

# SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y PENALIDADES EN CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE

## ADMINISTRATIVE FINES AND LIQUIDATED DAMAGES IN TRANSPORT INFRASTRUCTURE CONCESSIONS

**Alejandro Manayalle Chirinos\***  
Pontificia Universidad Católica del Perú y  
Rodrigo, Elías & Medrano Abogados  
Ex miembro del Consejo Directivo de THĒMIS  
Ex Editor General de THĒMIS-Revista de Derecho

**Laura Zúñiga Alemán\*\***  
Rodrigo, Elías & Medrano Abogados

---

*Concession agreements in infrastructure have civil and administrative nature making possible for the Government to apply administrative fines and liquidated damages provisions in case of concessionaires breach.*

*On the transportation infrastructure side, the authors explain that theoretical and practical misunderstandings are present between both legal systems and suggest amendments to the legal framework to overcome such problems. The analysis of these issues is supported on the review of several concession agreements and a comparison with the regulation of the matter in other markets.*

**KEY WORDS:** Administrative Law; public transport infrastructure; administrative fines; liquidated damages; concession agreement.

*Los contratos de concesión de infraestructura tienen componentes civiles y administrativos que generan, en cuanto a responsabilidades de los concesionarios, la posibilidad de aplicar penalidades contractuales y sanciones administrativas.*

*En el sector infraestructura de transporte, los autores plantean que existen confusiones teóricas y prácticas entre estos dos institutos jurídicos y plantean la posibilidad de que el marco normativo se corrija para superar tales confusiones. El análisis de estos temas se basa en la revisión de diversos contratos de concesión de infraestructura de transporte público, y en la comparación de la regulación de la materia en otros sectores.*

**PALABRAS CLAVE:** Derecho Administrativo; infraestructura de transporte de uso público; sanción administrativa; penalidad; contrato de concesión.

---

\* Abogado. Maestría en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Columbia, Nueva York. Docente del curso Derecho de Minería y Energía en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados. Contacto: amanayalle@estudiorodrigo.com.

\*\* Abogada. Estudios en el curso Project Finance and Public Private Partnerships del New York Institute of Finance. Docente del curso Planeamiento de Negocios en Inversiones en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Asociada de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados. Contacto: lzuniga@estudiorodrigo.com.

## I. INTRODUCCIÓN

Los contratos de concesión de infraestructura tienen una doble naturaleza: por un lado, les son aplicables las normas de Derecho Público Administrativo, toda vez que su formación y celebración se sujetan a regulaciones administrativas; y, por otro lado, les son aplicables también las normas de Derecho común, esto es, el Código Civil, sobre todo si son contratos en los cuales el Estado ha otorgado seguridades y garantías (renunciando a su poder exorbitante).

En este extremo, los concesionarios también ejercen una doble condición jurídica frente al Estado: por un lado, pueden ser considerados como meros administrados, sujetos al poder de policía del Estado; y, por otro lado, pueden ser considerados como parte contractual, con una capacidad equivalente a la del Estado, y con los derechos y obligaciones asumidos de acuerdo a cada uno de sus contratos de concesión.

Esta doble condición también genera, respecto a las responsabilidades que pueden imputarse a los concesionarios, una doble regulación jurídica. Si los concesionarios cometen infracciones administrativas, serán pasibles de ser sancionados administrativamente, conforme a los procedimientos que hayan sido debidamente aprobados para tales efectos. Por otro lado, si los concesionarios incumplen lo establecido en sus contratos de concesión, se someterán a los remedios contractuales pactados para tales efectos, uno de los cuales es la aplicación de penalidades.

El presente artículo tiene como propósito señalar los problemas que se pueden presentar como consecuencia de la confusión de ambos conceptos dentro del marco de la ejecución de concesiones de infraestructura. En la parte II se explican los alcances de las sanciones administrativas que actualmente viene aplicando el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público [en adelante, OSITRAN], analizando, de manera general, las principales deficiencias que presenta su sistema. En la parte III se establece el tratamiento disímil que reciben diversos contratos de concesión respecto a la aplicación de sanciones y penalidades. Finalmente, la parte IV comenta un reciente proyecto normativo de OSITRAN, mediante el cual se pretende conceder naturaleza administrativa a la aplicación de penalidades civiles.

## II. LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS DE OSITRAN TIENEN FUENTE CONTRACTUAL Y NO FUENTE LEGAL

Como toda entidad del Estado con funciones administrativas, OSITRAN también ejerce potestad fiscalizadora y sancionadora.

La Ley 26917, Ley de creación de OSITRAN, al regular las atribuciones de este regulador en su artículo 6 señala lo siguiente:

Artículo 6.- "Atribuciones

[...]

6.3. La atribución fiscalizadora de OSITRAN comprende la potestad de importar sanciones a las Entidades Prestadoras por el incumplimiento de las normas aplicables a las obligaciones contenidas en los contratos de concesión y a las licencias correspondientes".

La Ley 27332, Ley Marco de Organismos Reguladores, establece en su artículo 3.1 d) los alcances de la facultad fiscalizadora y sancionadora de los Reguladores, señalando lo siguiente:

Artículo 3.- "Funciones

3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:

[...]

d) Función fiscalizadora y sancionadora: comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como de las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión".

Para ejercer la función fiscalizadora y sancionadora, OSITRAN está sujeto a un marco normativo específico, cuya norma rectora es la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General [en adelante, LPAG]. La LPAG establece una serie de principios que deben ser imperativamente respetados y aplicados en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores, de modo que la sanción aplicada sea válida.

En primer lugar, el artículo IV del Título Preliminar de la LPAG señala que son principios aplicables a todo procedimiento administrativo, entre otros, los de legalidad, debido procedimiento y predictibilidad.

Adicionalmente, el artículo 230 de la LPAG reitera lo señalado en el artículo IV del Título Preliminar, y agrega que son principios de la potestad sancionadora el de legalidad, debido procedimiento, razonabilidad, tipicidad, irretroactividad, concurso de infracciones, continuación de infracciones, causalidad, presunción de licitud y *non bis in idem*.

Es a la luz de tales principios que OSITRAN debe conducir sus procedimientos instructivos e imponer sanciones administrativas. A la luz de estos principios también debe aplicarse el Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN [en adelante, el Reglamento]<sup>1</sup>, tal como expresamente lo reconoce el artículo 4.1 del Reglamento cuando señala:

Artículo 4.- “Principios de la Potestad Sancionadora

4.1. OSITRAN deberá aplicar los principios a los que alude el Artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General [...] 27444”.

Sin embargo, consideramos que existen ciertas disposiciones en el Reglamento que no se ajustan a las normas rectoras de las potestades sancionadoras del Estado. En efecto, en nuestra opinión, el Reglamento adolece de un error conceptual generalizado a lo largo de todo su texto, consistente en la tipificación como infracciones administrativas de claros incumplimientos de los contratos de concesión. Este error podría vulnerar los principios de tipicidad y de legalidad.

El principio de legalidad, se encuentra recogido en el artículo 230 inciso 1 de la LPAG, el cual señala que:

Artículo 230.- “Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

1. Legalidad.- Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad”.

Por su parte, el principio de tipicidad es definido por el inciso 4 del mismo artículo 230 de la siguiente manera:

“4. Tipicidad.- Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir

interpretación extensiva y analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria”.

De estas normas se desprende que las infracciones y sanciones administrativas deban tener como fuente una ley material que las sustente. En efecto, el principio de legalidad, incluso en los casos en los que exista una autorización legal para tipificar las infracciones a través de reglamentos, exige la presencia de un marco legal que dé sustento al régimen de infracciones y sanciones.

Así, lo declara Morón cuando señala que:

“[...]

Por el contrario, **estará prohibido por el principio de tipicidad que los reglamentos administrativos desarrollen una tipificación no subordinada a alguna ley autoritativa, o teniéndola altere su naturaleza, sus límites o adicione nuevas infracciones o sanciones, o que prevean nuevas infracciones o sanciones diferentes a las que tienen cobertura legal**”<sup>2</sup> [el énfasis es nuestro].

Lo anterior evidencia la vinculación existente entre el principio de legalidad y el de tipicidad. Esta vinculación ha sido adecuadamente descrita por el Tribunal Constitucional:

“El sub principio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal”<sup>3</sup> [el énfasis es nuestro].

A mayor abundamiento, Parada<sup>4</sup> señala:

“En definitiva, la diferencia entre el principio de reserva absoluta de ley —que opera en materia penal— y de ‘cobertura legal’ —aplicable a las sancio-

<sup>1</sup> Aprobado mediante Resolución 23-2003-CD-OSITRAN.

<sup>2</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos. “Los principios delimitadores de la potestad sancionadora de la Administración Pública en la ley peruana”. En: Revista Advocatus 13. 2005. p. 237.

<sup>3</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 2192-2004-AA, de fecha 11 de octubre de 2004. Fundamento Jurídico 5.

nes administrativas— es que, en el primer caso, la ley legitimadora ha de cubrir por entero tanto la previsión de la penalidad como la descripción de la conducta ilícita (tipicidad) sin posibilidad de completar esa descripción por un reglamento de aplicación o desarrollo; **mientras que el principio de ‘cobertura legal’ de las sanciones administrativas sólo exige cubrir con ley formal una descripción genérica de las conductas sancionables y las clases y cuantía de las sanciones, pero con posibilidad de remitir a la potestad reglamentaria la descripción pormenorizada de las conductas ilícitas, es decir, la tipicidad**” [el énfasis es nuestro].

La LPAG recoge, en los principios de tipicidad y legalidad, la denominada “cobertura legal”, en la medida que admite la posibilidad de tipificar infracciones por vía reglamentaria, siempre y cuando exista una disposición legal que le sirva de marco y que contemple tanto las conductas que podrán ser tipificadas como infracciones como las sanciones a aplicar en cada caso.

Por ello, Morón Urbina, al comentar el principio de tipicidad, señala:

“Ahora bien, la propia ley puede convocar **la concurrencia o apoyo de la administración para concluir la labor de tipificación, habilitándole a regular sólo lo mínimo indispensable para concretar la tipificación**. Los supuestos más comunes son:

[...]

- Reglamentaciones autónomas o de entidades constitucionalmente autónomas, incluso del Poder Legislativo, donde su potestad reglamentaria es parte de su garantía institucional.

Estará prohibido a los reglamentos administrativos:

- **Desarrollar una tipificación no subordinada a alguna ley autoritativa, o teniéndola altere su naturaleza, sus límites o adicione nuevas infracciones o sanciones [...]**<sup>5</sup> [el énfasis es nuestro].

Con relación a este punto, Nieto<sup>6</sup> señala:

“Lo que importa tener presente, para empezar, es lo inexacto de la denominación de esta figura, que sugiere una norma carente de contenido, cuando en realidad no es así. Una ley en blanco no es un cheque en blanco que el Ejecutivo puede llenar a

su gusto, sino una ley incompleta (por su contenido) o una ley de remisión (por su función) que, consciente de sus carencias, encomienda efectivamente al Reglamento la tarea de completarlas, aunque cuidándose de indicarle cómo. Por así decirlo, **el Reglamento no suple los olvidos de la Ley sino que completa lo que ésta ha dejado de forma deliberada solamente esbozado o acaba lo que se ha dejado sin terminar pero ya comenzado. De aquí que se hable de colaboración y no de sustitución. Una ley en blanco en el sentido radical a que acaba de aludirse sería inconstitucional por falta de respeto a la reserva de ley y la encomienda al Reglamento no sería ya remisión sino deslegalización: lo que la Constitución prohíbe en estos casos**” [el énfasis es nuestro].

A su vez, señala que:

“El contenido de una ley en blanco comprende los siguientes elementos: **a) Una regulación sustantiva de la materia**, que deliberadamente no pretende ser exhaustiva. b) La determinación de unas instrucciones, criterios o bases, que sin llegar a suponer una regulación sustantiva, resulten lo suficientemente expresivos como para que, a partir de ellos, pueda luego desarrollarse la formativa. c) Una habilitación reglamentaria, o sea, una autorización al Reglamento para que regule la materia penetrando en una zona reservada a la ley que, sin esta habilitación, resultaría ilícita y cuya realización no se ha de exceder de las instrucciones legales. d) Una remisión al resultado de la colaboración reglamentaria que, en los términos dichos, se ha posibilitado u ordenado”<sup>7</sup> [el énfasis es nuestro].

Precisamente esto es lo que ocurre en el caso del Reglamento, el cual, si bien ha sido dictado al amparo de la facultad normativa que le ha sido atribuida a OSITRAN por la Ley Marco de Organismos Reguladores, ha excedido la naturaleza y límites de la ley autoritativa.

En el caso de la Ley Marco de Organismos Reguladores, ésta únicamente cumple la función de autorizar a los Reguladores a tipificar **infracciones administrativas**, tal como establece el artículo 3.1. c) de dicho cuerpo normativo:

Artículo 3.- “Funciones

3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones: [...]

<sup>4</sup> PARADA, Ramón. “Derecho Administrativo”. Tomo I. Madrid: Marcial Pons. 2000. p. 504.

<sup>5</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos. Óp. cit. Loc. cit.

<sup>6</sup> NIETO, Alejandro. “Derecho Administrativo Sancionador”. Segunda Edición. Madrid: Tecnos. 2000. p. 264.

<sup>7</sup> Ibid. p. 266.

c) Función Normativa: [...];

Comprende, a su vez, **la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales**, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos<sup>8</sup> [el énfasis es nuestro].

En nuestra opinión, dicha autorización no supone convertir todo incumplimiento contractual en infracción administrativa, sino únicamente sancionar aquellos incumplimientos que califiquen como infracción administrativa. Ello, toda vez que el incumplimiento contractual *per se* no tiene como fuente de origen la ley, sino el acuerdo de voluntades y, por tanto, su remedio debe ser aquel que el contrato correspondiente disponga (por ejemplo, imposición de penalidades).

En otras palabras, para que un incumplimiento contractual pueda ser considerado dentro de la tipificación administrativa específica que establezca OSITRAN, primero deberá ser reconocido como tal a través de una norma con rango de ley. De lo contrario, se estará vulnerando el principio de legalidad anteriormente explicado.

Aun cuando la diferencia parece sutil, no lo es. Tal diferencia está vinculada con la primera exigencia que señala Nieto, **la existencia de una regulación sustantiva en la materia**. Tal exigencia tiene sentido en la medida que las infracciones administrativas constituyen un mecanismo destinado a garantizar el cumplimiento de determinadas obligaciones administrativas que el Estado considera de especial relevancia. De allí que no todo incumplimiento de una norma sea sancionado, pero toda sanción debe tener como correlato una obligación legal que le dé sustento.

En ese sentido, resulta ajeno al Derecho Administrativo Sancionador que se establezcan como infracciones administrativas los incumplimientos de obligaciones que únicamente tengan como respaldo un contrato.

Las infracciones y sanciones administrativas previstas en el marco legal tienen como finalidad la protección de intereses públicos sustentados en el poder de policía del Estado. La Ley establece cuáles son los intereses públicos que debe proteger el Estado y, por ello, tipifica infracciones y sancio-

nes. Los incumplimientos y penalidades contractuales tienen una naturaleza claramente distinta. Estas diferencias se muestran gráficamente en el siguiente cuadro:

Cuadro 1

	Sanciones administrativas	Penalidades contractuales
Fuente	Legal.	Contractual.
Forma de imposición	Procedimiento administrativo sancionador previsto en el Reglamento.	Mecanismo de solución de controversias dispuesto en el contrato de concesión.
Monto para el cálculo	En función de los ingresos del concesionario.	Conforme a la tabla de penalidades anexa al contrato.
Reducción	Reducción en función de criterios como reiteración u oportunidad de cumplimiento.	No es posible la reducción, puede generar la suspensión del plazo de la concesión o la caducidad del contrato.
Caducidad	Cuatro años por disposiciones administrativas.	No caducan como la responsabilidad administrativa, pero su exigibilidad dependerá del requerimiento de la contraparte.

Por ello, un Reglamento encargado de regular sanciones administrativas no puede de manera alguna recoger su contenido de disposiciones contractuales.

Botassi<sup>9</sup> señala que: “ni la fuente ni la finalidad punitiva dentro de un contrato en marcha correlacionan con el derecho contravencional ni con el llamado poder de policía, antes bien su asimilación genera el peligro de que una Administración en manos de administradores abusivos interprete y ejecute el contrato dictatorialmente sin fundamento contractual ni legal que lo autorice”.

A mayor abundamiento, Botassi<sup>10</sup> señala:

“Si bien el esquema descrito, con excepción de la rescisión, correlaciona con los caracteres del derecho contravencional, pensamos que las sanciones establecidas en los contratos que celebra la Administración nada tienen que ver con las faltas en que pueden incurrir los ciudadanos ni con las penas aplicadas en ejercicio del denominado poder de policía.

En primer lugar, mientras las penas contractuales tienen por único destinatario a quien es parte en un contrato, los tipos contravencionales están di-

<sup>8</sup> Ibídem.

<sup>9</sup> BOTASSI, Carlos Alfredo. “Potestad Sancionatoria en la Contratación Administrativa”. En: Contratos Administrativos. 2000.

<sup>10</sup> Ibídem.

rigidos a reglar la conducta general de todos los habitantes como resultado del ejercicio natural del poder.

También existe una notoria diferencia con relación a la finalidad que unas y otras persiguen. Las cláusulas punitivas contemplan penalidades que intentan desalentar el incumplimiento contractual y, en ciertos casos y en menor medida a tasar anticipadamente los daños y perjuicios que debe soportar la otra parte del acuerdo. Las sanciones contravencionales se orientan a preservar en forma directa e inmediata los valores sociales: seguridad, salubridad, equidad económica, [etcétera].

En este contexto, es necesario puntualizar que el Reglamento tipifica administrativamente a lo largo de todo su texto infracciones y sanciones provenientes únicamente de fuente contractual y que no han sido recogidas de ninguna ley; es decir, que no existe una regulación sustantiva en la materia. Siendo insuficiente, al amparo de los principios antes señalados, la delegación de funciones normativas efectuada por la Ley Marco de Organismos Reguladores.

A modo de comparación, cabe mencionar que las infracciones y sanciones tipificadas por el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL) y el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN) sí cuentan con regulación específica en la materia, al encontrarse tipificadas por las leyes sectoriales que rigen los mercados de telecomunicaciones y electricidad, respectivamente. El propio Texto Único Ordenado de la Ley General de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo 013-93-TCC, regula en sus artículos 87 al 95 las infracciones en las cuales pueden incurrir los concesionarios, sin perjuicio de que las mismas infracciones y sanciones se encuentren recogidas en los contratos de concesión como incumplimientos contractuales.

Adicionalmente, el Decreto Ley 25844 –Ley de Concesiones Eléctricas– establece específicamente infracciones y sanciones que provienen del ejercicio del poder de policía del Estado. Así, por ejemplo, los artículos 3, 4, 8, 31 y 101 de esta Ley regulan una serie de obligaciones legales que, a su vez, constituyen obligaciones contractuales, por lo que es posible establecer infracciones administrativas por su incumplimiento y, simultáneamente, calificarlas como incumplimientos contractuales sujetos al pago de una penalidad. En estos dos casos claramente contamos con incumplimientos de distinta naturaleza provenientes de dos fuentes distintas: la legal –lo cual supone una norma con rango de ley– y la contractual.

Sobre la base de lo antes señalado, consideramos que el Reglamento no debe recoger aquellos incumplimientos contractuales que no cuenten con un marco legal previamente establecido. En tales casos únicamente debería aplicarse la penalidad contractual. De lo contrario, se incurre en una violación a los principios de legalidad y tipicidad.

En esa línea, la Primera Disposición Complementaria del Reglamento señala que “las sanciones e infracciones establecidas en el Reglamento son de aplicación supletoria a las que expresamente se encuentren previstas en los contratos de concesión”.

Cabe indicar que no puede sostenerse que las sanciones administrativas contenidas en el Reglamento son supletorias a aquellas reguladas en los contratos de concesión. Tal supletoriedad significaría otorgarle, equivocadamente, carácter legal a las penalidades contractuales.

Hacemos notar que no sostenemos que una infracción contractual sancionada con una penalidad conforme al contrato de concesión no pueda, a su vez, ser sancionable mediante una ley conforme al procedimiento y tipificación específica comprendida en el Reglamento. Lo que sostenemos es que, para que dicha posibilidad sea válida, la infracción administrativa deberá estar contemplada como tal en una norma con rango de ley, y no únicamente en un reglamento o en el contrato de concesión.

Conviene en este punto hacer una precisión, a efectos de evitar confusiones. Mucho se ha hablado de la naturaleza de contrato ley de los contratos de concesión. En efecto, esta naturaleza no otorga a los contratos de concesión calidad de normas con rango ley. Lo único que hace la calificación de los contratos de concesión como contratos ley o acuerdos con fuerza de ley, es dar un tratamiento especial a las disposiciones ahí contenidas, así como al estatuto jurídico que lo respalda. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída sobre el Expediente 005-2003-AI, de fecha 3 de octubre de 2003, cuando en su fundamento jurídico 16 dispone que:

“La calificación de los convenios de estabilidad jurídica como contratos con «fuerza de ley», por cierto, no proviene de la Constitución, sino, como lo han expresado los demandantes, del artículo 39 del Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada.

El origen de la denominación, en este caso, no es superfluo, dado que con la misma expresión en otros sectores del ordenamiento se alude a un tó-

pico sustancialmente distinto. Por ejemplo, en el derecho privado, y en concreto, en el derecho civil, con tal noción también se suele aludir a la intensidad del nexo que vincula a las partes de un contrato. **Como expresa Manuel de la Puente y Lavalle, «La expresión ‘fuerza de ley’ no debe ser comprendida como que los contratos tienen, a semejanza de la ley, carácter normativo y que obligan por tener tal carácter, sino que es simplemente una figura retórica, una metáfora, para enfatizar que los contratos, pese a ser manifestaciones de la voluntad humana, constituyen un lazo que actúa con una fuerza que guarda semejanza con la de la ley»** [DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “La libertad de contratar”. En: THĒMIS-Revista de Derecho 33. 1996. p. 10].

En otras oportunidades, como sucede con los denominados contratos-ley, a los que se refiere el artículo 39 del Decreto Legislativo 757, y sobre los que posteriormente habremos de volver, la expresión enfatiza la capacidad del contrato de no ser modificado o dejado sin efecto unilateralmente por el Estado. Es decir, subraya la protección que se brinda a ciertos contratos para que éstos no sean modificados unilateralmente. Ese es el sentido, en efecto, de dicho precepto legal:

«Los convenios de estabilidad jurídica se celebran al amparo del artículo 1357 del Código Civil y tienen la calidad de contratos con fuerza de ley, de manera que no pueden ser modificados unilateralmente por el Estado...»

**Desde esta perspectiva, como lo ha expuesto la demandada, en criterio que este Tribunal comparte, el contrato-ley es «un acuerdo de voluntades entre dos partes, que rige para un caso concreto, sólo que está revestido de una protección especial, a fin de que no pueda ser modificado o dejado sin efecto unilateralmente por el Estado... El blindaje del contrato-ley de manera alguna lo convierte en ley (...); únicamente obliga a las partes que lo acordaron, en ejercicio de su libertad contractual, y dentro de su relación jurídico patrimonial».**

**En definitiva, tanto en el derecho privado como en el derecho público, el significado que se pueda atribuir al concepto de «fuerza de ley» no culmina confundiendo este concepto con el de «rango de ley», que el inciso 4) del artículo 200 de la Constitución exige para que una fuente pueda ser objeto de control en este proceso.** Desde este punto de vista, el Tribunal Constitucional no es competente para evaluar en el seno del proceso de inconstitucionalidad de las leyes, la validez constitucional del contrato-ley” [el énfasis y agregado son nuestros].

Queda claro entonces que bajo ninguna circunstancia un contrato de concesión puede ser considerado como una fuente legal válida de sanciones administrativas. Esta facultad está específicamente reservada para las normas con rango legal.

A la luz de lo señalado, OSITRAN debería modificar o retirar del Reglamento todas las infracciones de fuente contractual y mantener únicamente aquellas que se deriven de las normas legales vigentes, con la finalidad que el Regulador evalúe, en función de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, su aplicación complementaria.

### III. TRATAMIENTO DISÍMIL EN DIVERSOS CONTRATOS DE CONCESIÓN BAJO EL ÁMBITO DE SUPERVISIÓN DE OSITRAN

La falta de claridad en la distinción entre la naturaleza de las penalidades contractuales y sanciones administrativas, así como de los principios ordenadores del derecho administrativo sancionador, han generado un tratamiento disímil en los contratos de concesión de infraestructura bajo el ámbito de OSITRAN.

Como primer ejemplo, podemos mencionar al Contrato de Concesión de las Obras y el Mantenimiento de los Tramos del Eje Multimodal del Amazonas Norte del “Plan de Acción para la Integración de Infraestructura Regional Sudamericana-IIRSA” [en adelante, Contrato de Concesión IIRSA Norte], cuya cláusula 13.10 señala:

“13.10. Las sanciones administrativas que se originen en la ejecución del presente Contrato, se aplicarán al **CONCESIONARIO independientemente de las penalidades contractuales establecidas en el mismo** y sin perjuicio de la obligación de responder por los daños y perjuicios resultantes de su incumplimiento” [el énfasis es nuestro].

El Contrato de Concesión de IIRSA Norte considera que una “infracción administrativa” puede nacer de un contrato –lo cual nos parece erróneo–, y señala que a dicha infracción le corresponderán no solo las sanciones administrativas, sino también las penalidades contractuales establecidas.

Es decir que, conforme al Contrato de Concesión de IIRSA Norte, una sanción administrativa que, a su vez, califique como incumplimiento contractual, será sancionada primero ante OSITRAN y también conforme al mecanismo de solución de controversias que el mismo contrato regula. Es decir que, por la misma infracción, el concesionario sería pasible de una doble sanción.

En esa misma línea, podemos citar a la cláusula 15.7 del Contrato de la Carretera Longitudinal de la Sierra Tramo 2, el cual dispone:

**“15.7. El REGULADOR tiene competencia para aplicar sanciones al CONCESIONARIO en caso de incumplimiento de sus obligaciones, conforme a la Ley 27332 y 26917 y los reglamentos que dicte sobre la materia. El CONCESIONARIO deberá proceder al cumplimiento de las sanciones que imponga el REGULADOR de acuerdo a las Normas Regulatorias.**

**Adicionalmente, el OSITRAN es competente para aplicar al CONCESIONARIO las penalidades establecidas en el Anexo IX del presente Contrato, ante el incumplimiento de las obligaciones pactadas a cargo del CONCESIONARIO”** [el énfasis es nuestro].

Nótese cómo en este caso, de manera adicional a las sanciones administrativas, OSITRAN entiende que se pueden aplicar las penalidades contractuales, que podrían o no coincidir con infracciones administrativas reguladas como tal en el Reglamento.

A mayor abundamiento, el Contrato de Concesión del Metro de Lima y Callao - Línea 2 dispone:

**“17.11. El Regulador tiene competencia para aplicar sanciones al CONCESIONARIO, en caso de incumplimiento de sus obligaciones, conforme a la Ley 27332 y Ley 26917 y los reglamentos que se dicten sobre la materia. El CONCESIONARIO deberá proceder con el cumplimiento de las sanciones que imponga el Regulador, de acuerdo a las Normas Regulatorias, tales como el Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS) vigente a la fecha de ocurrencia del incumplimiento, entre otros.**

**Las sanciones administrativas impuestas, entre otras autoridades administrativas, por el MTC [Ministerio de Transportes y Comunicaciones], la Administración Tributaria, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, que se originen en la ejecución del presente Contrato, se aplicarán al CONCESIONARIO independientemente de las penalidades contractuales establecidas en el mismo, y sin perjuicio de la obligación de responder por los daños y perjuicios resultantes del incumplimiento”** [el énfasis y agregado son nuestros].

Una vez más, el Contrato de Concesión del Metro de Lima y Callao - Línea 2 nos permite confirmar la inobservancia de los principios ordenadores del Derecho Administrativo Sancionador. Por un lado, se señala que OSITRAN puede aplicar sanciones administrativas cuyas infracciones tengan fuente legal. Por otro lado, se dispone que las infraccio-

nes administrativas que nazcan del Contrato puedan ser aplicadas conjuntamente con las penalidades correspondientes. Insistimos, el marco legal no permite que las infracciones administrativas surjan *per se* de la ejecución contractual; para eso se requiere que previamente hayan sido recogidas como tal en normas legales. De lo contrario, solo será posible aplicar penalidades contractuales.

Para graficar la existencia de posibles tratamientos discriminatorios, es interesante mencionar el pronunciamiento de OSITRAN en su Resolución de Gerencia General 020-2008-GG-OSITRAN, en el marco del procedimiento administrativo sancionador iniciado por la Gerencia de Supervisión contra la Concesionaria Vial del Perú S.A. [en adelante, COVIPERU]. En este procedimiento, COVIPERU estaba siendo procesada por el incumplimiento de una determinada cláusula de su contrato de concesión.

En ese contexto, COVIPERU presentó un recurso de consideración debido a que existieron dos casos similares aprobados por Resoluciones de Gerencia General 004-2004-GG-OSITRAN y 017-2003-GG-OSITRAN (sanciones impuestas a Ferrovías Central Andina S.A. y a Norvial S.A. respectivamente), donde habiéndose tipificado una infracción contractual, se prefirió por la imposición de la sanción administrativa prevista en el marco legal vigente por ser la más baja.

Con independencia del resultado de dicho procedimiento administrativo (negativo para COVIPERU), resulta interesante destacar las conclusiones de OSITRAN con relación a la aplicación de penalidades en los “casos regulados”, a saber:

“Al respecto, consideramos que las cláusulas 13.9 y 13.10 deben ser aplicadas de manera concordante, lo que en nuestra consideración implica lo siguiente:

- (i) El hecho que el RIS [Reglamento de Infracciones y Sanciones] prime sobre el Contrato de Concesión implica únicamente **que no serán aplicables las penalidades contractuales para los «casos regulados» por el referido Reglamento.**
- (ii) **Ahora bien, podemos señalar que existirá identidad de los «casos regulados», cuando la autoridad administrativa haya encontrado triple identidad entre:**
  - a) **El sujeto pasivo de la penalidad o sanción;**
  - b) **El hecho o hechos constitutivos del incumplimiento contractual o la infracción administrativa; y,**

- c) **El fundamento jurídico que sustenta la imposición de la penalidad o de la sanción, lo que implica la identidad de los bienes jurídicos protegidos y de los intereses tutelados por la cláusula contractual y la norma sancionatoria.**

**20. En consecuencia, únicamente en la medida que se determine la existencia de la «triple identidad» antes detallada, nos encontraremos ante un caso en el cual solamente será de aplicación la sanción administrativa determinada en el RIS y no la penalidad contractual;** razón por la cual, en los demás supuestos, regirá la disposición establecida por la cláusula 13.10 del Contrato de Concesión” [el énfasis y agregado son nuestros].

El criterio esbozado en la Resolución de Gerencia General de OSITRAN citada para no imponer penalidades contractuales cuando existe una infracción administrativa por un supuesto similar (o un “caso regulado”) aplicaría para contratos como los de Norvial S.A. o Ferrovías Central Andina S.A. que contemplan una cláusula similar a las cláusulas 14.11 y 14.12 del Contrato de Concesión del Muelle Sur del Terminal Portuario del Callao, que citamos a continuación:

“14.11. El REGULADOR estará facultado para aplicar sanciones al CONCESIONARIO en caso de incumplimiento de sus obligaciones, conforme a la Ley 26917 y los reglamentos que dicte sobre la materia. El CONCESIONARIO deberá proceder al pago de las multas dentro del plazo que establezcan las Leyes y Disposiciones Aplicables.

**14.12. Las disposiciones contempladas en el Reglamento de Infracciones y Sanciones del REGULADOR referidas a supuestos previstos en el presente Contrato, primarán sobre éstos. En ese sentido, no serán aplicables las penalidades contractuales para los casos regulados en el referido reglamento”** [el énfasis es nuestro].

El problema del criterio utilizado por OSITRAN es que genera un trato desigual injustificado entre los distintos concesionarios de infraestructura bajo su supervisión.

El principio de igualdad se traduce en el derecho a que no se instauren excepciones o privilegios que exceptúen a unos individuos de lo que se concede a otro en idénticas circunstancias, de donde se sigue necesariamente que la real y efectiva igualdad consiste en aplicar la ley en cada uno de los acontecimientos según las diferencias constitutivas de ellos.

Sobre el principio de igualdad, el Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia recaída en el

Expediente 0261-2003-AA, de fecha 26 de marzo de 2003:

**“[...] La quiebra de la noción de igualdad [...] se consume a través del establecimiento de derechos, facultades, atribuciones, deberes, responsabilidades o sanciones disímiles, a pesar de ser idénticas las conductas o situaciones de las personas involucradas en dicho proceso”** [el énfasis es nuestro].

De lo expuesto, se desprende que la falta de comprensión de la facultad sancionadora en los alcances de la ley de cobertura para la tipificación de infracciones ha generado que OSITRAN trate de manera disímil a los administrados.

Estos acontecimientos conllevan, a su vez, a la falta de predictibilidad de los actos de la Administración.

#### IV. EL RECIENTE PROYECTO DE OSITRAN

Recientemente, OSITRAN publicó la Resolución 031-2016-CD-OSITRAN, la cual contiene un Proyecto de Directiva para la aplicación, impugnación y cobro de penalidades en los contratos de concesión bajo el ámbito de OSITRAN [en adelante, Proyecto].

Sobre el particular, es importante mencionar que existen contratos de concesión en los que se reconoce que OSITRAN es la entidad a cargo de imponer penalidades contractuales y, más aún, la posibilidad de impugnar ante ella tales penalidades.

Este mecanismo de impugnación incluido en los contratos no enerva la naturaleza civil de la penalidad contractual. En ese sentido, la decisión que el Regulador adopte respecto de la impugnación no es un acto administrativo y, por tanto, ante cualquier discrepancia que surja de su aplicación, se activará el mecanismo de solución de controversias correspondiente.

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

De esta manera, como se ha señalado en el presente trabajo, la penalidad no califica como un acto administrativo, conforme este último ha sido definido por la doctrina y por la LPAG, que en su artículo 1.1 señala que: “Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, **en el marco de normas de derecho público**, están destinadas a producir efectos jurídicos [...]” [el énfasis

es nuestro]. Esto último no se verifica en el caso de las penalidades, que se aplican en el marco de una relación contractual, donde el Regulador realiza esta función en nombre y representación del órgano concedente<sup>11</sup>.

En ese sentido, no toda declaración de la Administración es un acto administrativo. Como señala Morón: “No se trata de calificar al acto, por el órgano que es su autor, sino por la potestad pública que a través de ella se ejerce”<sup>12</sup>. En este caso, el Regulador no ejerce una potestad pública sino una función que contractualmente le ha sido asignada:

“En efecto, **contractualmente se ha asignado al Regulador la representación del Concedente para aplicar penalidades y es prerrogativa del concesionario, si no está de acuerdo con la misma, cuestionarla a través del mecanismo de solución de controversias previsto en el Contrato**, tanto respecto de la aplicación misma de la penalidad o la magnitud de la misma”<sup>13</sup> [el énfasis es nuestro].

Este razonamiento es compartido por OSITRAN, como puede observarse en la página 38 de sus Lineamientos para la emisión de opinión de los proyectos de contratos de concesión<sup>14</sup>, en el que dispone que:

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

Del mismo modo, en materia de electricidad e hidrocarburos, el artículo 36 del Reglamento General de OSINERGMIN<sup>15</sup> reconoce claramente esta distinción cuando define su función fiscalizadora y sancionadora:

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

[...]

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

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

“19.1 **Independencia de las Penalidades de cualquier Sanción Administrativa.**

[...]

Las sanciones administrativas podrán ser impugnadas mediante el proceso contencioso-administrativo establecido en la Ley 27584, su Texto Único Ordenado aprobado mediante Decreto Supremo 013-2008-JUS, o norma que la sustituya. **En el caso de penalidades convencionales, la imposición de las mismas sólo podrá cuestionarse en la vía arbitral, de acuerdo a lo dispuesto en la Cláusula 20 del presente Contrato**”<sup>16</sup> [el énfasis es nuestro].

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

En efecto, los artículos 6.1 y 6.2 del Proyecto señalan que salvo disposición en contrario del contrato de concesión respectivo, los órganos de línea de OSITRAN correspondientes notificarán a las jefaturas de contratos y de fiscalización sobre el incumplimiento. Estas jefaturas efectuarán un Informe

<sup>11</sup> CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO. “¿Arbitraje y regulación de servicios públicos? El caso de OSITRAN”. Lima: Palestra. 2011. p. 41.

<sup>12</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos. “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General”. Lima: Gaceta Jurídica. 2009. pp. 121-122.

<sup>13</sup> MARAVÍ, Milagros. “¿Son arbitrables las decisiones de los organismos reguladores?” En: Revista Derecho & Sociedad 36. 2011. p. 56.

<sup>14</sup> Aprobado mediante Acuerdo 1043-267-08-CD-OSITRAN del 12 de marzo de 2008. Disponible en la página web de OSITRAN, consultada el 17 de junio de 2016: [https://www.ositran.gob.pe/images/NORMAS/L01\\_-\\_LINEAMIENTOS\\_DE\\_OSITRAN\\_PARA\\_LA\\_EMISION\\_DE\\_OPINION\\_DE\\_LOS\\_CONTRATOS.pdf](https://www.ositran.gob.pe/images/NORMAS/L01_-_LINEAMIENTOS_DE_OSITRAN_PARA_LA_EMISION_DE_OPINION_DE_LOS_CONTRATOS.pdf).

<sup>15</sup> Aprobado mediante Decreto Supremo 054-2001-PCM.

<sup>16</sup> Similar redacción tiene la cláusula 19.1 del Contrato de Concesión para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones y asignación de frecuencias en la Banda 821-824 MHz y 866-869 MHz en la provincia de Lima y la provincia constitucional del Callao, de mayo 2009. Ver: [http://www.proyectosapp.pe/RepositorioAPS/0/0/JER/TRANSPARENCIA\\_BANDA821/Contrato\\_suscrito\\_Banda821\\_824\\_mhz\\_866\\_969\\_MHz.PDF](http://www.proyectosapp.pe/RepositorioAPS/0/0/JER/TRANSPARENCIA_BANDA821/Contrato_suscrito_Banda821_824_mhz_866_969_MHz.PDF).

de Cumplimiento, el cual podrá o no recomendar la aplicación de penalidades. De considerar que la penalidad es aplicable, el Informe de Cumplimiento deberá describir el incumplimiento y señalar su monto conforme a lo previsto en el respectivo contrato de concesión. Si correspondiese aplicar una sanción administrativa, entonces se procederá conforme a la normativa sancionadora correspondiente, salvo disposición en contrario del contrato de concesión.

La impugnación de la aplicación de penalidades se determina conforme a las disposiciones del contrato de concesión y, en caso de ausencia de regulación contractual, las penalidades se impugnarán ante la Gerencia de Supervisión y Fiscalización a través del procedimiento de impugnación previsto en la LPAG.

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

El Proyecto no puede modificar los contratos de concesión y atribuir a las penalidades contractuales una naturaleza administrativa que no le corresponde. Ello resultaría inconsistente con lo pactado contractualmente por las partes –lo cual fue debidamente analizado en su oportunidad por el Regulador–, además de ser una carga administrativa adicional no prevista en los contratos, en tanto que se crea un nuevo procedimiento de impugnación de penalidades en la vía administrativa.

De otro lado, es importante mencionar que OSITRAN puede establecer medidas que a nivel institucional optimicen la eficiencia en el cumplimiento de sus funciones. Sin perjuicio de ello, consideramos pertinente precisar que, en virtud del artículo 3 de la Ley Marco de los Organismos Reguladores, Ley 27332, éstos ejercen función normativa en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias. De conformidad con el artículo 7 de la Ley de OSITRAN<sup>17</sup>, Ley 26917, esta entidad es competente para el **cobro** de las penalidades<sup>18</sup>.

Por el contrario, como hemos señalado líneas arriba, la aplicación e impugnación de penalidades no forman parte de la función fiscalizadora y sancionadora de OSITRAN, sino que éstas son ejercidas por encargo y en representación del Estado, que actúa como contraparte en un contrato de concesión.

En ese sentido, estas funciones pueden ser ejercidas tanto por OSITRAN como por otra entidad pública o privada, dependiendo de lo que se establezca en el contrato de concesión. Prueba de ello es que en caso que no se establezcan penalidades en el contrato, OSITRAN no realizará estas funciones.

## V. CONCLUSIONES

Las infracciones administrativas y los incumplimientos contractuales previstos en los contratos de concesión no pueden ni deben ser asimilables. En efecto, mientras que las primeras se originan únicamente por disposición de la ley, las segundas son producto del acuerdo de voluntades.

El Reglamento de OSITRAN no cuenta con sustento legal para asimilar los incumplimientos previstos en el contrato de concesión como infracciones administrativas. Por lo tanto, la incorporación de los incumplimientos contractuales dentro del Reglamento debe revisarse. ¶

<sup>17</sup> Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo.

<sup>18</sup> Artículo 7.- "Funciones.

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

[...] i) Cobrar los derechos, tasas, penalidades y cualquier otro monto que deban pagar los concesionarios de infraestructura pública nacional de transporte, según lo establezcan la Ley, los contratos de concesión respectivos, y los reglamentos aprobados por el Consejo Directivo de OSITRAN; así como efectuar los pagos que correspondan en el cumplimiento de las obligaciones que se pudiese 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".