre régimen de penalidades y régimen administrativo sancionador

	Régimen de penalidades	Régimen administrativo sancionador
1	Tiene origen contractual o consensuado entre las partes.	Tiene origen legal en la atribución inherente del Estado para castigar.
2	Cumple la función de determinar, con anterioridad, la cuantificación de la indemnización que pudiera corresponder por el daño generado ante un incumplimiento del contrato.	Cumple la función de castigar a los particulares por la comisión de una conducta no deseada o repudiada por el ordenamiento jurídico.
3	Al tener origen en la voluntad de las partes, se puede establecer un procedimiento contractual para su aplicación.	Sigue procedimientos y pasos previstos en la ley para su aplicación.
4	Los conflictos generados a causa de la aplicación de penalidades son susceptibles de ser sometidos a los mecanismos de solución de controversias previstos en el propio contrato.	En el caso de las sanciones impuestas por las entidades públicas o por la comisión de infracciones administrativas, estas pueden ser impugnadas, primero, ante la propia entidad que las impuso y, luego, en el Poder Judicial, mediante un proceso contencioso administrativo.
5	El monto de la penalidad resulta de cuantificar el daño que causaría, a la colectividad usuaria de una infraestructura de uso público, el incumplimiento del concesionario.	La infracción administrativa busca castigar una conducta no deseada por el Estado.

Elaboración propia.

Sobre los aspectos económicos que subyacen a ambas figuras, consideramos oportuno regresar a lo propuesto por el profesor Gary Becker, quien elaboró un estudio denominado “Crime and Punishment: An Economic Approach” (1974), donde plantea que el análisis costo-beneficio realizado por los agentes racionales al momento de tomar decisiones, también es realizado por los criminales o infractores antes de cometer conductas no deseadas.

Así, en estos casos, los infractores incorporan determinadas variables a sus decisiones, como las probabilidades de ser detectado y/o de ser sancionado por las autoridades. Según dicho autor, «[...] las personas se convierten en criminales no debido a que sus motivaciones básicas difieran, sino debido a que sus costos y beneficios y costos difieren» (Becker 1974: 9)³.

No obstante que las penalidades y las sanciones administrativas guardan similitud sobre las consideraciones que los agentes ponderan antes de incumplir el contrato o de cometer una infracción, es importante señalar que, desde nuestra perspectiva, los objetivos en ambos casos son diferentes. En el caso de las penalidades, el monto se determina a partir de la cuantificación

³ Traducción de los autores

del daño que le causaría, a la colectividad usuaria de una infraestructura de uso público, el incumplimiento del concesionario. Por ejemplo, si una empresa a cargo de la concesión de un aeropuerto incumple el plazo previsto para la construcción de una pista de aterrizaje adicional, cada día de retraso genera un perjuicio económico a la colectividad, pues no puede disfrutar de una mayor cobertura de la infraestructura.

De otro lado, la infracción administrativa busca castigar una conducta no deseada por el Estado. No constituye una indemnización al Estado, como en el caso de la penalidad, sino una medida gravosa para el particular, por lo general, el pago de una multa⁴. Según lo revisado en los párrafos precedentes, en términos económicos, dicha multa se debería cuantificar en función de los costos y beneficios involucrados para el infractor, en razón de las probabilidades de ser detectado y castigado.

En resumen, es claro que una penalidad y una sanción administrativa no son lo mismo, aunque pudiesen ser parecidas y en ambos casos se genere la obligación de pago de una suma de dinero al Estado. En el siguiente capítulo, analizaremos si los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público contienen o no un régimen de penalidades acorde con la teoría existente.

⁴ Por tradición, se asocia la sanción administrativa al pago de una multa, pero no necesariamente se limita a ello. En general, se trata de una medida gravosa, como la suspensión del ejercicio de un derecho. Por ejemplo, en el caso de las actividades pesqueras, el Estado puede imponer la sanción que no se pueda pescar en ejercicio del permiso de pesca por un tiempo determinado.

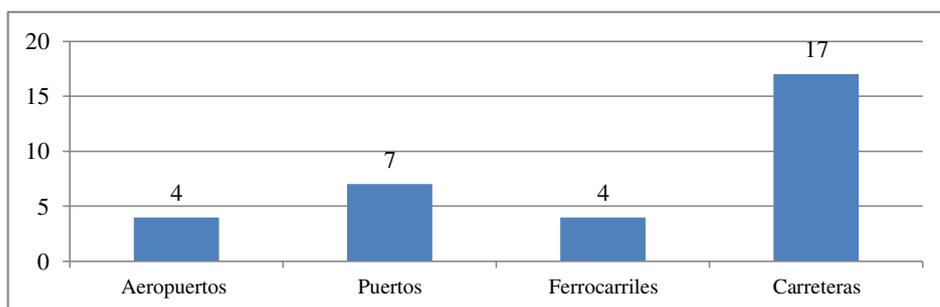
Capítulo II. Análisis del régimen de penalidades previsto en los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público suscritos por el Estado peruano

Luego de revisar, desde una perspectiva teórica, el régimen de penalidades y el régimen administrativo sancionador, consideramos pertinente analizar el régimen de penalidades propio de cada uno de los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público suscritos por el Estado peruano. De ese modo, pretendemos determinar si es posible hablar de un régimen de penalidades propio en este tipo de contratos o, si por lo contrario, nos encontramos ante una regulación heterogénea que no pareciera guardar puntos de encuentro en términos de principios u objetivos comunes.

Entre el año 1994 y la actualidad, el Estado peruano ha suscrito 32 contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público. El primero de ellos fue el contrato de concesión de la carretera Arequipa-Matarani. Estos contratos de concesión se encuentran vinculados a cuatro tipos de infraestructura: aeropuertos (4 contratos), puertos (7 contratos), ferrocarriles (4 contratos) y carreteras (17 contratos, encontrándose en vigencia 16 contratos), como se muestra en la tabla 2 (ver página siguiente).

Con el propósito de mostrar, a modo de resumen, el volumen de contratos por cada tipo de infraestructura de transporte, presentamos el gráfico 1.

Gráfico 1. Contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público^{1/}



1/: A junio de 2015
Fuente: Ositran
Elaboración propia.

La revisión exhaustiva del régimen de penalidades, contenido en cada uno de los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público suscritos por el Estado peruano (ver anexos 1 y 2), permitió determinar las principales características de dicho régimen en cada uno de ellos.

Tabla 2. Relación de contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público

N°	Infraestructura	Concesionario	Año de suscripción	Sector
1	Carretera Arequipa-Matarani	Concesiones de Carreteras S.A. (Concar)	1994	Carreteras
2	Ferrocarril Sur y Sur-Oriente	Consortio Ferrocarril Transandino S.A.	1999	Ferroviario
3	Ferrocarril del Centro	Ferrovías Central Andino S.A.	1999	Ferroviario
4	Terminal Portuario de Matarani	Terminal Internacional del Sur-Tisur	1999	Puertos
5	Aeropuerto Jorge Chávez	Lima Airport Partners S.R.L.	2001	Aeroportuario
6	Red Vial N° 5 Ancón-Huacho-Pativilca	Norvial S.A.	2003	Carreteras
7	Inambari-Azángaro (tramo 4)	Intersur Concesiones S.A.	2005	Carreteras
8	Inambari-Iñapari (tramo 3)	Interoceánica Sur Tramo 3 S.A.	2005	Carreteras
9	Urcos-Inambari (tramo 2)	Interoceánica Sur Tramo 2 S.A.	2005	Carreteras
10	Eje Multimodal Amazonas Norte	Concesionaria IIRSA Norte S.A.	2005	Carreteras
11	Puente Pucusana-Cerro Azul-Ica	Concesionaria Vial del Perú S.A. Coviperú	2005	Carreteras
12	Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao Muelle Sur	DP World Callao S.R.L.	2006	Puertos
13	Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia	Aeropuertos del Perú S.A.	2006	Aeroportuario
14	Empalme 1B Buenos Aires-Canchaque	Concesionaria Canchaque S.A.	2007	Carreteras
15	San Juan de Marcona-Urcos	Survial S.A.	2007	Carreteras
16	Matarani-Azangaro-Ilo-Juliaca	Concesionaria Vial del Sur S.A. Covisur	2007	Carreteras
17	Red Vial N° 4 Tramos Viales Pativilca-Santa-Trujillo y Puerto Salaverry-Empalme R01N	Sociedad Concesionaria Autopista del Norte S.A.C.	2009	Carreteras
18	Óvalo Chancay / Desvío Variante Pasamayo-Huaral-Acos	Consortio Concesión Chancay-Acos S.A.	2009	Carreteras
19	Nuevo Mocupe-Cayaltí-Oyotún	Concesión Valle del Zaña S.A.	2009	Carreteras

Continúa

Continuación

20	Autopista del Sol Tramo Trujillo-Sullana	Concesionaria Vial del Sol S.A. Covisol	2009	Carreteras
21	Modernización del Terminal Portuario de Paita	Terminales Portuarios Euroandinos Paita S.A.	2009	Puertos
22	Eje Multimodal Amazonas Centro Tramo 2	Sociedad Desarrollo Vial de Los Andes S.A.C.	2010	Carreteras
23	Terminal de embarque de concentrados de minerales en el Terminal Portuario del Callao	Transportadora Callao S.A.	2011	Puertos
24	Segundo Grupo de Aeropuertos de Provincia	Aeropuertos Andinos del Perú S.A. – AAP	2011	Aeroportuario
25	Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao-Línea 1 Villa el Salvador-Av. Grau-San Juan de Lurigancho (Tramo 1 y 2)	GYM Ferrovías S.A.	2011	Ferrovionario
26	Modernización del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao	APM Terminals Callao S.A.	2011	Puertos
27	Nuevo Terminal Portuario de Yurimaguas-Nueva Reforma	Concesionaria Puerto Amazonas S.A.	2011	Puertos
28	Tramo Vial Desvío Quilca-Desvío Arequipa-Desvío Matarani-Desvío Moquegua-Desvío Ilo-Tacna-La Concordia	Concesionaria Peruana de Vías S.A. Covinca	2013	Carreteras
29	Línea 2 y Ramal Av. Faucett-Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao	Sociedad Concesionaria Metro de Lima Línea 2 S.A.	2014	Ferrovionario
30	Longitudinal de la Sierra Tramo 2	Consorcio Consierra Tramo 2	2014	Carreteras
31	Aeropuerto Internacional de Chinchero-Cusco	Consorcio Kuntur Wasi	2014	Aeroportuario
32	Terminal Portuario General San Martín-Pisco	Consorcio Terminal Portuario Paracas	2014	Puertos

Fuente: Ositran y ProInversión (1999-2015, junio).

Elaboración propia.

1. Un régimen heterogéneo

En primer lugar, se encontró que la principal característica del régimen de penalidades incorporado en cada uno de los contratos es su heterogeneidad. Así, observamos la existencia de una amplia diversidad en el tratamiento del tema al momento de diseñar y redactar cada contrato.

Esta observación no es menor, si se considera que todos estos contratos han sido suscritos por una única entidad pública, a saber el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y han sido formulados por la misma agencia de promoción de la inversión, como ProInversión. Además, la mayoría ha contado con la opinión favorable de una misma agencia de regulación: el Ositran.

No obstante que en estos contratos el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y ProInversión son los actores principales, en la práctica, muchas veces las regulaciones son muy dispares. Se podría pensar que ello se debe a la evolución del régimen en el tiempo, perfeccionando la técnica e incorporando la experiencia de los contratos anteriores. Sin embargo, no es así; pareciera que cada contrato de concesión es un mundo particular.

Sin lugar a dudas, si bien cada infraestructura tiene características particulares que ameritan una regulación contractual propia, existen elementos, como el régimen de penalidades, donde el Estado podría uniformizar criterios, al dotar de predictibilidad al sistema y reducir costos al momento de ejecutar el contrato. En efecto, si existiera un régimen uniforme –con seguridad–, el trabajo de fiscalización y control del Ositran sería más prolijo. En suma, en el caso de la infraestructura de transporte de uso público, en la actualidad existen tantos regímenes de penalidades como contratos de concesión.

2. Confusión entre régimen de penalidades y régimen administrativo sancionador

Como se analizó en la sección anterior, desde una perspectiva teórica, el régimen de penalidades y el régimen administrativo sancionador son distintos. Los objetivos que persiguen cada uno de ellos responden a preocupaciones muy diferentes. Sin embargo, pareciera que los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público suscritos por el Estado peruano tienen el mismo tratamiento, pues se les trata como figuras idénticas y fungibles de modo expreso.

Desde nuestro punto de vista, la confusión entre el régimen de penalidades y el régimen administrativo sancionador obedecería a un desconocimiento de los fines, las características y

los sustentos de ambas categorías por parte de los funcionarios encargados de elaborar los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público.

En efecto, como se expuso en el primer capítulo del presente trabajo, la gran diferencia conceptual entre un régimen y el otro es la siguiente: la penalidad busca delimitar, con anterioridad, la indemnización por el daño que el incumplimiento de una parte le causa a la otra; mientras que la infracción administrativa busca sancionar a un sujeto por la comisión de una conducta no deseada por afectar bienes jurídicos previamente delimitados. A partir de esta diferencia se generan consecuencias y características muy disímiles. Sin ánimo concluyente, en el caso de la penalidad, el monto debe estar delimitado con anticipación en relación directa con el daño generado, y las controversias sobre su aplicación son estrictamente contractuales. En cambio, el monto de la multa por la comisión de una sanción administrativa se establece tanto en función de su rol disuasivo como castigador; y cualquier controversia sobre su aplicación se discute, primero, mediante recursos administrativos al interior de la entidad y, luego, ante un proceso contencioso administrativo en el Poder Judicial.

En ese contexto, de acuerdo con la revisión realizada, en los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público suscritos por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones no existe mayor criterio para diferenciar cuándo un incumplimiento constituye una penalidad y cuándo, una infracción administrativa. En estricto, pareciera que para los redactores de estos contratos, la penalidad es una suerte de infracción administrativa.

Ahora bien, ¿por qué esto es importante? Es relevante porque, más allá de la disquisición teórica respecto de la naturaleza de ambas figuras jurídicas, no brindarle un tratamiento adecuado a las penalidades en los contratos de concesión acarrea consecuencias graves para el sistema. Se crea una elevada incertidumbre en las autoridades y los concesionarios por la elevada discrecionalidad que algunos contratos le otorgan al Ositran para determinar penalidades, además de las propiamente delimitadas en el contrato de concesión; y, por otro lado, se genera el desconocimiento de cuál es el mecanismo para controvertir la aplicación de una penalidad impuesta por el Ositran. Esta situación se agrava, si se tiene en cuenta que algunos contratos de concesión califican la decisión del Ositran como definitiva.

A continuación, se realiza un breve recuento sobre cómo se ha gestado esta confusión entre el régimen de penalidades y el régimen administrativo sancionador en los contratos de concesión.

En el primer contrato de concesión –carretera Arequipa-Matarani–, que data del año 1994, solo se incorporó una cláusula de penalidades muy simple, sin hacer referencia a la aplicación de sanciones por infracción administrativa⁵.

A diferencia de ello, en el caso del contrato de concesión del Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez”, suscrito en el año 2001, además de la cláusula de penalidades, se incorpora la posibilidad de que el Ositran inicie un procedimiento administrativo sancionador como consecuencia de la comisión de infracciones⁶. La misma línea se sigue en otros contratos de concesión, como el de la Carretera Ancón-Huacho-Pativilca (Red Vial N° 5), suscrito en el año 2003, donde se incorporan cláusulas diferenciadas de penalidades y de potestades sancionadoras, precisando incluso que las sanciones administrativas se aplican de manera independiente de las penalidades contractuales.

Sin embargo, en algunos contratos de concesión, como el de la Carretera Puente Pucusana-Cerro Azul-Ica (Red Vial N° 6) y el correspondiente a la Modernización del Terminal Portuario de Paita, se señala que si un incumplimiento contractual está contemplado también como una infracción en el Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS) del Ositran, solo se aplicará la sanción mas no la penalidad. Esto constituye una clara confusión entre el régimen de penalidades y el régimen administrativo sancionador.

Sin lugar a dudas, el siguiente punto llamó mucho nuestra atención al momento de elaborar el presente trabajo: a partir del año 2006 –con el contrato de concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao (Muelle Sur)–, se incorpora una suerte de fusión entre la penalidad y la sanción administrativa por incumplimiento del contrato. La cláusula modelo utilizada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones hace referencia a que el Ositran, en el ejercicio de la potestad sancionadora, se encuentra facultado para aplicar las penalidades contractuales.

Desde nuestro punto de vista, esta cláusula modelo –incorporada por el Ositran en los contratos de concesión– constituye, como desarrollamos más adelante, la materialización de la confusión del régimen de penalidades y del régimen administrativo sancionador. Así, en el contrato de concesión de la carretera Arequipa-Matarani, lo que comenzó como una referencia general al

⁵ El Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas fue aprobado por el Ositran mediante Resolución N° 006-99-CD/OSITRAN.

⁶ Mediante Resolución N° 002-2002-CD/OSITRAN, se aprobó el Régimen de Infracciones y Sanciones Aplicable a Incumplimientos Contractuales de Lima Airport Partners S.R.L.

régimen de penalidades ha pasado de diferenciar la aplicación de la penalidad de la sanción administrativa a considerarlas figuras similares.

Esta confusión no es menor, en vista de que el régimen de penalidades y el régimen administrativo sancionador persiguen objetivos diferentes. No solamente ello, en uno y otro caso, las consecuencias son muy distintas: si se trata de una penalidad, el mecanismo adecuado para cuestionarla es el arbitraje; y si se trata de una sanción administrativa, la discusión puede trasladarse a un proceso judicial denominado contencioso administrativo.

3. El Ositran como organismo encargado de determinar y aplicar las penalidades

En lo que corresponde al organismo encargado de aplicar la penalidad, todos los contratos de concesión señalan al Ositran como tal. Es materia de análisis del presente trabajo verificar si con la sola referencia contractual, el Ositran se encuentra habilitado legalmente para desempeñar esta función. Sea como fuere, todos los contratos de concesión revisados coinciden en designarlo como el ente encargado de aplicar las penalidades, asumiendo que cuenta con las competencias suficientes para ello.

Es importante resaltar que, a partir de los contratos de concesión relacionados con ferrocarriles del año 1999 y ya habiéndose creado el Ositran, se dispuso de modo expreso que las penalidades serían aplicadas por el organismo regulador. En esa dirección, se introdujo como anexo del contrato un cuadro de penalidades que reuniera los supuestos de incumplimiento pasibles de ser penalizados.

De otro lado, la mayoría de los contratos de concesión cuenta con un anexo que contiene una tabla o cuadro de penalidades al que se tendría que sujetar el Ositran al momento de determinar la aplicación de una penalidad. Sin embargo, existen otros contratos de concesión, como los del Primer y Segundo Grupo de Aeropuertos de Provincias, suscritos en los años 2006 y 2011, respectivamente, en los que se rompe esta regla y se deja a criterio del Ositran la aplicación de las penalidades y la determinación de su monto (entre 1 a 100 unidades impositivas tributarias-UIT). En otras palabras, se permite al Ositran aplicar penalidades por incumplimientos que no se encuentren previstos en la tabla de penalidades respectiva, lo cual implica conceder un margen de discrecionalidad elevado.

Entonces, de acuerdo con los contratos de concesión de infraestructura de uso público suscritos por el Estado peruano, el Ositran no solamente es el responsable de aplicar penalidades sino

que, en función de la redacción del contrato específico, también está encargado de determinarlas, con aparente discrecionalidad, al decidir qué conducta constituye un incumplimiento contractual y qué conducta no. Ello, al margen de si se aquellas se encuentran contenidas en una tabla de penalidades o previstas, de algún modo, en el contrato de concesión.

4. Diversidad de receptores del pago por penalidades

En cuanto al organismo que recibe el abono de las penalidades, tampoco hay uniformidad de criterios. Por un lado, en algunos contratos de concesión se indica que se paga al concedente: es decir, al Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Sin embargo, por otro lado, en otros contratos de concesión se señala que se paga al Ositran, incluso a un fideicomiso (como es el caso del contrato de concesión para la construcción del Nuevo Aeropuerto Internacional de Chinchero-Cusco) o a un Fondo vial del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (como se estipula en el contrato de concesión de la Carretera Ancón-Huacho-Pativilca).

5. Impugnación de una penalidad aplicada

Otro elemento en el que observamos una regulación contractual contradictoria es en cómo enfrenta el concesionario la aplicación de una penalidad por parte del Ositran.

En el contrato de concesión del Tramo 4 de la Carretera IIRSA Sur (Corredor vial Interoceánico Sur que conecta al Perú con Brasil) suscrito en el año 2005, tramo comprendido entre Inambari-Azángaro, se introduce la posibilidad de impugnar la penalidad ante el propio Ositran.

Sin embargo, por otro lado, en el contrato de concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao (Muelle Sur) suscrito en el año 2006, en relación con la posibilidad de impugnar penalidades impuestas por el Ositran, se prevé que: «La decisión del Regulador tendrá carácter definitivo y no está sujeta a reclamación alguna» (Ositran 2006: 99).

Si bien en la actualidad la mayoría de contratos de concesión establece un procedimiento de impugnación ante el propio Ositran, incluyendo los plazos tanto para impugnar como para resolver, en otros casos se afirma que la aplicación de penalidades es incontrovertible. Es materia del presente trabajo evaluar esta manera de proceder al aplicar e impugnar las penalidades, asimilándose a lo que ocurre en los procedimientos administrativos sancionadores.

Además, sobre la posibilidad de recurrir a un tercero para dirimir si una penalidad se encuentra bien aplicada o no, tampoco existe un criterio uniforme contenido en los contratos de concesión. En la actualidad, solamente en los contratos de concesión de los Tramos 1 y 5 de la Carretera IIRSA Sur, que datan del año 2007, se prevé la posibilidad de que el concesionario pueda someter a un arbitraje la imposición de una penalidad.

En todos los demás casos, no se prevé qué ocurre ante la aplicación de una penalidad por parte del Ositran. Esta situación ha generado incertidumbre entre los concesionarios, pues no tienen la certeza de si es posible recurrir a un arbitraje o al Poder Judicial. Este hecho se trata como un acto de imperio imposible de discutir, como ocurre con el contrato de concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao (Muelle Sur), o como un acto administrativo, que implica recurrir al Poder Judicial en un proceso largo, denominado contencioso administrativo.

En resumen, es posible afirmar que los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público no han recogido debidamente un régimen de penalidades acorde con la naturaleza de dicha figura contractual. Por lo contrario, dicho régimen ha mutado y se ha sofisticado hasta constituir una figura extraña, que se asemeja al régimen administrativo sancionador.

Como consecuencia, los textos contractuales generan un problema porque contienen disposiciones que regulan las penalidades como si se trataran de simples multas.

Capítulo III. Experiencia y evaluación de la aplicación de penalidades por parte del Ositran

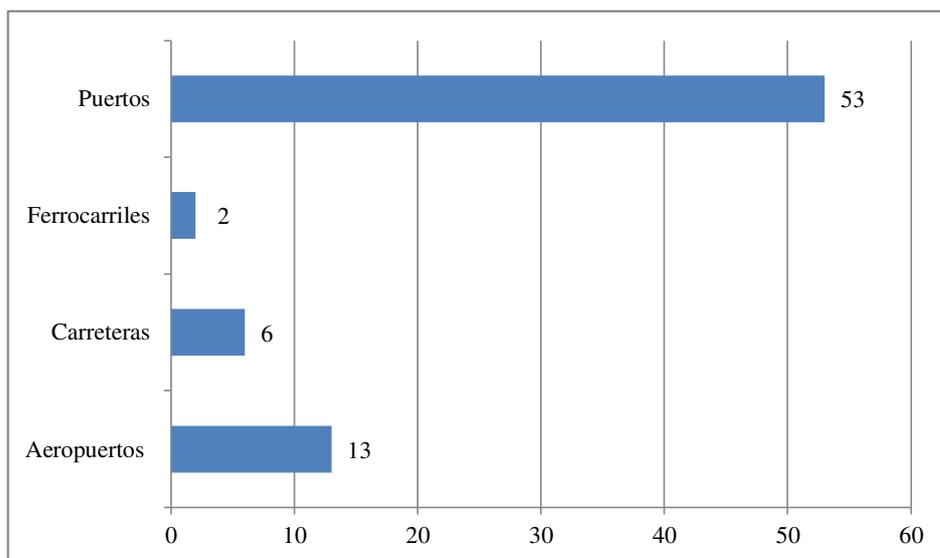
En la presente sección, analizaremos y evaluaremos cómo el Ositran ha ejecutado el régimen de penalidades previsto en los textos contractuales revisados en el punto anterior. Luego de identificar las principales características del régimen de penalidades incorporado en los contratos, se procederá a evaluar cuál ha sido la actuación del organismo regulador.

1. Experiencia del Ositran en la aplicación de penalidades entre los años 2001 y 2015

De acuerdo con la información proporcionada por Ositran, mediante la Carta N° 002-2015-OGD-GG-OSITRAN y la Carta N° 005-2015-OGD-GG-OSITRAN, a junio de 2015, este organismo ha aplicado 76 penalidades a las empresas concesionarias, de las cuales 2 fueron revocadas por el propio organismo regulador. En ese sentido, las 74 penalidades efectivamente impuestas se encuentran distribuidas de la siguiente forma (ver gráfico 2):

- Aeropuertos: 13
- Carreteras: 6
- Ferrovías: 2
- Puertos: 53

Gráfico 2. Penalidades aplicadas por el Ositran, 2001-2015^{1/}



1/: A junio de 2015
Fuente: Ositran
Elaboración propia.

El período de estudio del presente trabajo de investigación comprende las penalidades aplicadas por el Ositran entre el año 2001 y la actualidad. Sin embargo, conforme a la información alcanzada por dicha institución, no se aplicó ninguna penalidad antes del año 2009. La empresa concesionaria del Terminal Portuario de Paita, denominada Terminales Portuarios Euroandinos S.A., fue la primera en ser sancionada.

Desde entonces, la aplicación de penalidades ha mostrado un ritmo creciente, siendo 2014 el año con el mayor número de penalidades impuestas (24), seguido de 2012 (21). La tabla 3 resume el número de penalidades aplicadas, de acuerdo con los sectores en los que se ubican las empresas concesionarias:

Tabla 3. Número de penalidades aplicadas por el Ositran, 2009-2015^{1/}

Infraestructura	Años							Total
	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	
Aeroportuaria	0	2	1	2	3	5	0	13
Carreteras	0	0	0	0	0	3	3	6
Ferroviaria	0	0	0	0	0	1	1	2
Portuaria	1	1	4	19	8	15	5	53
Total	1	3	5	21	11	24	9	74

1/: A junio de 2015
Fuente: Ositran
Elaboración propia.

Como se puede apreciar, el sector portuario cuenta con la mayor cantidad de penalidades (53), a pesar de haber suscrito solo 7 contratos de concesión, seguido del sector aeroportuario (13), aun cuando este último tiene apenas 4 contratos de concesión en su haber y constituye el sector con menor número de contratos suscritos (al igual que el sector ferroviario).

En el otro extremo, al sector ferroviario tiene solo 2 penalidades impuestas, las que han sido aplicadas a la empresa concesionaria de la Línea 2 del Metro de Lima.

2. Casos emblemáticos de aplicación de penalidades por sectores de infraestructura

A efectos de la realización del presente trabajo de investigación, se han revisado todos los casos, entre los años 2001 y 2015, en los cuales el Ositran aplicó penalidades. Desde nuestra perspectiva, existen ciertos casos emblemáticos que muestran cómo el Ositran ha desempeñado esta función. La descripción se efectúa en función del sector al que pertenecen las empresas sancionadas.

2.1 Aeropuertos

Como se mostró en el gráfico 1, el Estado peruano ha suscrito cuatro (4) contratos de concesión correspondientes al sector aeropuertos.

2.1.1 Aeropuertos del Perú S.A.

Aeropuertos del Perú S.A. (en adelante, AdP) es la sociedad concesionaria del Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia⁷, en virtud del contrato de concesión suscrito el 11 de diciembre de 2006.

En los meses de abril y junio del año 2010, mediante el Oficio N° 074-10-GG-OSITRAN y el Oficio N° 118-2010-GG-OSITRAN, AdP fue notificada de la aplicación de penalidades por S/. 36.000 (10 UIT, según valor de dicho año) y S/. 54.000 (15 UIT, según valor de dicho año), respectivamente, por el presunto incumplimiento de los mecanismos de contratación para la adquisición de equipamiento, previstos en el anexo 27 de su contrato de concesión denominado “Reglamento para la ejecución de Obras, Actividades de Mantenimiento Periódico, Equipamiento y Servicios y Consultorías”.

De acuerdo con el anexo 27 antes referido, el concesionario está obligado a seguir la modalidad de contratación en función del monto al que asciendan las obras por ejecutar o el equipamiento por adquirir. Para el caso puntual de adquisición de bienes, el contrato establece los siguientes mecanismos:

Mecanismos	Presupuesto (incluido impuesto)
Licitación pública internacional	De US\$ 1.000.000,01 a más
Licitación pública nacional	De US\$ 250.001 a US\$ 1.000.000,00
Proceso de solicitud de propuestas	De US\$ 50.001 a US\$ 250.000
Adjudicación directa	Hasta US\$ 50.000

De acuerdo con el Informe N° 0251-2010-GS-OSITRAN y el Informe N° 0542-2010-GS-OSITRAN, que sustentan, respectivamente, las penalidades antes indicadas, el concesionario no cumplió con utilizar el mecanismo de contratación correspondiente al monto de adquisición de los expedientes técnicos:

⁷ El Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia está conformado por los aeropuertos de Tumbes, Talara, Piura, Cajamarca, Chiclayo, Chachapoyas, Tarapoto, Trujillo, Huaraz, Iquitos, Pucallpa y Pisco.

- En el primer caso, según el Informe N° 0251-2010-GS-OSITRAN, el Expediente Técnico ETE-ADP-GE-0258 –denominado “Adquisición de Máquinas de Rayos X para los aeropuertos operados por AdP”– fue aprobado por un valor referencial de US\$ 379.857, por lo que aplicaba realizar una licitación pública nacional para su adquisición. Sin embargo, el concesionario optó por la modalidad de solicitud de propuestas.
- En el segundo caso, según el Informe N° 0542-2010-GS-OSITRAN, el Expediente Técnico ETE-ADP-GE-0395 –denominado “Adquisición de Camionetas para los aeropuertos operados por AdP”– fue aprobado por un valor referencial de S/. 281.916,73, correspondiéndole un proceso de solicitud de propuestas para su adquisición. No obstante, el concesionario no efectuó el proceso de selección por la totalidad del expediente.

Hasta aquí, es claro que habrían existido incumplimientos por parte de AdP en la adquisición del equipamiento antes indicado. Sin embargo, dichas conductas no se encontraban previstas, de modo expreso, en la tabla de penalidades del contrato de concesión.

A pesar de esto último, el Ositran decidió aplicar las penalidades bajo el amparo de la cláusula 18 del contrato de concesión suscrito entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y la empresa Aeropuertos del Perú S.A., que establece que de existir incumplimientos de obligaciones contractuales no previstas en el contrato de concesión, podrá aplicar penalidades entre 1 y 100 UIT, según la magnitud del incumplimiento, y los efectos en la operación de los aeropuertos y en el objetivo de la concesión

Según el análisis realizado, los informes que sustentan la aplicación de estas penalidades no contienen una evaluación económica mínima sobre la magnitud de los incumplimientos del concesionario ni sobre cómo se determinó el monto de las penalidades. Todo esto, a pesar de que los informes reconocen que las adquisiciones realizadas no tuvieron consecuencias negativas en la operatividad de los aeropuertos ni en el objetivo de la concesión.

Conforme a la experiencia comentada en los párrafos precedentes, el Ositran se valió de una cláusula contractual para aplicar una penalidad a una conducta que no se encontraba previamente calificada como incumplimiento sujeto a penalidad. La gravedad del asunto no culmina en la excesiva discrecionalidad concedida al Ositran, sino en la ausencia de un análisis económico que sustente debidamente el daño generado por el incumplimiento en la prestación de los servicios asociados con la concesión.

2.1.2 Aeropuertos Andinos del Perú S.A.

a) Sobre las penalidades impuestas al concesionario

Aeropuertos Andinos del Perú S.A. (en adelante, AAP) es la sociedad concesionaria del Segundo Grupo de Aeropuertos de Provincia⁸, en virtud del contrato de concesión suscrito el 5 de enero de 2011.

La cláusula decimoctava del contrato de concesión contempla los siguientes aspectos dentro del régimen de penalidades, que en secciones anteriores de la presente investigación hemos identificado como poco convenientes:

- Ositran se encuentra facultado para aplicar penalidades, en ejercicio de una potestad sancionadora.
- Tras la impugnación que pudiera realizar el concesionario ante Ositran, su decisión tendrá carácter definitivo y no estará sujeta a reclamación alguna.
- En caso de existir incumplimientos de obligaciones contractuales que no estén previstas en el contrato de concesión, Ositran podrá aplicar penalidades entre 1 y 100 UIT, según la magnitud del incumplimiento y los efectos en la operación de los aeropuertos y en el objetivo de la concesión.

Entre los años 2011 y 2014, el Ositran inició una serie de procedimientos con la finalidad de aplicar penalidades a AAP (ver tabla 4 en la página siguiente).

En la tabla se puede apreciar que no ha existido uniformidad respecto del órgano de Ositran que impuso la penalidad a AAP: en el caso de las penalidades 1 y 3, el órgano que aplicó la penalidad fue la Gerencia general; mientras que el órgano encargado de resolver la impugnación del concesionario fue el Consejo directivo. Sin embargo, en las penalidades 2, 4, 5, 6 y 7, los roles fueron asumidos por la Gerencia de supervisión (aplicación de la penalidad) y la Gerencia general (resolución de la impugnación), a pesar de no existir una normativa que modificase sus competencias.

⁸ El Segundo Grupo de Aeropuertos de Provincia está conformado por los aeropuertos de Arequipa, Ayacucho, Juliaca, Puerto Maldonado, Tacna y Andahuaylas.

Tabla 4. Penalidades impuestas por el Ositran a la empresa AAP, 2011-2014

N°	Oficio que impone penalidad	Penalidad	Tema	Órgano que la impone	Oficio que resuelve impugnación	Órgano que resuelve impugnación
1	Oficio N° 334-11-GG-OSITRAN del 31 de octubre de 2011	Incumplimiento de cláusula 7.1.5 y anexo 22 del contrato de concesión	Requisitos de personal clave (Gerencia general)	Gerencia General	Oficio Circular 029-11-SCD-OSITRAN del 19 de diciembre de 2011	Consejo directivo
2	Oficio N° 3352-OSITRAN del 13 de agosto de 2012	Incumplimiento de cláusula 10.2.3. del contrato de concesión	Entrega de carta fianza de fiel cumplimiento de construcción	Gerencia de Supervisión	Oficio 280-12-GG-OSITRAN del 13 de setiembre de 2012	Gerencia general
3	Oficio N° 053-13-GG-OSITRAN del 7 de marzo de 2013	Incumplimiento de cláusula 6.2 del contrato de concesión	Mantenimiento de equipos Rx	Gerencia General	Oficio Circular 017-2013-SCD-OSITRAN del 10 de abril de 2013	Consejo directivo
4	Oficio N° 2761-2013-GS-OSITRAN del 25 de junio de 2013	Incumplimiento de cláusula 6.2 del contrato de concesión	Mantenimiento de equipos Rx	Gerencia de Supervisión	Oficio 205-13-GG-OSITRAN del 25 de julio de 2013	Gerencia general
5	Oficio N° 2932-2013-GS-OSITRAN del 4 de julio de 2013	Incumplimiento de cláusula 7.1.5 del contrato de concesión	Requisitos de personal clave (Gerencia general)	Gerencia de Supervisión	Oficio 206-13-GG-OSITRAN del 26 de julio de 2013	Gerencia general
6	Oficio N° 3950-2013-GS-OSITRAN del 11 de setiembre de 2013	Incumplimiento de cláusula 8.2.2.4 del contrato de concesión	Planes maestros PEM y TCQ	Gerencia de Supervisión	Oficio 022-14-GG-OSITRAN del 9 de enero de 2014	Gerencia general
7	Oficio N° 335-2014-GS-OSITRAN del 21 de enero de 2014	Incumplimiento de cláusulas 8.2.3.1, 8.2.3.3 y numeral d) del anexo 25 del contrato de concesión	Ejecución de puentes de embarque	Gerencia de Supervisión	Oficio 098-14-GG-OSITRAN del 24 de febrero de 2014	Gerencia general

Fuente: Ositran
Elaboración propia.

Asimismo, se debe tener en cuenta que de acuerdo con el marco legal vigente al inicio de los siete procedimientos antes indicados⁹, la potestad sancionadora del Ositran recaía en la Gerencia general y en el Consejo directivo, respectivamente, tal como se encontraba establecido en el artículo 40° del Reglamento general del Ositran, aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM.

⁹ Cabe precisar que el Artículo 53 del nuevo Reglamento de Organización y Funciones (ROF) del Ositran, aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, publicado el 28 de febrero de 2015, otorga a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización la potestad sancionadora, así como la de “aplicar penalidades a las empresas concesionarias en el marco de los contratos de concesión o normativa correspondiente”.

En ese sentido, si se tiene en cuenta que el numeral 18.1 del contrato de concesión indicaba que «OSITRAN, en el ejercicio de su potestad sancionadora, se encuentra facultado para aplicar las penalidades contractuales establecidas en el Contrato» (Ositran 2011: 124), es congruente afirmar que estas debieron ser aplicadas por la Gerencia general y, de haberse presentado impugnaciones a las mismas, el Consejo directivo, el órgano responsable de su resolución, como efectivamente ocurrió en las penalidades 1 y 3 de la tabla 4.

Ante esta situación, nos preguntamos si en el Ositran tienen en claro qué dependencia tiene competencias para conocer de estas materias o se aplican penalidades sin un mayor orden orgánico. Es previsible que esta confusión se viera incrementada al calificar a las penalidades como infracciones administrativas, cuando, con rigor técnico, se trata de instrumentos diferentes, como se vio en el primer capítulo de presente trabajo de investigación.

b) Sobre la posición del Ositran respecto de mecanismos de solución de controversias en materia de aplicación de penalidades

Con Carta N° 433-2015-AAP del 17 de abril de 2015, AAP presentó ante el Ositran una solicitud formal de interpretación del numeral 18.3 del contrato de concesión, que establece el carácter definitivo de la decisión del organismo en la impugnación contra la aplicación de penalidades (Ositran 2011: 124). Es decir, no puede ser sometida a los mecanismos de solución de controversias reconocidos en el contrato.

Como respuesta, mediante Oficio Circular N° 027-15-SCD-OSITRAN del 1 de junio de 2015, se notificó a AAP la Resolución de Consejo Directivo N° 031-2015-CD-OSITRAN, que resolvió declarar improcedente la solicitud de interpretación presentada, «debido a que dicha cláusula [18.3 del contrato de concesión] no es ambigua, oscura y poco clara, no existiendo justificación para su interpretación [...]» (Ositran 2015c: 2).

A modo de síntesis y por la importancia de las aseveraciones planteadas, a continuación detallamos las principales conclusiones que sustentan la posición del Ositran:

- i. Una penalidad es distinta de una sanción administrativa: la primera se fundamenta en la autonomía de las partes, mientras que la segunda se sustenta en la ley.
- ii. El pronunciamiento que adopta el Ositran al aplicar una penalidad, necesariamente, se expresa mediante un acto administrativo.

- iii. La impugnación del pronunciamiento de Ositran debe seguir el procedimiento establecido en el contrato de concesión, sin admitirse la presentación de un recurso de reconsideración o de apelación, según la Ley del Procedimiento Administrativo General.
- iv. Por constituir un acto administrativo, el pronunciamiento del Ositran es susceptible de ser impugnado solo en la vía contencioso administrativa ante el Poder Judicial y no en la vía arbitral, porque la materia no es de libre disposición de las partes.

Al respecto, se ratifica que al interior del Ositran no existe uniformidad con relación a los mecanismos de solución de controversias a los que puede recurrir el concesionario ante la imposición de una penalidad. Existen antecedentes en los cuales los concesionarios sometieron a la decisión de un Tribunal Arbitral la revisión de la aplicación de penalidades por parte del Ositran. Sin embargo, en el presente caso se aleja del propio texto contractual, que señala el carácter definitivo de la aplicación de las penalidades y que el concesionario debe acudir al Poder Judicial. En suma, se muestra, por decirlo menos, absoluta heterogeneidad sobre los mecanismos de solución de controversias vinculados a penalidades.

A modo de resumen, en la tabla 5 (ver página siguiente) se detallan las penalidades impuestas por el Ositran en el sector aeroportuario.

2.2 Carreteras

A continuación, se presentan las principales penalidades impuestas por Ositran en el sector carreteras.

2.2.1 Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 3 S.A.

Sociedad Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 3 S.A. es la sociedad concesionaria del Tramo 3 de la carretera IIRSA Sur (Corredor Vial Interoceánico Sur que conecta al Perú con Brasil), comprendido entre Inambari e Iñapari (Madre de Dios), en virtud del contrato de concesión suscrito el 4 de agosto de 2005.

En el mes de agosto de 2014, con Oficio N° 4627-2014-GSF-OSITRAN, se aplicó al concesionario una penalidad de US\$ 8.000 por haber incurrido en un retraso en la entrega del informe ambiental correspondiente al primer semestre de iniciada la explotación de la concesión. Este incumplimiento se encuentra previsto en la tabla de penalidades del contrato de concesión.

Tabla 5. Penalidades impuestas por el Ositran en el sector aeroportuario (a junio 2015)

Empresa	Año	Incumplimiento	Cláusula contractual incumplida	Oficio de aplicación de penalidad	Impugnación	Penalidad impuesta	Estado de la penalidad
Aeropuertos Andinos del Perú	2012	Presentar la garantía de fiel cumplimiento de construcción de obras con 41 días de retraso.	Numeral 18.2 de la cláusula 18 del contrato de concesión	N° 3352-2012-GS-OSITRAN	Oficio N° 280-12-GG-OSITRAN	US\$ 30.000	Pagada
	2013	Efectuar las labores de mantenimiento rutinario de la infraestructura aeroportuaria que sean necesarias para mantener los requisitos técnicos mínimos establecidos en el anexo 8 del contrato de concesión (marzo 2013).	Cláusula 6.2 del contrato de concesión	N° 053-2013-GG-OSITRAN		US\$ 5.000	Pagada
		Efectuar las labores de mantenimiento rutinario de la infraestructura aeroportuaria que sean necesarias para mantener los requisitos técnicos mínimos establecidos en el anexo 8 del contrato de concesión (julio 2013).	Cláusula 6.2 del contrato de concesión	N° 2761-2013-GSF-OSITRAN	Oficio N° 205-13-GG-OSITRAN	US\$ 5.000	Pagada
		Presentación de los Planes Maestro de Desarrollo de los aeropuertos de Puerto Maldonado y Juliaca hasta el vencimiento del mes 18 de la concesión.	Cláusula 8.2.2.4 del contrato de concesión	N° 3950-2013-GSF-OSITRAN	Oficio N° 022-2014-GG-OSITRAN	US\$ 10.000	Pagada
	2014	Ejecutar la obra nueva “Mejoramiento del Servicio de Embarque y Desembarque del Aeropuerto de Arequipa”, sin contar con el expediente técnico-(EDI) aprobado ni con el estudio a nivel de perfil y otorgamiento de la Declaración de Viabilidad al Proyecto.	Cláusulas 8.2.3.1 y 8.2.3.3 del contrato de concesión	N° 335-2014-GSF-OSITRAN	Oficio N° 098-2014-GG-OSITRAN	50 UIT	En revisión por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del Ositran

Continúa

Continuación

Empresa	Año	Incumplimiento	Cláusula contractual incumplida	Oficio de aplicación de penalidad	Impugnación	Penalidad impuesta	Estado de la penalidad
Aeropuertos del Perú	2010	Incumplimiento en el procedimiento de aplicación del anexo 27 en la adquisición e implementación del Equipamiento Necesario N° 9	Anexo 27 del contrato de concesión	N° 074-10-GG-OSITRAN		10 UIT - S/. 36.000	Oficio N° 074-10-GG-OSITRAN/ Informe N° 0251-2010-GS-OSITRAN- Laudo Arbitral de derecho. Al final, AdP pagó S/. 27.000
	2010	Incumplimiento en el procedimiento de aplicación del anexo 27 en la adquisición e implementación del Equipamiento Necesario N° 2	Anexo 27 del contrato de concesión	N° 118-10-GG-OSITRAN		15 UIT- S/. 54.000	Oficio N° 118-10-GG-OSITRAN/ Informe N° 0542-2010-GS-OSITRAN- Laudo arbitral de derecho. Al final, AdP pagó S/. 40.000
	2011	Incumplimiento en el procedimiento de aplicación del anexo 27 en la adquisición e implementación del Equipamiento Necesario N° 06	Anexo 27 del contrato de concesión	N° 178-11-GG-OSITRAN		15 UIT- S/. 54.000	Pagada
	2012	Plazo de presentación del Programa de Rehabilitación y Mejoramiento del Lado Aire	Cláusula 8.5 del contrato de concesión	N°3476-2012-GSF-OSITRAN	Oficio N°301-12-GG-OSITRAN	S/. 36.500	Pagada
	2014	Presentación mensual de Reporte de Avance de Obra-RAO	Ítem b) del numeral 2 del anexo 18 del contrato de concesión	N°895-2014-GSF-OSITRAN		20 UIT- S/. 76.000	Pagada
		El concesionario ha efectuado la adquisición sin contar con un expediente técnico aprobado.	Ítem A.4 del anexo 27 del contrato de concesión	N° 4806-2014-GSF-OSITRAN		12 UIT	Pagada
		El concesionario adquirió equipos con diferentes especificaciones técnicas que las estipuladas en el expediente técnico, y aprobadas por el concedente.	Ítem A.4 del anexo 27 del contrato de concesión	N° 4807-2014-GSF-OSITRAN		10 UIT	Pagada
		El Concedente ha llevado a cabo la adquisición de equipos sin tener en cuenta el expediente técnico aprobado por el concedente.	Ítem A.4 del anexo 27 del contrato de concesión	N° 4808-2014-GSF-OSITRAN		12 UIT	Pagada

Fuente: Ositrán.

Cabe señalar que a diferencia del contrato de AAP revisado anteriormente, el contrato de concesión del Tramo 3 de la carretera IIRSA Sur dispone que el Ositran pueda aplicar penalidades. Sin embargo, no indica que estas serán impuestas en ejercicio de potestad sancionadora.

Por tanto, si bien en este caso aparentemente no existiría una actuación discutible por parte del organismo regulador, llama la atención el análisis que realiza sobre una penalidad y si es válido o no relacionarla con la potestad sancionadora del Estado, en comparación con el caso de AAP antes visto.

En efecto, el Informe N° 2393-2014-GSF-OSITRAN que sustenta la penalidad aplicada, mediante Oficio N° 4627-2014-GSF-OSITRAN, establece expresamente lo siguiente:

«3.9 Asimismo, las penalidades se ejercitan dentro de las potestades administrativas de dirección, inspección y control de las que dispone la Administración Pública en los contratos que celebra y como una forma de garantizar el interés público. En esa línea de razonamiento, las consecuencias de una cláusula penal en un contrato no constituye la manifestación del derecho sancionador, entendida ésta como el ejercicio del ius puniendi del Estado, toda vez que la naturaleza de dichas cláusulas contractuales responde a una concepción civil, en la que se predica el principio de presunción de culpa en el contratante que no cumple lo pactado o incurre en algún defecto en su cumplimiento (sic)» (Ositran 2014).

En esa línea, llama la atención que para el caso del contrato de concesión del Tramo 3 de la carretera IIRSA Sur, el Ositran señale de manera categórica (y correcta, a nuestro juicio) que una penalidad no resulta compatible con el derecho sancionador. Por lo contrario, considera improcedente el pedido de interpretación formulado por AAP respecto de su contrato de concesión que –contrariamente a lo opinado por el Ositran en el informe antes citado– contiene una cláusula que expresamente mezcla dichas categorías.

Nótese, por tanto, cómo un texto contractual confuso puede llevar al organismo regulador a actuar de manera poco congruente, a pesar de tener claridad respecto de las diferencias entre una penalidad y una infracción administrativa.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe también resaltar que el informe citado señala lo siguiente: «[...] las penalidades se ejercitan dentro de las potestades administrativas de dirección, inspección y control de las que dispone la Administración Pública (sic)» (Ositran 2014), pero a la vez indica: «[...] la naturaleza de dicha cláusulas contractuales responde a una concepción civil» (Ositran 2014). Como se ha visto anteriormente, análisis que se ampliará en el cuarto capítulo de la presente investigación, no es coherente defender la naturaleza civil de una penalidad –por un lado– y al mismo tiempo afirmar que son ejercidas en el marco de una

potestad administrativa del Estado –por otro lado–, máxime si la competencia para aplicar penalidades por parte del Ositran no se expresa en el nivel de una norma con rango de ley.

2.2.2 Concesionaria Vial del Sol S.A.

Concesionaria Vial del Sol S.A. (en adelante, Covisol) es la sociedad concesionaria de la Autopista del Sol, comprendida entre Trujillo y Sullana, en virtud al contrato de concesión suscrito el 25 de agosto de 2009.

En el mes de febrero de 2015, con Oficio N° 1151-2015-GSF-OSITRAN (sustentado en el Informe N° 0583-2015-GSF-OSITRAN) se dispuso la aplicación de una penalidad de US\$ 5.000 al concesionario por haber incumplido especificaciones y medidas establecidas en su Estudio de Impacto Ambiental, así como por haber depositado material excedente (de trabajos de corte) en una zona no aprobada por el concedente como Depósito de material excedente (DME), incumplimiento que se encuentra contemplado en la tabla de penalidades del contrato de concesión. Si bien Covisol impugnó la penalidad ante el Ositran (según lo previsto en su contrato de concesión), mediante Oficio N° 105-2015-GG-OSITRAN, este fue desestimado por la Gerencia general.

Si se tiene en cuenta la problemática relacionada con la presente investigación, debemos indicar, en primer lugar, que el Informe N° 0583-2015-GSF-OSITRAN, que sustenta la aplicación de la penalidad a Covisol, mantiene la postura revisada en el caso del Tramo 3 de la carretera IIRSA Sur, al insistir en que «[...] las penalidades se ejercitan dentro de las potestades administrativas de dirección, inspección y control de las que dispone la Administración Pública (sic)» (Ositran 2015b), pero a la vez indica que «[...] la naturaleza de dichas cláusulas contractuales responde a una concepción civil» (*Ibid.*), según reproducimos a continuación.

«3.16 Asimismo, las penalidades se ejercitan dentro de las potestades administrativas de dirección, inspección y control de las que dispone la Administración Pública en los contratos que celebra y como una forma de garantizar el interés público. En esa línea de razonamiento, las consecuencias de una cláusula penal en un contrato no constituye la manifestación del derecho sancionador, entendida ésta como el ejercicio del ius puniendi del Estado, toda vez que la naturaleza de dichas cláusulas contractuales responde a una concepción civil, en la que se predica el principio de presunción de culpa en el contratante que no cumple lo pactado o incurre en algún defecto en su cumplimiento (sic)» (Ositran 2015b).

No obstante, también debemos resaltar, en segundo lugar, que el Informe N° 037-15-GAJ-OSITRAN (en base al cual se fundamenta la confirmación de la penalidad por parte de la Gerencia general) establece con claridad el presupuesto que debe cumplirse antes de aplicar una penalidad.

«13. En primer término, conviene tener presente que, una cláusula penal desarrolla sus efectos cuando se produce el incumplimiento de la obligación vinculada a ella. Por ello, para su aplicación, se requiere que se verifiquen los supuestos de hecho que determinaron su establecimiento. En otras palabras, para invocar la aplicación de una penalidad se deben probar los hechos que habilitan su aplicación» (Ositran 2015a).

Como se puede apreciar, al menos en el caso bajo comentario, existiría claridad en el Ositran de la necesidad de verificar los hechos que configuran un incumplimiento de obligaciones antes de aplicar una penalidad, para lo cual es indispensable determinar cuáles son dichos hechos. Esta aseveración nos parece correcta; sin embargo, llama la atención que difiera de la posición asumida frente a los casos de la empresa AdP, donde el Ositran considera que puede aplicar penalidades, así no se encuentren expresamente tipificadas como tales en el texto del contrato.

En la tabla 6 (ver página siguiente) se detallan las penalidades impuestas por el Ositran en el sector carreteras.

2.3 Puertos

El Estado peruano ha concesionado siete puertos con sendas entidades, algunas de las cuales han sido sujetas de penalidades por el incumplimiento de cláusulas de los respectivos contratos, tal como se presenta a continuación.

2.3.1 Terminales Portuarios Euroandinos S.A.

La empresa Terminales Portuarios Euroandinos S.A. (en adelante, TPE) es la sociedad concesionaria del Terminal Portuario de Paita, en virtud del contrato de concesión suscrito el 9 de septiembre de 2009.

En el mes de noviembre de 2009, con Oficio N° 367-09-GG-OSITRAN, se dispuso la aplicación al concesionario de una penalidad ascendente a S/. 46.150 (13 UIT, según valor de dicho año) por haber incurrido en un retraso de 13 días en la publicación de su tarifario de servicios estándar y especiales en su página web, incumplimiento que se encuentra contemplado en la tabla de penalidades del contrato de concesión. Si bien el concesionario impugnó la penalidad ante el Ositran, mediante Resolución N° 011-2010-CD-OSITRAN, la impugnación fue desestimada por su Consejo directivo.

Tabla 6. Penalidades impuestas por el Ositran en el sector carreteras (a junio 2015)

Empresa	Año	Incumplimiento	Cláusula contractual incumplida	Oficio de aplicación de penalidad	Penalidad impuesta	Estado de la penalidad
Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 3 S.A.	2014	Retraso en la entrega de informe ambiental	Cláusula 11.35 del contrato de concesión	N° 4627-2014-GSF-OSITRAN	US\$ 8.000	Pagada
Obrainsa	2014	Atraso en la entrega de informes ambientales	Cláusula 13.12 del contrato de concesión	N° 4175-2014-GSF-OSITRAN	US\$ 1.000	Pagada
Convial Sierra Norte	2014	Incumplimiento de los procedimientos y acciones contenidas en el Estudio de Impacto Ambiental, aprobado por la autoridad ambiental competente y la normatividad ambiental vigente.	Cláusula 13.6 del contrato de concesión	N° 7105-2014-GSF-OSITRAN	4 UIT	Pagada
	2015	Incumplimiento de los procedimientos y acciones contenidas en el Estudio de Impacto Ambiental, aprobado por la autoridad ambiental competente y la normatividad ambiental vigente.	Cláusula 13.3, 13.5 y 13.6 del contrato de concesión	N° 1448-2015-GSF-OSITRAN	4 UIT	Pagada
	2015	Incumplimiento de los procedimientos y acciones contenidas en el Estudio de Impacto Ambiental, aprobado por la autoridad ambiental competente y la normatividad ambiental vigente.	Cláusula 13.6 del contrato de concesión	N° 1681-2015-GSF-OSITRAN	4 UIT	Pagada
Covisol	2015	Incumplimiento de los procedimientos y acciones contenidas en el Estudio de Impacto Ambiental, aprobado por la autoridad ambiental competente y la normatividad ambiental vigente.	Cláusula 13.3 y 13.11 del contrato de concesión	N° 1151-2015-GSF-OSITRAN	US\$ 5.000	Pagada

Fuente: Ositran.

Cabe destacar que –como en otros casos antes expuestos–, según este contrato de concesión, Ositran podrá aplicar las penalidades en ejercicio de la potestad sancionadora. No obstante, nótese que la Gerencia general y el Consejo directivo fueron los órganos responsables de aplicar la penalidad a TPE, los que contaban con facultad sancionadora de acuerdo con el Reglamento General de Ositran vigente en dicha época.

En vista de ello, llama la atención que para las siguientes penalidades se haya cambiado de criterio y que los órganos encargados de su aplicación y resolución, ante una eventual impugnación, sean la Gerencia de Supervisión y la Gerencia general, respectivamente.

Como se puede apreciar en la tabla 7, las penalidades que posteriormente fueron aplicadas al concesionario no siguieron el criterio establecido en el caso de la primera penalidad revisada con anterioridad. No existía ningún instrumento normativo que hubiese otorgado competencia a la Gerencia de Supervisión para poder aplicar penalidades.

Tabla 7. Órgano del Ositran que aplica penalidades

N°	Oficio que impone la penalidad	Penalidad	Tema	Órgano que la impone	Oficio que resuelve la impugnación	Órgano que resuelve la impugnación
1	Oficio N° 1178-2012-GS-OSITRAN del 19 de marzo de 2012	Incumplimiento de la cláusula 8.19 y del anexo 3 del contrato de concesión	Incumplimiento en los niveles de servicio y productividad (primer trimestre de explotación)	Gerencia de supervisión	Oficio N° 184-12-GG-OSITRAN del 21 de junio de 2012	Gerencia general
2	Oficio N° 1283-2012-GS-OSITRAN del 26 de marzo de 2012	Incumplimiento de la cláusula 8.19 y del anexo 3 del contrato de concesión	Incumplimiento en los niveles de servicio y productividad (segundo trimestre de explotación)	Gerencia de supervisión	Oficio N° 186-2012-GG-OSITRAN del 21 de junio de 2012	Gerencia general
3	Oficio N° 1811-2012-GS-OSITRAN del 26 de abril de 2012	Incumplimiento de la cláusula 8.19 y del anexo 3 del contrato de concesión	Incumplimiento en los niveles de servicio y productividad (tercer trimestre de explotación)	Gerencia de supervisión	Oficio N° 182-2012-GG-OSITRAN del 21 de junio de 2012	Gerencia general
4	Oficio N° 1879-2012-GS-OSITRAN del 4 de mayo de 2012	Incumplimiento de la cláusula 8.19 y del anexo 3 del contrato de concesión	Incumplimiento en los niveles de servicio y productividad (cuarto trimestre de explotación)	Gerencia de supervisión	Oficio N° 188-2012-GG-OSITRAN del 21 de junio de 2012	Gerencia general
5	Oficio N° 2004-2012-GS-OSITRAN del 10 de mayo de 2012	Incumplimiento de la cláusula 8.19 y del anexo 3 del contrato de concesión	Incumplimiento en los niveles de servicio y productividad (quinto trimestre de explotación)	Gerencia de supervisión	Oficio N° 190-2012-GG-OSITRAN del 21 de junio de 2012	Gerencia general

Continúa

Continuación

6	Oficio N° 2075-2012-GS-OSITRAN del 15 de mayo de 2012	Incumplimiento de la cláusula 8.19 y del anexo 3 del contrato de concesión	Incumplimiento en los niveles de servicio y productividad (sexto trimestre de explotación)	Gerencia de supervisión	Oficio N° 192-2012-GG-OSITRAN del 21 de junio de 2012	Gerencia general
7	Oficio N° 2124-2012-GS-OSITRAN del 18 de mayo de 2012	Incumplimiento de la cláusula 8.19 y del anexo 3 del contrato de concesión	Incumplimiento en los niveles de servicio y productividad (séptimo trimestre de explotación)	Gerencia de supervisión	No se impugnó la penalidad	Gerencia general
8	Oficio N° 2726-2012-GS-OSITRAN del 2 de julio de 2012	Incumplimiento de la cláusula 8.19 y del anexo 3 del contrato de concesión	Incumplimiento en los niveles de servicio y productividad (octavo trimestre de explotación)	Gerencia de supervisión	Oficio N° 244-2012-GG-OSITRAN del 3 de agosto de 2012	Gerencia general
9	Oficio N° 2912-2012-GS-OSITRAN del 12 de julio de 2012	Incumplimiento de la cláusula 8.19 y del anexo 3 del contrato de Concesión	Incumplimiento en los niveles de servicio y productividad (noveno trimestre de explotación)	Gerencia de supervisión	Oficio N° 246-2012-GG-OSITRAN del 3 de agosto de 2012	Gerencia general
10	Oficio N° 3706-2012-GS-OSITRAN del 5 de setiembre de 2012	Incumplimiento de la cláusula 8.19 y del Anexo 3 del Contrato de Concesión	Incumplimiento en los niveles de servicio y productividad (décimo trimestre de explotación)	Gerencia de supervisión	No se impugnó la penalidad	Gerencia general
11	Oficio N° 5946-2012-GS-OSITRAN del 28 de octubre de 2012	Incumplimiento de la cláusula 6.31 del Contrato de Concesión	Incumplimiento referido a la presentación de informes mensuales de avance de obra	Gerencia de supervisión	No se impugnó la penalidad	Gerencia general

Fuente: Ositran.
Elaboración propia.

Esta actuación es similar a la mostrada por el Ositran en los casos de Aeropuertos del Perú S.A. o Aeropuertos Andinos del Perú S.A., en los que a pesar de contar con un texto contractual similar –en el sentido de que las penalidades se aplican en ejercicio de potestad sancionadora–, el organismo regulador optó por que la Gerencia de Supervisión y la Gerencia general sean las encargadas de aplicar las penalidades. Incluso, en el caso de Aeropuertos Andinos del Perú S.A. también se produjo un cambio de criterio respecto de los órganos encargados de la aplicación de penalidades.

2.3.2 Empresa Transportadora Callao S.A.

La Empresa Transportadora Callao S.A. (en adelante, ETC) es la sociedad concesionaria del Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales en el Terminal Portuario del Callao, en virtud del contrato de concesión suscrito el 28 de enero de 2011.

En el mes de junio de 2013, con Oficio N° 2762-13-GS-OSITRAN, se dispuso la aplicación de una penalidad al concesionario de S/. 296.000 (80 UIT, según valor de dicho año) por haber ejecutado obras sin contar con la aprobación de los expedientes técnicos por parte de la Autoridad Portuaria Nacional (APN), incumplimiento que se encuentra contemplado en la tabla de penalidades del contrato de concesión. Si bien el concesionario impugnó la penalidad ante el OSITRAN, mediante Oficio N° 267-13-GG-OSITRAN, esta impugnación fue desestimada.

Teniendo en cuenta que el contrato de concesión dispone el ejercicio de la potestad sancionadora para la aplicación de penalidades, una primera crítica a la actuación del Ositran –similar a la realizada anteriormente– consiste en la determinación de los órganos encargados de aplicar la penalidad al concesionario. Es decir, la Gerencia de Supervisión y la Gerencia general, aun cuando la primera de ellas no contaba con competencias sancionadoras.

Sin perjuicio de ello, la principal crítica que formulamos en el presente caso tiene como base dos extremos del Informe N° 040-13-GAL-OSITRAN, que sustenta la confirmación de la penalidad aplicada al concesionario.

En primer lugar, revisemos el análisis del organismo regulador sobre la funcionalidad de una penalidad y los supuestos para que esta se configure.

«16. Antes de abordar el análisis de los argumentos contenidos en el escrito de impugnación de la penalidad de TC, debe tenerse en consideración lo siguiente:

[...]

(vi) Ahora bien, como hemos señalado, una condición necesaria para la existencia de una penalidad es la fijación antelada del monto resarcitorio en función del incumplimiento definido como tal en el contrato. Esto lleva necesariamente a determinar el supuesto de incumplimiento que activará el pago de la penalidad, pero también el monto de la misma, a fin de que cumpla su doble función: indemnizatoria y disuasiva.

(vii) En el presente caso, las penalidades han sido pactadas contractualmente, estableciéndose en el Anexo 14 del Contrato de Concesión, cuales son los supuestos que generarán la aplicación de una penalidad, el monto al que ascenderá la misma y los criterios de aplicación. Asimismo, la Cláusula Décimo Octava del Contrato de Concesión establece el procedimiento para su imposición, impugnación contractual y pago (sic)» (Ositran 2013).

Como se puede apreciar, para poder establecer una penalidad se requiere, por un lado, definir el supuesto de incumplimiento y, por otro lado, el monto resarcitorio o, mejor dicho, el monto al que ascenderá la penalidad. En el texto citado, el Ositran reconoce que estos dos presupuestos son necesarios para la aplicación de una penalidad y, como ellos se encontraban previstos en el

contrato de concesión de ETC, correspondía aplicar la penalidad de 80 UIT al haberse verificado el incumplimiento respectivo.

Recordemos ahora el primer caso revisado en la segunda sección del presente capítulo. A la empresa Aeropuertos del Perú se le aplicó penalidades al amparo de una cláusula que facultaba al Ositran la aplicación de penalidades entre 1 y 100 UIT, según la magnitud del incumplimiento y sus efectos en la operación de los aeropuertos y el objetivo de la concesión, cuando existan incumplimientos de obligaciones contractuales no previstas en dicho contrato de concesión.

Como se puede apreciar, es evidente la existencia de un criterio distinto para las dos empresas en cuestión, aun cuando el Ositran reconoce que para aplicar una penalidad es necesaria la fijación antelada del monto resarcitorio y del supuesto de incumplimiento.

En segundo lugar, reproducimos a continuación la justificación normativa que recoge el Informe N° 040-13-GAL-OSITRAN para fundamentar la facultad del organismo regulador de imponer o aplicar penalidades, así como el reconocimiento de la naturaleza contractual de las mismas.

«16. Antes de abordar el análisis de los argumentos contenidos en el escrito de impugnación de la penalidad de TC, debe tenerse en consideración lo siguiente:

[...]

(viii) Por otra parte, la facultad por parte de OSITRAN para la imposición y cobro de penalidades se encuentra expresamente establecida tanto en los Contratos de Concesión, como en la Ley N° 26917, Ley de Creación de OSITRAN, cuyo literal i) del numeral 7.1 del artículo 7° señala lo siguiente:

“7.1 Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

(...)

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

(...)

Continúa

Continuación

17. Por lo tanto, conforme a lo expuesto, la naturaleza de las penalidades es contractual y su función es resarcitoria y disuasiva, razón por la cual, su imposición, impugnación contractual y cobro se regirán por las disposiciones establecidas en el Contrato de Concesión, cuyo cumplimiento resulta obligatorio para el Concesionario, el Concedente y el Regulador.

18. Cabe tener presente que el Contrato de Concesión contiene disposiciones de carácter particular que han sido pactadas entre Concesionario y Concedente, en el ámbito de una relación contractual, surgida dentro del régimen especial de concesiones de infraestructura de servicios de uso público. Por ello, por su propia naturaleza, la penalidad está sujeta a un régimen de tipo contractual y no por normativa de carácter general, aunque si estén respaldadas por la normativa especial en concesiones de infraestructura de servicios públicos, por lo que su impugnación se llevará a cabo conforme a lo dispuesto en el Contrato de Concesión (sic)» (Ositran 2013).

Como se puede apreciar, y según tuvimos oportunidad de revisar anteriormente, la ley de creación del Ositran solo establece la facultad de cobrar penalidad, sin que estuviese recogida, en el ámbito de norma con rango de ley, la facultad de imponer o aplicar penalidades. No obstante, según el organismo regulador, este sería un fundamento normativo bajo el cual resulta competente para dichos fines, a pesar de que la ley no lo establece así de modo expreso.

Asimismo, es interesante el reconocimiento en el informe que la penalidad está sujeta a un régimen contractual (lo cual es congruente con su naturaleza) y, además, añade que no está sujeta a normativa de carácter general. Aunque admitimos que el texto puede ser confuso, es posible determinar el reconocimiento de la naturaleza civil y, por tanto, la incompatibilidad existente con las normas regulatorias del régimen administrativo sancionador. Siendo ello así, nos encontramos –una vez más– frente a una dificultad con la que el Ositran debe lidiar por los términos en que está recogido el régimen de penalidades en los contratos de concesión.

En la tabla 8 (ver página siguiente) se detallan las penalidades impuestas por el Ositran en el sector portuario.

En resumen, observamos que la aplicación de penalidades por parte del Ositran no ha estado exenta de desaciertos. Estos están fuertemente determinados por los contratos de concesión, que no definen con propiedad el régimen de penalidades.

Tabla 8. Penalidades impuestas por el Ositran en el sector portuario (a junio 2015)

Empresa	Año	Incumplimiento	Cláusula contractual incumplida	Oficio de aplicación de penalidad	Impugnación	Penalidad impuesta	Estado de la penalidad
Terminales Portuarios Euroandino Paíta	2009	Incumplimiento de la publicación del Reglamento de Tarifas.	Cláusula 8.20 del contrato de concesión	N° 367-09-GG-OSITRAN	Resolución N° 011-2010-CD-OSITRAN	S/. 46.150,00	Pagada
	2012	Incumplimiento en los niveles de servicio y productividad (primer trimestre de explotación).	Cláusula 8.19 y del anexo 3 del contrato de concesión	N° 1178-2012-GSF-OSITRAN	Oficio N° 184-12-GG-OSITRAN	S/. 9.781,00	Pagada
		Incumplimiento en los niveles de servicio y productividad (segundo trimestre de explotación).	Cláusula 8.19 y del anexo 3 del contrato de concesión	N° 1283-2015-GSF-OSITRAN	Oficio N° 186-2012-GG-OSITRAN	S/. 13.175,00	Pagada
		Incumplimiento en los niveles de servicio y productividad (tercer trimestre de explotación).	Cláusula 8.19 y del anexo 3 del contrato de concesión	N° 1811-2012-GSF-OSITRAN	Oficio N° 182-2012-GG-OSITRAN	S/. 12.299,00	Pagada
		Incumplimiento en los niveles de servicio y productividad (cuarto trimestre de explotación).	Cláusula 8.19 y del anexo 3 del contrato de concesión	N° 1879-2012-GSF-OSITRAN	Oficio N° 188-2012-GG-OSITRAN	S/. 18.457,00	Pagada
		Incumplimiento en los niveles de servicio y productividad (quinto trimestre de explotación).	Cláusula 8.19 y del anexo 3 del contrato de concesión	N° 2004 -2012-GSF-OSITRAN	Oficio N° 190-2012-GG-OSITRAN	S/. 25.224,00	Pagada
		Incumplimiento en los niveles de servicio y productividad (sexto trimestre de explotación).	Cláusula 8.19 y del anexo 3 del contrato de concesión	N° 2075-2012-GSF-OSITRAN	Oficio N° 192-2012-GG-OSITRAN	S/. 15.063,00	Pagada
		Incumplimiento en los niveles de servicio y productividad (séptimo trimestre de explotación).	Cláusula 8.19 y del anexo 3 del contrato de concesión	N° 2124-2012-GSF-OSITRAN		S/. 24.580,00	Pagada
		Incumplimiento en los niveles de servicio y productividad (octavo trimestre de explotación).	Cláusula 8.19 y del anexo 3 del contrato de concesión	N° 2726-2012-GSF-OSITRAN	Oficio N° 244-2012-GG-OSITRAN	S/. 26.447,00	Pagada
		Incumplimiento en los niveles de servicio y productividad (noveno trimestre de explotación).	Cláusula 8.19 y del anexo 3 del contrato de concesión	N° 2912-2012-GSF-OSITRAN	Oficio N° 246-2012-GG-OSITRAN	S/. 28.920,00	Pagada

Continúa

Continuación

Empresa	Año	Incumplimiento	Cláusula contractual incumplida	Oficio de aplicación de penalidad	Impugnación	Penalidad impuesta	Estado de la penalidad
Terminales Portuarios Euroandino Paíta	2012	Incumplimiento en los niveles de servicio y productividad (décimo trimestre de explotación).	Cláusula 8.19 y del anexo 3 del contrato de concesión	N° 3706-2012-GSF-OSITRAN		S/. 32.106,00	Pagada
	2014	Incumplimiento referido a la presentación de informes mensuales de avance de obra.	Cláusula 6.31 del contrato de concesión	N° 5946-2014-GSF-OSITRAN		US\$ 2.000,00	Pagada
Transportadora Callao	2012	No abrir el Libro de Obras al inicio de la construcción.	Cláusula 6.15 del contrato de concesión	N° 2252-2012- GSF-OSITRAN		S/. 2.920,00	Pagada
		Atraso en las subsanaciones de observaciones en el expediente técnico (27 días).	Cláusula 6.6 del contrato de concesión	N° 2670-2012-GSF-OSITRAN		S/. 78.840,00	Pagada
		Modificaciones del diseño conceptual del expediente técnico, sin seguir el procedimiento establecido en el contrato.	Cláusula 6.9 del contrato de concesión	N° 4091-2012-GSF-OSITRAN		S/. 146.000,00	Pagada
	2013	Ejecución de obras no aprobadas en el expediente técnico.	Cláusula 6.8 del contrato de concesión	N° 2762-2013-GSF-OSITRAN	Oficio N° 267-2013-GG-OSITRAN	S/. 296.000,00	Pagada
		Incumplimiento del contrato de concesión por presentación del informe mensual de avance de obras.	Cláusula 6.31 del contrato de concesión	N° 3710-2013-GSF-OSITRAN		S/. 2.960,00	Pagada
	2014	Ampliación del plazo total para la ejecución de obras por razones imputables al concesionario.	Cláusula 6.21 del contrato de concesión	N° 984-2014-GSF-OSITRAN		S/. 12.160,00	Pagada
		Segunda (por 45 días) ampliación del plazo total para la ejecución de obras por razones imputables al concesionario.	Cláusula 6.21 del contrato de concesión	N° 1990-2014-GSF-OSITRAN		S/. 24.320,00	Pagada
		Atraso en la entrega de los informes ambientales durante la explotación a la APN.	Cláusula 11.17 del contrato de concesión	N° 5910-2014-GSF-OSITRAN	Oficio N° 491-2014-GG-OSITRAN	S/. 12.160,00	Pagada
	2015	Ejecución de obras no aprobadas en el expediente técnico.	Cláusula 6.8 del contrato de concesión	N° 831-2015-GSF-OSITRAN	Oficio N° 075-015-GG-OSITRAN	S/. 308.000,00	Pendiente de pago

Continúa

Continuación

Empresa	Año	Incumplimiento	Cláusula contractual incumplida	Oficio de aplicación de penalidad	Impugnación	Penalidad impuesta	Estado de la penalidad
DP World SRL	2010	Incumplimiento de la publicación del Reglamento de Tarifas.	Cláusula 8.18 del contrato de concesión	N° 2277-2010-GSF-OSITRAN	RS N° 026-CD	S/. 25.200,00	Pagada
	2011	Incumplimiento en los niveles de servicio y productividad (tercer trimestre de operación).	Cláusula 8.17 y del anexo 3 del contrato de concesión	N° 3321-2011- GSF-OSITRAN	RS N° 053-CD	S/. 339.264,00	Pagada
		Incumplimiento en los niveles de servicio y productividad (cuarto trimestre de operación).	Cláusula 8.17 y del anexo 3 del contrato de concesión	N° 3464-2011-GSF-OSITRAN	RS N° 053-CD	S/. 312.156,00	Pagada
		Incumplimiento en los niveles de servicio y productividad (quinto trimestre de operación).	Cláusula 8.17 y del anexo 3 del contrato de concesión	N° 5243-2011-GSF-OSITRAN	RS N° 053-CD	S/. 181.818,00	Pagada
	2012	Incumplimiento en los niveles de servicio y productividad (sexto trimestre de operación).	Cláusula 8.17 y del anexo 3 del contrato de concesión	N° 1046-2012-GSF-OSITRAN	Oficio N° 297-2012-GG-OSITRAN	S/. 37.026,00	Pagada
		Incumplimiento en los niveles de servicio y productividad (séptimo trimestre de operación).	Cláusula 8.17 y del anexo 3 del contrato de concesión	N° 1748-2012-GSF-OSITRAN	Oficio N° 297-2012-GG-OSITRAN	S/. 214.328,00	Pagada
		Incumplimiento en los niveles de servicio y productividad (octavo trimestre de operación).	Cláusula 8.17 y del anexo 3 del contrato de concesión	N° 3676-2012-GSF-OSITRAN	Oficio N° 297-2012-GG-OSITRAN	S/. 665.614,00	Pagada
	2013	Incumplimiento en los niveles de servicio y productividad (noveno trimestre de operación).	Cláusula 8.17 y del anexo 3 del contrato de concesión	N° 4264-2013-GSF-OSITRAN	Oficio N° 006-2014-GG-OSITRAN	S/. 672.805,00	Pagada
		Incumplimiento en los niveles de servicio y productividad (décimo trimestre de operación).	Cláusula 8.17 y del anexo 3 del contrato de concesión	N° 4850-2013-GSF-OSITRAN	Oficio N° 004-2014-GG-OSITRAN	S/. 476.672,00	Pagada
		Incumplimiento en los niveles de servicio y productividad (décimo primero trimestre de operación).	Cláusula 8.17 y del anexo 3 del contrato de concesión	N° 4977-2013-GSF-OSITRAN	Oficio N° 071-14-GG-OSITRAN	S/. 344.230,00	Pagada
		Incumplimiento en los niveles de servicio y productividad (décimo segundo trimestre de operación).	Cláusula 8.17 y del anexo 3 del contrato de concesión	N° 5649-2013-GSF-OSITRAN	Oficio N° 113-13-GG-OSITRAN	S/. 212.732,00	Pagada

Continúa

Continuación

Empresa	Año	Incumplimiento	Cláusula contractual incumplida	Oficio de aplicación de penalidad	Impugnación	Penalidad impuesta	Estado de la penalidad
DP World SRL	2014	Incumplimiento en los niveles de servicio y productividad (décimo tercer trimestre de operación).	Cláusula 8.17 y del anexo 3 del contrato de concesión	N° 2195-2014-GSF-OSITRAN	Oficio N°246-14-GG-OSITRAN	S/. 82.418,00	Pagada
		Incumplimiento en los niveles de servicio y productividad (décimo cuarto trimestre de operación).	Cláusula 8.17 y del anexo 3 del contrato de concesión	N° 2783-2014-GSF-OSITRAN	Oficio N° 282-14-GG-OSITRAN	S/. 38.332,00	Pagada
		Incumplimiento en los niveles de servicio y productividad (décimo quinto trimestre de operación).	Cláusula 8.17 y del anexo 3 del contrato de concesión	N° 5425-2014-GSF-OSITRAN	Oficio N° 489-2014-GG-OSITRAN	S/. 80.503,00	Pagada
		Incumplimiento en los niveles de servicio y productividad (décimo sexto trimestre de operación).	Cláusula 8.17 y del anexo 3 del contrato de concesión	N° 6410-2014- GSF-OSITRAN		S/. 116.983,00	Pagada
	2015	Incumplimiento en los niveles de servicio y productividad (décimo séptimo trimestre de operación).	Cláusula 8.17 y del anexo 3 del contrato de concesión	N° 082-2015-GSF-OSITRAN		S/. 188.613,00	Pagada
APM Terminals Callao S.A.	2011	Atraso del Pago de Retribución al Estado.	Cláusula 8.26 del contrato de concesión	Memo N° 979-11		S/. 34.189,00	Pagada
	2012	Incumplimiento de los niveles de servicio del tercer trimestre de explotación.	Cláusula 8.21 y del anexo 3 del contrato de concesión	N° 4173-2012-GSF-OSITRAN		S/. 438,00	Pagada
		Incumplimiento de los niveles de servicio del cuarto trimestre de explotación.	Cláusula 8.21 y del anexo 3 del contrato de concesión	N° 4883-2012-GSF-OSITRAN	Oficio N° 020-013-GG-OSITRAN	S/. 3.887,00	Pagada
		Atraso (1 días) en la presentación del informe mensual de avance de Obra (N° 1).	Cláusula 6.31 y del anexo 3 del contrato de concesión	N° 5277-2012-GSF-OSITRAN		S/. 2.920,00	Pagada
	2013	Incumplimiento de los niveles de servicio del quinto trimestre de explotación.	Cláusula 8.21 y del anexo 3 del contrato de concesión	N° 2899-2013-GSF-OSITRAN		S/. 3.467,50	Pagada
		Incumplimiento por no entregar a la APN, en los plazos fijados, los informes ambientales de noviembre y diciembre de 2012.	Cláusula 12.16 del contrato de concesión	N° 2916-2013-GSF-OSITRAN		S/. 38.480,00	Pagada

Continúa

Continuación

Empresa	Año	Incumplimiento	Cláusula contractual incumplida	Oficio de aplicación de penalidad	Impugnación	Penalidad impuesta	Estado de la penalidad
APM Terminals Callao S.A.	2013	Incumplimiento de los niveles de servicio del noveno trimestre de explotación.	Cláusula 8.21 y del anexo 3 del contrato de concesión	N° 5711-2014-GSF-OSITRAN	Oficio N° 481-14-GG-OSITRAN	S/. 1.542.232,89	Pendiente de pago
		Incumplimiento del contrato de concesión al haber ejecutado obras no aprobadas en el expediente técnico.	Cláusulas 6.8 y 6.12 del contrato de concesión	N° 5448-2014-GSF-OSITRAN	Oficio N° 519-14-GG-OSITRAN	S/. 304.000,00	Pendiente de pago
		Incumplimiento de los niveles de servicio del décimo trimestre de explotación.	Cláusula 8.21 y del anexo 3 del contrato de concesión	N° 6900-2014-GSF-OSITRAN	Oficio N° 005-15-GG-OSITRAN	S/. 1.463.493,19	Pendiente de pago
		Incumplimiento del contrato de concesión al haber ejecutado obras no aprobadas en el expediente técnico (hincado de pilotes).	Cláusulas 6.8 y 6.12 del contrato de concesión	N° 6901-2014-GSF-OSITRAN	Oficio N° 007-15-GG-OSITRAN	S/. 304.000,00	Pendiente de pago
		Incumplimiento del expediente técnico por rechazo de equipos RTG (6)	Cláusula 6.26 del contrato de concesión	N° 6909-2014-GSF-OSITRAN		S/. 152.000,00	Pagada
		Incumplimiento del expediente técnico por ejecución de canaletas de concreto armado en nuevo trazo.	Cláusulas 6.8 y 6.12 del contrato de concesión	N° 7322-2014-GSF-OSITRAN	Oficio N° 029-15-GG-OSITRAN	S/. 304.000,00	Pendiente de pago
	2015	Incumplimiento del expediente técnico por ejecución de obras en edificio Amenidades	Cláusulas 6.8 y 6.12 del contrato de concesión	N° 0130-2015-GSF-OSITRAN	Oficio N° 034-15-GG-OSITRAN	S/. 308.000,00	Pendiente de pago
		Incumplimiento del expediente técnico por ejecución de obras de pavimentación no aprobadas en área respaldo muelle 5.	Cláusulas 6.8 y 6.12 del contrato de concesión	N° 0269-2015-GSF-OSITRAN	Oficio N° 042-15-GG-OSITRAN	S/. 308.000,00	Pendiente de pago
		Incumplimiento de los niveles de servicio del décimo primero trimestre de explotación.	Cláusula 8.21 y del anexo 3 del contrato de concesión	N° 1418-2015-GSF-OSITRAN	Oficio N° 132-15-GG-OSITRAN	US\$ 501.399,00	Pendiente de pago
Terminal Portuario Paracas SA.	2014	Incumplimiento de la publicación del Reglamento de Tarifas.	Cláusulas 8.24 del contrato de concesión	N° 6970-2014-GSF-OSITRAN	Oficio N° 010-15-GG-OSITRAN	S/. 53.200,00	Pagada

Fuente: Ositran.

2.4 Ferrocarriles

Finalmente, en la tabla 9 se detallan las penalidades impuestas por el Ositran en el sector ferroviario.

Tabla 9. Penalidades impuestas por el Ositran en el sector ferroviario (a junio 2015)

Empresa	Año	Incumplimiento	Cláusula contractual incumplida	Oficio de aplicación de penalidad	Impugnación	Penalidad impuesta	Estado de la penalidad
Línea 2 del Metro de Lima	2014	Retraso de dos días en levantar observaciones del plan de desarrollo de los EDI (Estudios Definitivos de Ingeniería).	Cláusula 6.2 del contrato de concesión	N°3296-2014-GSF-OSITRAN	Oficio N° 370-14-GG-OSITRAN	2 UIT	Pagada
	2015	Retraso en un día en la presentación del inventario inicial.	Literal a) de la cláusula 5.20 del contrato de concesión	N° 0112-2015-GSF-OSITRAN		50% UIT	Pagada

Fuente: Ositran.

Capítulo IV. Diagnóstico de las principales deficiencias del régimen de penalidades contenido en los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público y de la experiencia del Ositran en su aplicación

1. Deficiencias en las normas que regulan las competencias del Ositran para la aplicación de penalidades

Luego de la revisión de la diferencia entre el régimen administrativo sancionador y el régimen de aplicación de penalidades en los contratos de concesión y las previsiones sobre la materia en los contratos de concesión de infraestructura de uso público, consideramos oportuno resaltar que encontramos deficiencias en el marco legal regulatorio de las competencias del Ositran para aplicar penalidades y sanciones administrativas a los concesionarios.

Esta revisión es oportuna y necesaria, pues al ser el Ositran una entidad que forma parte de la Administración pública, se sujeta al principio de legalidad. En términos sencillos, la actuación del Ositran se somete, de forma estricta, a las competencias que le han sido conferidas de manera legal. En otras palabras, el organismo regulador solamente puede determinar y aplicar penalidades y sanciones administrativas, si cuenta con la habilitación legal necesaria. De ahí, la necesidad de verificar si es así, conforme a nuestro ordenamiento jurídico.

Sobre la naturaleza de Administración pública del Ositran y la sujeción a los principios que la rigen, la Ley del Procedimiento Administrativo General, de modo expreso, prevé que todas las entidades públicas se sujetan a sus principios y disposiciones, comprendiendo dentro de tal calificación a los ministerios y a los organismos públicos descentralizados (Perú 2001: 201208, artículo I del Título preliminar).

Así, de acuerdo con su ley de creación, el Ositran es un «[...]organismo público descentralizado [...] con personería jurídica de Derecho Público Interno y autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera» (Perú 1998: 156697, artículo 2°). Además, dentro de la estructura del Estado peruano, el Ositran se encuentra adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros (Perú 2000: 191007, artículo 2°). Por ello, es un organismo público que se sujeta a las normas y los principios rectores de la actuación de la Administración pública. La naturaleza del Ositran, como agencia de regulación independiente, no la exime de sujetarse a estos principios.

Como mencionamos en los párrafos anteriores, uno de los principios que rige la actuación de la Administración pública es el de legalidad. Dicho principio se encuentra expresamente recogido en el catálogo de principios de la Ley del Procedimiento Administrativo General en los siguientes términos: «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» (Perú 2001: 201209, numeral 1.1 del artículo IV del Título preliminar).

Con relación a la fuente de las competencias administrativas, la mencionada ley dispone, de modo expreso, lo siguiente: «La competencia de las entidades tiene su fuente en la Constitución y en la ley, y es reglamentada por las normas administrativas que de aquéllas se derivan (sic)» (Perú 2001: 201219, numeral 61.1 del artículo 61°). Dicho de otro modo, las competencias administrativas se crean por norma con rango de ley y, principalmente, son emitidas por el Congreso de la República. Los reglamentos aprobados por el Poder Ejecutivo solo desarrollan las competencias previstas en dichas leyes. Para mayor claridad, las leyes de creación de las entidades públicas contienen el catálogo de las competencias que les son atribuidas. Los reglamentos de organización y funciones aprobados por decretos supremos desarrollan lo previsto en las leyes de creación. No es posible que mediante dichos reglamentos se incorporen competencias no previstas en las leyes.

En este contexto, el Ositran es una entidad pública con características especiales como agencia de regulación, sin que ello la exima de sujetarse a las reglas y principios rectores del desarrollo de las actividades de la Administración pública. Sin ánimo de establecer una jerarquía entre los principios a los que se sujeta la Administración pública, afirmamos que observar el principio de legalidad es de suma importancia, mucho más si se trata de la imposición de medidas gravosas a los particulares, como es el caso de la determinación de penalidades a los concesionarios de infraestructura transporte de uso público.

Esta precisión es pertinente frente a cierta confusión observada en los operadores jurídicos, al entender que los contratos de concesión le otorgan competencia al Ositran para determinar la imposición de penalidades. Sin embargo, es importante subrayar que las competencias se atribuyen por ley y que, en mérito al principio de legalidad, el Ositran no podría imponer penalidades, si las normas que lo rigen no se lo encargan de modo expreso.

En otros términos, no basta con que los contratos de concesión deleguen al Ositran la facultad de aplicar las penalidades de modo expreso, sino que esta facultad debe encontrar sustento legal

en el ordenamiento jurídico. Todo ello, en la medida que el Ositran forma parte de la Administración pública y, por tanto, se sujeta al principio de legalidad antes descrito.

Así, observamos que la ley de creación del Ositran no le otorga competencias para imponer penalidades a los concesionarios de infraestructura de uso público, solo para cobrarlas. En efecto, el numeral 7.1 del artículo 7° de la norma bajo análisis, únicamente, refiere que dentro de las funciones del Ositran se encuentra la de: «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 [...]» (Perú 1998:156698).

La revisión de las normas regulatorias de las competencias del Ositran con rango de Ley, nos permite afirmar que no se le confiere competencias para determinar y aplicar penalidades en el marco de los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público. Si bien es cierto que su ley de creación prevé que puede cobrar penalidades, en rigor, cobrar es una labor muy distinta a determinar y aplicar. En otras palabras, el Ositran no cuenta con competencia legal para determinar y aplicar este tipo de penalidades. Sin embargo, como veremos a continuación, dicha agencia de regulación trataría de superar esta falencia mediante su reglamento de organización y funciones.

En un segundo nivel, observamos que históricamente las normas de rango reglamentario tampoco le atribuyen al Ositran la competencia necesaria para determinar y aplicar penalidades. En efecto, el Reglamento general del Ositran, aprobado en el año 2006, así como las normas que lo modifican en el tiempo, solo le atribuyen la competencia para cobrar, entre otras cosas, las penalidades generadas a propósito de los contratos de concesión de infraestructura de uso público (Perú 2006: 325195, artículo 45).

Hasta este punto, ninguna norma, ya sea con rango de ley o reglamentaria, le atribuye al Ositran la competencia de determinar y aplicar penalidades. Sin embargo, pareciera que la agencia de regulación bajo análisis nota este defecto, pues en el año 2015, con la dación del Reglamento de Organización y Funciones del Ositran (Perú 2015b), se reconoce de modo expreso que corresponde a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización aplicar penalidades a las empresas concesionarias (Perú 2015a: 547831, numeral 10 del artículo 53).

Así, distinguimos dos períodos. El primero, desde la creación del Ositran hasta la dación de su Reglamento de organización y funciones en el año 2015, en el que no cuenta con competencia para

aplicar penalidades a los concesionarios. Como expusimos en los párrafos precedentes, las normas solamente le confieren la facultad de cobrar penalidades, pero no de aplicarlas. Y, el segundo, a partir de la dación del mencionado reglamento, en el que, por primera vez, se hace una referencia a esta función a cargo de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización. Sin embargo, conforme ya lo explicamos, ello no sería suficiente porque las entidades públicas se sujetan al principio de legalidad y las competencias administrativas nacen de la Constitución y la ley. En otros términos, no basta con que el Ositran se adjudique la competencia para aplicar penalidades. Es preciso recordar que las normas reglamentarias desarrollan lo previsto en las leyes, sin excederlas.

En esa línea de pensamiento, concluimos lo siguiente: no basta con que los contratos de concesión le encarguen al Ositran la aplicación de penalidades; tampoco que se autoconceda la competencia para aplicar penalidades por medio de su Reglamento de organización y funciones. En estricto, si la ingeniería regulatoria pretende que el Ositran aplique penalidades –lo cual, por demás, cuestionamos en el presente trabajo– se necesita una norma con rango de ley para contar con la debida competencia. Desde nuestro punto de vista, esta ausencia de competencia legal, puesta de relieve en el presente acápite, es muy grave porque deslegitima, sino vicia de nulidad, las penalidades impuestas por el organismo regulador a la fecha.

2. Confusión entre el régimen administrativo sancionador y el régimen de penalidades

En la segunda sección del presente trabajo se pudo apreciar que, a partir del contrato de concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao-Muelle Sur en el año 2006, en la mayoría de contratos se incluyó la siguiente fórmula, referida a la aplicación de penalidades: «El regulador en ejercicio de potestad sancionadora se encuentra facultado para aplicar las penalidades contractuales» (Ositran y ProInversión 1999-2015).

Al respecto, llama la atención un texto recurrente en los contratos de concesión que, por un lado, otorgue la facultad de aplicar penalidades al Ositran y, por otro lado, establezca el ejercicio de potestad sancionadora (como si se tratase de una sanción administrativa) para su aplicación, a pesar de que –como revisamos en la primera sección de esta investigación– las categorías de “penalidad” y “sanción administrativa” tienen distinta naturaleza y fundamento jurídico.

Este texto contractual genera no solo una distorsión en el nivel teórico o conceptual, al mezclar categorías jurídicas distintas dentro de la configuración del régimen de penalidades, sino que también ocasiona una dificultad práctica al momento de su aplicación. Por ejemplo, cabe

preguntarse: ¿qué órgano dentro del Ositran sería competente para aplicar la penalidad?, tratándose de potestad sancionadora, ¿se deberá entender que la aplicación de la penalidad se enmarca en un procedimiento administrativo sancionador, en el que incluso deberán distinguirse el órgano instructor y el órgano de resolución como establece la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444?

Aun más, si bien en la mayoría de contratos de concesión se incluye una ‘Tabla de Penalidades’ como anexo, con el fin que las conductas pasibles de ser penalizadas se encuentren debidamente tipificadas, en algunos contratos se dispone que el Ositran pueda aplicar penalidades por incumplimientos de obligaciones que no hayan sido, previa ni de modo expreso, previstos en el contrato.

Lo anterior termina de desdibujar la esencia de una penalidad, pues en principio esta obedece a un criterio de tipicidad; es decir, que las partes hayan establecido previamente cuál es la conducta pasible de ser penalizada.

La situación se torna más compleja aún, si consideramos que en la aplicación de penalidades, la mayoría de contratos de concesión señala lo siguiente: ‘la decisión del Regulador tendrá carácter definitivo y no está sujeta a reclamación alguna’. Esta disposición no solo está incluida tanto en el contrato de concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao-Muelle Sur o en los contratos del Primer y Segundo Grupo de Aeropuertos de Provincia, como en otros contratos de concesión, como el del Empalme 1B Buenos Aires-Canchaque y el contrato correspondiente al Terminal Portuario de Paita, por ejemplo.

Desde nuestro punto de vista, el hecho de que el Ositran termine actuando como si fuese *juez y parte* implica un gran riesgo, pues, en otros términos, el organismo regulador asume las siguientes funciones:

- a) Identificará si el concesionario incurrió o no en el incumplimiento de una obligación contractual.
- b) Determinará si el incumplimiento se encuentra recogido en el contrato como un hecho pasible de ser penalizado.
- c) En defecto de lo anterior, podrá aplicar penalidades de modo discrecional, hasta por un monto equivalente a entre 1 y 100 unidades impositivas tributarias (en el caso del Primer y Segundo Grupo de Aeropuertos de Provincias).
- d) Aplicará la penalidad.
- e) Resolverá la eventual impugnación y su decisión será definitiva.

Cabe precisar que nuestra postura no pretende justificar incumplimiento alguno por parte de las empresas concesionarias ni, mucho menos, eximir las de la aplicación de la penalidad que les pudiese corresponder. Por lo contrario, estamos convencidos de que el régimen de penalidades debe ser aplicado cuando sea necesario, en aras de asegurar el cumplimiento de todas las obligaciones contractuales a cargo de los concesionarios. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, los regímenes existentes, y sobre todo su aplicación, no pueden estar reñidos con los principios jurídicos que rigen nuestro ordenamiento (como el de seguridad jurídica y el de predictibilidad) ni con los derechos que asisten a cada una de las empresas concesionarias (como el debido proceso y el debido procedimiento).

3. El régimen de penalidades de los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público

Como hemos revisado a lo largo del desarrollo del presente trabajo de investigación, la penalidad es un instrumento jurídico con un sustento o racionalidad económica muy importante. Dicha funcionalidad económica consiste en cuantificar, con anterioridad, el monto de la indemnización correspondiente al Estado por el daño generado a causa del incumplimiento del concesionario, en directa vinculación con el interés público que se ve afectado.

Es cierto que el monto de la penalidad debe generar los incentivos para evitar el incumplimiento de las obligaciones asumidas en el contrato de concesión, por parte del concesionario. Hasta ese punto, guarda similitud con la racionalidad económica que subyace a la sanción administrativa. Sin embargo, en el caso de la penalidad, ello no es suficiente, pues dicho monto debe indemnizar al Estado por el incumplimiento del concesionario. De ese modo se reducen los costos de transacción involucrados cuando un tercero cuantifica dicha indemnización, luego de generado el incumplimiento.

En el caso del régimen de penalidades contenido en los contratos de concesión de infraestructura de uso público suscritos por el Estado peruano, aparentemente, se ha olvidado este segundo elemento o fundamento económico. Para el Estado no reviste mayor importancia si a un incumplimiento contractual lo denominamos infracción administrativa o penalidad, porque detrás solo existe una multa económica. Esta situación ha generado que en el Ositran exista una aparente confusión entre ambos mecanismos, razón por la cual recurren a ellos indistintamente.

Dicha confusión va más allá de la exquisitez académica, pues ha ocasionado la pérdida de una gran oportunidad para que el Estado peruano emplee al mecanismo de las penalidades como corresponde y genere los incentivos económicos adecuados en los concesionarios.

En efecto, de acuerdo con los propios textos contractuales, uno de los supuestos de caducidad de los contratos de concesión consiste en la acumulación de un monto dado por concepto de penalidades. Sin embargo, los montos aplicados por el Ositran, a causa de incumplimientos calificados como penalidades, no son representativos.

Esto se debe a que el Estado peruano no ha estudiado con cuidado qué incumplimientos específicos deben estar sujetos al régimen de penalidades, en razón a cuánto se afecta la prestación del servicio público relacionado con la infraestructura. Es decir, lo razonable es que determinados incumplimientos se sujeten a la penalidad y el resto de incumplimientos de orden “cotidiano”, al régimen administrativo sancionador.

Si bien la inmensa mayoría de contratos de concesión reconoce que es posible declarar la caducidad de la concesión por acumulación de penalidades, no es menos cierto que no se han fijado incumplimientos sensibles en razón de la afectación al servicio público y de la indemnización correspondiente al Estado por dichos incumplimientos. Para una mejor apreciación de este hecho, véase el anexo 4.

En la tabla 10 (ver página siguiente) observamos el porcentaje de penalidades acumuladas por el concesionario para alcanzar el supuesto de caducidad de la concesión en cada contrato. Es importante precisar que incluimos los casos de las dos concesiones de los aeropuertos de provincia y de las concesiones del Muelle Norte y Muelle Sur en la provincia del Callao, sectores que en conjunto agrupan el 89% de penalidades aplicadas por el Ositran. A pesar de que existen penalidades aplicadas a otros concesionarios en los sectores ferroviario y carretero, la incidencia por veces aplicadas y por montos acumulados es despreciable para alcanzar el supuesto de caducidad.

Como se puede apreciar, con relación al sector aeroportuario, en el caso de la empresa Aeropuertos del Perú S.A., concesionario del primer grupo de aeropuertos de provincia, se han impuesto penalidades por US\$ 107.600, equivalente al 13,45% del monto máximo de penalidades acumuladas por aplicar para que la concesión se encuentre en un supuesto de caducidad.

Tabla 10. Penalidades acumuladas para alcanzar supuesto de caducidad del contrato de concesión (a junio 2015)

Sector	Concesión	Montos y porcentaje de penalidad aplicada por Ositran
Aeroportuario	Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia	S/. 349.700 o US\$ 107.600 (tipo de cambio = S/. 3,25) Monto equivalente al 13,45% de la cifra que produciría la caducidad (US\$ 800.000)
	Segundo Grupo de Aeropuertos de Provincia	US\$ 50.000 Monto equivalente solo al 2,78% de la cifra que produciría la caducidad (US\$ 1.800.000)
Portuario	Terminal de embarque de concentrados de minerales en el Terminal Portuario del Callao	S/. 801.000 El contrato NO contempla supuesto de caducidad por acumulación de penalidades.
Portuario	Modernización del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao	S/. 897.281 El contrato NO contempla supuesto de caducidad por acumulación de penalidades.
Portuario	Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao Muelle Sur	S/. 3.988.694 El contrato NO contempla supuesto de caducidad por acumulación de penalidades.

Fuente: Ositran
Elaboración propia.

En el caso de la empresa Aeropuertos Andinos del Perú S.A., concesionaria del segundo grupo de aeropuertos de provincia, se han impuesto penalidades por US\$ 50.000; es decir, el 2,78% del monto máximo de penalidades acumuladas por aplicar para que la concesión se encuentre en un supuesto de caducidad.

En el sector portuario las tres concesiones más representativas, desde el punto de vista de incidencia de aplicación de penalidades y de montos acumulados, son las siguientes: i) Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales en el Terminal Portuario del Callao, ii) Modernización del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao y iii) Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao-Muelle Sur.

Los tres concesionarios que tienen a cargo las infraestructuras portuarias antes mencionadas acumulan un total de S/. 5.686.975 en penalidades aplicadas por el Ositran. Dicha cifra representa el 48% de la totalidad de penalidades aplicadas a todos los concesionarios de infraestructura pública que, según la información oficial proporcionada por el regulador, asciende a S/. 11.658.117.

Sin embargo, a pesar de la importancia de las penalidades en el sector portuario, los contratos de concesión en aquellas tres concesiones no contemplan el mecanismo por el cual, ante una elevada incidencia de penalidades cuya suma alcance un porcentaje determinado de la inversión comprometida, se constituye el supuesto de caducidad del contrato de concesión.

A continuación, a modo de ejercicio, calcularemos la incidencia de penalidades acumuladas en todos los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público. Según el resultado obtenido, el acumulado por concepto de penalidades en ningún caso supera el 15% del monto de penalidades acumuladas requeridas para que la concesión se encuentre en un supuesto de caducidad.

Esta situación es extraña, si consideramos que en total el Ositran ha aplicado penalidades en 76 ocasiones, siendo los casos más representativos el de puertos y aeropuertos: con 53 y 13 incidencias, respectivamente. Es decir, son sectores donde los concesionarios han presentado una elevada incidencia de incumplimientos contractuales. En suma, se desvirtúa su naturaleza reemplazando a la común infracción y sanción administrativa; y se aleja de su real objetivo, que consiste en definir con anterioridad el monto de la indemnización por afectación al interés público e incentivar el cumplimiento con rigor del contrato.

El caso portuario es ejemplar, pues no contempla el mecanismo de acumulación de penalidades como supuesto de caducidad del contrato y, precisamente, es el sector donde mayor incidencia de penalidades se observa. Desde nuestra perspectiva, más allá de la penalidad como multa, el real incentivo de la penalidad en el caso de infraestructuras de uso público se asienta en la posibilidad de que la concesión caiga en el supuesto de caducidad por acumulación de un monto equivalente a un porcentaje de la inversión comprometida. Al no existir este mecanismo en el caso de las concesiones portuarias más importantes, el concesionario no ha visto ningún incentivo para evitar el incumplimiento del contrato.

Ante esta situación, desde nuestra perspectiva, los concesionarios consideran las penalidades como otras sanciones administrativas más, sin que signifique una alerta importante frente a la posibilidad de ser pasibles de multas elevadas o de perder la concesión por cometer varios incumplimientos graves. Los detalles se describen en el anexo 4.

Capítulo V. Propuestas de mejora

A continuación, presentamos nuestras propuestas, denominadas como “Mejores prácticas para la aplicación de penalidades”.

1. Mejor práctica 1. El Ositran y los concesionarios sometan a arbitraje las controversias generadas en torno a la aplicación de penalidades

En primer lugar, consideramos necesario que para rescatar la naturaleza civil de las penalidades, estas puedan ser materia del mecanismo de solución de controversias previsto en los contratos de concesión. Es decir, que puedan ser materia de un arbitraje.

Si bien el escenario óptimo –en nuestra opinión– sería aquel en que el concedente sea el encargado de aplicar la penalidad en lugar del Ositran (quien más bien podría actuar como un organismo instructor), es necesario admitir que los textos contractuales vigentes no establecen dicha posibilidad. Del mismo modo, aunque nos parece discutible la competencia del Ositran para aplicar penalidades, nada impide que, en última instancia, un concesionario pueda actuar conforme al mecanismo de solución de controversias establecido en su contrato de concesión y someta a consideración del concedente la penalidad impuesta por el regulador. Además, que, a partir del pronunciamiento del concedente, dé inicio al trato directo y al arbitraje correspondiente.

Nótese que esta posición es congruente no solo con la naturaleza jurídica de las penalidades (las partes definen, en última instancia, el conflicto surgido a causa de su aplicación), sino que también encuentra asidero en los textos contractuales vigentes. Estos últimos establecen que todo conflicto o incertidumbre, con relevancia jurídica, surgidos en la interpretación y ejecución (entre otros) del contrato de concesión serán resueltos por las partes.

En ese sentido, la aplicación de una penalidad es –en estricto– una actuación que se efectúa en ejecución del contrato de concesión, razón por la cual puede ser discutida a partir de los mecanismos previstos contractualmente para su solución.

Asimismo, según lo descrito en el tercer capítulo de la presente investigación, el Ositran siempre destaca que su competencia para aplicar penalidades se encuentra en el propio contrato de concesión; es decir, se trata de una materia sujeta a la libre disposición de las partes. En ese

sentido, es totalmente válido que las propias partes resuelvan, de manera directa, una controversia surgida por la aplicación de una penalidad.

Aun más, de acuerdo con la información proporcionada por el Ositran, las penalidades impuestas a la empresa Aeropuertos del Perú S.A., presentadas en el tercer capítulo de este documento, fueron posteriormente sometidas a la decisión de un tribunal arbitral. Es decir, existe un antecedente en virtud del cual se demuestra que una penalidad puede ser discutida de modo directo por las partes y, si no se resuelve el conflicto, puede ser materia de un arbitraje.

2. Mejor práctica 2. El Ositran no aplique la cláusula que le permite imponer penalidades por incumplimientos no previstos en la tabla de penalidades

En segundo lugar, es importante que el Ositran no aplique la cláusula que le permite aplicar penalidades entre 1 y 100 UIT, cuando un incumplimiento no se encuentre previsto en el cuadro de penalidades correspondiente.

Como hemos revisado con anterioridad, el Ositran ha reconocido que los presupuestos para la aplicación de una penalidad son la fijación antelada del monto resarcitorio y del supuesto de incumplimiento.

Por tanto, la aplicación de la cuestionada cláusula va en contra de este reconocimiento. No solo se trata de un incumplimiento no previsto en el contrato de concesión, sino de un monto que tampoco se encuentra fijado, con anticipación, por las partes y está sujeto a un criterio discrecional que va en contra de la naturaleza jurídica de una penalidad.

3. Mejor práctica 3. ProInversión debe definir una cláusula estándar sobre penalidades

En tercer lugar, consideramos necesario que ProInversión pueda definir una cláusula estándar sobre penalidades. En ella, rescatando la naturaleza jurídica de esta figura, se debe establecer que estas sean aplicadas por el concedente y puedan ser impugnadas por medio de un arbitraje.

Como ya se señaló, no encontramos razón suficiente para impedir la fijación de un criterio único con el fin de diseñar el régimen de penalidades en los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público por parte del Estado, que garantice una actuación uniforme al

momento de su aplicación. Ello sí ha ocurrido, por ejemplo, con las cláusulas arbitrales y aquellas que regulan la solución de controversias entre las partes.

En otros términos, ¿por qué no es posible tener una cláusula tipo que regule el régimen de penalidades, válida para todos los contratos de concesión futuros? Esto no implica que las tablas de penalidades de todos los contratos tengan los mismos supuestos –pues sería absurdo e imposible–, sino que las normas regulatorias de su aplicación sean estándar.

Al margen de las razones expuestas en el presente documento, que abonan nuestra tesis que las penalidades sean aplicadas por el concedente e impugnadas en un arbitraje, cabe advertir que el Estado ya viene fijando estas reglas en otros contratos de concesión, los cuales no se encuentran bajo el ámbito de actuación del Ositran.

En efecto, el anexo 3 permite apreciar que en el caso de los contratos de concesión correspondientes a sectores como saneamiento, telecomunicaciones y electricidad, el régimen de penalidades respeta la naturaleza civil de dicha figura contractual y se encuentra debidamente diferenciado del régimen administrativo sancionador. A continuación, presentamos algunos ejemplos:

- a) El contrato de concesión para la prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones y Asignación de Frecuencias en la Banda 821-824 Mhz y 866-869 Mhz en la Provincia de Lima y la Provincia Constitucional del Callao establece, claramente, que será el concedente quien aplique la penalidad; mientras que las infracciones administrativas serán reprimidas con la sanción administrativa correspondiente.
- b) Por su parte, el contrato de concesión del trasvase del Proyecto Derivación Huascacocha-Rímac dispone que si el concesionario se encuentra en desacuerdo con la imposición de la penalidad por parte del concedente (de acuerdo con el cuadro de penalidades existente), podrá recurrir al mecanismo de solución de controversias. Esto es, a un arbitraje.
- c) Del mismo modo, el contrato de concesión para la prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones y Asignación de Frecuencia en 25Mhz de la Banda C de 1900 comprendida entre los rangos 1897,5-1900 y 1977,5-1990 Mhz a nivel nacional establece, con claridad, que en el caso de penalidades contractuales, la imposición de estas solo podrá cuestionarse en la vía arbitral.

- d) En el mismo sentido, el contrato de concesión SCT de la Subestación Orcotuna 220/60 Kv dispone que el atraso en el inicio de la “Puesta en operación comercial” está sujeto a la imposición de una penalidad por parte del concedente, y si el concesionario quisiera contradecir el requerimiento del pago, se generará una controversia que será resuelta mediante los mecanismos de solución de controversias previstos en el contrato. Es decir, mediante un arbitraje.

Como se desprende de los ejemplos señalados, y los demás contratos reseñados en el anexo 3 de la presente investigación, el régimen de penalidades en estos sectores ha sido plasmado de manera sencilla, respetando el criterio de simplicidad al que aludíamos en la introducción del presente documento. En estos casos, el diseño contractual sí constituye una mejora y es óptimo porque, a diferencia de lo ocurrido en el sector de infraestructura de transporte de uso público, no se ha pretendido sofisticar el régimen de penalidades a partir de nuevas redacciones que solo añadían o agregaban disposiciones. Esto último, como hemos visto, ha provocado una confusión en el nivel teórico y práctico.

Así, la debida observancia del criterio de simplicidad hace posible que el texto contractual obtenga la funcionalidad que persigue y, de esa manera, se alcance el cumplimiento de los fines de la concesión.

4. Mejor práctica 4. El Ositran y ProInversión reserven el régimen de penalidades para incumplimientos de gran magnitud

Por último, las penalidades deben estar reservadas para incumplimientos de gran magnitud, que puedan poner en riesgo la ejecución del proyecto o afecten con severidad el interés público, manifestado en la adecuada prestación del servicio público involucrado o la disponibilidad de la infraestructura.

Como ya se ha expuesto, una penalidad tiene un fin indemnizatorio, habiendo las partes definido de forma previa el daño y la compensación correspondiente. Por tanto, no nos parece adecuado que la tabla de penalidades de los contratos de concesión pretendan abarcar la totalidad de las obligaciones a cargo del concesionario, pues no todo incumplimiento tiene el mismo nivel de gravedad. Por ello, no todo debería ser penalizable.

Por ejemplo, a nuestro juicio, no es razonable que exista una penalidad por retraso en la subsanación de observaciones de planes de desarrollo de estudios técnicos (como ocurre con la

empresa Metro de Lima Línea 2 S.A.), pues este incumplimiento no puede compararse con otros de mayor envergadura, como ejecutar obras sin estudios técnicos aprobados, por incumplimiento de los instrumentos ambientales correspondientes (es el caso de la Empresa Transportadora Callao S.A.) o por no alcanzar índices de servicio (como ocurre, por lo general, en los casos estudiados de los contratos de concesión de puertos). En estos últimos casos, sí existe razón suficiente para determinar una penalidad, porque se pone en riesgo el proyecto o la prestación del servicio, a diferencia del primero, en el que siempre el Ositran tendrá la posibilidad de sancionar al concesionario por medio de su Reglamento de Infracciones y Sanciones.

En otros términos, no todo incumplimiento debe estar previsto en la tabla de penalidades de un contrato de concesión, sino solo aquellos que realmente lo ameriten por su gravedad. Los otros incumplimientos siempre podrán ser materia de sanción administrativa, mediante la aplicación del Reglamento de Infracciones y Sanciones del Ositran.

En ese aspecto, sería conveniente seguir de cerca el pensamiento de Michael Kerf (1998: 45-46), quien señala que al regularse de forma óptima las bonificaciones y las sanciones se reduce, al mínimo, la carga regulatoria y se mejora la eficiencia económica.

Conclusiones y recomendaciones

Conclusiones

Según la investigación realizada, consideramos importante destacar las siguientes conclusiones:

- a) Una penalidad y una sanción administrativa no son iguales, aunque muestren semejanzas. Ambas cuentan con distinta naturaleza y fines particulares, y su diferenciación es reconocida en el nivel teórico por la doctrina vigente. La penalidad busca definir con anterioridad la indemnización respectiva de la parte afectada por el daño que el incumplimiento le genera e incentivar el cumplimiento del contrato. En el caso de los contratos de concesión de infraestructura de uso público, la penalidad debería responder a la indemnización correspondiente al Estado por el daño generado al interés público por parte del concesionario, al prestar de manera defectuosa el servicio público vinculado o no prestarlo.
- b) Los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público suscritos por el Estado peruano incorporan un régimen de penalidades heterogéneo que, en esencia, lo equipara al régimen administrativo sancionador. Es decir, no se han determinado las conductas específicas que constituyen un incumplimiento grave y que, en razón de ello, deben sujetarse al régimen de penalidades, mediante la cuantificación del monto de la indemnización por el daño generado ante la prestación defectuosa del servicio público. Prueba de ello es la elevada incidencia de incumplimientos en los sectores de puertos y aeropuertos, aunque no se acerque al porcentaje de penalidades acumuladas necesarias para que la concesión se encuentre en supuesto de caducidad.
- c) Más allá de los defectos de concepción del régimen de penalidades incorporado en cada contrato de concesión de infraestructura de uso público, el Ositran ha mostrado un comportamiento errático al momento de determinar la comisión de un incumplimiento contractual y de imponer la penalidad correspondiente.
- d) Conforme a nuestra evaluación, consideramos que el régimen de penalidades incorporado en los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público no encierra un riesgo regulatorio inmediato para los concesionarios. Por un lado, es cierto que el régimen de penalidades contenido en los contratos de concesión bajo estudio conceden una excesiva discrecionalidad a favor del Ositran al calificar sus decisiones como definitivas e

incuestionables en algunos casos. Sin embargo, por otro lado, los montos de la gran mayoría de penalidades son menores y, así se llegue al tope de penalidades acumulado como supuesto de caducidad de la concesión, las partes siempre pueden fijar un nuevo límite superior.

Recomendaciones

De acuerdo con lo desarrollado en el presente trabajo, es pertinente que el Ositran ordene su actuación en cuanto al régimen de penalidades. En ese sentido, proponemos determinadas “Mejores prácticas para la aplicación de penalidades”.

- Mejor práctica 1. Las partes deben discutir y resolver la aplicación de una penalidad mediante el mecanismo de solución de controversias denominado arbitraje.
- Mejor práctica 2. Inaplicación de cláusula que permite al Ositran imponer penalidades por incumplimientos no previstos en la tabla de penalidades.
- Mejor práctica 3. ProInversión debe definir una cláusula estándar sobre penalidades. Además, esta cláusula estándar debe fijar el procedimiento para aplicarla y, así, permitir que el concesionario exponga sus argumentos sobre el supuesto incumplimiento.
- Mejor práctica 4. El Ositran y ProInversión reserven el régimen de penalidades para incumplimientos contractuales sensibles, que impliquen un daño o limitación material a la prestación del servicio público vinculado a la infraestructura en concesión. Los demás casos de incumplimientos menores deben sujetarse al régimen administrativo sancionador.

Bibliografía

Baldwin Gayoso, Erika (2005). “Cálculo de las penalidades por mora en la ejecución de los contratos con el Estado”. *Revista Actualidad Jurídica*, núm. 138, pp. 137-139.

Becker, Gary (1974). “Crime and Punishment: An Economic Approach”. En: Becker, Gary y Landes, William (eds.). *Essays in the Economics of Crime and Punishment*. Cambridge: National Bureau of Economic Research-NBER, pp. 1-54. <<http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>>.

Gutiérrez Camacho, Walter y Rebaza González, Alfonso (2003). *Código civil comentado por los 100 mejores especialistas*. T. VI. Lima: Gaceta Jurídica.

Kerf Michael (1998). *Concessions for Infrastructure: A guide to their design and award*. World Bank Technical Paper N° 399. Washington, D.C.: BID y Banco Mundial.

Nieto, Alejandro (2005). *Derecho administrativo sancionador*. 4ª ed. Madrid: Tecnos.

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público-Ositran (2015a). “Informe N° 037-15-GAJ-OSITRAN”. Lima: Ositran, Gerencia de Asesoría Jurídica.

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público-Ositran (2015b). “Informe N° 0583-2015-GSF-OSITRAN”. Lima: Ositran, Gerencia de Supervisión y Fiscalización.

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público-Ositran (2015c). “Resolución de Consejo Directivo N° 031-2015-CD-OSITRAN”. Lima: Ositran, Consejo directivo.

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público-Ositran (2014). “Informe N° 2393-2014-GSF-OSITRAN”. Lima: Ositran, Gerencia de Supervisión y Fiscalización.

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público-Ositran (2013). “Informe N° 040-13-GAL-OSITRAN”. Lima: Ositran, Gerencia de Asesoría Legal.

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público-Ositran (2011). *Contrato de concesión del Segundo Grupo de Aeropuertos de Provincia de la República del Perú*. Lima: Ositran. <[http://www.ositran.gob.pe/joomlatools-files/docman-files//Repositorio APS/0/0/par/CONTATODELSEGUNDOGRUPODEAEROPUERTOS/CONTRATO%20DE%20CONCESION%20SEGUNDO%20GRUPO%20DE%20AEROPROVINCIA.pdf](http://www.ositran.gob.pe/joomlatools-files/docman-files//Repositorio%20APS/0/0/par/CONTATODELSEGUNDOGRUPODEAEROPUERTOS/CONTRATO%20DE%20CONCESION%20SEGUNDO%20GRUPO%20DE%20AEROPROVINCIA.pdf)>.

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público-Ositran (2010a). “Informe N° 0251-2010-GS-OSITRAN”. Lima: Ositran, Gerencia de Supervisión.

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público-Ositran (2010b). “Informe N° 0542-2010-GS-OSITRAN”. Lima: Ositran, Gerencia de Supervisión.

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - Ositran (2008). *Lineamientos de OSITRAN para la emisión de opinión de los proyectos de contrato de concesión*. Lima: Ositran. <http://www.cca.org.mx/ps/funcionarios/muniapp/descargas/Documentos_de_apoyo/experiencias_internacionales/Experiencia_peru/OSITRAN_LineamientosOpinionProyectosContratosConcesion_Mar2008_v.3.0.pdf>.

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público-Ositran (2006). *Contrato de concesión. Concurso de Proyectos Integrales para la concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao-Zona Sur*. Lima: Ositran. <[http://www.ositran.gob.pe/joomlatools-files/docman-files/Repositorio APS/0/0/par/ 000001-TEMP/PUERTOS/CONT_DPW.pdf](http://www.ositran.gob.pe/joomlatools-files/docman-files/Repositorio%20APS/0/0/par/000001-TEMP/PUERTOS/CONT_DPW.pdf)>.

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - Ositran (2002). *Resolución N° 002-2002-CD/OSITRAN - Régimen de Infracciones y Sanciones Aplicable a Incumplimientos Contractuales de Lima Airport Partners S.R.L.* Lima: Ositran.

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - Ositran (1999). *Resolución N° 006-99-CD/OSITRAN - Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas*. Lima: Ositran.

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público-Ositran y Agencia de Promoción de la Inversión Privada-Perú-ProInversión (1999-2015). “Contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público”. Lima: Ositran, ProInversión.

Ossa Arbelaez, Jaime (2000). *Derecho administrativo sancionador. Hacia una teoría general y una aproximación para su autonomía*. Chile: Legis.

Osterling Parodi, Felipe (1988). “Obligaciones con cláusula penal”. En: Alzamora V., Mario. *Libro Homenaje a Mario Alzamora Valdéz*. Lima: Cultural Cuzco. Pp. 299-324.

Pedreschi Garcés, Willy (2003). “Análisis sobre la potestad sancionadora de la Administración pública y el procedimiento administrativo sancionador en el marco de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General”. En: Ordóñez, Jorge *et al.* *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444*. Lima: ARA editores, pp. 497-559.

Perú (2015a). “Anexo-Decreto Supremo N° 012-2015-PCM-Reglamento de Organización y Funciones del OSITRAN, del 3 de marzo”. Lima: Editora Perú, 3 de marzo, pp. 547821-547837.

Perú (2015b). “Decreto Supremo N° 012-2015-PCM-Aprueban el Reglamento de Organización y Funciones (ROF) del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público-OSITRAN, del 27 de febrero”. Lima: Editora Perú, 28 de febrero, pp. 547659-547660.

Perú (2006). “Decreto Supremo N° 044-2006-PCM-Aprueban el Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público-OSITRAN, del 24 de julio”. Lima: Editora Perú, 27 de julio, pp. 325188-325201.

Perú (2003). “Resolución N° 023-2003-CD-OSITRAN-Reglamento de Infracciones y Sanciones, del 26 de noviembre”. Lima: Editora Perú, 24 de diciembre, pp. 258061-258071.

Perú (2001). “Ley N° 27444-Ley del Procedimiento Administrativo General, del 10 de abril”. En: *El Peruano. Normas legales*. Lima: Editora Perú, 11 de abril, pp. 201208-201238. <<http://www.vusp.gob.pe/Content/docs/marco-legal/Ley-27444.pdf>>.

Perú (2000). “Ley N° 27332-Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, del 27 de julio”. En: *El Peruano. Normas legales*. Lima: Editora Perú, 29 de julio, pp. 191007-191008. <<http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/27332.pdf>>.

Perú (1998). “Ley No. 26917-Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, del 22 de enero”. En: *El Peruano. Normas legales*. Lima: Editora Perú, 23 de enero, pp. 156697-156701.

Anexos

Anexo 1. Penalidades por años e infraestructuras (1994-2014)

Año	Carreteras			FFCC		
	Nombre	Penalidad	Potestad sancionadora	Nombre	Penalidad	Potestad sancionadora
1994	Carretera Arequipa-Matarani	Se establece una cláusula de penalidades para resolución por incumplimiento del concesionario o si el MTC suspende o deja sin efecto la concesión, de modo unilateral, por causal no prevista en la ley o contrato.	No está regulado en el contrato.			
1999				FFCC Sur y Sur-Oriente	Las penalidades se describen en un anexo (Cuadro de penalidades). El Ositran aplica las penalidades. El 98% de la penalidad va al concedente y este lo traslada al Fonafe (Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado), y el 2% se deposita en el "FONCEPRI" (denominación de una cuenta bancaria).	No está regulado en el contrato.
				FFCC del Centro	Las penalidades se describen en un anexo (Cuadro de penalidades). El Ositran aplica las penalidades. El 98% de la penalidad va al concedente y este lo traslada al Fonafe, y el 2% se deposita en el Foncepri.	No está regulado en el contrato.
2003	Red Vial N° 5 Ancón-Huacho-Pativilca	El incumplimiento en la iniciación de las obras y en la terminación de la ejecución de las obras por causas imputables a la sociedad concesionaria dará lugar a la aplicación, sin necesidad de un requerimiento previo, de una penalidad por cada día calendario de atraso. La sociedad concesionaria deberá depositar en el Fondo Vial las penalidades que le sean aplicables por el Ositran. El pago de las penalidades aplicables no podrá ser considerado como una afectación al flujo financiero de la concesión y tampoco se podrá invocar, por ello, la ruptura del equilibrio económico-financiero.	El Ositran está facultado para aplicar sanciones a la sociedad concesionaria en caso de incumplimiento de sus obligaciones. Para el ejercicio de la potestad sancionadora que le confiere este contrato, el organismo regulador se sujetará a las disposiciones que sobre la materia emita en uso de sus potestades regulatoria y normativa. Las sanciones administrativas originadas en la ejecución del presente contrato se aplicarán a la sociedad concesionaria, independientemente de las penalidades contractuales establecidas en el mismo.			
2005	Inambari-Azangaro (tramo 4)	El incumplimiento o infracción, por parte del concesionario, de sus obligaciones dará lugar a la aplicación de penalidades. El monto de las penalidades será abonado por el concesionario al regulador. Se puede impugnar la penalidad. El pago de las penalidades aplicables no podrá ser considerado como una afectación al flujo financiero de la concesión y tampoco se podrá invocar, por ello, la ruptura del equilibrio económico-financiero. En algunos supuestos, el monto de las penalidades será abonado por el concesionario a un fideicomiso. Existe cuadro de penalidades en el anexo.	El regulador está facultado para aplicar sanciones al concesionario en caso de incumplimiento de sus obligaciones. Las sanciones administrativas originadas en la ejecución del presente contrato se aplicarán al concesionario, independientemente de las penalidades contractuales establecidas en el mismo.			
	Inambari-Iñapari (Tramo 3)	El incumplimiento o infracción, por parte del concesionario, de sus obligaciones dará lugar a la aplicación de penalidades. El monto de las penalidades será abonado por el concesionario al regulador. Se puede impugnar la penalidad. El pago de las penalidades aplicables no podrá ser considerado como una afectación al flujo financiero de la concesión y tampoco se podrá invocar, por ello, la ruptura del equilibrio económico-financiero. En algunos supuestos, el monto de las penalidades será abonado por el concesionario a un fideicomiso. Existe cuadro de penalidades en el anexo.	El regulador estará facultado para aplicar sanciones al concesionario en caso de incumplimiento de sus obligaciones. Las sanciones administrativas originadas en la ejecución del presente contrato se aplicarán al concesionario, independientemente de las penalidades contractuales establecidas en el mismo.			

Continuación

Año	Carreteras			FFCC		
	Nombre	Penalidad	Potestad sancionadora	Nombre	Penalidad	Potestad sancionadora
2005	Urcos-Inambari (Tramo 2)	El incumplimiento o infracción, por parte del concesionario, de sus obligaciones dará lugar a la aplicación de penalidades. El monto de las penalidades será abonado por el concesionario al regulador. Se puede impugnar la penalidad. El pago de las penalidades aplicables no podrá ser considerado como una afectación al flujo financiero de la concesión y tampoco se podrá invocar, por ello, la ruptura del equilibrio económico-financiero. En algunos supuestos, el monto de las penalidades será abonado por el concesionario a un fideicomiso. Existe cuadro de penalidades en el anexo.	El regulador estará facultado para aplicar sanciones al concesionario en caso de incumplimiento de sus obligaciones. Las sanciones administrativas originadas en la ejecución del presente contrato se aplicarán al concesionario, independientemente de las penalidades contractuales establecidas en el mismo.			
	Eje Multimodal Amazonas Norte	El incumplimiento o infracción, por parte del concesionario, de sus obligaciones dará lugar a la aplicación de penalidades. El monto de las penalidades será abonado por el concesionario al regulador. Se puede impugnar la penalidad. El pago de las penalidades aplicables no podrá ser considerado como una afectación al flujo financiero de la concesión y tampoco se podrá invocar, por ello, la ruptura del equilibrio económico-financiero. Existe cuadro de penalidades en el anexo.	El regulador está facultado para aplicar sanciones al concesionario en caso de incumplimiento de sus obligaciones. Las sanciones administrativas originadas en la ejecución del presente contrato se aplicarán al concesionario, independientemente de las penalidades contractuales establecidas en el mismo.			
	Puente Pucusana-Cerro Azul-Ica	El incumplimiento en la iniciación de las obras y en la terminación de la ejecución de las obras por causas imputables a la sociedad concesionaria dará lugar a la aplicación, sin necesidad de un requerimiento previo, de una penalidad por cada día calendario de atraso. La sociedad concesionaria deberá depositar en el Fondo Vial del MTC las penalidades que le sean aplicables por el Ositran. El pago de las penalidades aplicables no podrá ser considerado como una afectación al flujo financiero de la concesión y tampoco se podrá invocar, por ello, la ruptura del equilibrio económico-financiero.	El regulador está facultado para aplicar sanciones a la sociedad concesionaria en caso de incumplimiento de sus obligaciones. Las disposiciones referidas a supuestos previstos en el presente contrato, contempladas en el RIS, primarán sobre estos. En ese sentido, no serán aplicables las penalidades contractuales para los casos regulados en dicho reglamento. Las sanciones administrativas originadas en la ejecución del presente contrato se aplicarán a la sociedad concesionaria, independientemente de las penalidades contractuales establecidas en el mismo.			
2007	Empalme 1B Buenos Aires-Canchaque	El regulador, en el ejercicio de la potestad sancionadora que le confiere el presente contrato, se encuentra facultado para aplicar las penalidades contractuales establecidas en él. El monto de las penalidades será abonado por el concesionario a la cuenta del Fondo de Administración de Pagos del Fideicomiso de Administración o Fideicomiso de Eventos Catastróficos. El concesionario podrá impugnar la penalidad ante el regulador. La decisión del regulador tendrá el carácter de definitivo y no estará sujeta a reclamación alguna por parte del concesionario. El pago de las penalidades aplicables no podrá ser considerado como una afectación al flujo financiero de la concesión y tampoco se podrá invocar, por ello, la ruptura del equilibrio económico-financiero. Existe cuadro de penalidades en el anexo.				
	San Juan de Marcona-Urcos	El monto de las penalidades será abonado por el concesionario a la cuenta de Eventos Catastróficos del Fideicomiso de Administración. En el supuesto que el concesionario considere injustificada la imposición de las penalidades que en su caso imponga el regulador, podrá someter dicha controversia a un arbitraje. Existe cuadro de penalidades en el anexo.	El regulador tiene competencia para aplicar sanciones al concesionario en caso de incumplimiento de sus obligaciones. Las disposiciones referidas a supuestos previstos en el presente contrato, contempladas en el RIS, primarán sobre estos. En ese sentido, no serán aplicables las penalidades contractuales para los casos regulados en dicho reglamento. Las sanciones administrativas impuestas, entre otras autoridades administrativas, se aplicarán al concesionario, independientemente de las penalidades contractuales establecidas en el mismo.			

Continuación

Año	Carreteras			FFCC		
	Nombre	Penalidad	Potestad sancionadora	Nombre	Penalidad	Potestad sancionadora
2007	Matarani-Azángaro-Ilo-Juliaca	El monto de las penalidades será abonado por el Concesionario a la cuenta de Eventos Catastróficos del Fideicomiso de Administración. En el supuesto que el concesionario considere injustificada la imposición de las penalidades que en su caso imponga el regulador, podrá someter dicha controversia a un arbitraje. Existe cuadro de penalidades en el anexo.	El regulador tiene competencia para aplicar sanciones al concesionario en caso de incumplimiento de sus obligaciones. Las disposiciones referidas a supuestos previstos en el presente contrato, contempladas en el RIS, primarán sobre estos. En ese sentido, no serán aplicables las penalidades contractuales para los casos regulados en dicho reglamento. Las sanciones administrativas impuestas, entre otras autoridades administrativas, se aplicarán al concesionario, independientemente de las penalidades contractuales establecidas en el mismo.			
2009	Red Vial N° 4 Tramos Viales Pativilca-Santa-Trujillo y Puerto Salaverry-Empalme R01N	El monto de las penalidades será abonado por el concesionario al concedente. El concesionario podrá impugnar la penalidad ante el regulador. La decisión del regulador tendrá el carácter de definitivo y no estará sujeta a reclamación alguna por parte del concesionario. El pago de las penalidades aplicables no podrá ser considerado como una afectación al flujo financiero de la concesión y tampoco se podrá invocar, por ello, la ruptura del equilibrio económico-financiero. Existe cuadro de penalidades en el anexo.	Función sancionadora El regulador tiene competencia para aplicar sanciones al concesionario en caso de incumplimiento de sus obligaciones. Además, el Ositran es competente para aplicar al concesionario las penalidades establecidas. En todo lo no previsto en el presente contrato, respecto del incumplimiento del concesionario, se aplicará de modo supletorio el RIS. Las sanciones administrativas impuestas entre otras autoridades administrativas se aplicarán al concesionario, independientemente de las penalidades contractuales.			
	Óvalo Chancay/ Desvío Variante Pasamayo-Huaral-Acos	El monto de las penalidades será abonado por el concesionario a la cuenta de Emergencia Vial Extraordinaria del Fideicomiso de Administración. El concesionario podrá impugnar la penalidad, para lo cual deberá presentar ante el regulador su impugnación, en un plazo máximo de diez días. La decisión del regulador tendrá el carácter de definitivo y no estará sujeta a reclamación alguna. Existe cuadro de penalidades en el anexo.	El regulador tiene competencia para aplicar sanciones al concesionario en caso de incumplimiento de sus obligaciones. Además, el Ositran es competente para aplicar al concesionario las penalidades establecidas. En todo lo no previsto en el presente contrato, respecto del incumplimiento del concesionario, se aplicará de modo supletorio el RIS. Las sanciones administrativas impuestas entre otras autoridades administrativas se aplicarán al concesionario, independientemente de las penalidades contractuales establecidas.			
	Nuevo Mocupe-Cayaltí-Oyotún	El monto de las penalidades será abonado por el concesionario a la cuenta de Emergencia Vial Extraordinaria del Fideicomiso de Administración. El concesionario podrá impugnar la penalidad ante el regulador. La decisión del regulador tendrá el carácter de definitivo y no estará sujeta a reclamación alguna. Existe cuadro de penalidades en el anexo.	El regulador tiene competencia para aplicar sanciones al concesionario en caso de incumplimiento de sus obligaciones. Además, el Ositran es competente para aplicar al concesionario las penalidades establecidas ante el incumplimiento de las obligaciones pactadas. En todo lo no previsto en el presente contrato, respecto del incumplimiento del concesionario, se aplicará de modo supletorio el RIS. Las sanciones administrativas impuestas entre otras autoridades administrativas se aplicaran al concesionario, independientemente de las penalidades contractuales establecidas.			
	Autopista del Sol Tramo Trujillo-Sullana	El monto de las penalidades será abonado por el concesionario al concedente. El concesionario podrá impugnar la penalidad ante el regulador. La decisión del regulador tendrá el carácter de definitivo y no estará sujeta a reclamación alguna. El pago de las penalidades aplicables no podrá ser considerado como una afectación al flujo financiero de la concesión y tampoco se podrá invocar, por ello, la ruptura del equilibrio económico-financiero. Existe cuadro de penalidades en el anexo.	Función sancionadora El regulador tiene competencia para aplicar sanciones al concesionario en caso de incumplimiento de sus obligaciones. Además, el Ositran es competente para aplicar al concesionario las penalidades establecidas en el contrato, ante el incumplimiento de las obligaciones pactadas. En todo lo no previsto en el presente contrato, respecto del incumplimiento del concesionario, se aplicará de modo supletorio el RIS. Las sanciones administrativas impuestas entre otras autoridades administrativas se aplicarán al concesionario, independientemente de las penalidades contractuales establecidas.			

Continuación

Año	Carreteras			FFCC		
	Nombre	Penalidad	Potestad sancionadora	Nombre	Penalidad	Potestad sancionadora
2010	Eje Multimodal Amazonas Centro Tramo 2	El monto de las penalidades será abonado por el concesionario al concedente. El concesionario podrá impugnar la penalidad ante el regulador. La decisión del regulador tendrá el carácter de definitivo y no estará sujeta a reclamación alguna. El pago de las penalidades aplicables no podrá ser considerado como una afectación al flujo financiero de la concesión y tampoco se podrá invocar, por ello, la ruptura del equilibrio económico-financiero. Existe cuadro de penalidades en el anexo.	Función sancionadora El regulador tiene competencia para aplicar sanciones al concesionario en caso de incumplimiento de sus obligaciones. Además, el Ositran es competente para aplicar al concesionario las penalidades establecidas en el contrato, ante el incumplimiento de las obligaciones pactadas. En todo lo no previsto en el presente contrato, respecto del incumplimiento del concesionario, se aplicará de modo supletorio el RIS. Las sanciones administrativas impuestas entre otras autoridades administrativas se aplicarán al concesionario, independientemente de las penalidades contractuales establecidas.			
2011				Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao-Línea 1 Villa el Salvador-Av. Grau-San Juan de Lurigancho (Tramo 1 y 2)	El regulador se encuentra facultado para aplicar las penalidades contractuales. El monto de las penalidades se abona al concedente en la cuenta que indique. Se impugna la penalidad ante el regulador. La decisión del regulador tendrá carácter definitivo y no está sujeta a reclamación alguna. El pago de penalidad no podrá ser considerado como afectación al flujo financiero y tampoco se podrá invocar ruptura del equilibrio económico financiero. Existe cuadro de penalidades en el anexo.	Se establece que el regulador está facultado para aplicar sanciones al concesionario en caso de incumplimiento de sus obligaciones. El regulador es competente para aplicar las penalidades al concesionario. En todo lo no previsto en el contrato, respecto del incumplimiento del concesionario, se aplica de modo supletorio el RIS. Las sanciones administrativas impuestas por otras autoridades, originadas en ejecución del contrato, se aplican independientemente de las penalidades contractuales.
2013	Tramo Vial Desvío Quilca-Desvío Arequipa-Desvío Matarani-Desvío Moquegua-Desvío Ilo-Tacna-La Concordia	El monto de las penalidades será abonado por el concesionario al concedente. El concesionario podrá impugnar la penalidad ante el regulador. La decisión del regulador tendrá el carácter de definitivo y no estará sujeta a reclamación alguna. El pago de las penalidades aplicables no podrá ser considerado como una afectación al flujo financiero de la concesión y tampoco se podrá invocar, por ello, la ruptura del equilibrio económico-financiero. Existe cuadro de penalidades en el anexo.	Función sancionadora El regulador tiene competencia para aplicar sanciones al concesionario en caso de incumplimiento de sus obligaciones. Además, el Ositran es competente para aplicar al concesionario las penalidades establecidas en el contrato, ante el incumplimiento de las obligaciones pactadas. En todo lo no previsto en el presente contrato, respecto del incumplimiento del concesionario, se aplicará de modo supletorio el RIS. Las sanciones administrativas impuestas entre otras autoridades administrativas se aplicarán al concesionario, independientemente de las penalidades contractuales establecidas.			
2014	Longitudinal de la Sierra Tramo 2	El monto de las penalidades será abonado por el concesionario a la cuenta de Emergencias Viales del Fideicomiso de Administración. El concesionario podrá impugnar la penalidad ante el regulador. La decisión del regulador tendrá el carácter de definitivo y no estará sujeta a reclamación alguna. El pago de las penalidades aplicables no podrá ser considerado como una afectación al flujo financiero de la concesión y tampoco se podrá invocar, por ello, la ruptura del equilibrio económico-financiero. Existe cuadro de penalidades en el anexo.	Función sancionadora El regulador tiene competencia para aplicar sanciones al concesionario en caso de incumplimiento de sus obligaciones. Además, el Ositran es competente para aplicar al concesionario las penalidades establecidas en el contrato, ante el incumplimiento de las obligaciones pactadas. En todo lo no previsto en el presente contrato, respecto del incumplimiento del concesionario, se aplicará de modo supletorio el RIS. Las sanciones administrativas impuestas entre otras autoridades administrativas se aplicarán al concesionario, independientemente de las penalidades contractuales establecidas.	Línea 2 y Ramal Av. Faucett-Av. Gabetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao	El regulador se encuentra facultado para aplicar las penalidades contractuales. El monto de las penalidades se abona al concedente en la cuenta del RPMO del Fideicomiso. Se impugna la penalidad ante el regulador. La decisión del regulador tendrá carácter definitivo y no está sujeta a reclamación alguna. El pago de penalidad no podrá ser considerado como afectación al flujo financiero y tampoco se podrá invocar ruptura del equilibrio económico financiero. Existe cuadro de penalidades en el anexo.	Función sancionadora Se establece que el regulador tiene competencia para aplicar sanciones al concesionario en caso de incumplimiento de sus obligaciones. Las sanciones administrativas impuestas por otras autoridades, originadas en ejecución del contrato, se aplican independientemente de las penalidades contractuales.
	17			4		

Continuación

Año	Puertos			Aeropuertos		
	Nombre	Penalidad	Potestad sancionadora	Nombre	Penalidad	Potestad sancionadora
1999	Terminal Portuario de Matarani	Mediante una cláusula penal se establece que el concesionario pagará al concedente una indemnización por cada día de retraso.	No está regulado en el contrato.			
2001				Aeropuerto Jorge Chávez	Existen penalidades a cargo del concesionario. Además, existe cláusula penal. Se señala que el concesionario pagará penalidades al concedente por retrasos en las mejoras.	Se señala la posibilidad de iniciar procedimiento administrativo sancionador a cargo del Ositran, quien podrá tipificar las infracciones.
2006	Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao Muelle Sur	El regulador, en ejercicio de potestad sancionadora, se encuentra facultado para aplicar las penalidades contractuales. El monto de las penalidades se abona al regulador a la cuenta que este indique. Se impugna la penalidad ante el regulador. La decisión del regulador tendrá carácter definitivo y no está sujeta a reclamación alguna. El pago de penalidad no podrá ser considerado como afectación al flujo financiero y tampoco se podrá invocar ruptura del equilibrio económico financiero. Si se verifica que el incumplimiento contractual está contemplado como infracción sancionable en el RIS (Reglamento de Infracciones y Sanciones), solo se aplica sanción y no penalidad. Existe cuadro de penalidades en el anexo.	Se establece que el regulador está facultado para aplicar sanciones al concesionario en caso de incumplimiento de sus obligaciones. Se señala que no se aplicarán las penalidades contractuales para los casos regulados en el RIS.	Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia	El incumplimiento, por parte del concesionario, da lugar a la aplicación de penalidades. El concesionario abona al Ositran el monto de las penalidades. El pago de la penalidad no podrá ser considerado como afectación al flujo financiero y tampoco se podrá invocar ruptura del equilibrio económico-financiero. Existe cuadro de penalidades en el anexo. Si se incumplen obligaciones pactadas en los contratos, cuyas penalidades no estén previstas en el Cuadro de penalidades, el Ositran podrá aplicar penalidades de 1 a 100 UIT.	Se establece que el Ositran es competente para sancionar las infracciones cometidas por el concesionario. Además, es competente para aplicar las penalidades al concesionario. En todo lo no previsto, respecto del incumplimiento del concesionario, se aplica de modo supletorio el RIS. Las sanciones administrativas se aplican de acorde con el RIS, independientemente de las penalidades contractuales.
2009	Modernización del Terminal Portuario de Paita	El regulador, en ejercicio de potestad sancionadora, se encuentra facultado para aplicar las penalidades contractuales. El monto de las penalidades se abona al regulador a la cuenta que este indique. Se impugna la penalidad ante el regulador. La decisión del regulador tendrá carácter definitivo y no está sujeta a reclamación alguna. El pago de penalidad no podrá ser considerado como afectación al flujo financiero y tampoco se podrá invocar ruptura del equilibrio económico financiero. Si se verifica que el incumplimiento contractual está contemplado como infracción sancionable en el RIS, solo se aplica la sanción y no la penalidad. Existe cuadro de penalidades en el anexo.	Se establece que el regulador está facultado para aplicar sanciones al concesionario en caso de incumplimiento de sus obligaciones. El regulador es competente para aplicar al concesionario las penalidades. En todo lo no previsto en el contrato respecto del incumplimiento del concesionario, se aplica de modo supletorio el RIS. Las sanciones administrativas impuestas por otras autoridades, originadas en ejecución del contrato, se aplican independientemente de las penalidades contractuales.			
2011	Terminal de embarque de concentrados de minerales en el Terminal Portuario del Callao	El regulador, en ejercicio de potestad sancionadora, se encuentra facultado para aplicar las penalidades contractuales. El monto de las penalidades se abona a la cuenta del concedente. Se impugna la penalidad ante el regulador. La decisión del regulador tendrá carácter definitivo y no está sujeta a reclamación alguna. El pago de penalidad no podrá ser considerado como afectación al flujo financiero y tampoco se podrá invocar ruptura del equilibrio económico financiero. Si se verifica que el incumplimiento contractual está contemplado como infracción sancionable en el RIS, solo se aplica sanción y no penalidad. Existe cuadro de penalidades en el anexo.	Se establece que el regulador está facultado para aplicar sanciones al concesionario en caso de incumplimiento de sus obligaciones. El regulador es competente para aplicar las penalidades al concesionario. Las sanciones administrativas impuestas por otras autoridades, originadas en ejecución del contrato, se aplican independientemente de las penalidades contractuales.	Segundo Grupo de Aeropuertos de Provincia	El Ositran, en ejercicio de su potestad sancionadora, se encuentra facultado para aplicar las penalidades contractuales. El monto de las penalidades se abona en la cuenta designada por el Ositran. Se impugna la penalidad ante el regulador. La decisión del regulador tendrá carácter definitivo y no está sujeta a reclamación alguna. El pago de penalidad no podrá ser considerado como afectación al flujo financiero y tampoco se podrá invocar ruptura del equilibrio económico financiero. Para efecto de aplicación de penalidades, se recurre, de modo supletorio, al RIS. Existe cuadro de penalidades en el anexo. Si se incumplen obligaciones pactadas en los contratos, cuyas penalidades no estén previstas en el cuadro de penalidades, el Ositran podrá aplicar penalidades de 1 a 100 UIT.	Se establece que el Ositran es competente para sancionar las infracciones cometidas por el concesionario. Además, el Ositran es competente para aplicar las penalidades al concesionario. En todo lo no previsto, respecto del incumplimiento del concesionario, se aplica de modo supletorio el RIS. Las sanciones administrativas se aplican de acorde con el RIS, independientemente de las penalidades contractuales.

Continuación

Año	Puertos			Aeropuertos		
	Nombre	Penalidad	Potestad sancionadora	Nombre	Penalidad	Potestad sancionadora
2011	Modernización del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao	<p>El regulador, en ejercicio de potestad sancionadora, se encuentra facultado para aplicar las penalidades contractuales.</p> <p>El monto de las penalidades se abona al concedente a la cuenta que indique.</p> <p>Se impugna la penalidad ante el regulador.</p> <p>La decisión del regulador tendrá carácter definitivo y no está sujeta a reclamación alguna.</p> <p>El pago de penalidad no podrá ser considerado como afectación al flujo financiero y tampoco se podrá invocar ruptura del equilibrio económico financiero.</p> <p>Si se verifica que el incumplimiento contractual está contemplado como infracción sancionable en el RIS, solo se aplica sanción y no penalidad.</p> <p>Existe cuadro de penalidades en el anexo.</p>	<p>Se establece que el regulador está facultado para aplicar sanciones al concesionario en caso de incumplimiento de sus obligaciones.</p> <p>El regulador es competente para aplicar las penalidades al concesionario.</p> <p>En todo lo no previsto en el contrato, respecto del incumplimiento del concesionario, se aplica de modo supletorio el RIS.</p> <p>Las sanciones administrativas impuestas por otras autoridades, originadas en ejecución del contrato, se aplican independientemente de las penalidades contractuales.</p> <p>El pago de sanciones no podrá ser considerado como afectación al flujo financiero y tampoco se podrá invocar ruptura del equilibrio económico financiero.</p>			
	Nuevo Terminal Portuario de Yurimaguas-Nueva Reforma	<p>El regulador, en ejercicio de potestad sancionadora, se encuentra facultado para aplicar las penalidades contractuales.</p> <p>El monto de las penalidades se abona a la cuenta del concedente.</p> <p>Se impugna la penalidad ante el regulador.</p> <p>La decisión del regulador tendrá carácter definitivo y no está sujeta a reclamación alguna.</p> <p>El pago de penalidad no podrá ser considerado como afectación al flujo financiero y tampoco se podrá invocar ruptura del equilibrio económico financiero.</p> <p>Si se verifica que el incumplimiento contractual está contemplado como infracción sancionable en el RIS, solo se aplica sanción y no penalidad.</p> <p>Existe cuadro de penalidades en el anexo.</p>	<p>Se establece que el regulador está facultado para aplicar sanciones al concesionario en caso de incumplimiento de sus obligaciones.</p> <p>El regulador es competente para aplicar las penalidades al concesionario.</p> <p>En todo lo no previsto en el contrato, respecto del incumplimiento del concesionario, se aplica de modo supletorio el RIS.</p> <p>Las sanciones administrativas impuestas por otras autoridades, originadas en ejecución del contrato, se aplican independientemente de las penalidades contractuales.</p>			
2014	Terminal Portuario General San Martín-Pisco	<p>Corresponde al Ositran llevar a cabo el procedimiento de determinación de incumplimientos contractuales del concesionario y aplicar las penalidades contractuales.</p> <p>El monto de las penalidades se abona al concedente a la cuenta que determine.</p> <p>Se impugna la penalidad ante el regulador.</p> <p>La decisión del regulador tendrá carácter definitivo y no está sujeta a reclamación alguna.</p> <p>El pago de penalidad no podrá ser considerado como afectación al flujo financiero y tampoco se podrá invocar ruptura del equilibrio económico financiero.</p> <p>Si se verifica que el incumplimiento contractual está contemplado como infracción sancionable en el RIS, solo se aplica sanción y no penalidad.</p> <p>Existe cuadro de penalidades en el anexo.</p>	<p>Se establece que el regulador está facultado para aplicar sanciones al concesionario en caso de incumplimiento de sus obligaciones.</p> <p>Las sanciones administrativas impuestas por otras autoridades, originadas en ejecución del contrato, se aplican independientemente de las penalidades contractuales.</p> <p>El pago de las sanciones no podrá ser considerado como afectación al flujo económico financiero y tampoco se podrá invocar ruptura del equilibrio económico financiero.</p>	Aeropuerto Internacional de Chinchero-Cusco	<p>El Ositran se encuentra facultado para aplicar las penalidades contractuales.</p> <p>Se impugna la penalidad ante el regulador.</p> <p>La decisión del regulador tendrá carácter definitivo y no está sujeta a reclamación alguna.</p> <p>El monto de las penalidades se abona al concedente en la cuenta del fideicomiso que este designe.</p> <p>El pago de penalidad no podrá ser considerado como afectación al flujo financiero y tampoco se podrá invocar ruptura del equilibrio económico financiero.</p> <p>Existe cuadro de penalidades en el anexo.</p> <p>Las penalidades se aplican sin perjuicio del ejercicio de la función fiscalizadora y supervisora que corresponde al Ositran.</p>	<p>Se establece que el Ositran es competente para sancionar las infracciones cometidas por el concesionario.</p> <p>Las sanciones administrativas impuestas por otras autoridades, originadas en ejecución del contrato, se aplican independientemente de las penalidades contractuales.</p>
	7			4		

Fuente: Ositran y ProInversión, 1999-2015.

Elaboración propia.

Anexo 2. Características del régimen de penalidades contenido en cada contrato de concesión

Año de firma del contrato	Nombre de la concesión	Contrato contiene cláusula de:			Penalidad se detalla en cuadro anexo de contrato	Aplica penalidad:				Se abona penalidad a cuenta de:		Destino de penalidad:		Penalidad se aplica en forma independiente de infracción	Si coexisten penalidad e infracción (del RIS) se aplica infracción	Impugnación de penalidad:		Decisión Ositran es definitiva y no está sujeta a reclamo	Penalidad no afecta flujo financiero ni rompe equilibrio económico financiero	Sanción admin. impuesta por otra autoridad se aplica independiente de penalidad	
		Penalidades	Potestad sancionadora	Función sancionadora		Ositran	Concedente	Ositran		Ositran	Concedente	Fideicomiso	Fondovial			Ante Ositran	Por arbitraje				
								En ejercicio de potestad sancionadora	Aún si NO está en cuadro de penalidad												
1994	Carretera Arequipa-Matarani	SÍ																			
2003	Red Vial N° 5 Ancón-Huacho-Pativilca	SÍ	SÍ			SÍ							SÍ	SÍ						SÍ	
2005	Inambari-Azángaro (Tramo 4)	SÍ	SÍ		SÍ	SÍ				SÍ			SÍ	SÍ			SÍ			SÍ	
2005	Inambari-Iñapari (Tramo3)	SÍ	SÍ		SÍ	SÍ				SÍ			SÍ	SÍ			SÍ			SÍ	
2005	Urcos-Inambari (Tramo 2)	SÍ	SÍ		SÍ	SÍ				SÍ			SÍ	SÍ			SÍ			SÍ	
2005	Eje Multimodal Amazonas Norte	SÍ	SÍ		SÍ	SÍ				SÍ			SÍ	SÍ			SÍ			SÍ	
2005	Puente Pucusana-Cerro Azul-Ica	SÍ	SÍ			SÍ							SÍ	SÍ	SÍ					SÍ	
2007	Empalme 1B Buenos Aires-Canchaque	SÍ			SÍ	SÍ		SÍ					SÍ				SÍ		SÍ	SÍ	
2007	San Juan de Marcona-Urcos	SÍ	SÍ		SÍ	SÍ							SÍ		SÍ		SÍ				SÍ
2007	Matarani-Azángaro-Ilo-Juliaca	SÍ	SÍ		SÍ	SÍ							SÍ		SÍ		SÍ				SÍ
2009	Red Vial N° 4 Tramos viales Pativilca-Santa-Trujillo y Puerto Salaverry-Empalme R01N	SÍ		SÍ	SÍ	SÍ											SÍ		SÍ	SÍ	SÍ
2009	Óvalo Chancay / Desvío variante Pasamayo-Huaral-Acos	SÍ	SÍ		SÍ	SÍ							SÍ				SÍ		SÍ		SÍ
2009	Nuevo Mocupe-Cayaltí-Oyotún	SÍ	SÍ		SÍ	SÍ							SÍ				SÍ		SÍ		SÍ
2009	Autopista del Sol Tramo Trujillo-Sullana	SÍ		SÍ	SÍ	SÍ											SÍ		SÍ	SÍ	SÍ
2010	Eje Multimodal Amazonas Centro Tramo 2	SÍ		SÍ	SÍ	SÍ											SÍ		SÍ	SÍ	SÍ

Continuación

Año de firma del contrato	Nombre de la concesión	Contrato contiene cláusula de:			Penalidad se detalla en cuadro anexo de contrato	Aplica penalidad:				Se abona penalidad a cuenta de:		Destino de penalidad:		Penalidad se aplica en forma independiente de infracción	Si coexisten penalidad e infracción (del RIS) se aplica infracción	Impugnación de penalidad:		Decisión Ositran es definitiva y no está sujeta a reclamo	Penalidad no afecta flujo financiero ni rompe equilibrio económico financiero	Sanción admin. impuesta por otra autoridad se aplica independiente de penalidad
		Penalidades	Potestad sancionadora	Función sancionadora		Ositran	Concedente	Ositran		Ositran	Concedente	Fideicomiso	Fondo vial			Ante Ositran	Por arbitraje			
								En ejercicio de potestad sancionadora	Aún si NO está en cuadro de penalidad											
2013	Tramo Vial Desvío Quilca Desvío Arequipa Desvío Matarani Desvío Moquegua Desvío Ilo-Tacna-La Concordia	SÍ		SÍ	SÍ						SÍ					SÍ		SÍ	SÍ	SÍ
2014	Longitudinal de la Sierra Tramo 2	SÍ		SÍ	SÍ						SÍ					SÍ		SÍ	SÍ	SÍ
1999	Ferrocarril Sur y Sur-Oriente				SÍ	SÍ														
1999	Ferrocarril del Centro				SÍ	SÍ														
2011	Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao-Línea 1 Villa el Salvador-Av. Grau-San Juan de Lurigancho (Tramo 1 y 2)	SÍ	SÍ		SÍ	SÍ					SÍ					SÍ		SÍ	SÍ	SÍ
2014	Línea 2 y Ramal Av. Faucett-Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao	SÍ		SÍ	SÍ	SÍ					SÍ					SÍ		SÍ	SÍ	SÍ
1999	Terminal Portuario de Matarani	Solo cláusula penal simple																		
2006	Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao Muelle Sur	SÍ	SÍ		SÍ	SÍ		SÍ		SÍ					SÍ	SÍ		SÍ	SÍ	
2009	Modernización del Terminal Portuario de Paíta	SÍ	SÍ		SÍ	SÍ		SÍ		SÍ					SÍ	SÍ		SÍ	SÍ	SÍ

Continuación

Año de firma del contrato	Nombre de la concesión	Contrato contiene cláusula de:			Penalidad se detalla en cuadro anexo de contrato	Aplica penalidad:				Se abona penalidad a cuenta de:		Destino de penalidad:		Penalidad se aplica en forma independiente de infracción	Si coexisten penalidad e infracción (del RIS) se aplica infracción	Impugnación de penalidad:		Decisión Ositran es definitiva y no está sujeta a reclamo	Penalidad no afecta flujo financiero ni rompe equilibrio económico financiero	Sanción admin. impuesta por otra autoridad se aplica independiente de penalidad
		Penalidades	Potestad sancionadora	Función sancionadora		Ositran	Concedente	Ositran		Ositran	Concedente	Fideicomiso	Fondovial			Ante Ositran	Por arbitraje			
								En ejercicio de potestad sancionadora	Aún si NO está en cuadro de penalidad											
2011	Terminal de embarque de concentrados de minerales en el Terminal Portuario del Callao	SÍ	SÍ		SÍ		SÍ			SÍ				SÍ	SÍ		SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
2011	Modernización del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao	SÍ	SÍ		SÍ		SÍ			SÍ				SÍ	SÍ		SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
2011	Nuevo Terminal Portuario de Yurimaguas-Nueva Reforma	SÍ	SÍ		SÍ		SÍ			SÍ				SÍ	SÍ		SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
2014	Terminal Portuario General San Martín-Pisco	SÍ	SÍ		SÍ					SÍ				SÍ	SÍ		SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
2001	Aeropuerto Jorge Chávez	Se establecen penalidades	SÍ																	
2006	Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia	SÍ	SÍ		SÍ	SÍ		SÍ					SÍ						SÍ	
2011	Segundo Grupo de Aeropuertos de Provincia	SÍ	SÍ		SÍ	SÍ		SÍ	SÍ	SÍ						SÍ		SÍ	SÍ	
2014	Aeropuerto Internacional de Chinchero-Cusco	SÍ	SÍ		SÍ	SÍ						SÍ				SÍ		SÍ	SÍ	SÍ

Fuente: Ositran y Proinversión, 1999-2015.
Elaboración propia.

Anexo 3. Tratamiento de las penalidades en los contratos de concesión de otras infraestructuras distintas a las reguladas por Ositran

Año	Saneamiento		Telecomunicaciones		Electricidad	
	Nombre	Penalidad	Nombre	Penalidad	Nombre	Penalidad
2008					Concesión de SGT de la línea de transmisión 220 KV Carhuamayo-Paragsha-Conococha-Huallanca-Cajamarca-Cerro Corona-Carhuaquero	El atraso en el inicio de la Puesta en operación comercial está sujeto al pago de una sanción monetaria del concesionario al concedente. El concedente indica al concesionario la cuenta para abonar el pago. El concesionario podrá contradecir el requerimiento del pago, generándose una controversia que será resuelta mediante los mecanismos de solución de controversias (arbitraje).
					Concesión de SGT de la línea de transmisión Mantaro-Caravelí-Montalvo	El atraso en el inicio de la Puesta en operación comercial está sujeto al pago de una sanción monetaria del concesionario al concedente. El concedente indica al concesionario la cuenta en la que se efectuará el pago. El concesionario podrá contradecir el requerimiento del pago, generándose una controversia que será resuelta mediante los mecanismos de solución de controversias (arbitraje).
b2009	Trasvase del proyecto derivación Huascaco cha-Rímac	En caso de incumplimiento del concesionario de cualesquiera de las obligaciones indicadas en el contrato, el concedente aplicará las penalidades. Existe cuadro de penalidades en el anexo. El monto de las penalidades será abonado por el concesionario al concedente, en la cuenta que este indique.	Concesión para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones y asignación de frecuencias en la Banda 821-824 MHZ y 866-869 MHZ en la Provincia de Lima y la Provincia Constitucional del Callao	El incumplimiento de las obligaciones asumidas por la sociedad concesionaria en el contrato, que no se encuentre tipificado como infracción administrativa, será sancionado con la penalidad convencional pactada. De encontrarse tipificado como infracción administrativa, se aplicará la sanción administrativa correspondiente.		

Continúa

Continuación

2009	Trasvase del proyecto derivación Huascaco cha-Rímac	En el caso de que el concesionario se encuentre en desacuerdo con la imposición de la penalidad, por parte del concedente, podrá recurrir al mecanismo de solución de controversias (arbitraje). El pago de las penalidades no podrá ser considerado como una afectación al flujo financiero de la concesión y tampoco se podrá invocar, por ello, la ruptura del equilibrio económico financiero.		No se podrá imponer, sucesiva o simultáneamente, una penalidad convencional y una sanción administrativa en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento. El concedente aplica la penalidad. Las sanciones administrativas podrán ser impugnadas mediante un proceso contencioso-administrativo. En el caso de penalidades contractuales, su imposición solo podrá cuestionarse en la vía arbitral.		
2011	Planta de tratamiento de aguas residuales y emisario submarino La Chira-PTAR La Chira	Si el concesionario incumpliera cualesquiera de las obligaciones indicadas en el contrato, el concedente aplicará las penalidades. Existe cuadro de penalidades en el anexo. El monto de las penalidades será abonado por el concesionario al concedente en la cuenta que este indique. Si el concesionario se encuentra en desacuerdo con la imposición de la penalidad por parte del concedente, podrá recurrir al mecanismo de solución de controversias (arbitraje). El pago de las penalidades no podrá ser considerado como una afectación al flujo financiero de la concesión y tampoco se podrá invocar, por ello, la ruptura del equilibrio económico financiero	Concesión para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones y asignación de frecuencia en 25 MHZ de la Banda C de 1900, comprendida entre los rangos 1897,5-1910 y 1977,5-1990 MHZ, a nivel nacional	El incumplimiento de las obligaciones asumidas por la Sociedad Concesionaria en el Contrato, que no se encuentre tipificado como infracción administrativa, será sancionado con la penalidad convencional pactada. De encontrarse tipificado como infracción administrativa, se aplicará la sanción administrativa correspondiente. No se podrá imponer, sucesiva o simultáneamente, una penalidad convencional y una sanción administrativa en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento. El Concedente aplica la Penalidad. Las sanciones administrativas podrán ser impugnadas mediante el proceso contencioso-administrativo. En el caso de penalidades contractuales, su imposición solo podrá cuestionarse en la vía arbitral.		

Continúa

Continuación

2011	Planta de tratamiento de aguas residuales y emisario submarino La Chira-PTAR La Chira	Si de un solo incumplimiento del concesionario se deriva la aplicación de más de una de las penalidades previstas en el contrato de concesión, únicamente se aplicará la más onerosa en términos económicos. En el supuesto de que se verifique que un incumplimiento contractual está contemplado como infracción sancionable por alguna de las autoridades gubernamentales competentes involucradas en el proyecto, solo se aplicará la sanción administrativa correspondiente; no siendo de aplicación al concesionario las penalidades previstas en el presente contrato. El procedimiento sancionador se regulará por la legislación administrativa vigente.				
2014					Concesión SCT Subestación Orcotuna 220/60 KV	El atraso en el inicio de la Puesta en operación comercial está sujeto al pago de una sanción monetaria del concesionario al concedente. El concedente indica al concesionario la cuenta para abonar el pago. El concesionario podrá contradecir el requerimiento del pago, generándose una controversia que será resuelta mediante los mecanismos de solución de controversias (arbitraje).

Fuente: ProInversión
Elaboración propia.

Anexo 4. Cláusulas de caducidad de concesión por aplicación de penalidades (a junio 2015)

1. Sector aeroportuario

Concesión	Causal de caducidad por aplicación de penalidad	Garantía	Referencia de penalidad	Penalidad aplicada por Ositrán
Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia	<p>Cláusula décimo quinta Caducidad de la concesión Se producirá la Caducidad de la Concesión por la terminación del Contrato. El Contrato solo podrá declararse terminado por la ocurrencia de alguna(s) de las siguientes causales: 15.3 Término por incumplimiento del Concesionario (...) m) La aplicación de penalidades contractuales durante la vigencia del Contrato, cuyo monto en conjunto alcance el 40% del monto de la carta fianza. En este supuesto, el concedente podrá, de considerarlo conveniente, para garantizar la continuidad en la prestación de los servicios, no invocar la caducidad de la concesión, y llegar a un acuerdo con el concesionario, en relación con el nuevo límite de penalidades.</p>	<p>10.2 Garantías a Favor del Concedente 10.2.1 Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión 10.2.1.1 Para garantizar el cumplimiento de todas y cada una de sus obligaciones establecidas en el Contrato, incluyendo el pago de las penalidades y demás sanciones, así como garantizar los niveles de calidad y servicio de las Obras, del equipamiento y Mantenimiento Periódico, el Concesionario entregará al Concedente una Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión de acuerdo al modelo establecido en el Anexo 19, por el monto inicial establecido en las Bases del Concurso, ascendente a US \$ 2'000,000.00 que, anualmente, deberá renovarse por un monto no menor al 25% de los ingresos percibidos en el año anterior. En caso que el 25% de los ingresos sea inferior a los US \$ 2'000,000.00, la garantía será emitida por este último monto. Dicha garantía deberá mantenerse vigente, en mérito a sus sucesivas renovaciones, durante la vigencia de la Concesión hasta dos (2) años después de haber concluido la Concesión.</p>	<p>40% de US\$ 2.000.000, equivalente a US\$ 800.000</p>	<p>S/. 349.700 o US\$ 107.600 (tipo de cambio = S/. 3,25) Monto equivalente al 13,45% de la cifra que produciría la caducidad (US\$ 800.000)</p>
Segundo Grupo de Aeropuertos de Provincia	<p>Cláusula décimo quinta Caducidad de la concesión Se producirá la Caducidad de la Concesión por la terminación del Contrato. El Contrato solo podrá declararse terminado por la ocurrencia de alguna(s) de las siguientes causales: (...) 15.3. Término por incumplimiento del Concesionario (...) n) La aplicación de penalidades contractuales durante un periodo equivalente a diez (10) Años consecutivos, cuyo monto en conjunto alcance el cuarenta por ciento (40%) del monto de la Garantía de Fiel cumplimiento del Contrato de Concesión. En este supuesto, el Concedente podrá, de considerarlo conveniente, para garantizar la continuidad en la prestación de los servicios, no invocar la caducidad de la Concesión, y llegar a un acuerdo con el Concesionario, en relación al nuevo límite de penalidades.</p>	<p>Cláusula décima Garantías 10.2.2. Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión Para garantizar el cumplimiento de todas y cada una de sus obligaciones establecidas en el Contrato, incluyendo el pago de las penalidades, así como garantizar los niveles de calidad y servicio de las Obras, con excepción de aquellas obligaciones del Concesionario cubiertas con la Garantía de Fiel Cumplimiento de Construcción de Obras, el Concesionario entregará al Concedente una Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión que será incluida como Anexo 17, por el monto inicial establecido en las Bases del Concurso, ascendente a Cuatro Millones Quinientos Mil y 00/100 Dólares (US\$ 4'500,000.00) que, anualmente deberá renovarse por el mismo importe. Dicha garantía deberá entregarse en la Fecha de Cierre y mantenerse vigente, en mérito a sus sucesivas renovaciones, durante la vigencia de la Concesión hasta dos (2) años después de haber concluido la Concesión.</p>	<p>40% de US\$ 4.500.000, equivalente a US\$ 1.800.000</p>	<p>US\$ 50.000 Monto equivalente solo al 2,78% de la cifra que produciría la caducidad (US\$ 1.800.000)</p>

Continúa

Continuación

Concesión	Causal de caducidad por aplicación de penalidad	Garantía	Referencia de penalidad	Penalidad aplicada por Ositran
Aeropuerto Internacional de Chinchero-Cusco	<p>Cláusula décimo quinta Caducidad de la Concesión El Contrato solo podrá declararse terminado por la ocurrencia de alguna(s) de las siguientes causales: (...) 15.3.2. Por su parte, el Concedente podrá poner término anticipadamente al Contrato en caso el Concesionario incurra en incumplimiento de sus obligaciones contractuales. Sin perjuicio de las penalidades que procedan, se considerarán como causales de incumplimiento de las obligaciones del Concesionario, aquellas señaladas expresamente en el Contrato dentro de las cuales se encuentran las siguientes: (...) n) La aplicación de penalidades contractuales que se hubieren hecho efectivas o quedado consentidas durante la vigencia del Contrato, cuyo monto acumulado alcance el cuarenta por ciento (40%) del monto de la Garantía de Fiel cumplimiento del Contrato de Concesión que se encuentre vigente. En este supuesto, el Concedente podrá, de considerarlo conveniente para garantizar la continuidad en la prestación de los servicios, no invocar la caducidad de la Concesión, y llegar a un acuerdo con el Concesionario, en relación al nuevo límite de penalidades.</p>	<p>10.2.2. Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión Para garantizar el cumplimiento de todas y cada una de sus obligaciones establecidas en el Contrato, incluyendo el pago de las penalidades, así como garantizar los niveles de calidad y servicio de las Obras, con excepción de aquellas obligaciones del Concesionario cubiertas con la Garantía de Fiel Cumplimiento de Construcción de Obras, el Concesionario entregará al Concedente una Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión que está incluida como Anexo 15, la misma que deberá presentarse de acuerdo a los importes y la vigencia que se señala a continuación: (i) Un importe equivalente a Ocho Millones Seis Cientos Ochenta y Siete Mil Ocho Ciento Veinte y Seis Dólares (US\$ 8'687,826). Esta garantía deberá entregarse en la Fecha de Cierre, debiendo renovarse anualmente y mantenerse vigente hasta la culminación de la Etapa de Ejecución de Obras con la conformidad del OSITMN, y (ii) Un importe equivalente a Once Millones Quinientos Sesenta y Nueve Mil Cuatro Ciento Setenta y Nueve Dólares (US\$ 11'569,479) que deberá estar vigente desde el inicio de la Etapa de Operación debiendo renovarse anualmente hasta el vigésimo (20) Año de la Concesión. Esta Garantía deberá entregarse dentro de los quince (15) Días anteriores al inicio de la Etapa de Operación. (iii) Un importe equivalente a Diez y Nueve Millones Doscientos Ochenta y Dos Mil Dos Cientos Treinta y Cuatro Dólares (US\$ 19'282,234) que deberá estar vigente desde el vigésimo primer (21) Año de la Concesión debiendo renovarse anualmente hasta Doce (12) meses después de haber concluido la Concesión. Esta Garantía deberá entregarse dentro de los quince (15) días</p>		No se reportó penalidad

2. Sector ferroviario

Concesión	Causal de caducidad por aplicación de penalidad	Penalidad aplicada por Ositran
FFCC del Sur y FFCC del Sur Oriente	<p>Anexo N° 9 (Numeral 20.2) Régimen de Penalidades aplicables a los Incumplimientos del Concesionario</p>	No se reportó penalidad

Continúa

Continuación

Concesión	Causal de caducidad por aplicación de penalidad	Penalidad aplicada por Ositran																
<p>FFCC del Sur y FFCC del Sur Oriente</p>	<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <thead> <tr> <th style="width: 50%;">Infracción</th> <th style="width: 12.5%;">1ra vez</th> <th style="width: 12.5%;">2da vez</th> <th style="width: 12.5%;">3ra vez</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td colspan="4" style="text-align: center;">(...)</td> </tr> <tr> <td>Incumple condición básica del contrato Pone en peligro a personas en mayor grado Afecta bienes en forma integral Puede causar daños económicos importantes Puede afectar el servicio por más de 7 días.</td> <td style="text-align: center;">5% IBMA</td> <td style="text-align: center;">10% IBMA</td> <td style="text-align: center;">Resolución de contrato</td> </tr> <tr> <td colspan="4">IBMA (Ingreso Bruto Mes Anterior).</td> </tr> </tbody> </table>	Infracción	1ra vez	2da vez	3ra vez	(...)				Incumple condición básica del contrato Pone en peligro a personas en mayor grado Afecta bienes en forma integral Puede causar daños económicos importantes Puede afectar el servicio por más de 7 días.	5% IBMA	10% IBMA	Resolución de contrato	IBMA (Ingreso Bruto Mes Anterior).				<p>No se reportó penalidad</p>
Infracción	1ra vez	2da vez	3ra vez															
(...)																		
Incumple condición básica del contrato Pone en peligro a personas en mayor grado Afecta bienes en forma integral Puede causar daños económicos importantes Puede afectar el servicio por más de 7 días.	5% IBMA	10% IBMA	Resolución de contrato															
IBMA (Ingreso Bruto Mes Anterior).																		
<p>Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao-Línea 1 Villa el Salvador-Grau- San Juan de Lurigancho (Tramo 1 y 2)</p>	<p>Sección XV: Caducidad de la concesión Resolución del Contrato por incumplimiento del Concesionario 15.4. El Concedente podrá resolver el Contrato en caso que el Concesionario incurra en incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales. Sin perjuicio de las penalidades y sanciones que procedan, se considerarán como causales de incumplimiento grave de las obligaciones del Concesionario, aquellas señaladas expresamente en el Contrato como tales, dentro de las cuales se encuentran las siguientes: (...) o) La aplicación de penalidades contractuales establecidas en el Anexo N° 10, que se hubieren hecho efectivas o quedado consentidas por períodos de cinco (05) años durante la vigencia del Contrato. En este supuesto, el Concedente podrá, de considerarlo conveniente para garantizar la continuidad en la prestación del Servicio, no invocar la caducidad de la Concesión, y llegar a un acuerdo con el Concesionario, en relación a un nuevo límite de penalidades. [Nota: Por error, en la versión final del contrato no existen porcentajes. En el primer borrador de contrato elaborado por ProInversión, se fijaba 2.5% del monto contemplado en el Presupuesto Referencial].</p>	<p>No se reportó penalidad</p>																
<p>Línea 2 y Ramal Av. Faucett-Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao</p>	<p>Sección XV: Caducidad de la concesión Terminación por incumplimiento del Concesionario (...) u) La acumulación de penalidades por un monto equivalente o superior a Treinta Millones de Dólares Americanos (US\$ 30 000,000 00) que se hubieren hecho efectivas o quedado consentidas por periodos de cinco (05) años consecutivos durante la vigencia del Contrato. En este supuesto, el Concedente podrá, de considerarlo conveniente para garantizar la continuidad en la prestación del Servicio, no invocar la Caducidad de la Concesión, y llegar a un acuerdo con el Concesionario, en relación a un nuevo límite de penalidades.</p>	<p>S/. 7.525,00 o US\$ 2.315,38 (tipo de cambio = S/. 3,25)</p> <p>Monto equivalente al 0,077% de la cifra que produciría la caducidad (US\$ 30.000.000)</p>																

Continúa

Continuación

3. Sector portuario

Concesión	Causal de caducidad por aplicación de penalidad	Garantía /Otro	Referencia de penalidad	Penalidad aplicada por Ositran																		
Modernización del Terminal Portuario de Paita	No se verifica			S/. 340.462																		
Nuevo Terminal Portuario de Yurimaguas-Nueva Reforma	<p>Sección XV: Caducidad de la concesión</p> <p>Causales de caducidad</p> <p>15.1. El presente Contrato sólo se declarará terminado por la ocurrencia de alguna(s) de las siguientes causales:</p> <p>(...)</p> <p>15.1.3. Término por Incumplimiento del Concesionario</p> <p>El Concedente podrá dar por terminado el presente Contrato en forma anticipada en caso que el Concesionario incurra en incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales. Sin perjuicio de las penalidades que procedan, se considerarán como causales de incumplimiento grave de las obligaciones del Concesionario, aquellas señaladas expresamente en el Contrato dentro de las cuales se encuentran las siguientes:</p> <p>(...)</p> <p>m) La aplicación de penalidades contractuales que se hubieren hecho efectivas o quedado consentidas durante la vigencia del Contrato, cuyo monto en conjunto alcance el diez por ciento (10%) del monto de Inversión Proyectada Referencial.</p>	<p>Inversión Proyectada Referencial</p> <p>La Inversión Proyectada Referencial sin IGV, asciende a la suma de US\$37'058,304.00 (Treinta y Siete Millones Cincuenta y Ocho Mil Trescientos Cuatro y 00/100, Dólares de los Estados Unidos de América).</p>	<p>10% de US\$ 37.058.304, equivalente a US\$ 3.705.830,40</p>	No se reportó penalidad																		
Terminal Portuario General San Martín-Pisco	<p>Sección XIV: Caducidad de la Concesión</p> <p>Causales de Caducidad</p> <p>14.1 El presente Contrato sólo se declarará terminado por la ocurrencia de alguna(s) de las siguientes causales:</p> <p>(...)</p> <p>14.1.3 Término por incumplimiento del Concesionario</p>	<p><u>Inversión Referencial</u></p> <p>Es el monto referencial que equivale al total de las inversiones correspondientes a las Etapas 1 a la 4, expresado en Dólares de los Estados Unidos de América, en valores constantes y corrientes sin incluir el Impuesto General a las Ventas, distribuido por cada Etapa de acuerdo a lo siguiente:</p> <table border="1"> <thead> <tr> <th>Etapa</th> <th>US\$ constantes sin IGV</th> <th>US\$ corrientes sin IGV</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>Etapa 1</td> <td>48'814,318</td> <td>53'051,061</td> </tr> <tr> <td>Etapa 2</td> <td>22'739,853</td> <td>28'858,365</td> </tr> <tr> <td>Etapa 3</td> <td>23'748,072</td> <td>37'877,551</td> </tr> <tr> <td>Etapa 4</td> <td>7'112,010</td> <td>11'332,307</td> </tr> <tr> <td>Total</td> <td>102'414,254</td> <td>131'119,284</td> </tr> </tbody> </table> <p>Este monto sólo es aplicable a lo expresamente previsto en el Contrato de Concesión.</p> <p>Cualquier adelanto de inversión que se efectúe durante la ejecución del Contrato, no generará el inicio del procedimiento de fijación o revisión tarifaria.</p>	Etapa	US\$ constantes sin IGV	US\$ corrientes sin IGV	Etapa 1	48'814,318	53'051,061	Etapa 2	22'739,853	28'858,365	Etapa 3	23'748,072	37'877,551	Etapa 4	7'112,010	11'332,307	Total	102'414,254	131'119,284	<p>10% de US\$ 131.119.284, equivalente a US\$ 13.111.928</p>	<p>S/. 53.200 o US\$ 16.369,23 (tipo de cambio = S/. 3,25)</p>
Etapa	US\$ constantes sin IGV	US\$ corrientes sin IGV																				
Etapa 1	48'814,318	53'051,061																				
Etapa 2	22'739,853	28'858,365																				
Etapa 3	23'748,072	37'877,551																				
Etapa 4	7'112,010	11'332,307																				
Total	102'414,254	131'119,284																				

Continúa

Continuación

Concesión	Causal de caducidad por aplicación de penalidad	Garantía /Otro	Referencia de penalidad	Penalidad aplicada por Ositran
Terminal Portuario General San Martín-Pisco	El Concedente podrá por terminado el presente Contrato en forma anticipada en caso que el Concesionario incurra en incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales. Sin perjuicio de las penalidades que procedan, se consideran como causales de incumplimiento grave de las obligaciones del Concesionario, aquellas señaladas expresamente en el Contrato dentro de las cuales se encuentran las siguientes: (...) o) La aplicación de penalidades contractuales que se hubieren hecho efectivas o quedado consentidas durante la vigencia del Contrato, cuyo monto en conjunto alcance el diez por ciento (10%) del monto de Inversión Proyectada Referencial.			Monto equivalente al 0,125% de la cifra que produciría la caducidad (US\$ 13.111.928)
Terminal de embarque de concentrados de minerales en el Terminal Portuario del Callao	No se verifica			Pagado S/. 493.600 Por pagar S/. 308.000
Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao Muelle Sur	No se verifica			S/. 3.988.694
Modernización del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao	No se verifica			Pagado S/. 235.381,5 Por pagar S/. 5.661.900,83

Continúa

Continuación

4. Carreteras

Concesión	Causal de caducidad por aplicación de penalidad	Garantía /Otro	Referencia de Penalidad	Penalidad aplicada por Ositran
Autopista del Sol Tramo Trujillo-Sullana				US\$ 5.000
Concesión del tramo vial Inambari-Iñapari del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú-Brasil Tramo 3: Inambari-Iñapari	<p>Sección XIV: Caducidad de la Concesión Término por incumplimiento del Concesionario 14.4. El Contrato podrá resolverse anticipadamente en caso que el Concesionario incurra en incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales. Sin perjuicio de las penalidades que procedan, se considerarán como causales de incumplimiento grave de las obligaciones del Concesionario, aquellas señaladas expresamente en el Contrato dentro de las cuales se encuentran las siguientes: (...) o) La aplicación de penalidades contractuales que se hubieren hecho efectivas o quedado consentidas durante la vigencia del Contrato, cuyo monto en conjunto alcance el 20% del monto contemplado en el Proyecto Referencial de la totalidad de las Obras. En este supuesto, el Concedente podrá, de considerarlo conveniente para garantizar la continuidad en la prestación de los servicios de la Concesión, no invocar la caducidad de la misma, y llegar a un acuerdo con el Concesionario, en relación a un nuevo límite de penalidades.</p>			US\$ 8.000
Carretera Longitudinal de la Sierra Tramo 2: Ciudad de Dios-Cajamarca-Chiple, Cajamarca-Trujillo y Dv. Chilete-Emp. PE-3N	<p>Capítulo XVI: Caducidad de la Concesión Término por incumplimiento del Concesionario 16.4. El Contrato terminará anticipadamente en caso que el Concesionario incurra en incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales. Sin perjuicio de las penalidades y la aplicación de sanciones que procedan, se considerarán como causales de incumplimiento grave de las obligaciones del Concesionario, aquellas señaladas expresamente en el Contrato, dentro de las cuales se encuentran las siguientes: (...)</p>			S/. 46.000

Continúa

Continuación

Concesión	Causal de caducidad por aplicación de penalidad	Garantía /Otro	Referencia de Penalidad	Penalidad aplicada por Ositrán
Carretera Longitudinal de la Sierra Tramo 2: Ciudad de Dios-Cajamarca-Chiple, Cajamarca-Trujillo y Dv. Chilete-Emp. PE-3N	l) la aplicación de penalidades contractuales que se hubieren hecho efectivas o quedado consentidas durante la vigencia del Contrato, cuyo monto en alcance el diez por ciento (10%) del presupuesto contenido en los Estudios Definitivos de Ingeniería e Impacto Ambiental para la Rehabilitación y Mejoramiento o el diez por ciento (10%) del presupuesto contenido en los Expedientes Técnicos para el Mantenimiento Periódico Inicial; excepto en el caso de superar el porcentaje indicado en la Cláusula 6.10 por demora en el inicio de la Rehabilitación y Mejoramiento y/o Mantenimiento Periódico Inicial o en la terminación de la ejecución de mismas. En estos supuestos, el Concedente podrá, de considerarlo conveniente para garantizar la continuidad en la prestación de los servicios de la Concesión, no invocar la caducidad de la misma, y llegar a un acuerdo con el Concesionario, en relación a un nuevo límite de penalidades.			
Nuevo Mocupe-Cayaltí-Oyotún	Sección XVI: Caducidad de la Concesión Término por incumplimiento del Concesionario 16.4. El Contrato terminará anticipadamente en caso que el Concesionario incurra en incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales. Sin perjuicio de las penalidades que procedan, se considerarán como causales de incumplimiento grave de las obligaciones del Concesionario, aquellas señaladas expresamente en el Contrato dentro de las cuales se encuentran las siguientes: (...) n) La aplicación de penalidades contractuales que se hubieren hecho efectivas o quedado consentidas durante la vigencia del Contrato, cuyo monto en conjunto alcance el diez por ciento (10%) del monto contemplado en el Proyecto Referencial. En este supuesto, el Concedente podrá, de considerarlo conveniente para garantizar la continuidad en la prestación de los servicios de la Concesión, no invocar la caducidad de la misma, y llegar a un acuerdo con el Concesionario, en relación a un nuevo límite de penalidades.	Inversión Proyectada Referencial: La Inversión Proyectada Referencial asciende a la suma de US\$ 17.385.541,433 (Diecisiete millones trescientos ochenta y cinco mil quinientos cuarenta y uno y 43/100 Dólares de los Estados Unidos de América), incluido el IGV.	10% de US\$ 17.385.541,433, equivalente a US\$ 1.738.554,14	US\$ 1.000 Monto equivalente al 0,058% de la cifra que produciría la caducidad (US\$ 1.738.554,14)
Contrato de Concesión del tramo vial desvío Quilca-Desvío Arequipa (Repartición)-	Capítulo XVI: Caducidad de la concesión Término por incumplimiento del Concesionario 16.4. El Contrato terminará anticipadamente en caso que el Concesionario incurra en incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales. Sin perjuicio de las penalidades y la aplicación de sanciones que procedan, se considerarán como causales de incumplimiento grave de las obligaciones del Concesionario, aquellas señaladas expresamente en el Contrato, dentro de las cuales se encuentran las siguientes:			No se reportó penalidad

Continúa

Continuación

Concesión	Causal de caducidad por aplicación de penalidad	Garantía /Otro	Referencia de Penalidad	Penalidad aplicada por Ositran
Desvío Matarani-Desvío Moquegua-Desvío Ilo-Tacna-La Concordia	<p>(...)</p> <p>l) La aplicación de penalidades contractuales que se hubieren hecho efectivas o quedado consentidas durante la vigencia del Contrato, cuyo monto en conjunto alcance el diez por ciento (10%) del presupuesto aprobado en los Estudios Definitivos de Ingeniería e Impacto Ambiental para las Obras Obligatorias; excepto en el caso de superar el porcentaje indicado en la Cláusula 6.10 por demora en el inicio de las Obras o en la terminación de la ejecución de las mismas. En estos supuestos, el Concedente podrá, de considerarlo conveniente para garantizar la continuidad en la prestación de los servicios de la Concesión, no invocar la caducidad de la misma, y llegar a un acuerdo con el Concesionario, en relación a un nuevo límite de penalidades.</p>			
Concesión del tramo vial Puente Pucusana-Cerro Azul-Ica (Red Vial 6)	No se verifica			No se reportó penalidad
Contrato de concesión para la construcción, conservación y explotación N° 1 del proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú-Brasil	<p>Sección XVI: Caducidad de la Concesión</p> <p>Término por incumplimiento del Concesionario</p> <p>16.4. El Contrato terminará anticipadamente en caso que el Concesionario incurra en incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales. Sin perjuicio de las penalidades y sanciones que procedan, se considerarán como causales de incumplimiento grave de las obligaciones del Concesionario, aquellas señaladas expresamente en el Contrato dentro de las cuales se encuentran las siguientes:</p> <p>(...)</p> <p>o) La aplicación de penalidades contractuales que se hubieren hecho efectivas o quedada consentidas durante la vigencia del Contrato, cuyo monto en conjunto alcance el veinte por ciento (20%) del monto contemplado en el Proyecto Referencial. En este supuesto, el Concedente podrá, de considerarlo conveniente para garantizar la continuidad en la prestación de los servicios de la Concesión, no invocar la caducidad de la misma, y llegar a un acuerdo con el Concesionario, en relación a un nuevo límite de penalidades.</p>			No se reportó penalidad

Fuente: Ositran y Proinversión, 1999-2015 (sic).

Elaboración propia.

Nota biográfica

Gadwyn Sánchez Yaringaño

Nació en Abancay, Apurímac el 29 de junio de 1982. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con Título de Segunda Especialidad en Derecho del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales por la misma universidad.

Cuenta con diez años de experiencia profesional como asesor legal en el sector público y privado. Ha participado como ponente en diversos eventos académicos jurídicos y es autor de artículos académicos en su especialidad. En la actualidad, se desempeña como Gerente Legal de la empresa GPO Gestao de Projetos e Obras Ltda. Sucursal Perú.

César Augusto Borda Gonzales

Nació en Recuay, Ancash, el 5 de enero de 1965. Abogado por la Universidad San Martín de Porres, con Posgrado en Derecho Público en la Pontificia Universidad Católica del Perú y Derecho de las Concesiones en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

Como profesional ha asesorado a empresas del sector público y privado (sector agroindustrial). En la actualidad, su línea de interés son las asociaciones público privadas y labora para el Programa Nacional de Saneamiento Rural del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento.

Juan Carlos Juárez Quichíz

Nació en Bellavista, Callao, el 19 de febrero de 1986. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Cuenta con experiencia en el sector privado en concesiones de infraestructura en el sector vial y aeroportuario, procesos de promoción de la inversión privada y contrataciones con el Estado. En la actualidad, se desempeña como Abogado de la sucursal peruana de la empresa Andrade Gutierrez Engenharia S.A. (antes Constructora Andrade Gutierrez S.A.), una de las principales constructoras de América Latina.