



Penalidad y arbitraje en los contratos de concesión bajo la modalidad de asociaciones público privadas: el caso del sector transportes y comunicaciones

Tesis presentada en satisfacción de los requerimientos para obtener el grado de Magíster en Gestión Pública
por:

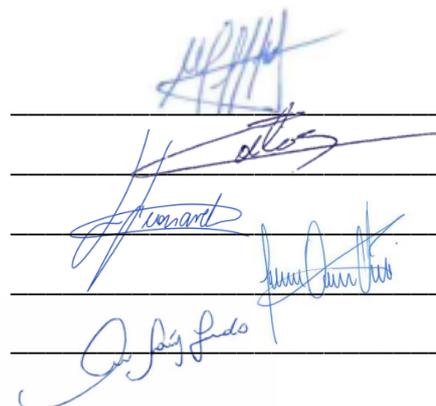
Marybel Julieta Gallegos Carcausto

Carlos Manuel Huerto Malca

Luis Leonardo Llanos Orozco

Fredy Quiñones Vega

Isabel Cecilia Sáenz Jurado



Programa de la Maestría en Gestión Pública 2018-1

Lima, 21 de mayo de 2021

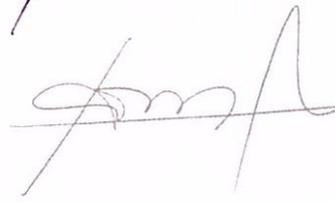
Esta tesis

**Penalidad y arbitraje en los contratos de concesión bajo la modalidad de
asociaciones público privadas: el caso del sector transportes y
comunicaciones**

ha sido aprobada.


.....
Ana Inés Reátegui Vela (Jurado)


.....
Paulo Comitre Berry (Jurado)


.....
René Helbert Cornejo Díaz (Asesor)

Universidad ESAN

2021

A mi esposo y mis padres, por su apoyo incondicional.

Marybel Julieta Gallegos Carcausto

A mi madre, por su apoyo incondicional y motivarme a desarrollar
profesionalmente.

Carlos Manuel Huerto Malca

A mi familia.

Luis Leonardo Llanos Orozco

A Dios, mi familia y amigos.

Fredy Quiñones Vega

A mi querida madre, a mis hijas, por ser mi fuerza, y a un excelente
profesional, Mario Aliaga.

Isabel Cecilia Sáenz Jurado

Marybel Julieta Gallegos Carcausto

Profesional con más de 10 años de experiencia como formulador y evaluador de diferentes proyectos de infraestructura social en las fases de preinversión, inversión y *ex post*.

Tengo conocimiento y experiencia en la aplicación del SNIP, ya que he trabajado más de 7 años en la formulación y evaluación de proyectos de inversión pública para gobiernos locales y la región Apurímac específicamente; del mismo modo, tengo conocimiento y experiencia en evaluación *ex post* de proyectos, específicamente en proyectos culminados por Pronied-Minedu.

EXPERIENCIA PROFESIONAL

Consultor independiente

Mayo 2017 - Actualidad

- Seguimiento de inversiones de los proyectos en ejecución de gobiernos locales.
- Evaluación externa de proyectos en fase de preinversión de gobiernos locales.
- Asistencia técnica a gobiernos locales en temas relacionados a inversión pública.
- Apoyo técnico en elaboración de estudios de preinversión y de expedientes técnicos en gobiernos locales.
- Evaluación de campo para formulación de proyectos en fase de preinversión.

Pronied

Programa Nacional de Infraestructura Educativa, cuya finalidad es formular y ejecutar proyectos de infraestructura educativa a nivel nacional.

Analista *ex post*

Julio 2015 - Abril 2017

Establecer las bases para implementar y realizar la evaluación *ex post* de los proyectos ejecutados por el Programa Nacional de Infraestructura Educativa a nivel nacional (Pronied), para luego conocer si una vez concluidos se lograron ejecutar en los plazos previstos todas las metas y los costos programados y así, mediante, indicadores medir sus niveles de cumplimiento y obtener las lecciones aprendidas para que sean implementadas en otros proyectos. Así mismo, realizar otras funciones referidas a la supervisión de convenios de transferencia de partidas a los gobiernos locales.

- He planteado, elaborado e implementado el procedimiento para realizar la evaluación *ex post* de los proyectos ejecutados por el Pronied.
- Logré crear y actualizar la base de datos de proyectos culminados ejecutados por el Pronied.
- Logré identificar la cartera de proyectos aptos para realizar la evaluación *ex post* y elaboré los respectivos informes de evaluación *ex post*.
- Coordinación con las unidades gerenciales del Programa Nacional de Infraestructura Educativa a fin de que participen y suministren información de los proyectos ejecutados.
- Coordinación estrecha con el Ministerio de Economía y Finanzas, a fin de que brinden asistencia técnica en el proceso de implementación de la evaluación *ex post*.
- Seguimiento de las transferencias de partidas a los gobiernos locales para proyectos de infraestructura educativa en los distritos de Lima Metropolitana.

- Visitas de campo de los proyectos de infraestructura educativa en ejecución con transferencia de partidas en el ámbito de los distritos de Lima Metropolitana.
- Coordinación y asistencia técnica a los funcionarios de los gobiernos locales a quienes se realizó transferencia de partidas para la ejecución de proyectos de infraestructura educativa.
- Elaboración de informes de seguimiento de inversiones de los proyectos de infraestructura educativa ejecutados mediante transferencia de partidas por los gobiernos locales de Lima Metropolitana.
- Elaboración de diferentes informes de sustento ante las diferentes dependencias del Pronied, así como del Ministerio de Educación.
- Evaluación de campo y elaboración de fichas técnicas de las instituciones educativas afectadas por el fenómeno de El Niño en 2017.

Gobierno Regional de Apurímac

Subgerente de Programación e Inversiones

Setiembre 2012 - Enero 2015

Liderar un equipo multidisciplinario de profesionales dedicados a la evaluación de proyectos de inversión pública para que estos sean declarados viables, se registren sus modificaciones en fase de inversión y que finalmente se encuentren aptos para lograr su financiamiento y su posterior ejecución en el marco del Sistema Nacional de Inversión Pública. Así mismo, ejecutar otras funciones que coadyuven a mejorar y lograr otras fuentes de financiamiento para la ejecución de los proyectos.

- Elaboración del Programa Multianual de Inversión Pública del Gobierno Regional de Apurímac.
- Elaboración de informes técnicos al Ministerio de Economía y Finanzas respecto de la viabilidad de proyectos, verificaciones de viabilidad, registros en fase de inversión, entre otros.
- Elaboración de informes de gestión de las actividades realizadas por la Subgerencia de Programación e Inversiones.
- Elaboración de los informes de sustento de la cartera de proyectos de endeudamiento público al Ministerio de Economía y Finanzas con los que se logró un financiamiento de más de 150 millones de soles.
- Elaboración de informes de sustento para que se realicen modificaciones en formatos y directivas del Ministerio de Economía y Finanzas.
- Conformación y gestión del comité de seguimiento de inversiones del Gobierno Regional de Apurímac; también llevé a cabo el seguimiento de las inversiones del Gobierno Regional de Apurímac.
- Realizar, en el marco de las competencias, el cierre de proyectos ejecutados por el gobierno regional y gobiernos locales en el ámbito de la región Apurímac.
- Realizar, en el marco de las competencias, el registro en el banco de proyectos de unidades ejecutoras, unidades formuladoras, modificaciones en fase de inversión, de los proyectos ejecutados por el gobierno regional y gobiernos locales en el ámbito de la región Apurímac.
- Realicé la declaratoria de viabilidad de más de 200 proyectos de inversión pública por un monto de más de mil millones de soles, en los sectores de educación, salud, transportes, comunicaciones, energía, medioambiente, agricultura, turismo, saneamiento, entre otros, donde muchos de ellos, a la fecha, siguen en ejecución; los demás se encuentran culminados y puestos en operación y en uso por parte de la población en general.

- Capacitación y asistencia técnica a unidades formuladoras, unidades ejecutoras, unidades gerenciales y funcionarios del ámbito de la región Apurímac.

Evaluador de proyectos

Marzo 2008 - Setiembre 2012

Estuve a cargo de la evaluación de proyectos de inversión pública en fase de preinversión de todos los sectores en el ámbito de las competencias del Gobierno Regional de Apurímac, a fin de que estos logren su viabilidad y posteriormente puedan ser ejecutados.

- Evaluación de términos de referencia y planes de trabajo para formulación de estudios de preinversión.
- Evaluación de proyectos de inversión pública de los sectores de educación, salud, transportes, comunicaciones, energía, medioambiente, agricultura, turismo, saneamiento, entre otros, para lo cual emití informes de observación, aprobación y de rechazo de estos.
- Evaluación de campo de estudios de preinversión que se encontraban en proceso de evaluación.
- Asesoramiento a formuladores y consultores en formulación de estudios de preinversión, a fin de que levanten las observaciones formuladas y logren la aprobación de los proyectos.
- Capacitación y asistencia técnica a unidades formuladoras del ámbito del Gobierno Regional de Apurímac, a fin de que mejoren la calidad de los proyectos.
- Evaluación y elaboración de informes de modificaciones en fase de inversión para que sean registrados en el banco de proyectos.
- Elaboración de informes de verificación de viabilidad de acuerdo a la normativa SNIP.
- Seguimiento y monitoreo de proyectos viables y en ejecución que estuvieron a cargo del Gobierno Regional de Apurímac.

Municipalidad Distrital Juan Espinoza Medrano

Gobierno local que corresponde a la provincia de Antabamba de la Región de Apurímac.

Formulador de proyectos

Mayo 2007 - Febrero 2008

- Formulación de estudios de preinversión en los sectores de saneamiento y agricultura en las comunidades de Vito, Silco, Mollebamba, Calcauso y Santa Rosa.
- Formulación de expedientes técnicos en los sectores de saneamiento y agricultura en las comunidades de Vito, Silco, Mollebamba y Calcauso.
- Asesoramiento en temas de gestión y presentación de informes para lograr financiamiento del gobierno regional y central.

AMPA

Asociación de Municipalidades de la Provincia Antabamba que agrupa a los gobiernos locales de Antabamba, Juan Espinoza Medrano, Huaquirca, El Oro, Sabaino, Pachaconas y Oropesa.

Formulador de proyectos

Setiembre 2006 - Diciembre 2007

- Formulación de estudios de preinversión en los sectores de agricultura y saneamiento en los gobiernos locales de El Oro, Juan Espinoza Medrano y Huaquirca.

FORMACIÓN PROFESIONAL

ESAN GRADUATE SCHOOL OF BUSINESS 2018 - actualidad

Maestría en Gestión Pública

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO 2006

Ingeniero Civil

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO 2003 - 2005

Maestría en Economía - Proyectos de Inversión

Egresado

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO 2002

Bachiller en Ingeniería Civil

OTROS ESTUDIOS

UNIVERSIDAD NACIONAL DE INGENIERIA (OMDEC) 2017

Diplomado en Gerencia de proyectos bajo el enfoque del PMI

UNIVERSIDAD NACIONAL DE INGENIERIA (OMDEC) 2017

Diplomado en Gestión de riesgos y desastres

UTRIVIUM 2015

Diplomado en Contrataciones y adquisiciones del estado versión PEACE 8.1

UNIVERSIDAD ESAN 2014

Diplomado en Gerencia y Finanzas Públicas

UNIVERSIDAD DE SAN MARTÍN DE PORRES 2011

Certificado en Gestión Pública Regional y Cambio Climático

UNIVERSIDAD NACIONAL MICAELA BASTIDAS 2011

Diplomado en Formulación y Evaluación de PIP sector Turismo

UNIVERSIDAD NACIONAL MICAELA BASTIDAS 2008

Diplomado en Formulación y Evaluación de PIP con enfoque en desarrollo humano e infancia

Carlos Manuel Huerto Malca

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres con experiencia en el sector público, en donde me desempeñé, desde el año 2015, como secretario técnico de la Comisión de Procesos Administrativos Disciplinarios para Docentes de la UGEL N.º 5. Poseo capacidad de asumir retos bajo presión y trabajo en equipo, al cual me adapté para lograr las metas planteadas.

EXPERIENCIA PROFESIONAL

Unidad de Gestión Educativa Local N.º 5

Comisión permanente de procesos administrativos disciplinarios para docentes.

Secretario técnico y abogado

Enero 2015 - Actualidad

- Gestionar la Comisión Permanente de Procesos Administrativos Disciplinarios para Docentes, en lo que respecta al cumplimiento del procedimiento administrativo de las denuncias.
- Elaborar las actas de sesión y registro de expedientes.
- Realizar las coordinaciones con el presidente de la Comisión y Representante de Docentes, representantes de Ministerio de Educación y de la Dirección Regional de Educación Lima Metropolitana.
- Resolver procedimientos administrativos disciplinarios para docentes comprendidos dentro de la Ley N.º 29944, Ley de Reforma Magisterial y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N.º 004-2013-ED, modificado por Decreto Supremo N.º 007-2015-MINEDU.
- Elaborar informes preliminares y finales que correspondan.

Municipalidad Metropolitana de Lima

Área de beneficios y pensiones.

Abogado

Agosto 2014 - Diciembre 2014

- Elaborar informes legales y resoluciones en materia de Derecho Laboral.

Superintendencia de transporte terrestre de personas, carga y mercancías - Sutrán

Abogado resolutor

Abril 2014 - Agosto 2014

- Resolver procedimientos administrativos sancionadores en virtud de las infracciones establecidas en el Reglamento Nacional de Administración de Transporte - D. S. N.º 017-2009-MTC, elaborando las correspondientes Resoluciones Subdirectoriales.
- Resolver los recursos de reconsideración que interponen los administrados.

Biblioteca Nacional del Perú

Dirección General de la Oficina de Asesoría Legal

Abogado**Julio 2013 - Marzo 2014**

- Realizar informes y resoluciones sobre diversos temas vinculados al régimen laboral del Decreto Legislativo N.º 276 y procedimientos internos de la institución, entre otros aspectos.

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE**Apoyo legal****Octubre 2012 - Diciembre 2012**

- Elaborar antecedentes, informes y resoluciones aprobados por el Vocal Ponente.

FORMACIÓN PROFESIONAL

ESAN GRADUATE SCHOOL OF BUSINESS 2018 - actualidad
Maestría en Gestión Pública

UNIVERSIDAD DE SAN MARTÍN DE PORRES 2016
Maestría en Derecho Civil
Egresado

UNIVERSIDAD DE SAN MARTÍN DE PORRES 2013
Abogado

UNIVERSIDAD DE SAN MARTÍN DE PORRES 2012
Bachiller en Derecho

OTROS ESTUDIOS

ESAN 2017
Curso en Procedimiento Administrativo Sancionador

Gerencia de Desarrollo del Sistema de Recursos Humanos 2016
Curso de Régimen Disciplinario y Procedimiento Sancionador de la Ley del Servicio Civil

Centro Peruano de Estudios Gubernamentales 2016
Diplomado Especializado en Régimen Disciplinario y Procedimiento Sancionador de la Ley del Servicio Civil

Centro Peruano de Estudios Gubernamentales 2016
Diplomado Especializado en Gestión Pública

Centro Peruano de Estudios Gubernamentales 2013
Diplomado Especializado en Derecho Administrativo

GR Consultores & Editores E. I. R. L. 2013
Seminario Especializado en Procedimiento Administrativo Sancionador

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos 2012
Apuntes sobre el Procedimiento Administrativo Sancionador

Luis Leonardo Llanos Orozco

Abogado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Tengo experiencia en arbitraje, ya sea en materia de contrataciones con el Estado, internacional, de inversión y en asociaciones público-privadas. Asimismo, tengo experiencia en derecho minero, corporativo, etcétera.

Cuento con la capacidad de asumir retos bajo presión, buscando en todo momento la unión y desarrollo del equipo. Busco, además, potenciar a través de los valores y las virtudes, los mecanismos para un mejor desarrollo de la entidad pública o empresa privada.

EXPERIENCIA PROFESIONAL

Ositrán

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público.
Área: Procuraduría Pública.

Especialista legal en materia arbitral

Enero 2021 - Actualidad

- Revisar y analizar las demandas formuladas por las empresas Concesionarias en contra del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en virtud de los Contratos de Concesión. Ositrán participa en estos arbitrajes a través de la figura jurídica de terceros coadyuvantes. Estos arbitrajes se desarrollaron para proyectos bajo la modalidad de asociaciones público-privadas.
- Revisar y analizar las demandas formuladas por las empresas supervisoras en contra de Ositrán, en virtud de los contratos de supervisión suscritos entre estas partes.
- Revisar y analizar los informes técnico-legales solicitados a los órganos competentes para absolver las demandas formuladas en ambos escenarios.
- Elaborar la estrategia de defensa para los procesos arbitrales asignados.
- Elaborar los escritos de demanda arbitral, contestación a la demanda arbitral, argumentos de fondo, alegatos, etcétera.
- Elaborar las demandas judiciales de anulación de laudo arbitral ante el Poder Judicial, de ser el caso.
- Representar a Ositrán en los procesos arbitrales y judiciales.
- Elaborar informes legales vinculados a los resultados de los procesos arbitrales, ya sea a través de los laudos arbitrales, anulación de laudo, etcétera.

MEF

Ministerio de Economía y Finanzas

Área: Dirección de Programación y Seguimiento Presupuestal de la Dirección General de Presupuesto Público.

Abogado

Febrero 2020 - Diciembre 2020

- Revisar y analizar la capacidad presupuestal de los pliegos que tienen cartera de proyectos bajo la modalidad de asociaciones público-privadas.

- Revisar, analizar y elaborar informes vinculados a la capacidad presupuestal de los pliegos que cuenten con proyectos en cartera, bajo la modalidad de asociaciones público-privadas.
- Revisar y analizar los proyectos bajo la modalidad de asociaciones público-privadas en las distintas fases de las asociaciones público-privadas.
- Revisar y analizar los proyectos de contratos, adendas, modelos económicos de los proyectos bajo la modalidad de asociaciones público-privadas.
- Revisar y analizar proyectos normativos vinculados a las funciones de la dirección.

Ositrán

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público.
Área: Procuraduría Pública.

Especialista legal en materia arbitral

Setiembre 2017 - Enero 2020

- Revisar y analizar las demandas formuladas por las empresas concesionarias en contra del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en virtud de los contratos de concesión. Ositrán participa en estos arbitrajes a través de la figura jurídica de terceros coadyuvantes. Estos arbitrajes se desarrollaron para proyectos bajo la modalidad de asociaciones público-privadas.
- Revisar y analizar las demandas formuladas por las empresas supervisoras en contra de Ositrán, en virtud de los contratos de supervisión suscritos entre estas partes.
- Revisar y analizar los informes técnico-legales solicitados a los órganos competentes para absolver las demandas formuladas en ambos escenarios.
- Elaborar la estrategia de defensa para los procesos arbitrales asignados.
- Elaborar los escritos de demanda arbitral, contestación a la demanda arbitral, argumentos de fondo, alegatos, etcétera.
- Elaborar las demandas judiciales de anulación de laudo arbitral ante el Poder Judicial, de ser el caso.
- Representar a Ositrán en los procesos arbitrales y judiciales.
- Elaborar informes legales vinculados a los resultados de los procesos arbitrales, ya sea por medio de los laudos arbitrales, anulación de laudo, etcétera.

Estudio Paitán & Abogados Asociados

Área: Arbitraje.

Abogado

Setiembre 2014 - Setiembre 2017

- Participar, elaborar, proyectar, asesorar y ejecutar la defensa en casos arbitrales bajo las reglas del Banco Mundial (mediante la organización internacional Ciadi) y de la Internacional Chamber of Commerce (ICC).
- Elaborar, apoyar, coordinar y atender proyectos de Memorial de Demanda o Memorial de Contestación a la Demanda, así como también escritos vinculados a las etapas del arbitraje.
- Asesorar a entidades públicas para la defensa de arbitrajes internacionales.
- Asesor de empresas nacionales e internacionales para garantizar la defensa en casos arbitrales.

- Atender, proyectar, coordinar y preparar informes concernientes a consultas legales formuladas por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones vinculados con asociaciones público y privadas.
- Coordinar, proyectar y elaborar los procedimientos administrativos para el Registro Nacional de Proveedores de los clientes del estudio.
- Atender, proyectar y ejecutar la presentación de ofertas técnicas y económicas ante los procesos de selección en contrataciones públicas.
- Presentación de recursos administrativos y apelación ante el Tribunal de Contrataciones.
- Coordinar, participar, elaborar y atender los requerimientos, como por ejemplo contratos, consultas laborales, entre otros, de los clientes del estudio.

Estudio Grau S. R. L. (CMS Grau)

Abogado

Setiembre 2013 - Agosto 2014

- Atender, proyectar y elaborar informes de debida diligencia (*due diligence*) para empresas privadas vinculadas al sector minero, ya sea en español o en inglés.
- Atender, proyectar y elaborar respuestas de cartas de auditores de las empresas mineras nacionales e internacionales para iniciar sus procedimientos de cotización en las bolsas de Toronto, New York, etcétera.
- Participar, coordinar y atender estrategias corporativas para la venta de activos, escisión, reorganización, etc., de las empresas mineras.
- Atender, preparar, elaborar y ejecutar los procedimientos de formulación de petitorios mineros ante el Ministerio de Energía y Minas.
- Conducir al equipo que atiende los procedimientos administrativos ante los Registros Públicos como, por ejemplo, la inscripción de los contratos de Joint Venture o contratos de transferencia de concesiones mineras, entre otros.

FORMACIÓN PROFESIONAL

ESAN GRADUATE SCHOOL OF BUSINESS 2018 - actualidad
Maestría en Gestión Pública

UNIVERSIDAD DE LIMA 2013
Abogado

UNIVERSIDAD DE LIMA 2012
Bachiller en Derecho

OTROS ESTUDIOS

ESAN 2020
Diplomado de financiamiento y estructuración de proyectos y concesiones

BID 2020
Asociaciones público-privadas: retos, lecciones aprendidas y soluciones innovadoras en América Latina y el Caribe

ESAN 2017
Diplomado de especialización en arbitraje

ESAN	2017
Programa de integración para la especialización arbitral	
ESAN	2016
Diplomado de especialización en derecho administrativo	
ESAN	2016
Diplomado de especialización en contrataciones del Estado	
CÁMARA DE COMERCIO DE CUSCO	2015
Expositor en curso de formación de árbitros, módulo “Procedimiento Arbitral y Convenio Arbitral”	
UNIVERSIDAD INCA GARCILASO DE LA VEGA	2014
I Seminario de contratación pública y arbitraje	
OSCE	2009
Curso de formación de árbitros	

Fredy Martin Quiñones Vega

Abogado de visión integral y multidisciplinaria, con capacidad de análisis y síntesis, responsable y proactivo, con facilidad de adaptación y capacidad de trabajar en equipo, bajo condiciones de alta presión, con iniciativa para resolver problemas eficientemente y lograr las metas y objetivos trazados.

EXPERIENCIA PROFESIONAL

Municipalidad Distrital de Pueblo Libre

Asesor Legal

Diciembre 2020 - Actualidad

- Brindar asesoramiento en materia de Contrataciones con el Estado y Derecho Administrativo.
- Supervisar la correcta ejecución de los contratos y convenios suscritos por la Municipalidad Distrital de Pueblo Libre.
- Proponer las herramientas de ejecución contractual que resulten necesarias para garantizar el suministro de los bienes y servicios requeridos.
- Estructurar defensas en procedimientos de solución de controversias.
- Emitir opiniones legales orientadas a la cautela de los intereses de la Entidad.
- Implementar recomendaciones del Órgano de Control Institucional.

Ministerio Público

Coordinador de Ejecución Contractual

Setiembre 2020–Diciembre 2020

- Supervisar la ejecución de contratos de servicios de vigilancia, limpieza, telefonía y arrendamientos.
- Brindar asesoramiento legal a los analistas a cargo de los contratos en materia de contratación pública, como lo son, ejecución de prestaciones adicionales, suscripción de contratos complementarios.
- Atención de solicitudes de ampliación de plazo.
- Elaboración de contratos y liquidación de los mismo.
- Supervisar todos los procedimientos de solución de controversias.
- Estructurar la defensa de la Entidad.
- Proponer a la Oficina de Servicios Generales las medidas de gestión más oportunas en estricta cautela de los intereses de la Entidad.

Seguro Social de Salud

Especialista Legal

Diciembre 2018-Setiembre 2020

- Brindar asistencia en materia de Contrataciones con el Estado y Derecho Administrativo.
- Revisión legal y tramitación de recursos de apelación, cancelaciones, prestaciones adicionales, complementarias, solicitudes de reducción, solicitudes de modificación convencional, nulidades, contratos, denuncias, entre otros.
- Evaluación y elaboración de informes en procedimientos de solución de controversias (conciliaciones y arbitrajes).

Ministerio del Interior

Especialista Legal

Octubre 2018 - Noviembre 2018

- Brindar asesoramiento en materia de Derecho Laboral Público
- Elaboración de proyectos de informes y Resoluciones Directorales para la atención de liquidaciones de beneficios sociales de Autoridades Políticas.

Seguro Social de Salud

Especialista Legal

Abril 2018 - Setiembre 2018

- Brindar asesoramiento en materia de Contrataciones con el Estado y Derecho Administrativo.
- Asistir a los miembros de Comités de Selección para el esclarecimiento de situaciones adversas en procedimientos de selección.
- Atender requerimientos de información de índole legal.
- Elaboración de informes en calidad de Órgano Encargado de la Contrataciones - OEC en los casos de apelaciones ante el Tribunal de Contrataciones del Estado, nulidades y cancelaciones de procedimientos de selección; así como en los casos de conciliaciones, arbitrajes y acciones de control por parte del Órgano de Control Institucional.

Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico

Especialista Legal

Febrero 2017 - Diciembre 2017

- Brindar asesoramiento legal en asuntos de Derecho Laboral y Derecho Administrativo y Gestión Pública en general; elaborar informes y resoluciones respecto de las competencias de la mencionada Unidad.
- Elaborar requerimientos, términos de referencia y especificaciones técnicas para la adquisición de bienes o servicios mediante contratación directa.
- Efectuar seguimiento a los procedimientos y otorgar las conformidades correspondientes.
- Evaluar y analizar expedientes correspondientes a Procedimientos Administrativos Disciplinarios, en el marco legal regulado por la Autoridad Nacional del Servicio Civil – SERVIR.
- Efectuar el seguimiento de medidas correctivas recomendadas por el Órgano de Control Institucional.

Ministerio de la Producción

Analista Legal

Agosto 2014 - Febrero 2017

- Asistir legalmente tanto a las Comisiones de Procesos Administrativos Disciplinarios vigentes en su momento, como a la Secretaría Técnica de los Órganos Instructores y Sancionadores, conforme lo establecen los nuevos lineamientos dispuestos por la Autoridad Nacional del Servicio Civil – SERVIR.
- Atención de los requerimientos efectuados por la Oficina de Control Institucional, implementación y seguimiento de las recomendaciones contenidas en los Informes de Control.

FORMACIÓN PROFESIONAL

ESAN GRADUATE SCHOOL OF BUSINESS 2018 - actualidad
Maestría en Gestión Pública

UNIVERSIDAD INCA GARCILAZO DE LA VEGA 2017
Abogado

UNIVERSIDAD INCA GARCILAZO DE LA VEGA 2016
Bachiller en Derecho

OTROS ESTUDIOS

UNIVERSIDAD PERUANA DE CIENCIAS APLICADAS 2017
Programa de especialización en Legislación y Regulación Laboral

ESAN 2017
Diplomado de especialización en Contrataciones del Estado

Colegio de Abogados de Lima 2015
Diplomado en Derecho Aduanero y Comercio Exterior

Corporación Jurídica Empresarial ACCSE IUS 2015
Diplomado de Especialización en Gestión Pública

Colegio de Abogados de Lima 2014
Diplomado en Administración y Gestión Pública

Isabel Cecilia Sáenz Jurado

Administradora de empresas por la Universidad Ricardo Palma, colegiada, con estudios culminados en la Maestría en Gestión Pública en ESAN y con 20 años de experiencia profesional tanto en organizaciones públicas y privadas. He laborado en diversas áreas: Planeamiento, Recursos Humanos, Cultura Organizacional, incentivando el trabajo en equipo a través de la mejora continua del clima laboral, con un enfoque orientado al ciudadano.

Me considero una persona creativa, con alto sentido de responsabilidad comunicación asertiva y habituada a trabajar bajo condiciones de presión y con un claro sentido de urgencia.

EXPERIENCIA PROFESIONAL

Action General Construction L. L. C.

Sede en Nueva York, empresa de construcción y trabajos en general.

Asistente administrativa

Octubre 2020 - Actualidad

- Encargada de los contratos con los clientes.
- Selección del personal idóneo para el trabajo en construcción.
- Pagos al personal (semanal).

Isamin Ingenieros S. A. C.

Servicios en la mina (Casapalca)

Contrata minera dedicada a la ejecución de operaciones mineras como exploración, desarrollo, preparación, explotación, servicios generales y ejecución de obras civiles en minería convencional y mecanizada.

Jefe de personal

Julio 2012 - Setiembre 2020

Liderar un equipo enfocado en promover la seguridad, el clima laboral y cultura organizacional.

- Se planificó y controló todo lo relacionado con los colaboradores (5 en Lima y 80 en mina, Planta Operativa) y se reportó la información a Servicio Social.
- Logré buenas negociaciones colectivas con el sindicato; se promovió un adecuado clima laboral y la identificación con la empresa, con buena gestión a pesar de los escasos recursos.
- Se controlaron e implementaron mejoras continuas para las normas de seguridad.
- Dirigí y coordiné la Dirección de Trabajo.
- Realicé viajes a Casapalca para supervisar y conocer a los colaboradores en forma personal; se mostró empatía y se escucharon sus observaciones y sugerencias para la mejora continua.
- Fomentamos la integración social entre los colaboradores y sus familias mediante actividades sociales, deportivas y recreativas para desarrollar en ellos el sentido de pertenencia e identificación con la empresa.
- Realicé actividades educativas a través de capacitaciones en temas de desarrollo integral para los colaboradores de la empresa.

- Velar por la salud e integridad de los colaboradores a través de campañas preventivas de salud y seguimiento de casos por accidente de trabajo; reportar a la asistente social en caso de enfermedad común a fin de contribuir la mejora de la salud de los colaboradores.

Isamin Ingenieros S. A. C.

Jefe de Logística

Junio 2011 - Julio 2012

Constatar y evaluar en cuadros estadísticos la alza y baja de producción.

- Atender los requerimientos de los colaboradores con trato directo y brindando empatía y escucha activa.
- Cotización de compras con los proveedores para llegar a acuerdos mutuos.
- Negociación e inteligencia para la compra de materiales y repuestos de las máquinas de operación.
- Coordinación y proceso con el encargado de almacén para llevar un conteo general de las herramientas.
- Manejo con nuestros proveedores externos el traslado de las mercancías de entrada a la compañía Casapalca.
- Reparto de los implementos de seguridad para lo cual se llevó un cuaderno de control.
- Coordinación con el área de Seguridad las capacitaciones que se les brindará a los colaboradores.
- Elaboración y apoyo del Reglamento de Seguridad para evitar los accidentes de trabajo.

Banco de la Nación

Institución financiera que representa al Estado peruano; realiza transacciones comerciales para el sector público y privado.

Jefe de operaciones

Junio 2003 - Mayo 2011

- Dirección y control del cumplimiento de los objetivos, planes y metas institucionales del personal operativo en agencias.
- Monitorear y supervisar el cumplimiento de los estándares de calidad del área de Servicio al Cliente.
- Supervisar el cumplimiento en la calidad del servicio al cliente lo que minimizó los extornos en las operaciones para cada ministerio.
- Cuadre y cierre total de operaciones diarias con sus respectivos mandatos.

Jefe de caja

- Al ser personal de confianza de la institución se me asignaron actividades sensibles como el manejo de bóveda de varias agencias, así como la participación en la planificación de actividades donde se controló y distribuyó el dinero y se cuadraron cajas para el trabajo de todo el día de los colaboradores. Trabajo en equipo. Gestión y minimización de tiempos para que el cliente interno y el cliente externo no espere.
- Verificar que los libros de situaciones de caja se encuentren al día para que Auditoría no encuentre fallas.
- Supervisar el cumplimiento de la calidad del área de Servicio al Cliente. Minimizar los extornos en las operaciones para cada ministerio.

- Abastecedora de cajeros de las agencias a mi cargo (Diebolt).

Plataforma

- Gestionar préstamos MultiRed a todo el sector público en el menor tiempo posible pero sin descuidar la calidad en la atención y sin tener márgenes de error en los préstamos.
- Desarrollar transacciones de envío y recojo de dinero a otros países (Money Gram).

Recibidor-pagador

- Formé parte del equipo de recibidores-pagadores, realicé todo tipo de transacciones operativas en el sistema Sarabank y se atendió al cliente en forma ágil y rápida cumpliendo con los estándares dictados por el banco, por lo que se logró la calidad en el servicio al cliente.

Banco de Crédito del Perú

Institución financiera régimen privado.

Plataforma

Abril 1996 - Agosto 2000

- Desarrollé actividades de carácter operativo, relacionadas con proporcionar productos y servicios del banco con atención directa al cliente; se propició un trato cordial, amable y de calidad cuidando la eficiencia y demostrando responsabilidad, honestidad y espíritu de colaboración en el desempeño de ventas de tarjetas de crédito, créditos hipotecarios, apertura de cuentas, pago de cheques, retiros, abonos, pagos a Sunat, etcétera.

FORMACIÓN PROFESIONAL

ESAN GRADUATE SCHOOL OF BUSINESS
Maestría en Gestión Pública

2018 - actualidad

UNIVERSIDAD RICARDO PALMA
Licenciada en Administración de Empresas

2000

OTROS ESTUDIOS

Euroidiomas, nivel intermedio

ÍNDICE GENERAL

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN.....	1
1.1. Antecedentes y situación problemática.....	1
1.2. Objetivos generales y específicos	4
1.2.1. <i>Objetivo general</i>	4
1.2.2. <i>Objetivos específicos</i>	5
1.3. Justificación de la investigación	5
1.4. Importancia de la investigación	5
1.5. Alcances y limitaciones de la investigación	5
CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO.....	7
2.1. Derecho civil y derecho administrativo	7
2.1.1. <i>Derecho civil</i>	7
2.1.2. <i>Derecho administrativo</i>	7
2.2. Concepto de contrato en su sentido general.....	8
2.2.1. <i>El contrato desde el punto de vista del derecho civil</i>	8
2.2.2. <i>Concepto de contrato desde el punto de vista del derecho administrativo</i>	9
2.3. Tipos de contrato en el derecho administrativo peruano	10
2.4. Las asociaciones público privadas en el Perú	11
2.4.1. <i>Definición</i>	11
2.4.2. <i>Cuestiones generales</i>	12
2.4.3. <i>Naturaleza incompleta de los Contratos APP</i>	13
2.4.4. <i>Naturaleza del contrato de concesión APP</i>	16
2.4.5. <i>Teoría del contrato privado</i>	20
2.4.6. <i>Teoría del contrato administrativo</i>	20
2.4.7. <i>Teoría del acto complejo</i>	21
2.4.8. <i>Contrato ley</i>	22
2.4.9. <i>Solución de controversias</i>	23
2.5. Penalidades	24
2.5.1. <i>Definición y funciones de la penalidad</i>	24
2.5.2. <i>Aspecto legal</i>	28
2.5.3. <i>Aspecto económico</i>	30
2.5.4. <i>Determinación o cuantía de la penalidad</i>	31
2.5.5. <i>El objeto de la penalidad incluso en un escenario de responsabilidad extracontractual</i>	40
2.5.6. <i>La penalidad contractual y la sanción administrativa</i>	40
2.5.7. <i>Inmutabilidad o mutabilidad de la penalidad</i>	40
2.6. Arbitraje	45
2.6.1. <i>Definición</i>	45
2.6.2. <i>Historia del arbitraje en el Perú</i>	46
2.6.3. <i>La Constitución Política de 1993</i>	47
2.6.4. <i>Ley General de Arbitraje, Decreto Ley N.º 25935</i>	47
2.6.5. <i>Ley N.º 26572, Ley General de Arbitraje (LGA)</i>	47
2.6.6. <i>D. L. N.º 1071, Ley del Arbitraje</i>	48

2.6.7. Arbitraje en el Estado	48
2.6.8. Arbitraje en APP	52
CAPÍTULO III. DISEÑO METODOLÓGICO.....	54
3.1. Diseño de investigación	54
3.1.1. Tipo de investigación	54
3.1.2. Nivel de investigación	54
3.2. Fuentes de información.....	54
3.2.1. Fuente secundaria.....	54
3.2.2. Fuente primaria	55
3.3. Fases de la investigación.....	56
3.3.1. Fase 1: Exploratoria.....	56
3.3.2. Fase 2: Análisis de casos identificados	58
3.3.3. Fase 3: Entrevistas y análisis de opinión de expertos	59
3.3.4. Fase 4: Conclusiones	59
CAPÍTULO IV. ANÁLISIS DE LOS LAUDOS ARBITRALES MATERIA DE LA TESIS.....	60
4.1. Evidencias identificadas	60
4.1.1. Alcance de los objetivos	60
4.1.2. Alcance del análisis.....	60
4.1.3. Breve descripción de los laudos arbitrales proporcionados por Ositrán	62
4.1.4. Montos de controversia (penalidad).....	68
4.1.5. Pretensiones en los procesos arbitrales.....	69
4.2. Análisis de los procesos arbitrales	70
4.2.1. Similitudes de los procesos arbitrales.....	70
4.2.2. Aspectos discordantes de los procesos arbitrales.....	71
4.2.3. Naturaleza de la penalidad en los procesos arbitrales.....	72
4.2.4. Función de la penalidad de los procesos arbitrales	73
4.3. Análisis de los criterios para la resolución de los procesos arbitrales	74
4.3.1. Se mantiene la penalidad	75
4.3.2. Se reduce la penalidad.....	76
4.3.3. Se deja sin efecto la penalidad.....	77
CAPÍTULO V. ANÁLISIS DE LA OPINIÓN DE EXPERTOS.....	78
5.1. Consideraciones previas	78
5.1.1. Propósito de la opinión de expertos.....	78
5.1.2. Tipología de las entrevistas a realizar.....	78
5.1.3. Naturaleza de las entrevistas	78
5.2. Selección de expertos.....	78
5.2.1. Perfil requerido.....	78
5.2.2. Cantidad de entrevistas.....	79
5.3. Diseño de las preguntas	79

5.3.1. <i>Temas a tratar en las entrevistas</i>	79
5.3.2. <i>Características de las preguntas</i>	80
5.3.3. <i>Cuestionario de preguntas</i>	80
5.4. <i>Resumen de las respuestas emitidas</i>	80
5.5. <i>Análisis y discusión de las opiniones</i>	82
5.5.1. <i>Pregunta 1: ¿Cuál es la naturaleza del contrato APP? (civil o administrativo)</i>	82
5.5.2. <i>Pregunta 2: ¿Cuál es la naturaleza de la penalidad contemplada en los Contratos APP?</i>	86
5.5.3. <i>Pregunta 3: ¿Los tribunales arbitrales pueden reducir la penalidad impuesta por el regulador?</i>	89
5.5.4. <i>Pregunta 4: ¿Se puede brindar excepciones para la reducción de la penalidad?</i>	94
5.5.5. <i>Pregunta 5: ¿La facultad de reducir las penalidades deberían estar reguladas en los contratos APP?</i>	97
5.5.6. <i>Pregunta 6: ¿Cuál es la función de la penalidad contemplada en los contratos APP?</i>	100

CAPÍTULO VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES 103

ANEXOS..... 106

ANEXO I: <i>Requerimientos de información a diversas entidades</i>	107
ANEXO II: <i>Laudos arbitrales de un contrato de concesión APP del MTC</i>	109
ANEXO III: <i>Laudos arbitrales de un contrato de concesión APP de Essalud</i>	111
ANEXO IV: <i>Extracto de principales aspectos de los laudos arbitrales analizados</i> ...	113
ANEXO V: <i>Resumen de transcripción de entrevistas a expertos</i>	153

BIBLIOGRAFÍA..... 172

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 2. 1. Tipos de contrato.....	10
Tabla 2. 2. Principales modalidades de APP	17
Tabla 3. 1. Perfil de expertos entrevistados	55
Tabla 3. 2. Entidades públicas consultadas.....	57
Tabla 3. 3. Organismos reguladores consultados.....	58
Tabla 4. 1. Contratos de concesión con procesos arbitrales en los que Ositrán es tercero coadyuvante	61
Tabla 4. 2. Montos de penalidad controvertidos en los procesos arbitrales.....	69
Tabla 4. 3. Resumen de pretensiones en los procesos arbitrales.....	70
Tabla 4. 4. Similitudes entre los procesos arbitrales analizados.....	71
Tabla 4. 5. Diferencias entre los procesos arbitrales analizados.....	72
Tabla 4. 6. Naturaleza de la penalidad	73
Tabla 4. 7. Función de la penalidad en los procesos arbitrales analizados	74
Tabla 4. 8. Tribunal arbitral mantiene la penalidad	75
Tabla 4. 9. Tribunal arbitral reduce la penalidad	76
Tabla 4. 10. Tribunal arbitral deja sin efecto la penalidad.....	77
Tabla 5. 1. Cuestionario de preguntas a expertos	80
Tabla 5. 2. Breve resumen de las respuestas dadas por los expertos	81
Tabla 5. 3. Resumen de respuestas a la pregunta 1	82
Tabla 5. 4. Resumen de respuestas a la pregunta 2.....	86
Tabla 5. 5. Resumen de respuestas a la pregunta 3.....	90
Tabla 5. 6. Resumen de respuestas a la pregunta 4.....	94
Tabla 5. 7. Resumen de respuestas a la pregunta 5.....	97
Tabla 5. 8. Resumen de respuestas a la pregunta 6.....	100

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1. 1. Evolución de los proyectos APP adjudicados, 2008-2018.....	2
Figura 1. 2. Proyectos APP adjudicados por sector, 2008-2018.....	3
Figura 1. 3. Monto de inversión adjudicado por sector, 2008-2018	3

RESUMEN EJECUTIVO

La tesis analiza la cláusula penal contemplada en los contratos de concesión bajo la modalidad de Asociaciones Público Privadas (en adelante, Contratos APP), debido a que se ha evidenciado que los tribunales arbitrales resuelven de manera diferente sobre la función de dicha cláusula y reducen el *quantum* (monto) pese a no estar estipulado en los Contratos APP. Para tales efectos, se han establecido dos (2) objetivos específicos, el primero referido a analizar las funciones de la penalidad; y el segundo referido a analizar si los tribunales arbitrales se encuentran facultados para reducir el *quantum* de las penalidades; ambos en función de los laudos arbitrales en los Contratos APP.

El análisis se circunscribe a los Contratos APP. Para tales efectos, debíamos contar con todos los laudos arbitrales que se hayan emitido sobre Contratos APP. Por ello, efectuamos las consultas a Proinversión, MEF, Essalud, MTC, MVCS, Osiptel, Osinergmín y Ositrán¹. El MTC y Ositrán respondieron señalando que cuentan con laudos arbitrales emitidos en virtud de los Contratos APP. Las demás entidades no, salvo Essalud, que nos indicó que sí contaba con información sobre el particular, pero no vinculada a la reducción de las penalidades impuestas, por lo tanto, fue descartado.

De la revisión de los laudos arbitrales remitidos por el MTC y Ositrán, evidenciamos que siete (7) procesos arbitrales² tratan sobre la cláusula penal. En estos procesos arbitrales, la empresa Concesionaria demanda al MTC y, al ser supervisados por un organismo regulador, Ositrán participa en calidad de tercero coadyuvante. En tal sentido, la tesis analiza los laudos arbitrales emitidos producto de contratos APP que son supervisados por un organismo regulador, donde la materia de la controversia radica en la cláusula penal y donde la empresa concesionaria formula como pretensión la reducción de esta.

¹ De acuerdo con el Manual de estilo de Ositrán, se indica lo siguiente: “La escritura correcta es Ositrán, con inicial mayúscula y tilde en la a, dado que se pronuncia como palabra aguda, la cual se tilda si tiene la fuerza de voz en la última sílaba y termina en n”.

Se puede visualizar en https://intranet.ositran.gob.pe/userfiles/cms/publicacion/documento/2021006887_ANX_0004_-_ANEXO_MANUAL_DE_ESTILO_INTERACTIVO_2.pdf.

² Laudos arbitrales 067-2016-CCL, 072-2016-CCL, 378-2016-CCL, 064-2017-CCL, 129-2017-CCL, 168-2018-CCL y 211-2017-CCL.

En los siete (7) procesos mencionados, los tribunales arbitrales han tenido diferentes actuaciones: en dos (2) han decidido reducir el *quantum* de la penalidad, en uno (1) han decidido dejar sin efecto la penalidad y en cuatro (4), mantener la penalidad impuesta por Ositrán. Asimismo, han establecido que las penalidades tienen función compensatoria (Proceso 072-2016-CCL) e indemnizatoria (Proceso 129-2017-CCL), y han actuado conforme a la interpretación establecida en el Código Civil. En el proceso en el que ha dejado sin efecto la penalidad (Proceso 211-2017-CCL), el tribunal arbitral ha considerado que la penalidad tiene función sancionatoria y en su fallo ha primado la interpretación del contrato. De los cuatro (4) procesos en los que se ha mantenido la penalidad, los tribunales arbitrales, en dos (2) de ellos, han considerado que la penalidad tiene función sancionatoria (Proceso 378-2016-CCL) y función resarcitoria (Proceso 064-2017-CCL); y en los otros dos (2) no han hecho alusión a la función de la penalidad. Sin embargo, en su fallo final indican que, en todos estos casos, han actuado conforme lo establece el marco del contrato.

Del mismo modo, para consolidar nuestra posición respecto al tratamiento de la cláusula penal, hemos realizado entrevistas a diversos especialistas vinculados a la materia, quienes han tratado contratos de concesión bajo la modalidad de APP; en ese sentido, desde su experiencia en el ámbito privado y público, nos han dado a conocer sus opiniones respecto al manejo de la cláusula penal en los contratos de concesión APP. Por la naturaleza del análisis con el que se desarrolla la presente tesis, a los entrevistados se les indicó que se mantendrá en reserva sus nombres, salvo las corroboraciones que se realicen por parte de la Universidad ESAN. Esta reserva se efectúa sobre la base de que una parte de los entrevistados trabajan en estudios de abogados que asesoran a empresas concesionarias; la otra parte son especialistas que desarrollan su actividad profesional en entidades públicas vinculadas al desarrollo y ejecución de estos contratos. Por lo tanto, se ha estimado conveniente mantener la reserva para efectos de no perjudicar sus posiciones a causa de las entrevistas realizadas.

Finalmente, como se ha señalado, en los procesos arbitrales analizados se ha evidenciado que no existe una uniformidad en la resolución por parte de los tribunales arbitrales respecto a la cláusula penal de contratos de concesión bajo la modalidad APP;

así como tampoco, uniformidad de opiniones con relación a los especialistas entrevistados sobre la materia. Asimismo, no se ha encontrado ningún otro estudio vinculado a la materia, por lo que existe una necesidad de materializarla a efectos de no comprometer los recursos que se utilizan para la ejecución de estos proyectos.

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN

1.1. Antecedentes y situación problemática

El Perú tiene una vasta experiencia en la ejecución de proyectos de gran envergadura por medio de las concesiones públicas. A partir del año 2008, se promovió la modalidad de Asociaciones Público Privadas (APP) con el fin de impulsar el crecimiento económico y el bienestar de los ciudadanos a través del Decreto Legislativo N.º 1012, que aprobó la Ley Marco de Asociaciones Público Privadas para la Generación de Empleo Productivo, así como para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada; lo que produjo diversas normas modificatorias hasta la actualidad.

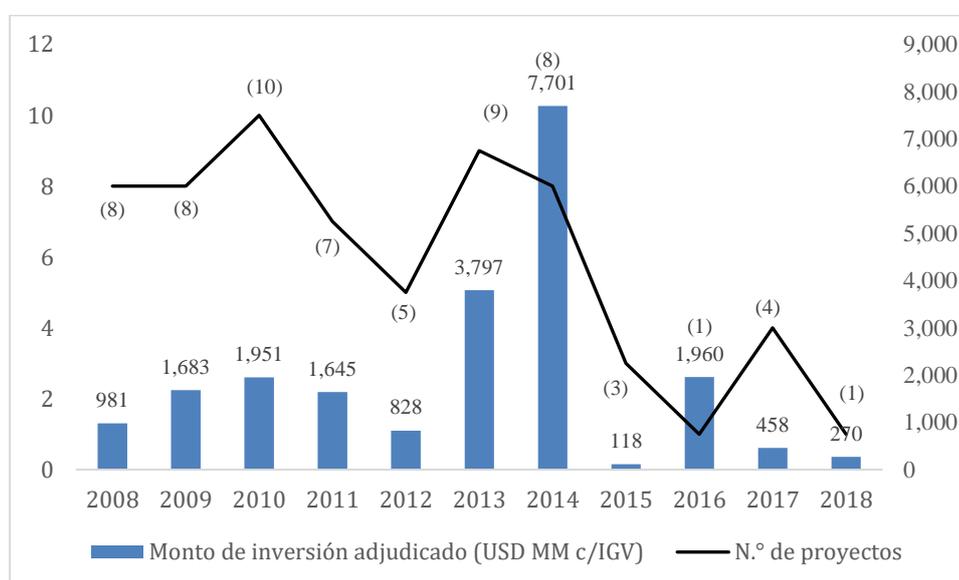
Posteriormente, a través del Decreto Supremo N.º 077-2016-EF, se aprobó la Política Nacional de Promoción de la Inversión Privada en Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, con el objetivo de fomentar la participación del sector privado en las modalidades de Asociación Público Privada para el desarrollo de proyectos que contribuyan de manera eficiente al cierre de la brecha de infraestructura pública existente en el país, así como para mejorar la calidad de los servicios públicos.

De ese modo, corresponde indicar que las APP son una herramienta contractual que tiene el Estado peruano para promover la inversión de proyectos de gran envergadura; además, dicha herramienta constituye —de acuerdo con el numeral 20.1 del artículo 20 del Decreto Legislativo N.º 1362— una modalidad de participación de la inversión privada, mediante contratos de largo plazo en los que interviene el Estado, a través de alguna entidad pública y uno o más inversionistas privados. En tal sentido, es necesario contar con un régimen claro aplicable para la ejecución contractual.

Asimismo, los contratos originados bajo la modalidad de APP, son considerados de gran complejidad, de larga duración y muy importantes para el desarrollo de la infraestructura de una ciudad.

Actualmente, en el Perú se han ejecutado los Contratos APP de una diversidad de sectores como transportes, energía, telecomunicaciones, salud, turismo, minería, entre otros. Es por ello que el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), como ente rector de la inversión privada, ha elaborado una estadística relacionada con la evolución de los proyectos bajo la modalidad APP adjudicados —en los nueve (9) sectores en donde se concentran los mayores montos de inversión y la mayor cantidad de proyectos— en los que se puede apreciar que desde el año 2008 a 2018 se ejecutan 64 proyectos que representan una inversión aproximada de veintiún mil millones de dólares, tal como se muestra en la Figura 1.1.

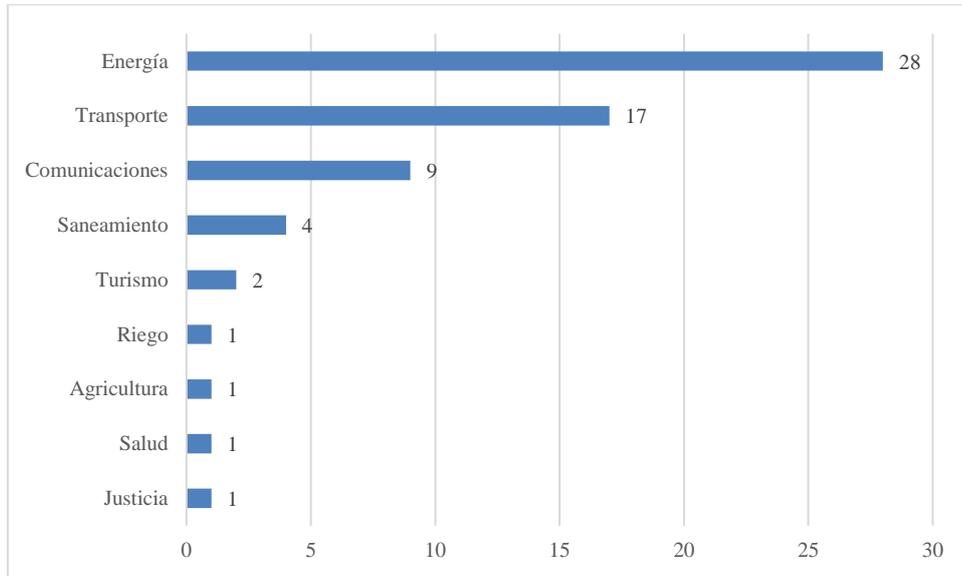
Figura 1. 1: Evolución de los proyectos APP adjudicados, 2008-2018



Fuente: Elaborado por el Ministerio de Economía y Finanzas con base en información de Proinversión.

Respecto a la estadística de los proyectos APP adjudicados por sector, se observa que, de los 64 proyectos, la mayor cantidad de estos se concentran en los siguientes sectores: energía, con veintiocho (28) proyectos; transportes, con diecisiete (17); y comunicaciones, con nueve (9), tal como se aprecia en la Figura 1.2.

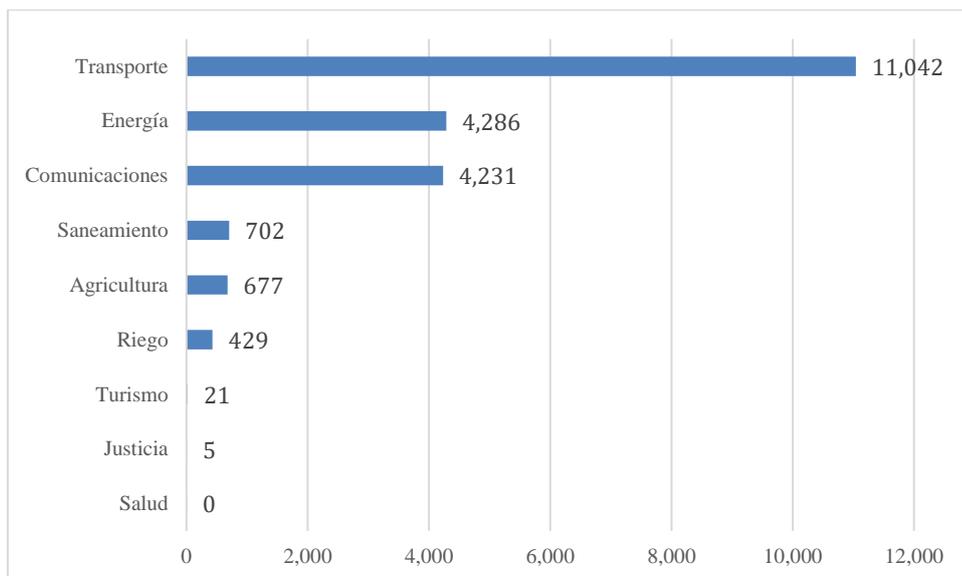
Figura 1. 2: Proyectos APP adjudicados por sector, 2008-2018



Fuente: Elaborado por el Ministerio de Economía y Finanzas con base en información de Proinversión.

De igual forma, respecto a la estadística de los montos adjudicados por sector, se aprecia que los mayores montos de inversión se concentran en los sectores de transporte, con once mil millones de dólares, aproximadamente; energía, con cuatro mil millones de dólares, aproximadamente; y comunicaciones, también con cuatro millones de dólares aproximadamente, tal como se aprecia en la Figura 1.3.

Figura 1. 3: Monto de inversión adjudicado por sector, 2008-2018



Fuente: Elaborado por el Ministerio de Economía y Finanzas con base en información de Proinversión.

De lo señalado en los párrafos precedentes, se desprende la importancia de las APP para la inversión y desarrollo de la infraestructura, principalmente en el sector transporte (carreteras, aeropuertos, vías férreas, puertos); sin embargo, los contratos bajo la modalidad de APP tienen algunos problemas para su aplicación, como es el caso de las cláusulas penales que son empleadas en el supuesto de un incumplimiento o cumplimiento irregular de las obligaciones pactadas en el contrato; aunado al hecho de no contar con un criterio uniforme para la aplicación de figuras jurídicas por las partes intervinientes en el contrato, así como por parte de los tribunales arbitrales, quienes resuelven las controversias derivadas de la relación contractual.

En ese contexto, la presente investigación analiza la cláusula penal de siete (7) procesos arbitrales de contratos realizados bajo la modalidad APP, donde el MTC ha participado en calidad de demandado, el Ositrán como tercero coadyuvante y las empresas Concesionarias como Metro de Lima Línea 2, Aeropuertos Andinos del Perú y APM Terminals Callao, en calidad de demandantes; cabe indicar que dichos laudos arbitrales corresponden a tres (3) contratos de concesión bajo la modalidad de APP, que han sido firmados de acuerdo con el marco legal del D. L. N.º 1012.

Advertimos que, en los laudos revisados, los tribunales arbitrales han adoptado diferentes criterios con la resolución de cada proceso arbitral, por lo que han determinado, en algunos casos, que la cláusula penal tenga diferentes funciones, como la sancionatoria, la indemnizatoria y la resarcitoria, así como la de reducir o mantener la penalidad, para lo cual actúan conforme a lo establecido en el Código Civil o de acuerdo a lo establecido en el contrato.

1.2. Objetivos generales y específicos

1.2.1. Objetivo general

Analizar la cláusula penal de los contratos de concesión bajo la modalidad APP en función de los laudos arbitrales.

1.2.2. Objetivos específicos

- a) Analizar las funciones de la penalidad en los contratos de concesión bajo la modalidad APP en función de los laudos arbitrales.
- b) Analizar si los tribunales arbitrales se encuentran facultados para reducir el *quantum* de las penalidades en los contratos de concesión bajo la modalidad APP en función de los laudos arbitrales.

1.3. Justificación de la investigación

Se ha evidenciado que los tribunales arbitrales están resolviendo sobre las penalidades contractuales contempladas en los contratos de concesión bajo la modalidad de APP de manera diferente y están atribuyéndose facultades que pueden repercutir en los alcances de los contratos de concesión bajo la modalidad de APP.

1.4. Importancia de la investigación

La importancia de la investigación radica en la envergadura de los proyectos que se ejecutan a través de los contratos de concesión bajo la modalidad de APP. Estos contratos impactan en la economía del país debido a las cuantiosas sumas de dinero y de recursos públicos que requieren, lo que genera, además, el cierre de brechas en la infraestructura, entre otros factores. Asimismo, una de las características de estos contratos es su larga duración, lo que implica que no pueden existir interpretaciones distintas para un mismo asunto, como es el caso de la cláusula penal. En tal sentido, las reglas establecidas en los contratos de concesión bajo la modalidad de APP deben ser claras y específicas.

1.5. Alcances y limitaciones de la investigación

El presente estudio explorará sobre la resolución de las cláusulas penales contempladas en los Contratos APP por los tribunales arbitrales. La investigación

abarca únicamente a los Contratos APP que son de infraestructura y que fueron supervisados por Ositrán.

Nuestra principal limitación radicó en el hecho de no contar con información disponible referida a todos los laudos arbitrales que se hayan emitido sobre Contratos APP. En tal sentido, se realizaron las consultas a aquellas entidades que podrían tener alguno de estos contratos, vale decir, Proinversión, MEF, Essalud, MTC, MVCS, Osiptel, Osinergmín y Ositrán.

El MTC y Essalud remitieron un total de treinta y dos (32) y nueve (9) laudos arbitrales vinculados a proyectos APP y de infraestructura respectivamente, pero no especificaron a que se referían a penalidades.

Asimismo, Ositrán remitió un total de siete (7) laudos arbitrales vinculados a proyectos APP de infraestructura referidos a penalidades, los cuales siguen siendo supervisados por ellos.

CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO

2.1. Derecho civil y derecho administrativo

La naturaleza de los contratos de Asociaciones Público Privadas (APP) requiere del análisis de dos tipos de derechos: el civil —general— y el derecho administrativo —específico—.

2.1.1. *Derecho civil*

El derecho civil regula las relaciones entre privados, sean estos personas naturales o jurídicas. Se caracteriza en esencia por regularse bajo el principio de la autonomía privada, que los faculta a efectuar diversos negocios jurídicos en sus actividades. Otra de sus características es que no interviene o participa el Estado, sino solamente los particulares. En tal sentido, el derecho civil persigue una finalidad privada, *inter partes* y no del fin público.

2.1.2. *Derecho administrativo*

Por el otro lado, tenemos al derecho administrativo o público. El derecho público es en esencia el derecho del Estado, es decir, aquella rama del derecho en la que interviene o participa el Estado, representado por cualquier institución, entidad o empresa pública. Así, una materialización del derecho público, por ejemplo, se da al momento de la obtención de un documento de identidad, la obtención de la licencia de conducir, etcétera. Pero también se encuentran dentro de esta esfera aquellos contratos que el Estado efectúa, ya sea para abastecerse de bienes, servicios, obras y, además, proyectos de infraestructura.

El derecho administrativo es, según Ruiz Eldredge, citado por Cervantes “[...] el sistema jurídico de principios, normas y categorías de Derecho Público que estudia, promueve y regula la actividad de la Administración Pública” (Cervantes, 2013: 41).

De esta forma, se puede establecer la relación que existe entre el derecho público con el derecho administrativo. El derecho administrativo tiene una vinculación directa entre el estado y el ciudadano, que en los procedimientos de dicha naturaleza se denominarán administrados.

El derecho administrativo tiene como características principales, las siguientes:

- a) Es público, porque existe una vinculación directa con el Estado, representado por cualquier entidad.
- b) Es dinámico, dado que el derecho administrativo evoluciona permanentemente.
- c) Es humanista, en tanto nace y se dirige a los seres humanos.

Como se puede observar, la finalidad del derecho administrativo es pública, distinta a la finalidad del derecho civil, que es privada.

2.2. Concepto de contrato en su sentido general

2.2.1. El contrato desde el punto de vista del derecho civil

El Código Civil peruano, vigente desde el año 1984, define en su artículo 1351 al contrato como el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

Como elementos del contrato tenemos los siguientes:

- a) elementos esenciales
- b) elementos naturales
- c) elementos accidentales

Los primeros se destacan porque no deben faltar para que un contrato sea válido, en caso contrario, se podrá determinar su nulidad; aquí encontramos al consentimiento y al objeto. Por su parte, entre los elementos naturales están aquellos que la ley presume,

como por ejemplo el saneamiento por evicción o por vicios ocultos. Por último, los elementos accidentales son aquellos acuerdos que pactan las partes y que, por tanto, solo generan obligaciones entre ellos.

Por lo tanto, el contrato es la relación entre dos partes en donde una tiene un rol distinto al de la otra. Como señala Torres “es considerado como la máxima expresión de la autonomía de la voluntad privada” (Torres, 2012: 29).

Además, la Constitución Política del Perú establece, en el artículo 62, que la libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato.

Como se puede observar, el contrato es una importante institución del ordenamiento jurídico en general.

2.2.2. Concepto de contrato desde el punto de vista del derecho administrativo

Ahora bien, en el ámbito del derecho administrativo, también tenemos el concepto de contrato. Bielsa, citado por Alterini, define al contrato administrativo como aquel que “la Administración Pública celebra con otra persona pública o privada, física o jurídica y que tiene por objeto una prestación de utilidad pública” (Alterini, 1999: 28).

La Administración Pública suele pronunciarse a través de diversas modalidades como son el acto administrativo, los actos de administración interna, los reglamentos, los hechos y los contratos administrativos. Allí, tenemos que el contrato administrativo representa, pues, una modalidad de manifestación de la actuación administrativa.

Dentro de este rubro se tiene a la contratación estatal que, en opinión de Morón son las herramientas que le permiten intervenir en la economía del país de manera directa, pues en períodos de recesión, como política económica, suele inyectar recursos públicos para dinamizar la economía y procurar el tráfico comercial, mientras que cuando se advierte períodos de escasez de recursos, el Estado opta por reducir el gasto público (Morón, 2016: 17-18).

Como se puede observar, resulta pertinente señalar que existen diferencias entre los contratos civiles y los contratos administrativos por tener cada uno características peculiares como, por ejemplo, aquellas relacionadas con la forma y formalidad, con las prerrogativas del poder público, con la existencia de cláusulas exorbitantes, con el hecho de que se celebren *intuitu personae*, con los efectos respecto a terceros, etcétera (Alejos Guzmán, 2020).

2.3. Tipos de contrato en el derecho administrativo peruano

La doctrina, de cierta manera, ha catalogado los tipos de contrato administrativos tal como se puede apreciar en el siguiente cuadro:

Tabla 2. 1: Tipos de contrato

N.º	Tipos		Modalidad
1	Contratos para la adquisición de bienes, servicios, suministro, consultoría y ejecución de obras		Licitación pública, concurso público, adjudicación simplificada, contrataciones por montos menores a 8 UIT, etc.
2	Concesiones, iniciativas privadas y asociaciones público privadas		—
	2.1	Las concesiones de recursos naturales	Minería, agua, etc.
	2.2	Las concesiones de servicios públicos	a) Servicios de saneamiento b) Servicios de energía
	2.3	Iniciativas privadas y las APP	Carretera, metro, etc.
3	Los contratos ley o convenios de estabilidad jurídica		Telefónica (ej.), devolución anticipada del IGV, etc.
4	Los contratos para la disposición de bienes del Estado		Donación, compraventa, permuta, arrendamiento, etc.
5	Los convenios interadministrativos		
6	Los contratos de personal		CAP, CAS, etc.

Elaboración: Sobre la base del artículo de Richard Martín Tirado (2013) “El laberinto estatal: Historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú”.

Como se puede observar, a través de estas herramientas o tipos de contrato, el Estado peruano se abastece de bienes, servicios, obras, contratación de personal, entre otros. Uno de ellos, son las APP.

No obstante, la doctrina trata casi poco sobre la aplicación del marco normativo en virtud de estos tipos de contrato. Es decir, de los entrevistados, cuando se efectuó la pregunta sobre la naturaleza de los Contratos APP y si son de derecho civil o público o administrativo, las respuestas no fueron uniformes. Por el contrario, dependía de la concepción de cada uno, e incluso de su experiencia, para catalogar en un derecho o en el otro. Más adelante, se abordará sobre el particular.

2.4. Las Asociaciones Público Privadas en el Perú

2.4.1. Definición

Según el Banco Asiático de Desarrollo (BAsD), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y el Banco Mundial (2014), el Contrato APP es “la relación entre las dos partes, sus responsabilidades y derechos respectivos, asigna riesgos y proporciona mecanismos para manejar los cambios” (Banco Mundial, Banco Asiático de Desarrollo [BAsD] y Banco Interamericano de Desarrollo [BID], 2014: 155).

Por otro lado, Alva (2017) señala lo siguiente:

El contrato APP es el documento que regula la ejecución del proyecto de APP entre el Estado y el Inversionista, quien es la persona jurídica que, debido a su participación como proponente postor en el proceso de promoción, resulta adjudicatario de la buena pro y suscribe el contrato APP con el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local (Alva, 2017: 476).

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) (2013), define a las APP como

[a]cuerdos contractuales de largo plazo entre el gobierno y un socio del sector privado, donde este último típicamente financia y provee un servicio público usando un activo de capital (por ejemplo, infraestructura de transporte o energía, o un edificio de hospital). Se le puede atribuir a la parte privada el diseño, construcción, financiamiento, operación, mantenimiento y provisión por un período predeterminado de tiempo, recibiendo una compensación de pagos fijos o tarifas a los usuarios (como se cita en Rojas y Delgadillo, 2017: 3).

Según Díaz-Guevara (2017), las APP “según su origen etimológico, se puede definir como la acción y efecto de asociarse para un mismo fin por parte de dos agentes reales de naturaleza diferente: público-privada” (Díaz-Guevara, 2017: 5).

2.4.2. Cuestiones generales

Pues bien, en varios países se han definido ciertos pasos para implementar una APP y, de alguna manera, han coincidido en establecer un proceso estándar que garantice que cada país logre sus objetivos. El proceso consta de lo siguiente: un adecuado planeamiento y programación, en donde se identifican los potenciales proyectos APP; la formulación, en donde se determinan los aspectos técnicos, económicos, financieros, sociales, ambientales, entre otros, y se define si el proyecto se implementa por APP u otra modalidad; la estructuración, en donde se define la estructuración económica financiera, el mecanismo de retribución, la asignación del riesgo y el diseño del contrato; la transacción, que implica la apertura al mercado del proyecto y la ejecución contractual, además de todo el periodo de vigencia del contrato.

La implementación de los Contratos APP se da por origen —público o privado— o por clasificación según tipo de financiamiento —cofinanciado y autosostenible—.

De acuerdo con el origen, el Decreto Legislativo N.º 1362, del 21 de julio de 2018, en sus artículos 42 y 45, hace la definición de la iniciativa estatal y la iniciativa privada. Por un lado, tenemos a las iniciativas estatales como un mecanismo en donde las entidades públicas como los ministerios, gobiernos regionales, gobiernos locales u otras entidades públicas habilitadas mediante ley expresa, desarrollan por iniciativa propia los proyectos APP. Estos proyectos son priorizados por el sector público y deben ser incorporados en el informe multianual de inversiones en APP.

Por otro lado, tenemos a las iniciativas privadas; estas son un mecanismo en donde las personas jurídicas y las diferentes formas de consorcios que pertenecen al sector privado, ya sea del ámbito nacional o extranjero, presentan sus iniciativas para

desarrollar proyectos bajo la modalidad de APP. Estos proyectos no son planificados por el sector público y tienen carácter confidencial y reservado.

De acuerdo con el tipo de financiamiento, el mencionado decreto legislativo, en el artículo 22, clasifica a las APP como cofinanciada y autofinanciada; y el artículo 30 del reglamento de esta ley, establece ciertas condiciones que deben cumplirse.

APP Cofinanciada: requieren cofinanciamiento, u otorgamiento o contratación de garantías financieras o garantías no financieras que tienen probabilidad significativa de demandar cofinanciamiento.

APP Autofinanciada: tienen capacidad propia de generación de ingresos, que no requieren cofinanciamiento del sector público. Deben cumplir con las siguientes condiciones:

1. Deben contar con una demanda mínima o nula de garantía financiera por parte del Estado.
2. Las garantías no financieras deben tener una mínima o nula probabilidad para demandar cofinanciamiento (Decreto Legislativo N.º 1362, 2018).

2.4.3. Naturaleza incompleta de los Contratos APP

Para abordar posteriormente sobre los laudos arbitrales y, por lo tanto, el análisis que los tribunales arbitrales efectúan sobre las penalidades, es importante advertir de este principio.

Dentro de los aspectos más importantes de los Contratos APP podemos referirnos justamente a su naturaleza incompleta, ya que, según la mayoría de los autores, esta se da porque cuando se firman los contratos, las partes no definen la totalidad de las posibles eventualidades y cuando estas suceden, al no estar contempladas en el contrato, son interpretadas de diferentes formas y, en la mayoría de los casos, tienen que renegociarse.

Al respecto, Guasch (2005) señala que los costos de transacción son el principal origen de la naturaleza incompleta de los contratos, ya que por un lado las partes involucradas no pueden prever las contingencias que ocurran después de firmar el contrato, por lo que tendrán que asumir estos imprevistos. Por otro lado, aun si se pudiera anticipar todas las contingencias, estas serían tantas que representaría un costo

alto el solo hecho de describirlas en un contrato. Finalmente, para que se haga cumplir un contrato, los tribunales deben comprender todas las cláusulas y tener la capacidad de analizar todas las actuaciones de las partes frente a cualquier contingencia, ya que, si no pueden hacerlo por lo complejo del texto, se generará un alto costo en la ejecución de los contratos.

Por su parte, Sánchez y Chauvet (2019) opinan que el proceso de concesión en el tiempo puede ser visto en dos etapas: la primera, que se da en la etapa previa a la firma del contrato (*ex ante*); y la segunda, posterior al contrato firmado (*ex post*). Por un lado, en la etapa *ex ante* es donde se realiza el diseño del contrato y se establecen las reglas y las posibles contingencias que pudieran presentarse y, posteriormente, mediante licitación, se concede al sector privado. Por otro lado, en la etapa *ex post*, los contratos de concesión generalmente tienden a renegociarse mediante adendas que, según la teoría de costos de transacción, se deben a contratos incompletos, cuya racionalidad limitada no prevé que se describan o identifiquen todas las contingencias que afecten tanto la ejecución del contrato como el incremento de los costos de este.

Según Guasch (citado en Suto, Azaña, Chamorro, León y Menchola, 2013), los contratos imperfectos generan renegociaciones debido a lo siguiente:

- a. La imposibilidad de las partes, o en todo caso, los altos costos que implica describir en forma detallada en un contrato todas las posibles contingencias que podrían afectar su desarrollo.
- b. También se presentan aquellos supuestos que, si bien pueden ser identificados, son de difícil o imposible verificación por parte de terceros y, consecuentemente, presentan serios problemas para los tribunales de justicia.
- c. Existen contingencias que no pueden preverse, más aún en el caso de los contratos de concesión que contemplan largos plazos de vigencia.
- d. Los agentes presentan límites a su racionalidad, dado que frecuentemente cometen errores y necesitan de un periodo de aprendizaje para alcanzar la contratación óptima, lo que solo es posible a largo plazo. La renegociación es un mecanismo de corrección.
- e. Otro elemento a tener en cuenta es el cambio de los objetivos gubernamentales. Al respecto, debemos señalar que las metas que el Estado se propone alcanzar mediante su programa de inversiones —que es lo que, finalmente, da lugar a la suscripción de los contratos de concesión—, dependen del gobierno de turno. Ello puede, por tanto, llevar, en algunos casos, su renegociación, especialmente cuando los objetivos del gobierno presente durante la ejecución contractual son distintos de los del gobierno que suscribió el contrato (Guasch, citado en Suto, Azaña, Chamorro, León y Menchola, 2013: 36-37).

Asimismo, Sánchez y Chauvet (2019) señalan que los contratos incompletos tienen efectos dañinos, cuyas consecuencias afectan mucho más al mercado, los proveedores del bien o servicio, los usuarios y la sociedad, que respecto al mismo contrato. En ese sentido, resume estos efectos en los siguientes:

- 1. Integración vertical y riesgo de exclusión.** La integración vertical se refiere a cómo se sobrellevan los problemas que pudieran presentarse en el sostenimiento del contrato (etapa *ex post*), dando como resultado la mejora en las inversiones de los contratantes. Existe riesgo de exclusión aguas arriba cuando el proveedor del servicio tiene poder en el mercado, por lo que los clientes que no estén integrados son excluidos del mercado aguas abajo. Por otro lado, se da riesgo de exclusión aguas abajo cuando el cliente tiene un importante poder de compra, por tanto, los proveedores no integrados no tienen acceso al cliente y estos son excluidos del mercado aguas arriba. Por ejemplo, cuando el operador del aeropuerto se va a integrar con la empresa aérea, podría haber riesgo de exclusión aguas abajo, porque las empresas de transporte aéreo no han sido integradas con el concesionario, ya que han sido discriminadas por condiciones ventajosas de acceso a los principales servicios.
- 2. Costos versus calidad.** Si los contratos son incompletos, el privado busca ahorrar dinero con la disminución de la calidad o eficiencia del servicio, lo cual es asumido por la Administración Pública. Por tanto, cuando la calidad del servicio resulta compleja de describir en el contrato, el privado se verá incentivado a reducir sus costos y calidad aun sin que se transgreda el contrato.
- 3. Inversiones subóptimas y renegociaciones.** En la renegociación de contratos hay factores externos e internos al contrato. Dentro de los factores externos se encuentran los siguientes: el contexto externo que, por ejemplo, afecta la ecuación financiera, lo cual provoca cambios contractuales; el proceso de contratación, en donde el ganador hace ofertas muy agresivas y sobrevalora sus ingresos y minimiza sus costos; el esquema de financiamiento que, por ejemplo, puede variar por el esquema de remuneración; las características del proyecto,

por las cuales el tamaño puede variar debido a condiciones no contempladas en la demanda; el entorno regulatorio, que será configurado de acuerdo a la existencia de un regulador; la corrupción y la presión política, que principalmente se da en épocas electorales o por aspectos presupuestarios o administrativos. Del mismo modo, existen cláusulas específicas que permiten renegociar los contratos, las cuales afectan el equilibrio económico y financiero.

Por otro lado, se menciona que los determinantes endógenos de las renegociaciones son el reparto de riesgos entre las partes; las cláusulas de rescisión, en las que la administración pública puede retractarse; las cláusulas de reequilibrio, para restablecer el equilibrio económico financiero; los indicadores de desempeño, que permiten monitorear el desempeño; y la renegociación, que puede estar definida en el contrato con un conjunto de reglas estipuladas en las cláusulas.

Como se puede observar, los Contratos APP sí requieren de cierta complementariedad para el desarrollo del proyecto. Esta complementariedad se verá nutrida, además de las partes, por un organismo regulador, de ser el caso, pero también por un tribunal arbitral.

2.4.4. Naturaleza del contrato de concesión APP

Luego de desarrollar la naturaleza incompleta de los Contratos APP, es importante estudiar sobre su naturaleza. En el Perú no se ha definido cuál es la naturaleza del Contrato APP y es importante hacerlo porque así se podría canalizar su implementación a través de las reglas o herramientas pertinentes o definir las que se deben aplicar. No obstante, uno de los entrevistados nos indicó que probablemente sería imposible catalogarlo en una naturaleza, ya sea civil o administrativa, y nos indicó que estos contratos tienen una naturaleza transversal, pues operan el derecho penal, administrativo, civil, etcétera. Esto último será tratado más adelante.

Según Alborta, Stevenson y Triana (2011), se señala que los Contratos APP tienen una variedad y diversidad de esquemas contractuales en cuanto al diseño, construcción, mantenimiento, financiamiento y operación del servicio, en donde los riesgos son transferidos al operador, ya sea por la tipología del proyecto y también por las habilidades del sector privado involucrado. Por ello, en el siguiente cuadro se muestran las principales modalidades de APP.

Tabla 2. 2: Principales modalidades de APP

Modalidad	Descripción	Ejemplos
Contratos de prestación de servicios	Contrato de prestación de un servicio determinado. El Estado mantiene la propiedad y exige un nivel de servicio especificado. Puede haber asignación de riesgos, lo cual depende del esquema contractual.	<ul style="list-style-type: none"> · Contrato de mantenimiento de carreteras por niveles de servicios. · Contratos para la facturación de servicios de agua potable. · Contratos de recolección de impuestos locales.
Contratos de administración	Un bien público es operado y administrado por un agente privado bajo un esquema de riesgo compartido y de utilidades compartidas.	<ul style="list-style-type: none"> · Contrato de administración de una empresa de agua potable. · Contrato de administración de una cárcel.
Concesiones	El Estado concede el derecho al usufructo de un bien (por ejemplo, una carretera, una planta eléctrica) a cambio de un acuerdo económico entre las partes por un período determinado.	<ul style="list-style-type: none"> · Concesiones de carreteras. · Concesiones aeroportuarias.
BOT (Construir, Mantener, Operar, Transferir)	La entidad privada se encarga de la construcción y el mejoramiento de un bien y de su operación; la propiedad o bien se mantiene con el Estado al final del proceso.	<ul style="list-style-type: none"> · Construcción de una planta generadora de energía. · Construcción de un hospital.
Cooperativas	Organizaciones comunitarias se asocian con instituciones públicas para apoyar un bien común.	<ul style="list-style-type: none"> · El gobierno realiza un pago o una contribución a una organización local, basado en indicadores de desempeño.
Asociaciones a riesgo compartido	Los agentes públicos y privados se asocian a través de una compañía mixta o de un vehículo similar; comparten riesgos, costos y utilidades.	<ul style="list-style-type: none"> · Un gobierno crea una compañía con un propósito específico; por ejemplo, para construir una carretera.

Fuente: Elaborado por Alborta, Stevenson y Triana en *Asociaciones público-privadas para la prestación de servicios: "Una visión hacia el futuro"*. Publicado en la página web del Banco Interamericano de Desarrollo (2011) (sobre la base de Bloomgarden y Maruyama [2008]).

En nuestra legislación, el Reglamento de la Ley N.º 1362, en el artículo 29, establece como modalidades contractuales la concesión, gerencia, operación y mantenimiento, y otras que permite la normativa vigente.

Actualmente, la modalidad de Contrato APP más usada en nuestro país es la concesión; sin embargo, se han dado casos en los que se ha usado el contrato de gerencia (caso del proyecto Gestión del Instituto Nacional del Niño – San Borja, en octubre de 2014) y el contrato de prestación de servicios (caso del proyecto Prestación de Servicios de Seguridad Tecnológica en las Prisiones, en octubre de 2014).

Es necesario señalar que, en el Perú, a partir de la promulgación del Decreto Legislativo N.º 1012, en el 2008, se establece la Ley de Asociaciones Público-Privadas de manera específica, la cual no solo define a las APP, sino que regula las etapas del ciclo de proyectos de inversión, establece las responsabilidades y la relación de los actores públicos, entre otros.

Precisamente, en el artículo 3 del mencionado decreto legislativo, se define lo siguiente: “Las APP son modalidades de participación de la inversión privada en las que se incorpora experiencia, conocimientos, equipos, tecnología, y se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados, con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública o proveer servicios públicos”.

Sin embargo, en esta ley no se regula ningún tipo contractual de los Contratos APP; es más, en el artículo 4 de su Reglamento, promulgado en 2014, solo se hace mención a que las “APP incluyen todos aquellos contratos en los que se propicia la participación activa del sector privado, tales como la concesión, asociación en participación, contratos de gerencia, contratos de riesgo compartido, contratos de especialización, así como cualquier otra modalidad contractual permitida por ley”.

Posteriormente, el Decreto Legislativo N.º 1224, en el año 2015, incorpora y unifica todas las disposiciones relacionadas principalmente a la estabilidad jurídica de las inversiones. Precisamente, el numeral 11.1 del artículo 11 agrega a la definición de

APP ya dada en el D. L. N.º 1012 que “[...] bajo los mecanismos contractuales permitidos por el marco legal vigente, las Asociaciones Público Privadas se originan por iniciativa estatal o iniciativa privada”.

Asimismo, el artículo 12, numeral 12.1 del reglamento del Decreto Legislativo N.º 1224, establece que un

[contrato APP] constituye título suficiente para que el inversionista haga valer los derechos que dicho contrato le otorga frente a terceros, en especial el de cobrar las tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de las inversiones, así como los beneficios adicionales expresamente convenidos en el contrato, pudiendo incluir servicios complementarios. El inversionista puede explotar el o los bienes objeto de la Asociación Público Privada por cuenta propia o por medio de terceros, quedando siempre como único responsable frente al Estado. Sin perjuicio de lo anterior, la modalidad de entrega en concesión al inversionista que recaiga sobre bienes públicos no otorga un derecho real sobre los mismos.

Con la entrada en vigor del Decreto Legislativo N.º 1362, en 2018, el artículo 21 define que los contratos de APP “constituye[n] título suficiente para que el inversionista haga valer los derechos que dicho instrumento le otorga frente a terceros; en especial, los mecanismos de recuperación de las inversiones y los beneficios adicionales expresamente convenidos, pudiendo incluir servicios complementarios”.

Como se puede observar, en el marco normativo de las APP se especifica sobre el procedimiento para la suscripción de un Contrato APP, la clasificación que hay en el tipo de recursos que utilizará, entre otros. Sin embargo, no delimita el marco normativo para su aplicación. Deja cierto margen de acción y, como se sabe, en la administración pública es difícil de comprender.

Finalmente, según lo desarrollado en los párrafos anteriores, podríamos inferir que un contrato de concesión APP es un **contrato transversal**, tal como lo señaló Díaz-Guevara (uno de nuestros entrevistados); toda vez que, efectivamente, no se puede catalogar al Contrato APP en un solo tipo de derecho, ya sea público o administrativo. Sin embargo, sí es necesario e imperioso que se establezcan las reglas normativas aplicables para el desarrollo del Contrato APP, es decir, sincerar si se aplica o no el derecho administrativo, por ejemplo, para la penalidad, o si se aplica el código civil para la reducción, a pesar de que en el Contrato APP no está regulado, etcétera.

2.4.5. Teoría del contrato privado

En efecto, la doctrina no ha sido uniforme en considerar al contrato de concesión bajo la modalidad de APP como de derecho público. Al respecto, la doctrina clásica o contractualista, establece que el Estado y el concesionario actúan de manera voluntaria, ejerciendo sus derechos y respetando el contrato en los términos pactados (Gómez de la Torre, s. f., p. 77).

Cornejo (2016) señala que esta teoría

[...] distingue los “actos de autoridad o de imperio” que son vinculados a la actuación del Estado en el ejercicio de las potestades que tiene como tal, y los “actos de gestión”, referidos a la actuación de la Administración Pública en la esfera privada y bajo las normas aplicables a los particulares. Por lo que, los que se adhieren a esta teoría, sostienen que, en los contratos con los particulares, el Estado lleva a cabo actos de gestión y las normas aplicables son las del derecho común, ya que las reglas que debe seguir son las que se establecen en los contratos (Cornejo, 2016: 13).

En tal sentido, el Estado sí puede —y en efecto lo hace— participar en una relación bilateral con un privado.

2.4.6. Teoría del contrato administrativo

En tal sentido, tenemos el acto unilateral, porque la concesión de obra pública es un acto de soberanía estatal en donde el Estado tiene la superioridad frente a los particulares. El Estado es la entidad concedente que decide el perfeccionamiento o no de la concesión, lo cual no permite que el concesionario participe en la negociación (Gómez de la Torre, s. f.).

Según Cornejo (2016), esta posición “ha sido rebatida, ya que es el concesionario el que acepta las condiciones preestablecidas, en forma voluntaria y por ello firma el contrato que, finalmente, reúne el requisito esencial de todo contrato, el cual resulta ser un acuerdo de voluntades” (Cornejo, 2016: 16).

2.4.7. Teoría del acto complejo

Respecto a la teoría del acto complejo, mixta o ecléctica, se plantea que coexisten un aspecto legal o reglamentario y un aspecto contractual. En el primero se incluye todas las normas que regulan la concesión e implican un acto unilateral del Estado, el cual establece condiciones y requisitos que el concesionario debe cumplir; y, en cuanto al aspecto contractual en la suscripción del contrato, se crean derechos y obligaciones a favor y a cargo de las partes contratantes que no pueden ser modificados sin el consentimiento de la contraparte (Gómez de la Torre, s. f.).

Zegarra (citado en Cornejo, 2016) señala que

[I]a teoría del Acto Mixto o de Doble Configuración Jurídica, trata de hacer una síntesis de los principios en que se sustentan las anteriores, concibiendo dos facetas del acto concesional: a. Una faz que consiste en un acto de poder público que básicamente se refiere al aspecto legal o reglamentario de la concesión, en cuya virtud el Estado pasa a desprenderse de una determinada actividad para entregarla al sector privado, pero conservando los poderes de vigilancia y control en atención al interés público y; b. Una faz contractual que se refiere a los deberes que recíprocamente se fijan concedente y concesionario, pudiéndose hablar en esta faceta del contrato de concesión administrativa (Zegarra, citado en Cornejo, 2016: 16).

Duguit (citado en Cornejo, 2016) señala que

[I]a naturaleza jurídica de la concesión de servicios públicos es híbrida o mixta, pues es un convenio normativo que da lugar a un complejo de relaciones jurídicas. Por ello mismo, califica a dicha figura como una mixtura entre la “convención-contrato”, y la “convención-ley”, donde en el pliego del contrato hay unas cláusulas que regulan las relaciones bilaterales entre el concesionario y la Administración pública que denomina la “situación jurídica subjetiva”, es decir, la relación acreedor- deudor, que es la menos importante, a diferencia de las cláusulas o reglas de ordenación general del servicio que son obligatorias incluso para terceros ajenos a la relación contractual y crean una “situación jurídica objetiva” que se aplica tanto al concesionario como a los usuarios del servicio, con lo cual es la parte del contrato más importante (Duguit, citado en Cornejo, 2016: 18).

Asimismo, Alva (2017) también señala que el Contrato APP se caracteriza por lo siguiente:

- Es un acuerdo entre el Estado, a través de las entidades habilitadas y el inversionista.
- Es un contrato bilateral y de prestaciones recíprocas en busca de un interés común de interés público.

- Es de larga duración, en función del tiempo en que el inversionista requiere para recuperar sus inversiones en construcción, operación y mantenimiento del proyecto.
- Su objeto es delimitado, ya que las APP solo son para provisión y prestación de servicios públicos, servicios vinculados a estos y para proyectos de investigación e innovación tecnológica.
- Se rige por el derecho público (normativa APP regula las fases del proyecto) y por reglas del derecho privado (Código Civil en lo referente a las garantías del Estado) (Alva, 2017: 477).

2.4.8. *Contrato ley*

El artículo 1357 del Código Civil indica que “por Ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato”. A esta figura jurídica se le denomina contrato ley.

El artículo 39 del Decreto Legislativo N.º 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, señala que

[l]os convenios de estabilidad jurídica se celebran al amparo del artículo 1357º del Código Civil y tienen la calidad de contratos con fuerza de ley, de manera que no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado. Tales contratos tienen carácter civil y no administrativo, y solo podrán modificarse o dejarse sin efecto por acuerdo entre las partes.

Flores (2008) señala que

[l]os contratos ley son contratos por los cuales el Estado otorga a un particular garantías o seguridades que no pueden ser modificadas legislativamente. Se caracterizan por ser acuerdos contractuales suscritos entre el Estado y los inversionistas privados —nacionales o extranjeros— otorgándoseles a éstos últimos, garantías específicas, generalmente de naturaleza político-económica. (Flores, 2008: s. p.).

En el inciso 2 del artículo 23.1 del Decreto Legislativo N.º 1362, se determina que las garantías que son otorgadas para los proyectos APP se clasifican en las siguientes:

Garantías Financieras: Son aquellos aseguramientos de carácter incondicional y de ejecución inmediata, otorgados y contratados por el Estado, con el fin de respaldar las obligaciones [del inversionista] derivadas de préstamos o bonos emitidos para financiar [el proyecto de APP] o para respaldar obligaciones de pago del Estado.

Garantías No Financieras: Son aquellos aseguramientos estipulados en el contrato de Asociación Público Privada que potencialmente pueden generar obligaciones de pago a cargo del Estado, por la ocurrencia de uno o más eventos de riesgos propios del proyecto.

El artículo 25, incisos 25.1 y 25.2 del Decreto Legislativo N.º 1362, referido a seguridades, garantías y estabilidad jurídica, señala lo siguiente:

25.1 De acuerdo con lo señalado en el artículo 1357 del Código Civil, el Estado queda autorizado para otorgar mediante contrato, a las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, que realicen inversiones al amparo del presente Decreto Legislativo, las seguridades y garantías que mediante decreto supremo, en cada caso, se consideren necesarias para proteger sus inversiones, de acuerdo con la legislación vigente.

25.2 Tratándose de contratos de Asociación Público Privada, resulta aplicable lo previsto en el artículo 19 del Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 059- 96-PCM.

Según Nalvarte (2017) “se ha establecido que aquellos proyectos que contemplen garantías a cargo del Estado, cuyas probabilidades de ser activadas sean altas, se considerarán proyectos cofinanciados (subsidiados). Esto para evitar “disfrazar” como proyectos autofinanciados, proyectos que en la práctica terminen funcionando como cofinanciados” (Nalvarte, 2017: 8).

Dentro de este escenario, también tenemos dentro de las APP la fórmula sobre cómo resolver las controversias que se presenten en la ejecución del contrato de concesión.

2.4.9. Solución de controversias

El Decreto Legislativo N.º 1362, en el artículo 56, establece tres mecanismos para que se solucionen las controversias que pudieran darse durante el proceso de desarrollo de la APP:

- a) **Amigable componedor:** Este mecanismo es facultativo y es previo al arbitraje, y se da en la etapa de trato directo, en donde un tercero neutral denominado amigable componedor es quien propone una fórmula de solución de la controversia, que puede ser aceptada de forma parcial o total por las partes, produciendo efectos jurídicos en la transacción.

b) **Junta de resolución de disputas:** Este mecanismo es facultativo, siendo su decisión vinculante para las partes, lo que no limita la facultad de recurrir al arbitraje.

c) **Arbitraje:** Este mecanismo es contemplado de uso obligatorio en los contratos para la solución de controversias. La entidad pública titular del proyecto garantiza la participación de los organismos reguladores en los procesos arbitrales de manera oportuna, y el árbitro o tribunal arbitral tiene la obligación de permitir la participación de estos cuando se discutan decisiones y materias vinculadas a su competencia, conforme a la normativa vigente.

Más adelante desarrollaremos con mayor detenimiento el tema del arbitraje.

2.5. Penalidades

Ahora bien, dentro de los contratos de concesión desarrollados bajo la modalidad de APP, se pactan obligaciones. Estas obligaciones son tanto para el concesionario como para el concedente. Cada parte tiene sus propias obligaciones y deberá cumplirlas a lo largo de la vida de la concesión. En caso una de las partes no cumpla con alguna obligación pactada, entonces se le aplicará la penalidad correspondiente.

Todos los contratos de concesión contienen las penalidades contractuales pactadas.

2.5.1. Definición y funciones de la penalidad

Al respecto, sobre el concepto de cláusula penal, Pothier (1839) señala lo siguiente:

La obligación penal es, como hemos visto ya, aquella que nace de una cláusula puesta en una convención, en virtud de la cual, a fin de asegurar más y más el cumplimiento de una primera obligación, se compromete alguna en forma de pena a una cosa, para el caso en que no se ejecute dicha obligación (Pothier, 1839: 213).

Por su parte, Luis Díez-Picazo menciona que “se denomina pena convencional a aquella prestación que el deudor se compromete a satisfacer al acreedor para el caso de

incumplimiento o de cumplimiento defectuoso o retrasado de la obligación principal” (Díez-Picazo, 1996: 397-398).

Endeman, respecto a la cláusula penal, señala lo siguiente:

La pena convencional es una prestación determinada, prometida por el deudor al acreedor, para el caso de incumplimiento de su obligación o para el caso de cumplimiento no regular. Su fin consiste tanto en ofrecer al acreedor un medio conminativo severo contra el deudor, especialmente para disuadirle de adoptar un proceder contrario a lo prometido, cuanto también consiste en descargar al acreedor de la estimación de su petición por razón de los perjuicios. La prestación prometida es pena, en cuanto de antemano importa un interés ya estimado (citado por Gutiérrez Camacho y Rebaza González, 2010: 1104).

Roca Sastre y Puig Brutau definen la cláusula penal como “convención accesoria, por la que el deudor, si no cumple su obligación principal, queda obligado a dar alguna cosa al acreedor para compensarle de la falta de ejecución del contrato” (citado por Marín García, I., 2017: 77).

Kemelmajer de Carlucci define la cláusula penal como “un negocio jurídico, o una convención o estipulación accesoria, por la cual una persona, a fin de reforzar el cumplimiento de la obligación, se compromete a satisfacer cierta prestación indemnizatoria si no cumple lo debido o lo hace tardía o irregularmente” (citado en Espinoza, 2014: 222).

Asimismo, Ludwing Enneccerus define a la pena convencional como “Una prestación, generalmente de carácter pecuniario, que el deudor promete como pena al acreedor para el caso de que no cumpla su obligación o no la cumpla del modo pertinente” (Enneccerus, 1954: 187).

Louis Josserand sostiene que “La cláusula penal es aquella por la cual las partes fijan de antemano la suma que tendrá que pagar el deudor si no ejecuta su obligación o si la ejecuta tardíamente” (Josserand, 1950: 518).

i) **Función compulsiva**

En primer lugar, veremos la función compulsiva. Respecto de esta, Kemelmajer de Carlucci considera que la cláusula penal, como pena, se dirige a **castigar** una conducta antijurídica asegurando de esta manera el cumplimiento de la obligación [el énfasis es nuestro] (De Carlucci, 1981: 13). Por su parte, Soto Coáguila considera que la función compulsiva constituye una **sanción**, una pena privada que recae en el deudor por el incumplimiento de la obligación [el énfasis es nuestro] (Coáguila, 2006: 92). Y Llambias sostiene que “la cláusula penal tiene también una función **compulsiva** en cuanto agrega un estímulo que mueve psicológicamente al deudor a cumplir la prestación principal para eludir la pena, que puede ser harto gravosa” [el énfasis es nuestro] (Llambias, 1997: 125).

ii) **Función indemnizatoria**

Por otro lado, se encuentra la función indemnizatoria. Dicha función busca el resarcimiento de los daños originados por el incumplimiento de la obligación contractual. Siendo así, para Espín Alba “la función indemnizatoria debe ser apreciada como el avalúo anticipado de los **daños y perjuicios que el incumplimiento pudiera causar**”; y agrega que dicho aspecto implica que es la penalidad convenida, y no los daños y perjuicios realmente causados, la que deberá considerarse como monto indemnizatorio a pagar [el énfasis es nuestro] (citado por Gutiérrez Camacho y Rebaza González, 2004:1106). Asimismo, Mazzaresse sostiene que esta función no se refiere tanto a la reintegración pecuniaria del daño, sino más bien a una técnica negocial [sic] de satisfacción del derecho violado, aunque no se haya causado lesión patrimonial (citado por Gutiérrez Camacho y Rebaza González, 2004: 1106).

iii) **Función resolutoria**

Como tercera función, tenemos la resolutoria. Al respecto, la función resolutoria de la pena convencional es una de las funciones más cuestionables. Donde el punto fundamental es determinar si, al momento de hacerse efectiva, la cláusula penal

importaría la resolución del contrato fuente de la obligación principal (Gutiérrez Camacho y Rebaza González, 2004: 1109). Para Ferreiro y Lacruz Berdejo, la función resolutoria tiene por finalidad **sustituir la prestación principal incumplida**, lo cual determina que si el acreedor perjudicado decidiera ejecutar la penalidad pactada ya no podría subsistir la obligación principal; es decir, el deudor no podría continuar obligado a cumplir la prestación principal por encontrarse extinguida [el énfasis es nuestro] (citado por Gutiérrez Camacho y Rebaza González, 2004: 1110). Por su parte, Jorge Mosset Iturraspe señala que “sin perjuicio de la facultad que tiene todo contratante de resolver el contrato ante el incumplimiento del deudor por medio de la institución jurídica de la resolución, un sector de la doctrina considera que también puede llegarse a la resolución por la vía de la cláusula penal” (Mosset, 1978: 81).

Sin embargo, Soto Coáguila, sostiene que “la cláusula penal no cumple una función resolutoria, pues el acreedor podría solicitar tanto el cumplimiento de la obligación como el pago de la penalidad pactada” (Soto Coáguila, 2006: 95).

iv) **Función preventiva**

Como cuarta función tenemos la preventiva. Al respecto, sobre la función preventiva de la cláusula penal, Soto Coáguila (2006) señala que

[c]uando dos contratantes incorporan una cláusula penal en su contrato, no lo hacen para que uno u otro se beneficie con la penalidad pactada, sino con la finalidad de reforzar el cumplimiento de su contrato y consecuentemente evitar el incumplimiento de las obligaciones asumidas por cada uno de ellos, por lo que la inclusión de una cláusula penal al momento de contraer la obligación o en acto posterior a ella, tiene por finalidad desincentivar un posible incumplimiento de las obligaciones (Soto Coáguila, 2006).

Por su parte José Puig Brutau (1959) ha señalado lo siguiente:

Aunque la cláusula penal puede responder a más de una finalidad, su función más peculiar es la de estimular al deudor al cumplimiento de la obligación. Puede parecer contradictorio que el deudor prometa una ampliación de su deuda para el caso de incumplimiento; es decir, podría afirmarse que es incongruente cifrar la sanción de no cumplir lo menos en la obligación de tener que cumplir lo más, pues con ello tal vez aumentarían las probabilidades del incumplimiento. Pero ello tiene una explicación perfectamente natural. Precisamente la posibilidad de ser ejecutado por más de lo originariamente debido puede ejercer una eficaz presión sobre la voluntad de cumplir del deudor. Incluso puede lograrse que el procedimiento sea proporcionalmente menos costoso. La cláusula penal ha de

usarse de manera que aumente el interés del deudor en evitar la ejecución porque ésta tendría un alcance superior al que normalmente correspondería al incumplimiento de la obligación principal sin dicha garantía.

Toda responsabilidad por incumplimiento sobre el patrimonio del obligado ejerce una presión superior al importe estricto de la prestación debida, pues al mismo deben sumarse los posibles daños y perjuicios, los intereses de demora, las costas judiciales, etc. Si esta ampliación de responsabilidad ya se produce en todo caso como resultado del incumplimiento, cabe preguntar si las partes pueden haberla convenido de antemano para que se exija como una obligación accesoria al sobrevenir el incumplimiento (Puig, 1959: 472).

Como se puede observar, la doctrina trata cuatro funciones de la penalidad. En tal sentido, corresponderá ahora desarrollar la penalidad desde el punto de vista general para luego aterrizar a lo específico.

2.5.2. Aspecto legal

El artículo 62 de la Constitución Política del Perú reconoce como principio la libertad de contratación, que consiste en la facultad que reconoce el ordenamiento legal a los particulares para autorregular sus relaciones jurídico-económicas con los demás y otorga a los particulares el poder de decidir con quiénes se vincularán, así como la libertad de determinar el contenido de sus convenios (Gutiérrez Camacho 2005: 851). Textualmente, el artículo 62 menciona que “La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato”.

En ese contexto, el artículo 1351 del Código Civil establece como noción del contrato lo siguiente: “El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”.

Al respecto, Bolaños Velarde señala que “[...] podemos decir que el contrato es un acto jurídico plurilateral que produce efectos patrimoniales. Por el acto de su celebración o concertación las partes acuerdan los términos contractuales que regularán los efectos patrimoniales producidos hasta su extinción” (Bolaños, 2013: 273).

De lo señalado en los párrafos precedentes, se advierte que el Código Civil establece que los contratos son obligatorios entre las partes y les otorga la facultad de

establecer las estipulaciones que lo regularán; y permite, además, que las partes de la relación obligacional puedan considerar una cláusula penal en el contrato que suscriban.

En nuestro ordenamiento jurídico, la cláusula penal se encuentra establecida en el artículo 1341 del Código Civil: “El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad [...]”.

Para Osterling Parodi y Castillo Freyre (2008), respecto a la cláusula penal, señalan lo siguiente:

[...] es la estipulación en un contrato que se refiere a la pena o penalidad convenida para el caso de incumplimiento. Es obvio, por lo demás, que toda vez que las partes pacten una penalidad lo harán a través de una cláusula en la que se refieran a ella, independientemente de si dicha cláusula solo alude a tal penalidad o si incluye, además, disposiciones de otra naturaleza (Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2008: 937).

Por su parte, Carlos Cárdenas Quirós (1994), define la cláusula penal como el

[...] mecanismo compulsivo derivado de una relación obligatoria constituido por una prestación de dar, hacer o no hacer que el deudor (o un tercero, según algunos autores o legislaciones, y aun el acreedor en ciertos casos —cuando por ejemplo no colabora con el deudor a fin de que éste verifique la ejecución de la prestación a su cargo, violando el deber de colaboración—) se obliga a ejecutar (a favor del acreedor, de un tercero o de un deudor —si el acreedor contraviene el deber de colaboración—) en el supuesto de inejecución total o de cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación principal (Cárdenas Quirós, 1994: 349).

Asimismo, Palacios Pimentel (1991) señala que la cláusula penal es

[u]na estipulación accesoria añadida a un contrato, por el cual y para asegurar la ejecución de la prestación en caso de retardo o incumplimiento [*sic*]. Se le denomina pena convencional, que viene a ser prestación determinada, prometida por el deudor al acreedor para el caso de incumplimiento o retardo de su obligación. Es un pacto accesorio en el que se estipulan multas o penas a cargo del deudor que deja de cumplir o retarde el cumplimiento de la prestación (Palacios Pimentel, 1991: 553).

Conforme se desprende de lo citado en los párrafos precedentes, la cláusula penal se origina por los acuerdos o negociaciones realizadas por las partes involucradas en un contrato, con el objeto de reforzar el cumplimiento de las estipulaciones pactadas en él, así como de prevenir contingencias originadas por algún incumplimiento por parte del obligado.

Corresponde indicar que, de acuerdo con el Código Civil, existen dos tipos de penalidades: la cláusula penal compensatoria y la cláusula moratoria, reguladas en los artículos 1341 y 1342 del referido marco normativo.

Al respecto, Talavera Cano (2016) señala que las penalidades compensatorias son

[a]quellas que sirven para resarcir los daños causados por el incumplimiento definitivo de una obligación. Son exigibles por el acreedor: (i) cuando la obligación se torna en imposible por causa imputable al deudor; o, (ii) cuando ante un incumplimiento, el acreedor pierde interés en la ejecución de la prestación y decide dejarla sin efecto, cobrando la penalidad pactada (Talavera Cano, 2016: 198).

Cabe precisar que la penalidad **compensatoria** está regulada en el artículo 1341 del Código Civil:

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

Asimismo, el referido autor, sobre la penalidad moratoria, señala que “son aquellas que resarcen los daños causados por la mora en el cumplimiento de una obligación, por causa imputable al deudor. Presuponen que el cumplimiento, efectivamente, se realice, pero con retraso” (Talavera Cano, 2016: 198).

Como se puede observar, tenemos que la cláusula penal es un concepto reconocido y tratado en el derecho civil. Sin embargo, es importante precisar que la doctrina no trata en demasía sobre un tipo de penalidad en el ámbito del derecho administrativo.

Es decir, ¿acaso es la misma penalidad en ambos tipos de derecho? Creemos que no.

2.5.3. Aspecto económico

La cláusula penal, conforme se desprende del análisis jurídico, tiene como objeto reforzar el cumplimiento de las obligaciones pactadas por las partes en el contrato.

No obstante, dicha figura jurídica tiene un elemento económico importante, el cual está referido al hecho de que la estipulación de una cláusula penal disminuye los costos de transacción de la partes contratantes; al respecto, Soto Coáguila confirma que se reducen los costos de tener que acudir a los tribunales para solicitar la indemnización de daños y perjuicios, ya que por la vía de la inclusión de cláusulas penales en los contratos los contratantes pueden pactar anticipadamente los daños y perjuicios que deberá pagar la parte que incumplió sus obligaciones (Soto Coáguila, 2006).

Asimismo, otro aspecto relevante es que la cláusula penal, al ser pactada por las partes en el contrato, tienen pleno conocimiento de las consecuencias ante el incumplimiento de alguna obligación, lo que genera un incentivo para el cumplimiento de estas.

En ese sentido, las penalidades son un mecanismo que busca resarcir a la parte que pudiera ser afectada ante el incumplimiento de una obligación; cuyas implicancias económicas se originan por el hecho de reducir los costos de transacción y generar incentivos para el cumplimiento de las obligaciones asumidas.

2.5.4. Determinación o cuantía de la penalidad

Las penalidades se constituyen en el marco del derecho privado y están reguladas en el capítulo tercero del Código Civil.

Asimismo, corresponde indicar que

[...] las penalidades, en el caso de los contratos de concesión de infraestructura, deben ser vistos, en mayor medida, como un mecanismo para desincentivar el incumplimiento de las obligaciones, materializándose en el pago de un monto previamente fijado por las partes, que realmente cumpla ese fin disuasorio. (Zúñiga Velarde, 2018, citado por Jhojan Cristhian Marquiño Terrones Jancco, 2019: 10).

Siendo así, sobre la oportunidad de estipulación de la cláusula penal, el artículo 1344 señala lo siguiente: “La cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación o por acto posterior”.

Al respecto, Gutiérrez Camacho y Rebaza González señalan lo siguiente:

Dicho precepto resulta plenamente justificado, habida cuenta que las partes pueden prever, al momento de contraer una obligación, que los daños que pudieran derivarse de su incumplimiento sean indemnizados mediante una pena obligacional. No obstante, nada impide que dicho pacto se estipule con posterioridad al nacimiento de la obligación; con la salvedad de que el momento en que se estipule la pena deberá preceder siempre a la inejecución (Gutiérrez Camacho y Rebaza González, 2010: 1129).

Por su parte, Osterling Parodi y Castillo Freyre (2008: 937) indican que el artículo 1344 del Código Civil señala que la cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación o por acto posterior; pero, aunque el código no lo establezca, es evidente que ella no puede ser concertada después del incumplimiento.

Por ello, en el marco del derecho civil para la determinación de la cláusula penal, la autonomía de la voluntad permite que las partes puedan pactar libremente la posibilidad de que el acreedor —entidad estatal— reciba el monto de la cláusula penal a partir de la comprobación objetiva de los hechos que constituyen la violación de la ley contractual por parte del deudor de la prestación principal, esto es, el contratista, y de la correcta y precisa demostración de los perjuicios ocasionados con la misma (Expósito Vélez, 2013, citado por Jhojan Cristhian Marquiño Terrones Jancco, 2019).

En ese sentido, podemos señalar que **las penalidades** tienen una **naturaleza civil**, utilizadas para **garantizar** el cumplimiento de una **obligación principal** a favor del acreedor. Asimismo, corresponde indicar que las partes, al estipular la cláusula de penalidades en mérito de la autonomía de voluntad, deberán reflejar en el contrato de concesión el procedimiento a seguir para aplicar dicha cláusula.

Ahora bien, dentro de este análisis, podemos observar que la naturaleza de la penalidad recae en el ámbito del derecho civil y ha sido concebida para tales efectos.

Sin embargo, en los Contratos APP se encuentra también este concepto, aunque no ha habido un tratamiento diferenciado por ser este contrato uno de tipo transversal.

Como referencia, podemos advertir este concepto en dos normativas públicas bastante concretas: en la Ley de Contrataciones Públicas y en la Ley N.º 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, actualmente derogada.

Respecto al concepto de penalidad en la Ley de Contrataciones Públicas, se tiene que de la revisión de los artículos 161 al 163 del Reglamento de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N.º 344-2018-EF, se desprende que **el incumplimiento** o el **retraso** en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista **puede determinar** la aplicación de **penalidades** y/o la resolución del contrato.

Al respecto, según lo dispuesto en el artículo 161 de la mencionada ley, el contrato establece las **penalidades** aplicables al contratista ante el **incumplimiento injustificado** de sus obligaciones contractuales, las cuales deben ser **objetivas, razonables** y **congruentes** con el objeto de la convocatoria. Asimismo, el citado artículo dispone en el numeral 161.2 que “[l]a Entidad prevé en los documentos del procedimiento de selección la aplicación de la penalidad por mora; asimismo, puede prever otras penalidades”.

En ese sentido, de acuerdo con los artículos 162 y 163 del reglamento de dicha ley, se puede determinar que las penalidades reguladas en el mencionado marco legal son las siguientes: i) la “penalidad por mora” en la ejecución de la prestación; y, ii) “otras penalidades”.

Una vez identificados los tipos de penalidades que prevé la normativa de contrataciones del Estado, con relación a la penalidad por mora, la Opinión N.º 047-2020/DTN, de fecha 7 de julio de 2020, de la Dirección Técnico Normativa del Órgano Supervisor de las Contrataciones con el Estado, señala lo siguiente:

Ahora bien, en relación con la “penalidad por mora” es preciso mencionar que ésta tiene por finalidad, incentivar al contratista a cumplir con los plazos establecidos en el contrato; por tanto, la penalidad por mora sanciona el retraso en la ejecución de las prestaciones a cargo de los contratistas, constituyéndose como el mecanismo

coercitivo idóneo para asegurar el cumplimiento oportuno de las obligaciones asumidas por ellos.

Adicionalmente a lo expuesto, la aplicación de la penalidad por mora cumple una función resarcitoria de los eventuales daños y perjuicios que el contratista haya ocasionado a la Entidad con su cumplimiento tardío, la cual se concibe como un mecanismo destinado a fijar la reparación en caso de cumplimiento tardío y siempre que este incumplimiento sea imputable al deudor (Opinión N.º 047-2020/DTN, 2020: 2, 3).

Asimismo, el artículo 162 del citado reglamento establece la fórmula de cálculo de la penalidad por mora, la cual es la siguiente:

162.1. En caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso. La penalidad se aplica automáticamente y se calcula de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times \text{monto vigente}}{F \times \text{plazo vigente en días}}$$

Donde F tiene los siguientes valores:

- a) Para plazos menores o iguales a sesenta (60) días para bienes, servicios en general, consultorías y ejecución de obras: F 0.40.
- b) Para plazos mayores a sesenta (60) días:
 - b.1) Para bienes, servicios en general y consultorías: F = 0.25
 - b.2) Para obras: F = 0.15

162.2. Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al monto vigente del contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica o entregas parciales, a la prestación individual que fuera materia de retraso.

Como se observa, la penalidad por mora se aplica de manera automática ante el retraso injustificado del contratista en la ejecución de la prestación materia del contrato. Para calcularla, se aplica una fórmula que determina la penalidad por cada día de atraso, fórmula que tiene en consideración el monto y plazo vigentes del contrato (o ítem) que debió ejecutarse o, en el caso de contratos de ejecución periódica o con entregas parciales, la prestación individual que fuera materia de retraso.

Ahora, el numeral 163.1 del artículo 163 del reglamento antes referido, precisa que se pueden establecer penalidades distintas a la penalidad por mora —con relación a la mencionada en el artículo 162 del Reglamento—; es decir, “otras penalidades”, siempre y cuando estas sean “objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto

de la contratación. Para estos efectos, incluyen los supuestos de aplicación de penalidad, distintas al retraso o mora, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar”. De allí se desprende que la entidad tiene la facultad de establecer en los documentos de selección la aplicación de “otras penalidades” distintas a la penalidad por mora en la ejecución de la prestación. Para tal efecto, la entidad deberá:

- i) Prever que dichas penalidades sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación.
- ii) Definir los supuestos que originarían su aplicación, los cuales deben ser diferentes al retraso injustificado o mora previsto en el artículo 162 del reglamento.
- iii) Delimitar la forma de cálculo de la penalidad para cada uno de los supuestos que previamente se hayan definido.
- iv) Establecer el procedimiento a través del cual se verificará si se constituye el supuesto que da lugar a la aplicación de la penalidad.

El artículo 118 de la Ley de APP establece una clara diferencia entre los contratos de concesión con supervisión en los proyectos en sectores regulados respecto de los no regulados. Un sector no regulado, por ejemplo, es el de educación, en el cual el mismo titular del proyecto será quien determine la supervisión, funciones, etcétera. En el caso de los sectores regulados tenemos, por ejemplo, a organismos como Osiptel, Osinergmín, Ositrán y Sunass. Como materia de la presente tesis, se analiza al sector que se encuentra regulado por el Ositrán.

La razón de por qué consideramos a dicho sector se encuentra enmarcada en la complejidad de los proyectos de inversión que contiene. En tal sentido, se circunscribe el estudio a través de los Contratos APP que se encuentran regulados por el Ositrán.

Ositrán puede aplicar penalidades a los concesionarios en casos de incumplimiento de obligaciones contractuales de estos; dichas penalidades se aplican conforme al procedimiento establecido en el contrato de concesión y a la aplicación supletoria de la

Directiva de Procedimientos para la Aplicación, Impugnación y Cobro de Penalidades en los Contratos de Concesión bajo el ámbito de Ositrán, emitida mediante Resolución de Consejo Directivo N.º 050-2016-CD-OSITRAN, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 2 de diciembre de 2016.

Al respecto, corresponde indicar que la mencionada directiva, aprobada por la referida Resolución de Consejo Directivo, tiene por finalidad establecer reglas que generen transparencia y predictibilidad en el accionar de Ositrán respecto de los procedimientos a su cargo referidos a la aplicación, impugnación y cobro de penalidades por incumplimiento de obligaciones contractuales en que incurran las empresas concesionarias, conforme a los mecanismos previstos expresamente en los contratos de concesión.

En el caso que se determine que el concesionario ha incumplido una obligación contractual, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización determinará si es que corresponde la aplicación de una penalidad y procederá a aplicarla de ser necesario.

Además, un aspecto relevante para el presente acápite es el hecho de que la citada directiva, en relación con la cuantificación de la penalidad, en el numeral 6.1.8, puntualiza que

[e]l monto de la penalidad se determinará según el valor de la unidad impositiva tributaria (UIT) u otro valor definido en los contratos de concesión. En caso de que éstos no establezcan cuál es el valor de la UIT aplicable para determinar el monto de la penalidad, la UIT que debe ser considerada es aquella que estaba vigente a la fecha en que se incurrió o se inició el incumplimiento que motiva la imposición de la penalidad. Para el caso de las penalidades que buscan indemnizar el daño producido por el cumplimiento parcial o defectuoso o el incumplimiento total de la obligación, la UIT que debe ser considerada será aquella que se encontraba vigente al momento en que se incurrió en el incumplimiento que motiva la imposición de la penalidad.

En ese sentido, debemos señalar que, de conformidad con el artículo 21 del Reglamento General de Ositrán, aprobado por Decreto Supremo N.º 044-2006-PCM y sus modificatorias, es el propio Ositrán la entidad competente para supervisar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades prestadoras y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a

su competencia; razón por la cual puede realizar las acciones pertinentes para el cobro de las penalidades por medio de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización.

Como se puede observar, las penalidades en estos tipos de contratos de concesión, que se encuentran regulados por un organismo regulador, son impuestas por un agente externo a la relación interpartes. En tal sentido, es importante precisar sobre cuál sería la razón de ser de que justamente esa penalidad impuesta se pueda cuestionar o no.

2.5.5. El objeto de la penalidad incluso en un escenario de responsabilidad extracontractual

En el derecho peruano existen dos tipos de responsabilidades: la responsabilidad derivada de la inejecución de las obligaciones y la responsabilidad civil extracontractual.

En cuanto a la primera, esta se refiere al incumplimiento derivado de la inejecución de las obligaciones, mientras que la segunda, al incumplimiento de un deber genérico.

En el caso de la presente tesis, esta se encuentra en lo concerniente a la penalidad contractual bajo el contrato de concesión APP y se circunscribe a la responsabilidad derivada de la inejecución de las obligaciones, es decir, en virtud del factor previsibilidad, a diferencia de un escenario de responsabilidad civil extracontractual de no previsibilidad.

Asimismo, es importante advertir que, para el caso de la responsabilidad de la inejecución de las obligaciones, se encuentra la graduación de la culpa o dolo o culpa inexcusable, mientras que en la responsabilidad extracontractual no cabe la graduación de la culpa.

Ahora bien, para evidenciar la responsabilidad civil, debemos recurrir a la determinación de sus elementos, que son los siguientes: daño, antijuricidad, nexos

causal, fracturas del nexo causal y factores de atribución, entre otros que la doctrina trate.

En el caso de la presente tesis, al encontrarnos dentro de una relación jurídica, se deberá determinar en esta el daño emergente, el lucro cesante o la pérdida de la chance, mientras que en la extrapatrimonial, el daño moral y el daño a la persona (proyecto de vida).

Ahora bien, frente a un suceso —por ejemplo, el despiste de un vehículo que transitaba por una de las concesiones a cargo del sector transporte bajo la modalidad de APP, por ser justamente dicha entidad el titular del proyecto— es importante que se realice el análisis desde el punto de vista del usuario.

En efecto, frente a ese escenario, debemos preguntarnos qué fue lo que sucedió. Si el vehículo se despistó porque no se encontraba puesta una señalética vertical que debía decir a la izquierda, dicha omisión se encuentra sujeta a dos esferas: la contractual y la extracontractual.

En el ámbito contractual, se activarán todos los mecanismos establecidos en dicho contrato, por ejemplo, Ositrán aplicará la penalidad que corresponda y la sanción que corresponda.

Es importante hacer esa diferenciación porque la penalidad es una obligación contemplada en el contrato de concesión, mientras que la sanción es una multa administrativa producto de una norma legal.

Imaginemos, pues, que en este caso se activan los dos mecanismos y cada uno, por decir lo menos, tiene un criterio de penalidad de 50 UIT. En ambos casos se aplicarán tanto la multa como la penalidad, y la sumatoria de estos representará 100 UIT. Asimismo, el usuario, además de indicar las acciones legales correspondientes en contra de la entidad (MTC) y del concesionario, o incluso el Ositrán, recurre al Indecopi y este último, luego de un procedimiento, obtiene un resultado favorable de 50 UIT. Es decir,

en este escenario, al concesionario se le aplicarían 150 UIT; sin embargo, el usuario que se vio afectado por el incumplimiento del concesionario de no poner la señalética vertical se encuentra grave y, es más, pierde a su hija, que era su acompañante.

Paralelamente, el concesionario y el usuario transan por un valor menor a las 50 UIT; es decir, el Estado le impuso hasta 150 UIT, pero el usuario solo recibe la suma de 30 UIT por compensación en virtud del seguro contemplado en el Contrato de Concesión. Como se puede observar, existe un desequilibrio entre el daño a la persona (proyecto de vida) y la indemnización que recibió producto del seguro.

Indignado ante dicha situación, el usuario demanda al Estado peruano y probablemente gane una compensación no mayor a las 100 UIT.

Frente a esta problemática, debemos señalar que la tesis se encuentra circunscrita a la responsabilidad derivada de la inejecución de las obligaciones que se pueden desencadenar producto de ello y que, en efecto, así sucede (situaciones de mucho pesar para nuestra sociedad).

Continuando con el desarrollo (y aunque no sea materia de la presente tesis), este ejemplo deberá analizarse con los demás elementos de la responsabilidad civil, para determinar si hubo o no dolo o culpa.

2.5.6. La penalidad contractual y la sanción administrativa

Conforme a lo desarrollado en los párrafos precedentes, las penalidades contractuales se constituyen como prestaciones determinadas o subordinadas prometidas por el deudor al acreedor en caso de incumplimiento de su obligación respecto de un cumplimiento no regular, el cual nace o se origina en aplicación del principio de libertad de contratación que faculta a los particulares a autorregular las relaciones jurídico-económicas; a diferencia de las sanciones administrativas, las que se constituyen como una institución propia del derecho administrativo y que tienen su origen en la ley, es decir, que se sustentan en el principio de legalidad.

Conforme lo 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 (citado por César Augusto Borda Gonzales, Juan Carlos Juárez Quichíz y Gadwyn Sánchez Yaringaño).

Por su parte, Ossa (2000: 127) 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 [sic] 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.

Por lo tanto, podemos señalar que las penalidades o cláusulas penales tienen un origen contractual al ser pactadas o consensuadas por las partes de un contrato; en cambio, conforme se desprende de los conceptos indicados en los párrafos precedentes, la sanción administrativa, al ser parte del poder punitivo que tiene la administración pública, no depende de la voluntad de las partes, sino de la ley.

2.5.7. Inmutabilidad o mutabilidad de la penalidad

Conforme a lo desarrollado precedentemente, la cláusula penal se encuentra regulada en el Código Civil y es mediante este que se permite que las partes puedan estipular en los contratos dicha figura jurídica con la finalidad de garantizar el cumplimiento de una obligación, de modo que se eviten conflictos que lleguen a los tribunales judiciales.

Asimismo, es importante mencionar que el Ositrán —por medio del Reglamento de Infracciones y Sanciones aprobado por Resolución de Consejo Directivo N.º 023-2003-CD-OSITRAN, de fecha 26 de noviembre de 2003, en su artículo 3— reconoció la naturaleza civil de la penalidad; que si bien dicho Reglamento fue dejado sin efecto por la Resolución de Consejo Ejecutivo N.º 050-2016-CD-OSITRAN, de fecha 29 de noviembre de 2016, que aprobó la nueva directiva para la aplicación, impugnación y cobro de penalidades en los contratos de concesión bajo el ámbito del Ositrán, la naturaleza civil de la penalidad se mantiene debido a que en el acápite V.2 se establece el principio de obligatoriedad del contrato. Así, se señala lo siguiente: “Conforme a lo dispuesto por los artículos 1361 y 1362 del Código Civil, corresponde al Ositrán supervisar los contratos de concesión, teniendo en consideración que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos”.

Siendo así, el artículo 1346 del Código Civil, sobre la reducción de la penalidad, señala que “El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida”.

Gutiérrez Camacho y Rebaza González (2010), sobre dicho artículo, indican lo siguiente:

Para la reducción de la pena será preciso que no solo sea excesiva, sino que tal plus sea claramente exagerado, de suerte que una simple comparación entre los daños y ésta lo revele. Lo que en el fondo proscribiera esta norma son las penas abusivas, es decir, aquéllas que declaradamente exceden el fin de garantizar la obligación. Bajo esta perspectiva, la tarea de verificar que el supuesto de la norma se ha cumplido no le correspondería al deudor que solicita la reducción de la penalidad, sino al juez. Asimismo, el carácter abusivo de la penalidad tampoco es susceptible de verificarse en el terreno probatorio, pues no es mediante criterios objetivos, sino subjetivos, que se tendrán que evaluar los supuestos en que el monto de la pena pactada es “manifiestamente excesivo” (Camacho y González, 2010: 1146).

Por su parte, Pothier sostiene que la pena estipulada podía “ser reducida y moderada por el juez cuando le parezca excesiva”; asimismo, indicó que “[...] la naturaleza de la pena es la de suplir los daños y perjuicios que podrían pretenderse por el acreedor en caso de inexecución de la obligación” (Pothier, 1978: 212).

En ese sentido, Ludwing Enneccerus sostiene que

[c]omo quiera que no es raro que las penas convencionales desproporcionadamente elevadas lleven a una injusta opresión del deudor, el C. C. ha dispuesto que la pena convencional desproporcionadamente elevada, ya vencida, pero aún no pagada, puede ser reducida a un importe prudencial a petición del deudor (Ludwing Enneccerus, 1954: 191).

Del mismo modo, Messineo explica que

[...] el deudor no puede exigir una reducción de la pena; solo el juez —y únicamente en los casos en que el deudor haya cumplido en parte, o que el monto de la pena sea manifiestamente excesivo (es decir, adquiera un carácter usurario)— tiene la facultad de reducirla equitativamente, tomando, sin embargo, en cuenta el interés del acreedor en el cumplimiento (Messineo, 1986: 220).

De acuerdo con Romero Zavala, el artículo 1346 del Código Civil concede al deudor el derecho a pedir, judicialmente, la reducción equitativa de la pena cuando 1) sea manifiestamente excesiva; 2) la obligación principal hubiese sido cumplida en parte; y 3) la obligación principal sea irregularmente cumplida. La facultad concedida al juez es para reducir y no suprimir la penalidad. Parece, sin embargo, que con los mismos fundamentos pueden hacerse ambas operaciones sin abandonar la equidad. Se trata, pues, en esencia, de una comparación de valor en su contexto económico: el monto de la penalidad no guarda relación, es decir, no contiene equivalencia con el *quantum* de los perjuicios (Romero Zavala, 1999).

Como se puede advertir por lo expuesto en los párrafos precedentes, parte de la doctrina considera o sostiene la posibilidad de la revisión de las cláusulas penales. No obstante, corresponde dilucidar si en los contratos de concesión resulta viable su mutabilidad.

Para tal caso, es pertinente indicar que Mario Linares (2002) sostiene que en el Perú debemos hablar de un marco contractual general único, contenido en el Código Civil, que al ser utilizado por el Estado en la adquisición de bienes o servicios da por resultado un *contrato estatal* que se somete a un régimen predominantemente público. En este caso, las remisiones al Código Civil van a ser complementarias al *contrato estatal*.

Por su parte, Oscar Trelles de Belaunde (2002) sostiene que la Administración requiere de la colaboración de los particulares para desarrollar muchas de las funciones que le son propias, no solo porque le es materialmente imposible realizarlas por sí misma, sino también debido a la necesidad de eficiencia económica. Esta colaboración que el Estado requiere de los particulares se estructura bajo diversos mecanismos, uno de los cuales es el contrato administrativo.

A decir de Diego Zegarra, el contrato administrativo es “todo acuerdo generador de obligaciones celebrado por un órgano estatal, en ejercicio de la función administrativa, susceptible de producir efectos con relación a terceros” (citado por Oscar Trelles de Belaunde, 2002: 238).

Del mismo modo, José Roberto Dromi (1992) propugna que no existe una categoría de contratos civiles de la Administración y contratos administrativos, sino que existe un régimen jurídico unitario regulador de todos los contratos que se celebren en ejercicio de la función administrativa. Para dicho autor, todo contrato que celebre la Administración será administrativo y se registrará tanto por el derecho público como por el privado, donde se combinan ambos derechos con mayor o menor intensidad según el interés en juego (citado por Oscar Trelles de Belaunde, 2002: 238).

En ese contexto, es importante indicar qué es lo que se entiende por concesión, para lo cual se toma como referencia a diversos autores: Jorge Sarmiento García sostiene que la concesión es una forma de prestación indirecta de los servicios públicos, lo cual implica que la labor de satisfacción de necesidades individuales de importancia colectiva no sea cumplida por una entidad estatal, sino por personas a quienes el Estado contractualmente extiende el desarrollo de dichas actividades (citado por Diego Zegarra Valdivia, 1999: 101).

En esa línea, José Canasi (1974: 564) expresa que

[I]a concesión de un servicio público [...] que en lugar de prestarlo el Estado directamente en sentido lato, Nación, provincias o municipalidades y otras entidades administrativas descentralizadas, lo prestan personas privadas, físicas o jurídicas, y a veces una entidad pública, con quienes las personas jurídicas públicas

se vinculan contractualmente por medio de una concesión, debiéndose tomar el servicio público en su unidad orgánica.

También se define a la concesión administrativa como “aquel acto que tiene por objeto conferir a una o más personas, extrañas a la Administración, nuevas capacidades o nuevos poderes y derechos, con los cuales queda amplificada su esfera jurídica”. (Zanobini, 1954, citado en Diego Zegarra Valdivia, 1999: 101).

Para Otto Mayer (1951: 172) “la concesión es siempre un acto constitutivo de derechos, por el que se da al sujeto un poder jurídico sobre una manifestación de la Administración”.

Si se consideran las diversas definiciones citadas en los párrafos precedentes, se puede señalar que en los contratos donde participa el Estado y un particular, en los cuales se establezcan como objeto el diseño, construcción, operación, etc., de una infraestructura pública, tienen una categoría administrativa; razón por la cual consideramos que sus estipulaciones deben ser rígidas con la finalidad de salvaguardar los intereses del Estado.

En esa línea, compartimos lo expuesto por Soto Coáguila (2006: 102-106) quien manifiesta que es “ilógico que el deudor que ha incumplido su obligación o que habiéndola cumplido parcialmente, recurra al Poder Judicial para solicitar la reducción de la penalidad que él acordó y aceptó”. Asimismo, el referido autor agrega que

[s]i mediante la inclusión de cláusulas penales en los contratos, los contratantes buscan reforzar el cumplimiento de sus obligaciones y prevenir su posible incumplimiento, resultando contraproducente que el deudor infiel que ha incumplido con sus obligaciones y que faltó a su palabra empeñada, acuda al juez para solicitar la reducción de la pena.

De lo argumentado por el citado autor, se desprende que ante la revisión de las cláusulas penales para su reducción se desnaturaliza la función preventiva que tiene dicha figura jurídica.

2.6. Arbitraje

Como lo mencionamos líneas arriba, el arbitraje es una institución que se encuentra regulada en los Contratos APP, sin embargo, la naturaleza de este mecanismo es de naturaleza contractual civil y no del derecho administrativo.

Al respecto, existen diversos mecanismos alternativos de resolución de conflictos —algunos los conocen con el acrónimo de MARC's [sic]— (Beatriz Franciskovic Ingunza, 2019: 1) los cuales consisten en aquellos medios o vías alternas utilizadas para resolver o componer determinados conflictos. Por su naturaleza, son esencialmente mecanismos extrajudiciales, es decir, se evita recurrir al Poder Judicial para resolver un conflicto.

Sin embargo, solo se pueden resolver conflictos que contengan una materia de derecho disponible, es decir, aquellos que no tengan relación alguna con los derechos fundamentales (derechos inherentes, personalísimos al ser humano); tampoco los delitos ni las faltas, ni los conflictos que contravengan el orden público ni las buenas costumbres.

En tal sentido, las ADR (Alternative Disputes Resolution) —MARC en español— han originado una mayor utilización de los mecanismos alternativos (actualmente existe la tendencia a denominarlos medios adecuados de resolver conflictos) considerados como *tradicionales*, los cuales son los siguientes:

- 1) negociación
- 2) conciliación
- 3) arbitraje

2.6.1. Definición

El arbitraje es un proceso de carácter extrajudicial, pero cuyas resoluciones son de obligatorio cumplimiento de las partes, ya que las partes en conflicto han debido manifestar su voluntad previa de acatar lo resuelto por el árbitro.

Para llegar a esta interpretación resulta importante desarrollar su historia.

2.6.2. Historia del arbitraje en el Perú

La Constitución Política del Estado de 1979, en el artículo 233, numeral 1, incorporó en su texto y por vía de excepción a las denominadas *jurisdicciones* arbitral y militar.

La incorporación de este texto en la Constitución propició el desarrollo del arbitraje a través de la denominada cláusula compromisoria y el compromiso arbitral que fuera incorporado en el texto del Código Civil promulgado por el Decreto Legislativo N.º 295.

Esta cláusula compromisoria, según lo señalado en el artículo 1906 del Código Civil, facultaba a que las partes se obliguen mutuamente a celebrar en el futuro un compromiso arbitral.

Este compromiso, que no requiere la designación de árbitros, permitía fijar la extensión de la materia a arbitrar y generaba, además, la obligación de las partes a materializar el arbitraje por medio de la realización de los actos que fuesen necesarios para honrar el compromiso a la vez que permitiera designar a los árbitros y solucionar el asunto controvertido.

Por otro lado, el compromiso arbitral poseía una regulación más completa. Era definido legalmente en el artículo 1909 del Código Civil, en el cual se señalaba que “[p]or el compromiso arbitral dos o más partes convienen que una controversia determinada, materia o no de un juicio, sea resuelta por tercero o terceros a quienes designan y a cuya jurisdicción y decisión se someten expresamente”.

El compromiso arbitral debía ser por escrito, bajo sanción de nulidad y debía contener la identificación de los otorgantes y de los árbitros, además de la controversia

a la que se somete al fallo arbitral con expresión de sus circunstancias, el plazo para laudar y la sede o lugar donde debe desarrollarse el arbitraje.

En el artículo 1913, el mencionado código señalaba las materias que no pueden ser objeto de compromiso arbitral, por ejemplo, las referidas al Estado y la capacidad civil de las personas; aquellas que interesan a la moral y a las buenas costumbres.

2.6.3. *La Constitución Política de 1993*

La Constitución Política del Perú de 1993, en el artículo 139, recogió el arbitraje como un mecanismo de solución de controversias, diferentes a la ordinaria, la militar y la de las comunidades campesinas y nativas establecidas en el artículo 149.

2.6.4. *Ley General de Arbitraje, Decreto Ley N.º 25935*

La primera norma propia de arbitraje la tenemos a través del Decreto Ley N.º 25935, publicado el 9 de diciembre de 1992, el cual deroga las normas del Código Civil referidas a la cláusula compromisoria y al compromiso arbitral.

Este Decreto Ley, *Ley General de Arbitraje*, se trata del primer cuerpo normativo que regula de manera específica e independiente la materia arbitral y se encontraba dividido en dos grandes secciones: el primero a las disposiciones generales y el segundo, al arbitraje internacional.

2.6.5. *Ley N.º 26572, Ley General de Arbitraje (LGA)*

La Ley N.º 26572, del 3 de enero de 1996, deroga el dispositivo anterior; más adelante, distintas normas han modificado y perfeccionado el dispositivo como, por ejemplo, la Ley N.º 26698, del 3 de diciembre de 1996, que modificó el artículo 92; la Ley N.º 26742, del 6 de enero de 1997, y la Ley N.º 28519, del 23 de mayo de 2005, hasta llegar al actual D. L. N.º 1071, del 1 de setiembre de 2008, que norma el arbitraje y que será materia de desarrollo posterior.

2.6.6. D. L. N.° 1071, Ley del arbitraje

Actualmente, el D. L. N.° 1071, que fuera puesto en vigencia el 1 de setiembre de 2008, es el dispositivo legal vigente que, junto con las modificatorias en el D. U. N.° 020-2020, constituyen el cuerpo normativo vigente para el arbitraje, institución que sirve para resolver las diferencias —cuando una de las partes es el Estado peruano— y que se complementa con las disposiciones referidas al arbitraje internacional.

2.6.7. Arbitraje en el Estado

Ahora bien, el Estado peruano, mediante la Ley N.° 26850, introduce el arbitraje en las contrataciones públicas. Es la primera vez que se introduce esta institución para que el Estado, en un derecho público, resuelva sus controversias a través de este mecanismo.

En efecto, la contratación pública, en el Perú, de modo general, se conceptualiza como un conjunto de principios, procesos, normas, procedimientos, técnicas e instrumentos orientados a que el Estado se relacione con terceros a efecto de obtener, bienes, servicios y obras para el cumplimiento de sus objetivos, metas y funciones, en un marco en que prime la transparencia y la competitividad, a fin de hacer un uso adecuado de los fondos públicos. Esta relación entre el Estado y terceros se instrumentaliza a través de lo que se denomina un contrato de administración.

A inicios de la década de los noventa, el Perú no contaba con un sistema de contrataciones del Estado, es decir un cuerpo normativo que regule su funcionamiento; pues había solamente disposiciones aisladas que pretendían regular la contratación pública. Como consecuencia, existía diversidad de normas (muchas aprobadas que atendían cuestiones específicas) lo que no permitía la existencia de un procedimiento claro y uniforme para la previsión, ejecución y control adecuado del gasto público en bienes, servicios y obras públicas, lo que propiciaba vacíos legales que permitieron graves y sonados casos de corrupción en el sector público.

Es en 1998 cuando se promulga y entra en vigencia la Ley N.º 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, con la finalidad de unificar la normativa y los regímenes coexistentes hasta la fecha y se crea, de ese modo, el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado - Consucode (hoy OSCE).

Posteriormente, se aprobaron diversos dispositivos referidos a la Ley de Contrataciones del Estado, entre ellos, la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 11 de julio de 2014; el Decreto Legislativo N.º 1341 (vigente desde el 3 de abril de 2017) que modifica la Ley N.º 30225; el Decreto Legislativo N.º 1444 (vigente desde el 30 de enero de 2019) que modifica la Ley N.º 30225; y, actualmente, rige el Texto Único Ordenado de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 082-2019-EF y publicado en el diario oficial *El Peruano* el 13 de marzo de 2019.

En forma paralela, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado ha sido modificado con regularidad, entre los que tenemos el vigente Decreto Supremo N.º 344-2018-EF, que aprueba el Reglamento de la Ley N.º 30225 (vigente desde el 30 de enero de 2019), modificado por Decreto Supremo N.º 377-2019-EF y Decreto Supremo N.º 168-2020-EF, y la fe de erratas publicada el 10 de setiembre de 2020.

A la fecha, se ha aprobado el Decreto Legislativo N.º 1439 del Sistema Nacional de Abastecimiento, y su reglamento, el Decreto Supremo N.º 217-2019-EF, que ya cuentan con más de un año de vigencia; sin embargo, se ha prepublicado el proyecto de la Ley General de la Cadena de Abastecimiento Público que virtualmente derogará la Ley de Contrataciones con el Estado. Esta propuesta estuvo en etapa de consulta pública para comentarios hasta el 18 de octubre de 2020.

Un aspecto interesante referido al tema que nos ocupa, es que el artículo 62 del proyecto mencionado contempla que las controversias que se puedan presentar durante la ejecución de los contratos sobre bienes, servicios u obras “se resuelven por conciliación y/o arbitraje, de acuerdo con lo regulado en las leyes de la materia”.

Con dicha expresión, es posible adelantar que se dejaría el tema al amparo del Decreto Legislativo N.º 1071 que norma el arbitraje, el cual fue modificado mediante Decreto de Urgencia N.º 020-2020, publicado el 24 de enero de 2020.

Posteriormente, el Decreto de Urgencia N.º 020-2020, publicado el 25 de enero de 2020, incorpora diversos cambios en la Ley General de Arbitraje, D. L. N.º 1071, sobre todo cuando en el proceso arbitral el Estado peruano figura como parte. En esos casos, el arbitraje será institucional, pudiendo ser *ad hoc* siempre que el monto de la controversia no supere las 10 UIT (S/43,000).

El arbitraje está reconocido en el numeral 1 del artículo 139 de la actual Constitución Política como sistema alternativo de administración de justicia con jurisdicción independiente.

La mencionada Ley General del Arbitraje, del 1 de septiembre de 2008, señala, en el artículo 7, que el arbitraje puede ser *ad hoc* (a cargo de una persona elegida) o institucional, cuando el arbitraje es organizado y administrado por una institución arbitral. Es el caso, por ejemplo, de las cámaras de comercio, universidades, colegios profesionales, etc. También señala la ley que, en caso de falta de designación de una institución arbitral, se entenderá que es *ad hoc*.

Esta norma puede ser adecuada cuando los arbitrajes son entre particulares, sin embargo, cuando interviene el Estado, requiere de cambios normativos para fortalecer el arbitraje y asegurar una mayor transparencia de los procesos arbitrales y evitar actos de corrupción.

Los cambios en materia de arbitraje cuando interviene el Estado son los siguientes:

- Arbitraje institucional: el arbitraje será institucional y, por excepción, podrá ser *ad hoc* cuando el monto de la controversia sea hasta 10 UIT (S/43,000).

- Arbitraje de derecho: los arbitrajes serán de derecho, salvo que se trate de proyectos desarrollados mediante Asociación Público Privada y la controversia sea de naturaleza técnica, en esos casos los arbitrajes podrán ser de conciencia.
- Contracautela: cuando el Estado es parte afectada con la medida cautelar, la contracautela será la carta fianza y/o patrimonial solidaria, incondicional y de realización automática en favor de la entidad pública afectada, por el tiempo que dure el proceso arbitral.
- Incompatibilidad: no podrá intervenir como árbitro quien haya tenido actuación previa en el caso concreto a resolver (abogado de una de las partes, perito), ni quien tenga intereses personales, laborales, económicos o financieros que pudieran estar en conflicto con su función arbitral.
- Recusación: si la otra parte no conviene en la recusación del árbitro y este niega la razón, o no se pronuncia o renuncia, la recusación será resuelta por la institución arbitral y, a falta de esta, por la Cámara de Comercio correspondiente, conforme al procedimiento establecido para la designación de árbitros por defecto.
- Abandono: si no se impulsa el proceso durante 4 meses, se declara el abandono de oficio o a pedido de parte. La declaración de abandono impide iniciar otro proceso arbitral con la misma pretensión durante 6 meses; y si se declara el abandono por segunda vez, caducará el derecho.
- Confidencialidad y publicidad: las actuaciones arbitrales y el laudo son públicos una vez concluido el proceso arbitral, el cual observa las excepciones previstas en las normas de transparencia y acceso a la información pública.
- Contenido del laudo: no cabe la imposición de multas administrativas o similares u otros conceptos distintos a los costos del arbitraje.
- Consecuencias de la anulación del laudo: cualquiera de las partes está facultada a solicitar la sustitución del árbitro que designó, o la recusación del árbitro que emitió el laudo anulado.
- Convenio arbitral: intervendrá en su redacción la procuraduría pública de la respectiva entidad.
- Registro Nacional de Árbitros: el Ministerio de Justicia tendrá a su cargo el Registro Nacional de Árbitros y de Centros de Arbitraje (Renace) que

contendrá la nómina de árbitros y centros de arbitraje a nivel nacional con información relevante sobre sus actuaciones, declaración de intereses en tanto participen en arbitrajes en los que el Estado es parte.

2.6.8. Arbitraje en APP

Así como se ha establecido como medio de solución de controversias el arbitraje para las contrataciones públicas, el Estado ha adoptado la posición en general de someter a arbitraje sus controversias en los Contratos APP.

El D. L. N.º 1362, que regula la promoción de la inversión privada, señala en el artículo 56 (solución de controversias), numeral 56.1, lo siguiente: “Los contratos de Asociación Público Privada incluyen una cláusula referida a la vía arbitral como mecanismo de solución de controversias. Los laudos arbitrales se publican en el portal institucional de la entidad pública titular del proyecto”.

En el reglamento de la ley anteriormente señalada, el artículo 132 (cláusulas arbitrales) del Decreto Supremo N.º 240-2018-EF, que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, señala:

132.1 Las cláusulas arbitrales a ser incluidas en los Contratos de APP se rigen por las siguientes disposiciones:

1. Puede someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición de las partes, conforme a lo señalado en el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje.
2. Deben contemplar el arbitraje como mecanismo de solución de controversias.
3. En caso se distinga entre controversias de naturaleza técnica y no técnica, las primeras son sometidas a arbitraje de conciencia y las segundas a arbitraje de derecho, pudiendo estas últimas ser sometidas a arbitraje de conciencia cuando ello resulte conveniente.

132.2 Las entidades, para efectos de conformar el Tribunal Arbitral para las controversias de los Contratos de APP, eligen preferentemente a profesionales con experiencia mínima de cinco (05) años en la materia controvertida o a abogados con el mismo tiempo de experiencia en materia de regulación o Concesiones, según la naturaleza de la controversia.

132.3 De acuerdo con el artículo 56 de la Ley, las disposiciones sobre el Amigable Componedor, la Junta de Resolución de Disputas, Arbitraje y sus procedimientos, instituciones elegibles, plazos y condiciones que sean establecidos en el presente Reglamento, no son de aplicación cuando se trate de controversias internacionales

de inversión conforme a la Ley N° 28933, Ley que establece el Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión.

132.4 Conforme con lo establecido en el párrafo 56.1 del artículo 56 de la Ley, los laudos arbitrales son publicados en el portal institucional de la entidad pública titular del proyecto, dentro de los quince (15) días hábiles de recibida la notificación correspondiente, sin perjuicio de las acciones legales que las partes puedan adoptar conforme con la normativa vigente.

En tal sentido, las controversias que se produzcan en los Contratos APP serán resueltos mediante arbitraje, salvo las excepciones que se establezcan en el Contrato APP.

CAPÍTULO III. DISEÑO METODOLÓGICO

3.1. Diseño de investigación

3.1.1. Tipo de investigación

Esta investigación es de tipo cualitativa, la cual busca analizar y también interpretar información documental y no documental relevante relacionada a nuestro tema en lo que respecta a la literatura existente, el marco normativo, casos identificados y la opinión de expertos, lo que nos ayuda a tener una mejor comprensión sobre la cláusula penal en los procesos arbitrales de los contratos de concesión bajo la modalidad APP.

3.1.2. Nivel de investigación

El nivel de nuestra investigación ha sido exploratorio, ya que el tema tratado es poco conocido y estudiado, lo cual limita la realización de una investigación más profunda; sin embargo, nos ayuda a tener tanto una primera aproximación respecto al análisis de la cláusula penal en los procesos arbitrales de los contratos de concesión bajo la modalidad APP, así como una base para futuras investigaciones.

3.2. Fuentes de información

3.2.1. Fuente secundaria

Se ha revisado información de libros, revistas, artículos, tesis y páginas de internet relacionados con el tema de nuestra investigación.

Del mismo modo, por lo novedoso del tema tratado, y al no estar disponible la información referente a procesos arbitrales en los contratos bajo la modalidad APP, se ha usado información solicitada a las diversas entidades públicas involucradas en este tipo de contratos.

3.2.2. Fuente primaria

Se han usado las entrevistas a expertos en contratos bajo la modalidad de APP, quienes, desde su experiencia en el sector público y privado, han compartido con nosotros sus opiniones y posiciones, las cuales nos ayudan a comprender mejor el análisis de la cláusula penal en este tipo de contratos.

Por la coyuntura actual en la que estamos en torno a la pandemia de la COVID-19, las entrevistas han sido realizadas de manera virtual y se ha mantenido en reserva la identidad de los entrevistados por los temas analizados.

A continuación, se presenta el listado de expertos entrevistados para nuestra investigación.

Tabla 3. 1: Perfil de expertos entrevistados

N.º	Entrevistado	Especialidad	Ámbito en el que trabaja	Objetivo
1	Entrevistado 1	Abogado	Privado	Conocer su opinión desde el punto de vista privado
2	Entrevistado 2	Ingeniero	Privado	Conocer su opinión desde el punto de vista privado
3	Entrevistado 3	Economista	Privado	Conocer su opinión desde el punto de vista privado
4	Entrevistado 4	Abogado	Privado	Conocer su opinión desde el punto de vista privado
5	Entrevistado 5	Abogado	Privado	Conocer su opinión desde el punto de vista privado
6	Entrevistado 6	Economista	Estado	Conocer su opinión desde el punto de vista público
7	Entrevistado 7	Abogado	Estado	Conocer su opinión desde el punto de vista público
8	Entrevistado 8	Abogado	Estado	Conocer su opinión desde el punto de vista público
9	Entrevistado 9	Ingeniero	Estado	Conocer su opinión desde el punto de vista público
10	Entrevistado 10	Abogado	Privado	Conocer su opinión desde el punto de vista privado

Elaboración: Autores de la tesis.

3.3. Fases de la investigación

3.3.1. Fase 1: Exploratoria

Se hace una revisión de todo el material teórico existente sobre el derecho civil y administrativo; el concepto del contrato desde el punto de vista civil y administrativo; los tipos de contrato en el marco del derecho administrativo del Estado, las asociaciones público privadas en el Perú en lo referente a su naturaleza, solución de controversias, entre otros; las penalidades en lo referente a su aspecto legal, económico, cuantía e inmutabilidad de estas; y el arbitraje respecto a su marco normativo, arbitraje en el Estado y arbitraje en las APP.

Luego de haber revisado el marco teórico, se han recurrido a las diferentes páginas web oficiales de las principales entidades del sector público que manejan contratos bajo la modalidad de APP; sin embargo, no se ha podido encontrar información referente a procesos arbitrales de los contratos bajo la mencionada modalidad que traten sobre penalidades y mucho menos sobre la reducción de esta.

Mediante el acceso a la información pública de dichas entidades, se ha solicitado, de manera virtual, información específica. Por un lado, a las entidades conocidas como promotoras y concedentes; y, por otro, a las entidades reguladoras.

A las entidades como el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), Agencia de Promoción de la Inversión Privada – Perú (Proinversión), Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), Ministerio de Vivienda Construcción y Saneamiento (MVCS) y el Seguro Social del Perú (Essalud) se les solicitó la siguiente información:

- 1) Todos los laudos arbitrales que se hayan emitido producto de un contrato bajo la modalidad de asociaciones público privadas.

- 2) Todos los laudos arbitrales que se hayan emitido producto de un contrato bajo la modalidad de APP, en donde la controversia de la materia sea sobre penalidades.
- 3) Todos los laudos arbitrales que se hayan emitido producto de un contrato bajo la modalidad de APP en donde la controversia de la materia sea sobre penalidades y se haya solicitado como pretensión la reducción de la misma.

En la Tabla 3.2. se muestran las siguientes respuestas:

Tabla 3. 2: Entidades públicas consultadas

Entidad	Documento	Respuesta
MEF	OFICIO N.º 1947-2020-EF/45.01	Indica que no tienen laudos arbitrales en Contratos APP que traten sobre penalidades.
Proinversión	S/D	Indica que no tienen laudos arbitrales en los que haya participado, y mucho menos que se traten de penalidades.
MTC	S/D	Indica que tienen laudos arbitrales, pero no especifica si estos se refieren a penalidades.
MVCS	CARTA N.º 540-2020-VIVIENDA/SG-OAC.AIP	Indica que no tienen en trámite ni concluidos laudos arbitrales en Contratos APP que se refieren a penalidades.
Essalud	CARTA N.º 70-GCAJ-ESSALUD-2020	Indica que tiene laudos arbitrales, pero no especifica que traten sobre reducción.

Elaboración: Autores de la tesis en función de las respuestas enviadas por el MEF, Proinversión, MTC, MVCS y Essalud (ver Anexo I).

Cabe indicar que el MTC y Essalud, nos remitieron un listado de treinta y cuatro (34) y nueve (9) laudos arbitrales, respectivamente, pero no se nos indica si estos son referentes a penalidades (ver Anexos II y III).

A los organismos reguladores como el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transportes (Ositrán), el Organismo Supervisor de la Inversión en

Energía y Minería (Osinergmín) y el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel) se les consultó lo siguiente:

- 1) Todos los laudos arbitrales en los que la entidad haya intervenido en arbitrajes de un contrato bajo la modalidad de asociaciones público privadas.
- 2) Todos los laudos arbitrales que se hayan emitido en los arbitrajes en donde la entidad haya intervenido respecto de un contrato bajo la modalidad de asociaciones público privadas y que haya solicitado como pretensión la reducción de penalidad(es).

De los organismos reguladores consultados, solo uno nos indicó que sí tenía procesos arbitrales referidos a penalidades y su reducción, este es Ositrán. A continuación, en la Tabla 3.3 se podrá apreciar el resumen de las respuestas brindadas por los reguladores.

Tabla 3. 3: Organismos reguladores consultados

Entidad	Documento	Respuesta
Osinergmín	MEMORÁNDUM-GAJ-546-2020	Indica que no tienen laudos arbitrales en los que haya participado y mucho menos que se traten de penalidades.
Ositrán	Oficio N.º MPVOFICIO-185-2020	Indica que tiene siete (7) laudos arbitrales en los que el punto controvertido son penalidades.
Osiptel	S/D	Indica que no tienen laudos arbitrales en los que haya participado y mucho menos que se traten de penalidades.

Elaboración: Autores de la tesis en función de las respuestas enviadas por Osinergmín, Ositrán y Osiptel (ver Anexo I).

3.3.2. Fase 2: Análisis de casos identificados

Con base en la información recabada, y luego de ser contrastada respecto a que sean procesos arbitrales en contratos bajo la modalidad APP referente a penalidades y su reducción, encontramos que Ositrán es quien nos remitió la información necesaria para iniciar nuestro análisis.

Se realiza una breve descripción y análisis de los siete (7) procesos arbitrales identificados en cuanto a las similitudes encontradas, los aspectos discordantes, la naturaleza de la penalidad y la función de la penalidad. De igual forma, se realiza el análisis de los criterios para la resolución de los procesos arbitrales en cuanto a si se mantiene la penalidad, si se reduce la penalidad o si se deja sin efecto.

3.3.3. Fase 3: Entrevistas y análisis de opinión de expertos

Luego de haber analizado los casos, se elabora un cuestionario con las preguntas necesarias —cerradas y abiertas— para lograr una mejor discusión y calidad en las respuestas. Se propone y selecciona a los expertos de acuerdo con su experiencia en el manejo de contratos bajo la modalidad APP y se les contacta por medios virtuales y telefónicos. Una vez confirmada su participación, se programa (en la fecha y hora que ellos dispongan) la entrevista virtual a través de la plataforma Google Meet, la cual es grabada en audio con una duración de aproximadamente 45 minutos.

Concluidas todas las entrevistas a los expertos, se realiza la transcripción de cada una de sus respuestas respecto al cuestionario de preguntas y se procede a analizar sus opiniones y posiciones, para luego contrastarlas con el marco teórico desarrollado y, finalmente, establecer una postura como grupo respecto a cada pregunta.

3.3.4. Fase 4: Conclusiones

Se presentan las principales conclusiones a las que se llega luego de haber realizado todas las fases previas.

CAPÍTULO IV. ANÁLISIS DE LOS LAUDOS ARBITRALES MATERIA DE LA TESIS

4.1. Evidencias identificadas

4.1.1. Alcance de los objetivos

Como se indicó en el capítulo I de la presente tesis, se ha advertido que se tiene que i) analizar las funciones de la penalidad en los contratos de concesión bajo la modalidad APP en función de los laudos arbitrales; y, ii) analizar si los tribunales arbitrales se encuentran facultados para reducir el *quantum* de las penalidades en los contratos de concesión bajo la modalidad APP en función de los laudos arbitrales.

4.1.2. Alcance del análisis

Para desarrollar el análisis sobre los puntos anteriormente señalados, se han efectuado consultas de acceso a la información pública a las principales entidades públicas vinculadas con el desarrollo o ejecución de las APP. El pedido fue específicamente sobre si tenían procesos arbitrales en los que se discutan decisiones de los reguladores en los procesos arbitrales, así como también si en los referidos procesos arbitrales se discutió la reducción de la penalidad³:

Ositrán, por medio del Oficio N.º MPVOFICIO-185-2020, nos remitió un listado de siete (7) procesos arbitrales en los que el MTC actúa como demandado, Ositrán es tercero coadyuvante y tanto el Metro de Lima Línea 2, Aeropuertos Andinos del Perú, como APM Terminals Callao, actúan como demandantes. Dichos procesos arbitrales corresponden a tres (3) contratos de concesión, tal y como se aprecia en la Tabla 4.1.

³ Formatos de solicitud de información N.ºs 202000137230, 202000152682, 2020009624 y SAIP2000733 para Osinergmín, Ositrán y Osiptel, respectivamente (ver Anexo I).

Tabla 4. 1: Contratos de concesión con procesos arbitrales en los que Ositrán es tercero coadyuvante

N.º	Contrato APP	Caso arbitral	Demandante	Demandado
1	Contrato de concesión para el diseño, financiamiento, construcción, equipamiento electromecánico, equipamiento de sistema y provisión de material rodante, operación y mantenimiento del proyecto Línea 2 y Ramal av. Faucett-av. Gambeta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao.	067-2016 CCL	Metro de Lima Línea 2	MTC
		072-2016 CCL	Metro de Lima Línea 2	MTC
		378-2016 CCL	Metro de Lima Línea 2	MTC
		064-2017 CCL	Metro de Lima Línea 2	MTC
2	Contrato de concesión para el diseño, construcción, mejoramiento, conservación y explotación del Segundo Grupo de Aeropuertos de Provincia de la República del Perú.	129-2017 CCL	Aeropuertos Andinos del Perú	MTC
		168-2018 CCL	Aeropuertos Andinos del Perú	MTC
3	Contrato de concesión para la modernización del Terminal del Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao.	211-2017 CCL	APM Terminals CALLAO	MTC

Elaboración: Autores de la tesis en función de la respuesta enviada por Ositrán.

De la revisión de los laudos arbitrales, estos se encuentran circunscritos a proyectos de infraestructura de transporte, para lo cual contrastamos con la información proporcionada por el MTC en donde se encontró que se tratan de procesos distintos.

4.1.3. Breve descripción de los laudos arbitrales proporcionados por Ositrán

Luego de contrastar la información proporcionada por el Ositrán y el MTC, obtenemos un resultado de siete (7) procesos arbitrales en los que se ha discutido sobre la penalidad o se han reducido las mismas. Esta contrastación se da en el marco de la discusión de la penalidad impuesta por un regulador en los Contratos APP.

A continuación, abordaremos sucintamente cada uno de los procesos arbitrales materia de análisis.

a. Caso arbitral 067-2016-CCL

La materia de este caso arbitral radicó en el incumplimiento del concesionario respecto de un atraso en la subsanación de observaciones de los estudios definitivos de ingeniería (en adelante, EDI). Todas las pretensiones del concesionario estaban orientadas a dejar sin efecto las penalidades impuestas por Ositrán.

El concesionario alegaba que no se le podían aplicar dichas penalidades en la medida en que la “Sección I” del segmento *Antecedentes y Definiciones del Contrato de Concesión*, la palabra *día* está definida como un día hábil, distinto a un sábado, domingo o feriado no laborable y hace la diferenciación con la definición de *día calendario*, que son los días hábiles, no hábiles y feriados.

Asimismo, toda vez que la cláusula 6.4 del contrato prevé una sola *ronda* para subsanar las observaciones (diez [10] días calendarios), cuando el MTC (concedente) comunicó la subsistencia de observaciones generó una *segunda ronda* y otorgó, en los hechos, un plazo adicional igual para subsanar dichas observaciones. Esencialmente, lo que sostuvo Metro en su defensa fue que no se le imputó claramente el haber incumplido con su obligación de subsanar las observaciones en la *primera ronda* y que tampoco se le mencionó en esas comunicaciones que sería penalizado por tal motivo.

El Tribunal Arbitral analizó el tema de las penalidades, entre otras cosas, e indicó que i) la imposición de las penalidades las ha realizado un organismo regulador del Estado; ii) dicha imposición no ha sido discrecional ni arbitraria; iii) se ha seguido el procedimiento establecido en el contrato, firmado, reconocido y aceptado por las propias partes a efecto de imponer dichas penalidades; iv) se trata de incumplimientos tipificados en el propio contrato de concesión; y, v) la tipificación de dichas penalidades ha sido aceptada por las partes que han firmado el contrato de concesión.

En tal sentido, el Tribunal Arbitral resolvió declarando infundadas todas las pretensiones formuladas por el concesionario. En este proceso arbitral, el concesionario no solicitó la reducción de las penalidades.

b. Caso arbitral 072-2016-CCL

La materia del presente caso arbitral radicó en el incumplimiento del concesionario respecto de la implementación del plan de desvío. Según dicho plan, el concesionario debía colocar señalética vertical y horizontal, así como también gestionar el control del tráfico. No obstante, Ositrán identificó que el concesionario no cumplía con dicho plan, es decir, la señalética no se encontraba donde debía estar, etc. Ositrán impuso las penalidades respectivas y el concesionario las cuestionó en sede arbitral.

El concesionario presentó seis (6) pretensiones principales y cinco (5) pretensiones subordinadas a las principales. Las pretensiones principales tienen como base que se dejen sin efecto las penalidades, mientras que las subordinadas, que se reduzcan.

El Tribunal Arbitral declaró infundadas las pretensiones principales, es decir no dejó sin efecto las penalidades, sin embargo, declaró fundadas las pretensiones subordinadas. La reducción de las penalidades se dio en un 75 %, es decir, redujo la penalidad hasta en 25 % de esta.

El Tribunal Arbitral, para resolver esta controversia, consideró lo siguiente:

1) En primer lugar, los plazos en los que ha incurrido Ositrán para notificar el incumplimiento al concesionario superan, en algunos casos, los ciento cincuenta (150) días. Además, se debe considerar que Ositrán decidió agrupar las penalidades en bloques mensuales o, inclusive, en periodos mayores a los treinta (30) días; por lo que en algunos oficios ha penalizado al concesionario con más de 100 UIT.

2) Esta forma de comunicación y penalización contractual claramente ha impedido que el concesionario cumpla con subsanar el incumplimiento; hecho que atenta contra la propia finalidad de la penalidad pactada en el contrato de concesión, que es desviar el tráfico y mantener el tránsito en la zona.

3) Así, las penalidades impuestas por Ositrán han adquirido prácticamente un carácter sancionatorio; sin embargo, del propio contrato de concesión no se advierte que las penalidades contractuales tengan como función sancionar al deudor (el concesionario), sino compensar el incumplimiento.

Como se puede observar, el Tribunal Arbitral señala que la penalidad no tiene la función de sancionar, sino de compensar el incumplimiento del concesionario al concedente. Asimismo, redujo la penalidad por encontrarla excesiva, de acuerdo con las razones anteriormente señaladas.

c. Caso arbitral 378-2016-CCL

La materia de este caso arbitral radicó en el incumplimiento del concesionario respecto de la presentación tardía de los informes de riesgo. El concesionario tuvo como pretensiones principales dejar sin efecto las penalidades impuestas por el Ositrán. A la presentación de la demanda, el concesionario no había solicitado como pretensiones subordinadas la reducción de las penalidades. La inclusión de las pretensiones subordinadas se dio posteriormente a través de una modificación de la demanda arbitral.

Uno de los argumentos del concesionario es que las penalidades impuestas por el Ositrán son irrazonables, ya que no hubo incumplimiento en la presentación de los

informes de riesgos, no obstante, la penalidad es objetiva, es decir, si en el día establecido no se presentan, entonces se genera incumplimiento.

El Tribunal Arbitral analizó el planteamiento de las partes y señaló, en el fundamento 78, que la interpretación del contrato, de sus cláusulas y términos, se realiza, en principio, conforme a la común intención de las partes, cuyo significado, interpretación y efectos tendrán carácter vinculante para estas sin que pueda ser modificado, siquiera, por los árbitros.

Además, determinó que no es atendible modificar la penalidad, toda vez que ello involucraría la modificación de los términos contractuales que las partes han acordado. En ese sentido, declararon infundada las pretensiones referidas a las penalidades.

d. Caso arbitral 064-2017-CCL

La materia de esta controversia radicó nuevamente en el incumplimiento de la implementación del plan de desvío. Ositrán evidenció que el concesionario había incumplido, entre otras cosas, con la señalética. En tal sentido, se le impusieron las penalidades respectivas.

El concesionario solicitó que se dejen sin efecto y/o se reduzcan las penalidades. Argumentó, esencialmente, que existe un indebido procedimiento para la aplicación de penalidades y que no se tomó en consideración el hecho determinante de un tercero como causa de exoneración de responsabilidad con relación al desvío de tráfico; además, respecto a la reducción de la penalidad, el demandante señaló que no se imputó un incumplimiento total ni sustancial del plan de desvíos y que los presuntos incumplimientos no afectaron el objetivo principal de la prestación, que es mantener el tránsito de manera segura durante la ejecución de las obras de construcción.

El Tribunal Arbitral, en el fundamento 21 del laudo, señaló que las penalidades establecidas por Ositrán tienen naturaleza civil; en ese sentido, al tener dicha naturaleza, se puede invocar el artículo 1346 del Código Civil en lo referido a la reducción de las

penalidades (fundamento 130). En ese sentido, el Tribunal Arbitral analizó los dos supuestos habilitantes para la reducción de la penalidad: i) que la pena sea manifiestamente excesiva; y, ii) que la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida. Finalmente, determinó que no corresponde la reducción de la penalidad y declaró infundadas las pretensiones.

Como se puede observar, el Tribunal Arbitral consideró que sí se podía analizar la reducción de las penalidades, no obstante, no pudo concretar la evidencia porque no existían los elementos que el artículo 1346 del Código Civil requiere.

Lo importante que se debe resaltar en este caso es que el Tribunal Arbitral señaló, en la Resolución N.º 4, que la penalidad tiene una función resarcitoria y no sancionatoria.

e. Caso arbitral 129-2017-CCL

Dicha controversia radicó en la pretensión del concesionario Aeropuertos Andinos del Perú (AAP) de declarar inválidas dos penalidades impuestas por Ositrán referidas a i) incumplimiento en el proceso de Rehabilitación del Pavimento del Aeropuerto de Ayacucho por no cumplir con espesor de 10 cm requerido; y, ii) por disponer de residuos pétreos y excedentes de los aeropuertos de Arequipa, Ayacucho, Juliaca, Puerto Maldonado y Tacna, en lugares no autorizados por la Dirección General de Asuntos Socio Ambientales (DGASA).

El concesionario solicitó que se declaren inválidas y/o se reduzcan las penalidades en la medida en que, en ambos casos, el concedente no habría cumplido con acreditar de manera fehaciente el daño o perjuicio y, por lo tanto, no existiría concurrencia de todos los elementos previstos en numeral 18.8 del Contrato de Concesión para la aplicación de las penalidades previstas en el Anexo N.º 9 (ver Anexo III).

Ahora bien, el Tribunal Arbitral fijó como criterio para interpretar el alcance de la cláusula 18.8 del contrato la literalidad de esta, en función de la naturaleza del contrato

de concesión y la voluntad de las partes; en tal sentido, el análisis efectuado a la cláusula en cuestión concluyó que los elementos referidos al daño no habían sido establecidos por las partes para determinar la aplicación de la penalidad, sino para su cuantificación.

Asimismo, el Tribunal Arbitral, en el marco de la resolución de la Segunda Pretensión Subordinada, analizó la posibilidad de aplicar lo regulado en el artículo 1346 del Código Civil y concluyó que las partes —en el Contrato de Concesión— no acordaron restricción alguna para la aplicación del Código Civil; en tal sentido, se procedió con la consideración de los argumentos del Ositrán y las cuestiones de hecho del caso en particular.

Por los motivos expuestos, el Tribunal Arbitral declaró infundadas las pretensiones del concesionario orientadas a dejar sin efecto las penalidades, sin embargo, las referidas a reducirlas fueron declaradas fundadas, toda vez que el concedente no cumplió con acreditar de manera fehaciente la concurrencia del factor o elemento *daño*.

Lo importante de este laudo arbitral, entre otras cosas, es que el Tribunal Arbitral señaló que la penalidad pactada es de naturaleza indemnizatoria.

f. Caso arbitral 168-2017-CCL

La materia de esta controversia radicó en las penalidades impuestas por Ositrán al concesionario, por no cumplir con los niveles de servicio requeridos.

El concesionario solicitó como pretensiones las siguientes: i) determinar si a las penalidades impuestas, conforme al anexo 9 del contrato, debe aplicarse el artículo 1343 del Código Civil; y, ii) determinar si corresponde o no dejarse sin efecto las penalidades.

Si bien se mantuvieron las penalidades impuestas, resulta importante advertir que, sobre lo resuelto en la primera pretensión, se debe aplicar el artículo 1343 del Código Civil. Esto último es importante porque el Tribunal Arbitral, en este apartado, estaría complementando una supuesta falencia respecto de si es o no aplicable el Código Civil para tales efectos.

g. Caso arbitral 0211-2018-CCL

La materia de esta controversia radicó en dos penalidades impuestas por Ositrán al concesionario: i) por ejecutar obras con un material distinto al del aprobado por la Autoridad Portuaria Nacional; y, ii) por cambiar el proceso constructivo de los capiteles en el terminal portuario.

El concesionario, en este caso arbitral, solicitó que se declare la ineficacia e insubsistencia de las penalidades impuestas. El Tribunal Arbitral declaró fundadas las pretensiones formuladas por el concesionario.

En este proceso arbitral resulta importante advertir que el Tribunal Arbitral identificó que la tipificación de la penalidad no era la correcta. La penalidad era por ejecución de obra, pero no por procedimiento de obra. Asimismo, la APN posteriormente aceptó el cambio del concesionario para la ejecución de dichas obras, las mismas que fueron recibidas por las partes del Contrato de Concesión.

4.1.4. Montos de controversia (penalidad)

En los procesos arbitrales materia del presente trabajo, observamos que las penalidades impuestas por Ositrán son de manera tasada (es decir, con montos establecidos en USD) y no tasadas (de acuerdo con el valor de la UIT), según lo han estipulado las cláusulas y anexos correspondientes a los contratos de concesión. Respecto a los montos de penalidad tasados, estos oscilan entre USD 290,000.00 y USD 1'250,000.00 dólares americanos; y respecto a los montos de penalidad no tasados, estos oscilan entre 28 UIT y 604 UIT. A continuación, en la Tabla 4.2., se muestran los montos de la penalidad por cada proceso arbitral.

Tabla 4. 2: Montos de penalidad controvertidos en los procesos arbitrales

N.º	Número de expediente	Demandante	Demandado	Monto de penalidad
1	067-2016 CCL	Metro de Lima Línea 2	MTC	86 UIT
2	072-2016 CCL	Metro de Lima Línea 2	MTC	604 UIT
3	378-2016 CCL	Metro de Lima Línea 2	MTC	28 UIT
4	064-2017 CCL	Metro de Lima Línea 2	MTC	42 UIT
5	129-2017 CCL	Aeropuertos Andinos del Perú	MTC	92.67 UIT USD 1'250,000.00
6	168-2018 CCL	Aeropuertos Andinos del Perú	MTC	USD 290,000.00
7	211-2017 CCL	APM Terminals Callao	MTC	160 UIT

Elaboración: Autores de la tesis en función de los laudos arbitrales proporcionados por Ositrán (ver Anexo IV).

4.1.5. Pretensiones en los procesos arbitrales

También es importante indicar que en los procesos arbitrales, materia del presente trabajo, los demandantes han tenido como pretensión principal que se dejen sin efecto las penalidades impuestas por Ositrán; y, si esto no se daba, han tenido pretensiones subordinadas para que se reduzcan las penalidades impuestas, tal como se muestra en la Tabla 4.3.

Tabla 4. 3: Resumen de pretensiones en los procesos arbitrales

N.º	Número de expediente	Demandante	Demandado	Pretensiones
1	067-2016 CCL	Metro de Lima Línea 2	MTC	Que se deje sin efecto la penalidad
2	072-2016 CCL	Metro de Lima Línea 2	MTC	Que se deje sin efecto la penalidad o que se reduzca la penalidad
3	378-2016 CCL	Metro de Lima Línea 2	MTC	Que se deje sin efecto la penalidad o que se reduzca la penalidad
4	064-2017 CCL	Metro de Lima Línea 2	MTC	Que se deje sin efecto la penalidad o que se reduzca la penalidad
5	129-2017 CCL	Aeropuertos Andinos del Perú	MTC	Que se deje sin efecto la penalidad o que se reduzca la penalidad
6	168-2018 CCL	Aeropuertos Andinos del Perú	MTC	Que se deje sin efecto la penalidad
7	211-2017 CCL	APM Terminals Callao	MTC	Que se deje sin efecto la penalidad

Elaboración: Autores de la tesis en función de los laudos arbitrales proporcionados por Ositrán (ver Anexo IV).

4.2. Análisis de los procesos arbitrales

4.2.1. Similitudes de los procesos arbitrales

En los procesos arbitrales analizados se ha evidenciado algunas similitudes respecto a cómo se han llevado a cabo estos; además, en los siete (7) procesos materia de análisis, en ninguno de ellos se ha discutido la naturaleza de los Contratos APP; sin embargo, encontramos también que en estos siete (7) procesos sí se han cuestionado las penalidades y también se han analizado estas, tal como se ve en la Tabla 4.4.

Tabla 4. 4: Similitudes entre los procesos arbitrales analizados

N.º	Número de expediente	Demandante	Demandado	¿Se discutió la naturaleza del Contrato APP?	¿Se cuestionó la penalidad?	¿Se analizó la penalidad?
1	067-2016 CCL	Metro de Lima Línea 2	MTC	No	Sí	Sí
2	072-2016 CCL	Metro de Lima Línea 2	MTC	No	Sí	Sí
3	378-2016 CCL	Metro de Lima Línea 2	MTC	No	Sí	Sí
4	064-2017 CCL	Metro de Lima Línea 2	MTC	No	Sí	Sí
5	129-2017 CCL	Aeropuertos Andinos del Perú	MTC	No	Sí	Sí
6	168-2018 CCL	Aeropuertos Andinos del Perú	MTC	No	Sí	Sí
7	211-2017 CCL	APM Terminals Callao	MTC	No	Sí	Sí

Elaboración: Autores de la tesis en función de los laudos arbitrales proporcionados por Ositrán (ver Anexo IV).

4.2.2. Aspectos discordantes de los procesos arbitrales

Respecto a los aspectos discordantes de los laudos arbitrales analizados, se ha evidenciado que, en cada proceso arbitral, se han presentado diferentes circunstancias, así como los tribunales arbitrales han actuado con diferentes criterios. Por ejemplo, de los siete (7) procesos, solo en tres (3) de estos se discute la naturaleza de la penalidad; de los siete (7) procesos, solo en cuatro (4) el concesionario ha solicitado la reducción de la penalidad; de los siete (7) procesos, solo en dos (2) de estos se ha reducido la

penalidad; y, de los siete (7) procesos, solo en uno (1) no se ha mantenido la penalidad, tal como se aprecia en la Tabla 4.5.

Tabla 4. 5: Diferencias entre los procesos arbitrales analizados

N.º	Número de expediente	Demandante	Demandado	¿Se discutió la naturaleza de la penalidad?	¿Se solicitó o no la reducción de la penalidad?	¿Se redujo la penalidad?	¿Mantiene la penalidad?
1	067-2016 CCL	Metro de Lima Línea 2	MTC	No	No	No	Sí
2	072-2016 CCL	Metro de Lima Línea 2	MTC	Sí	Sí	Sí	Sí
3	378-2016 CCL	Metro de Lima Línea 2	MTC	No	Sí	No	Sí
4	064-2017 CCL	Metro de Lima Línea 2	MTC	Sí	Sí	No	Sí
5	129-2017 CCL	Aeropuertos Andinos del Perú	MTC	No	Sí	Sí	Sí
6	168-2018 CCL	Aeropuertos Andinos del Perú	MTC	Sí	No	No	Sí
7	211-2017 CCL	APM Terminals Callao	MTC	No	No	No	No

Elaboración: Autores de la tesis en función de los laudos arbitrales proporcionados por Ositrán (ver Anexo IV).

4.2.3. Naturaleza de la penalidad en los procesos arbitrales

Respecto a la naturaleza de la penalidad, como lo hemos señalado en el ítem anterior, solo en tres (3) procesos arbitrales se ha tratado este aspecto, tal como se observa en la Tabla 4.6.

Tabla 4. 6: Naturaleza de la penalidad

N.º	Número de expediente	Naturaleza de la penalidad	Posición o análisis del Tribunal Arbitral
1	072-2016 CCL	Contractual	El Tribunal Arbitral considera que, de acuerdo a lo estipulado en el contrato, las penalidades tienen una naturaleza contractual, por ello, su aplicación es para que se remedie un incumplimiento contractual (fundamento 183).
2	064-2017- CCL	Civil	El Tribunal Arbitral concluye que las penalidades tienen una naturaleza jurídica civil, por ello es que, en adelante, pueden invocar el artículo 1346 del Código Civil (fundamento 130).
3	168-2018- CCL	Jurídica	El Tribunal Arbitral advierte que el Consejo Directivo del Ositrán ha definido que las penalidades tienen una naturaleza jurídica, por lo que se reconoce la aplicación de los artículos 1341, 1342 y 1343 del Código Civil (fundamento 130).

Elaboración: Autores de la tesis en función de los laudos arbitrales proporcionados por Ositrán (ver Anexo IV).

En los mencionados procesos, si bien es cierto cada Tribunal Arbitral lo define de manera distinta, entendemos que se trata de que la penalidad tiene naturaleza contractual, tal como se ha analizado en el marco teórico y como se señala en el desarrollo del siguiente capítulo.

4.2.4. Función de la penalidad de los procesos arbitrales

En los procesos arbitrales analizados se ha evidenciado que los tribunales arbitrales, han tratado también sobre la función de la penalidad y que, de los siete (7) procesos, solo cinco (5) han tratado sobre esta.

De igual forma, se ha encontrado que los laudos arbitrales señalan diferentes funciones de la penalidad en un mismo contrato de concesión, tal es el caso del contrato de concesión del Metro de la Línea 2 en el que el Laudo 072-2016 CCL señala que la penalidad tiene función compensatoria (indemnizatoria), el Laudo 378-2016 CCL señala que la penalidad tiene la función sancionatoria, mientras que el Laudo 064-2017 CCL señala que la penalidad tiene función resarcitoria, tal como se aprecia en la Tabla 4.7.

Tabla 4. 7: Función de la penalidad en los procesos arbitrales analizados

N.º	Número de expediente	Función de la penalidad	Posición o análisis del Tribunal Arbitral
1	072-2016 CCL	Compensatoria (*)	El Tribunal arbitral considera que las penalidades aplicadas por Ositrán tienen un carácter sancionatorio; sin embargo, también advierte que en el mismo contrato las penalidades contractuales no tienen función sancionatoria, sino compensar el incumplimiento (fundamento 250).
2	0378-2016- CCL	Sancionadora	El Tribunal Arbitral concluye que las penalidades se equiparan a las sanciones económicas, por lo que, a juicio del Tribunal, este término no tiene el mismo significado de acuerdo a lo contemplado en el Código Civil, respecto a que sea un acuerdo previo a la indemnización de daños y perjuicios (fundamento 80).
3	064-2017- CCL	Resarcitoria	El Tribunal Arbitral considera que las penalidades del contrato que ha impuesto Ositrán tienen una función resarcitoria y no sancionadora (fundamento 133).
4	129-2017- CCL	Indemnizatoria	El Tribunal Arbitral considera que las penalidades del contrato que ha impuesto Ositrán tienen una naturaleza indemnizatoria, por lo que, según la doctrina, la cláusula penal está orientada a garantizar el cumplimiento de la obligación principal (fundamento 2.1.1).
5	211-2017- CCL	Resarcitoria	El Tribunal Arbitral considera que la cláusula penal no supone un procedimiento administrativo sancionador, sino que, de acuerdo al Código Civil, las partes acuerdan que es para el resarcimiento de un daño (fundamento 1.19).

(*) Entendemos que se trata de la función indemnizatoria

Elaboración: Autores de la tesis en función de los laudos arbitrales proporcionados por Ositrán (ver Anexo IV).

4.3. Análisis de los criterios para la resolución de los procesos arbitrales

En los siete (7) procesos analizados, los tribunales arbitrales han tenido diferentes criterios para emitir sus resoluciones, es por ello que en algunos procesos han resuelto mantener la penalidad, en otros la han reducido y en otro han decidido dejar sin efecto dicha penalidad.

4.3.1. Se mantiene la penalidad

Se ha evidenciado que en cuatro (4) procesos los tribunales arbitrales han decidido mantener la penalidad, tal como se aprecia en la Tabla 4.8.

Tabla 4. 8: Tribunal arbitral mantiene la penalidad

N.º	Número de expediente	Criterio empleado por el Tribunal Arbitral
1	067-2016 CCL	El Tribunal Arbitral analiza lo estipulado en el contrato en cuanto a la subsanación de observaciones en los plazos establecidos. Finalmente, concluye que las partes pactaron la existencia de una penalidad específica para el caso de retraso de absolución de observaciones y que el MTC (concedente) no se retrasó en comunicar las observaciones. Por ello es que el Tribunal decide mantener la penalidad valorizada en 86 UIT impuesta por Ositrán.
2	0378-2016- CCL	El Tribunal Arbitral considera que modificar o reducir las penalidades impuestas por Ositrán implicaría una inaceptable modificación de los términos contractuales, lo cual es contrario a la voluntad y común intención de las partes al momento de celebrar el contrato, así como una indebida interpretación de la penalidad regulada en el Código Civil. Por ello es que el Tribunal decide mantener la penalidad valorizada en 28 UIT impuesta por Ositrán.
3	064-2017-CCL	El Tribunal Arbitral considera lo estipulado en el Código Civil. Por un lado, analiza si la penalidad es manifiestamente excesiva, lo cual Metro (concesionario) no ha demostrado, por lo que rechaza la reducción de la penalidad. Por otro lado, analiza la aplicación del artículo 1346 del Código Civil en cuanto a determinar el incumplimiento y si la obligación ha sido cumplida en parte o irregularmente y si eso da lugar a la reducción de la penalidad. Sin embargo, luego de este análisis, determina que ha habido un incumplimiento total de la obligación de mantenimiento de tránsito por haber consignado información incompleta. Por ello es que el Tribunal decide mantener la penalidad valorizada en 42 UIT impuesta por Ositrán y rechaza la reducción de esta.
4	168-2018-CCL	El Tribunal Arbitral considera pertinente aplicar las normas del Código Civil (artículo 1343) en cuanto a analizar si las penalidades impuestas por Ositrán fueron o no culpa de AAP (concesionario). Sin embargo, luego del análisis, concluye que AAP no ha acreditado que los incumplimientos que fueron sancionados con penalidades no son causa imputable al concesionario. Por ello es que el Tribunal decide mantener la penalidad valorizada en USD 290,000.00 impuesta por Ositrán.

Elaboración: Autores de la tesis en función de los laudos arbitrales proporcionados por Ositrán (ver Anexo IV).

4.3.2. Se reduce la penalidad

De los procesos analizados, como hemos advertido anteriormente, en dos (2) de ellos los tribunales arbitrales decidieron reducir la penalidad, en donde —como se observa en la Tabla 4.9— prima la aplicación del Código Civil.

Tabla 4. 9: Tribunal Arbitral reduce la penalidad

N.º	Número de expediente	Criterio empleado por el Tribunal Arbitral
1	072-2016 CCL	<p>El Tribunal Arbitral toma en cuenta el artículo 1346 del Código Civil en cuanto a que debe haber una debida motivación. Por tanto, considera que tiene la posibilidad de reducir la penalidad si existen elementos de juicio suficientes que demuestren que la penalidad es manifiestamente excesiva con relación al daño causado o si es que se hubo cumplido parcialmente con la prestación.</p> <p>Por ello, las penalidades aplicadas por Ositrán deben reducirse en un 75 %, debido a que se ha probado que i) Metro ha sufrido en diversas oportunidades el hurto de las señales verticales y horizontales; ii) a Metro no se le puede imputar la falta de control policial; iii) Metro ha sido fiscalizado por periodos superiores a los 30 días —en ese sentido, el actuar de Ositrán no buscó el cumplimiento real de la obligación contractual, sino que generó un perjuicio económico a Metro y no siguió un procedimiento razonable a fin de aplicar las penalidades correspondientes—; iv) además, Metro sí ha cumplido parcialmente con las prestaciones a su cargo.</p> <p>El Tribunal reduce la penalidad valorizada de 640 UIT a 160 UIT.</p>
2	129-2017-CCL	<p>El Tribunal Arbitral considera que las disposiciones del Código Civil resultan aplicables al caso. Por ello es que, de acuerdo con el artículo 1148 del Código Civil —en el que el hecho debe cumplirse en el plazo y modo previstos— en este caso específico se tiene un cumplimiento irregular de la prestación. El Tribunal Arbitral considera que se presenta uno de los elementos previstos en el artículo 1346 del Código Civil para la reducción de la pena en cuanto la obligación ha sido cumplida.</p> <p>En el caso de las penalidades tasadas y no tasadas, el Tribunal considera que la obligación fue cumplida irregularmente, dicho incumplimiento no produjo daños y fue subsanado antes de la aplicación de la penalidad. Además, indica que las penalidades resultan ser manifiestamente excesivas, cuando debieran ser razonables.</p> <p>El Tribunal reduce la penalidad tasada de USD 1'250,000.00 a USD 250,000.00 y la no tasada de 92.67 UIT a 17.67 UIT.</p>

Elaboración: Autores de la tesis en función de los laudos arbitrales proporcionados por Ositrán (ver Anexo IV).

4.3.3. *Se deja sin efecto la penalidad*

El Tribunal Arbitral, solo en un (1) proceso, ha resuelto dejar sin efecto la penalidad impuesta por Ositrán, en donde prima la aplicación del Código Civil, tal como se aprecia en la Tabla 4.10.

Tabla 4. 10: Tribunal Arbitral deja sin efecto la penalidad

N.º	Número de expediente	Criterio empleado por el Tribunal Arbitral
1	211-2017 CCL	El Tribunal arbitral considera, como parte de su análisis, recurrir a la regla de interpretación sistemática del artículo 169 del Código Civil, por ello es que usa este criterio para interpretar lo estipulado en los numerales 6.8, 6.9 y 6.12 y dejar sin efecto la aplicación de las penalidades impuestas por Ositrán. El Tribunal deja sin efecto la penalidad de 160 UIT impuesta por Ositrán.

Elaboración: Autores de la tesis en función de los laudos arbitrales proporcionados por Ositrán (ver Anexo IV).

CAPÍTULO V. ANÁLISIS DE LA OPINIÓN DE EXPERTOS

5.1. Consideraciones previas

5.1.1. Propósito de la opinión de expertos

Las opiniones de expertos o entrevistas efectuadas a los diferentes profesionales, (pero especialistas en manejo de contratos bajo la modalidad APP), tuvo como propósito o finalidad recabar la información y perspectiva sobre la naturaleza de los contratos de APP, naturaleza de las penalidades y otros aspectos, que nos permitieron desarrollar los objetivos planteados en la presente tesis.

5.1.2. Tipología de las entrevistas a realizar

Debido a la pandemia de la COVID-19, las entrevistas efectuadas a los expertos, fueron llevadas a cabo por medio de una herramienta digital (Google Meet), la cual permitió la grabación en audio; cabe señalar que las entrevistas tienen una duración de aproximadamente 45 minutos.

5.1.3. Naturaleza de las entrevistas

Se han considerado las entrevistas como confidenciales porque requiere que los entrevistados brinden su opinión sin restricciones. Esto permitió que las respuestas sean dadas sobre la base de sus conocimientos y experiencias.

5.2. Selección de expertos

5.2.1. Perfil requerido

Se efectuaron entrevistas a personas vinculadas al sector privado (porque trabajan para un estudio de abogados u otras entidades privadas) y al sector público (porque trabajan para una entidad del Estado).

5.2.2. Cantidad de entrevistas

Al buscar a los especialistas, se encontró que, por lo novedoso del tema, no hay expertos en particular respecto del manejo de penalidades en contratos bajo la modalidad APP. Sin embargo, existen expertos en el manejo de este tipo de contratos; pero, por la coyuntura enmarcada en la pandemia de la COVID-19, ha resultado muy complejo contactar con los expertos. Al margen de ello, hemos logrado realizar diez (10) entrevistas.

5.3. Diseño de las preguntas

5.3.1. Temas a tratar en las entrevistas

Las preguntas formuladas a los diferentes entrevistados se plantearon con base en el análisis de los laudos arbitrales. En ese sentido, los temas a tratar fueron los siguientes:

Naturaleza del contrato de APP: El propósito de la pregunta fue determinar claramente si el contrato tiene una naturaleza civil o administrativa.

Naturaleza de la penalidad contemplada en los Contratos APP: El propósito de la pregunta era determinar claramente si la penalidad tiene una naturaleza civil, administrativa o contractual.

Posibilidad o competencia de los tribunales arbitrales para reducir la penalidad: Se busca conocer la opinión de los expertos respecto de si los tribunales arbitrales pueden o no reducir penalidades que no están contempladas en las cláusulas de los contratos bajo la modalidad APP.

Incorporación de excepciones para reducir la penalidad: Se busca conocer si se pueden incorporar algunas excepciones que posibiliten reducir penalidades en los contratos bajo la modalidad APP.

Función de la penalidad: El objetivo de la pregunta era conocer el tipo de función que cumpliría la penalidad en los contratos bajo la modalidad de APP, debido a que en los laudos arbitrales analizados advertimos que los tribunales arbitrales no tienen un criterio uniforme, ya que respectivamente indican que la penalidad tiene función sancionatoria, resarcitoria o indemnizatoria.

5.3.2. Características de las preguntas

Las preguntas son del tipo cerrado y abierto para que cada entrevistado las pueda responder con una palabra y luego dé un sustento; por ejemplo, en la primera pregunta, se les consultaba si el contrato de concesión tenía una naturaleza civil o administrativa y luego cada entrevistado desarrollaba su respuesta, lo que generaba la discusión.

5.3.3. Cuestionario de preguntas

En cada entrevista se efectuaron seis (6) preguntas:

Tabla 5. 1: Cuestionario de preguntas a expertos

N.º de pregunta	Pregunta
Pregunta 1	¿Cuál es la naturaleza del contrato APP? (civil o administrativo)
Pregunta 2	¿Cuál es la naturaleza de la penalidad contemplada en los contratos APP?
Pregunta 3	¿Los tribunales arbitrales pueden reducir la penalidad impuesta por el regulador?
Pregunta 4	¿Se pueden brindar excepciones para la reducción de la penalidad?
Pregunta 5	¿La facultad de reducir las penalidades deberían estar reguladas en los contratos APP?
Pregunta 6	¿Cuál es la función de la penalidad contemplada en los contratos APP?

Elaboración: autores de la tesis.

5.4. Resumen de las respuestas emitidas

A continuación, se muestra en la Tabla 5.2 un breve resumen respecto de lo que opinan los expertos entrevistados.

Tabla 5. 2: Breve resumen de las respuestas dadas por los expertos

N.º	Entrevista	Naturaleza del Contrato	Penalidad	¿Pueden reducirla los TA?	¿Hay excepciones?	¿Tiene que estar el contrato?	Función
1	Entrevistado 1	Administrativo	Contractual	No	Las no tasadas	No	Preventiva
2	Entrevistado 2	Administrativo muy particular	Contractual	No	No	Sí	Preventiva
3	Entrevistado 3	Contractual	Contractual	No	No	Redundaría	Preventiva
4	Entrevistado 4	Contractual	Contractual	Sí	No	Duda	Indemnizatoria
5	Entrevistado 5	Administrativo	N. P.	Sí	N. P.	Menos regulación	Resarcitoria
6	Entrevistado 6	Civil	Contractual	No	No	Sí	Depende
7	Entrevistado 7	Administrativo	Contractual	Depende	No	Cultura jurídica	Preventiva
8	Entrevistado 8	Civil	Contractual	Sí	Debería	Sí	Preventiva y resarcitoria
9	Entrevistado 9	Jurídica, transversal a todo ordenamiento jurídico	Contractual	No	No	Genera más controversia	Todas
10	Entrevistado 10	N. P.	N. P.	Sí	Debería en la ley	Sí, en la ley	Sancionatoria

N. P.: No precisa.

Elaboración: Autores de la tesis en función de las respuestas de los entrevistados.

5.5. Análisis y discusión de las opiniones

5.5.1. Pregunta 1: ¿Cuál es la naturaleza del Contrato APP? (Civil o administrativo)

Tabla 5. 3: Resumen de respuestas a la pregunta 1

N.º Entrevistado	Respuesta resumida
Entrevistado 1	De manera concreta, considera que los contratos bajo la modalidad de APP son administrativos, no solo por el hecho de que interviene la Administración Pública, sino que, además, la finalidad del contrato es brindar un servicio público.
Entrevistado 2	Señala que no es un contrato administrativo, porque hay condiciones que no se cumplen como la cláusula exorbitante y la condición de subordinación que las APP sí tienen. Tiene un alcance del Código Civil y una parte del Código Administrativo. Es un marco especial para este tipo de contratos, en todo caso es un contrato muy particular.
Entrevistado 3	Textualmente señaló que es una “una ley entre las partes”. De lo señalado se entiende que el contrato tiene un régimen contractual.
Entrevistado 4	Señala que existe un artificio en el ámbito de contrataciones públicas en el que un contrato administrativo debe entenderse como una figura esotérica y no regulada en la que el Estado puede hacer lo que quiere; sin embargo, esa figura no existe entendiéndose que el contrato, como institución, es el mismo para el público y el privado, reconociendo las fórmulas que puede establecer el Estado por ley. Indica, que el contrato se diseña con la ley y donde no hay ley no rige la voluntad de las partes, por tanto, el contrato tiene un régimen contractual.
Entrevistado 5	Manifiesta que los contratos de concesión se rigen por la ley de APP o en su defecto por el Código Civil; sin embargo, también manifestó que es un contrato administrativo en la medida en que es un contrato que celebra el Estado.
Entrevistado 6	Manifiesta que la concesión es una isla jurídica, la cual se elabora por la insuficiencia regulatoria y, en ese sentido, los contratos suplen lo que no existe en la normativa. Indica, además, que la naturaleza del contrato es más civil, donde la interpretación se da desde el punto de vista de las partes.

Entrevistado 7	<p>Manifiesta la necesidad de contextualizar el análisis en función de la necesidad del Estado de ejecutar sus servicios y satisfacer sus necesidades; considerando que se trata de un contrato firmado por el Estado, estaríamos frente a un contrato administrativo.</p> <p>Lo sustenta sobre la base del diseño de una concesión y la necesidad del Estado de que un experto ejecute un proyecto de inversión.</p>
Entrevistado 8	<p>Manifiesta que nos encontramos frente a un contrato civil porque ambas partes participan como particulares en la que el Estado tiene el control de las actividades económicas y restringe conductas que impliquen atrasos; igualmente porque, de acuerdo con lo regulado en el artículo 62 de la Constitución, se trata de un contrato de garantías y seguridades donde ambas partes se encuentran a un mismo nivel y no existe subordinación.</p>
Entrevistado 9	<p>Manifiesta que las APP se definen como un contrato para todos los organismos mundiales. Sin embargo, una APP es una organización formada por un agente público, que busca generar valor público, y un agente privado, que busca rentabilidad, es decir, dos agentes de naturaleza diferente que pretenden regularse mediante un contrato de naturaleza estática. Se vuelve dinámico mediante las adendas.</p> <p>Tienen naturaleza jurídica, transversal a la normativa, civil, procesal civil, procesal comercial y abarca todos los aspectos legales, constitucionales, civiles, administrativo, penal, etc., lo cual incluye también no solo derecho nacional sino también derecho internacional. Son los contratos más complejos porque tienen fuerza de ley entre las partes.</p>
Entrevistado 10	No precisa.

Elaboración: Autores de la tesis en función de las respuestas de los entrevistados.

Como se aprecia en las respuestas brindadas, los entrevistados tienen posiciones divididas respecto a la naturaleza del contrato APP, por lo que no existe un criterio uniforme sobre si dicho contrato tiene naturaleza civil, contractual o administrativo. La posición más interesante y ecléctica fue la del entrevistado 9, quien nos manifestó que el contrato APP tiene un enfoque transversal, porque abarca diferentes ámbitos de aplicación como, por ejemplo, el civil, el administrativo, el penal, etcétera.

Por otro lado, los entrevistados 6 y 8 consideran que la naturaleza del contrato APP era civil o tiene elementos del derecho civil. Los entrevistados 1, 5 y 7 consideran que la naturaleza del contrato APP es administrativo. El entrevistado 2 señala que el contrato APP tendría una naturaleza de carácter administrativo, muy particular, con reglas

totalmente diferentes a la administración pública. Como se puede observar, no es pacífica la naturaleza del contrato APP.

Es importante determinar la naturaleza del contrato APP, porque a partir de dicha determinación, se podrán cuestionar las reglas de la figura jurídica de la penalidad. Si estamos ante un contrato público, como, por ejemplo, el de la Ley de Contrataciones del Estado, entonces pues, se aplicarán su marco normativo y en última instancia la del Código Civil. Sin embargo, en los contratos APP, no sucede lo mismo. Al contrario, las reglas de interpretación difieren, como ya las hemos visto en el marco teórico de la presente tesis, por lo que los concesionarios, en los procesos arbitrales, cuestionan de manera inmediata la penalidad impuesta por el Ositrán a través del Código Civil. Prueba de ello es el resultado del análisis de los laudos arbitrales. No existe una posición uniforme sobre su tratativa y eso también se ha podido apreciar en las respuestas de los entrevistados.

Ahora bien, debemos analizar qué se entiende por naturaleza civil, administrativa y contractual. La primera se entiende porque dicha rama del derecho regula las relaciones civiles de los particulares; la segunda no solo es por el hecho de que una de las partes del contrato es la Administración Pública, sino también que el objeto de la prestación tiene una utilidad pública; y, finalmente, la naturaleza contractual se entiende porque las estipulaciones que contiene el contrato se originan por el acuerdo de las partes.

En ese sentido, respecto de la naturaleza administrativa, debemos indicar que si bien en dichos contratos una de las partes es el Estado, de acuerdo con la opinión de Cornejo (2016: 16) es el concesionario quien acepta las condiciones preestablecidas de manera voluntaria, es decir que, en aplicación del principio de libertad de contratación que contempla nuestra Constitución, él decide con quién contratar y las cláusulas que estime convenientes.

Sobre la naturaleza civil, debemos indicar que, de acuerdo con Gutiérrez Camacho (2005: 851), el artículo 62 de la Constitución política del Perú establece el principio de la libertad de contratación, la cual consiste en la facultad que reconoce el ordenamiento legal a los particulares para autorregular sus relaciones jurídico-económicas con los demás; en ese sentido, debido al acuerdo entre las partes nace la cláusula penal y otras cláusulas contractuales, pero en los contratos bajo la modalidad de APP una de las partes es la administración pública que, en conjunto con el sector privado, busca un interés común el cual es garantizar servicios públicos con niveles óptimos de calidad a favor de la colectividad.

Con relación a la naturaleza contractual, corresponde indicar que si bien las cláusulas contractuales surgen por el acuerdo de las partes; sin embargo, la regulación jurídico-económica que origina el contrato debe estar enmarcado dentro del marco legal o derecho positivo.

Si se tiene en consideración lo expuesto en los párrafos precedentes, se debe indicar que nuestra posición es que dicho contrato tiene una naturaleza mixta o ecléctica, es decir, que abarca los ámbitos del derecho civil y del administrativo, más aún cuando los contratos originados bajo las modalidades de APP tienen una variedad y diversidad de esquemas contractuales, conforme lo indica Alborta, Stevenson y Triana (2011).

Asimismo, consideramos que suponerlos netamente como civiles o administrativos resulta inexacto debido a que, como ya señalamos precedentemente, existe una manifestación de voluntad del concesionario en ejercicio del principio de libertad de contratación; y, además porque, en la práctica, en este tipo de contratos concurren varios actos que posicionan al Estado como autoridad administrativa sobre el concesionario y se emiten actos administrativos que generan efectos entre las partes.

Por último, se debe manifestar que la naturaleza mixta del contrato de APP que se sustenta como postura de grupo no responde específicamente a la idea planteada por determinados entrevistados, dado que la naturaleza civil-administrativa que defendemos responde al origen de las cláusulas que componen dichos contratos, es

decir, originadas por el acuerdo entre las partes, donde una de ellas es la Administración Pública, pero donde se debe considerar la finalidad pública del objeto de la APP.

En efecto, la cláusula penal es una institución jurídica del derecho civil que se extrapola a un contrato APP que tiene naturaleza mixta (civil-administrativa). Dicha acción de extrapolar a la cláusula penal, sin contemplar claramente su función y posibilidad de reducción, genera estos efectos de interpretación antagónica de los tribunales arbitrales, como lo veremos más adelante.

5.5.2. *Pregunta 2: ¿Cuál es la naturaleza de la penalidad contemplada en los Contratos APP?*

Tabla 5. 4: Resumen de respuestas a la pregunta 2

N.º Entrevistado	Respuesta resumida
Entrevistado 1	Señala que las penalidades nacen de un contrato y que no por ser el contrato administrativo las penalidades también lo sean. La penalidad no es administrativa, la penalidad es contractual.
Entrevistado 2	Los contratos tienen una parte de penalidades, además hay sanciones administrativas. Las penalidades son contractuales, pactadas por las partes.
Entrevistado 3	Textualmente señaló que es “una ley entre las partes”; interpretación que se extiende a las penalidades; de ese modo, se puede inferir que se refiere a que la penalidad es contractual.
Entrevistado 4	Manifiesta que esta es netamente contractual. Aunque su naturaleza originaria es por incumplimiento, pero en algunos contratos APP y administrativos se encuentran penalidades que no tienen que ver con el contrato.
Entrevistado 5	Manifestó que como la legislación cambia, no tiene claro si las penalidades están reguladas en la ley APP. Solo conoce lineamientos del contrato que se rigen para contratos futuros. No precisa la naturaleza de la penalidad.
Entrevistado 6	Manifiesta que existen penalidades contractuales derivadas de la relación contractual con el concesionario, la cual se genera por la insuficiencia de la regulación.
Entrevistado 7	Manifiesta que es “contractual” toda vez que se trata de una institución desarrollada en el derecho civil que debe ser entendida en función del diseño del contrato y que su naturaleza no varía según la rama del derecho en la que se ejecuta.

Entrevistado 8	Manifiesta que las penalidades son una figura jurídica que nace en el derecho civil que tiene por finalidad disuadir al concesionario para el cumplimiento de sus obligaciones. De lo señalado, podemos inferir que se refiere a que la penalidad es contractual.
Entrevistado 9	Manifiesta que en una APP todo se regula por el acuerdo firmado entre las partes en el contrato de concesión y los acuerdos entre las partes son ley. De lo señalado, se puede inferir que se refiere a que la penalidad es contractual.
Entrevistado 10	No precisa.

Elaboración: Autores de la tesis en función de la respuesta de los entrevistados.

Como se colige de las respuestas detalladas, la mayoría de entrevistados consideran que la naturaleza de la penalidad contemplada en los contratos APP es contractual, es decir, nace del derecho civil y se sitúa en la conveniencia de las partes al materializarla en un contrato.

En efecto, los entrevistados 1, 2, 4, 6 y 9 señalan que las penalidades son contractuales.

El entrevistado 3, por ejemplo, recoge uno de los principios fundamentales de los contratos, incluidos los de naturaleza civil, como el *pacta sun servanda* (“el contrato está para cumplirse” o “es ley entre las partes”) y realiza un análisis transversal de las cláusulas que conforman el contrato y deja entrever que las penalidades que se fijen también son contractuales.

El entrevistado 5 no sustenta una posición específica, pues señala no estar seguro de si las penalidades están reguladas en la ley de APP; indica solo conocer los lineamientos del contrato que se rigen para contratos futuros, pero en dichos lineamientos no se precisa la naturaleza de la penalidad; al respecto, corresponde comentar que, al margen del desconocimiento sobre los alcances de la ley de APP, la entrevistada orienta su criterio a la regulación general de los contratos (derecho civil); sin embargo, como ya se ha analizado previamente, al ser contrato ley entre las partes consideramos que no se puede atribuir la naturaleza de la penalidad a la mencionada rama del derecho.

El entrevistado 7 señala que las penalidades son una institución del derecho civil que se fijan en función del diseño del contrato y que la naturaleza de la penalidad no cambia en función de la rama del derecho en la que se ejecuten, criterio que refuerza nuestra postura sobre la naturaleza contractual de la penalidad, en la medida en que no se rige por una rama específica del derecho, sino que constituye una institución jurídica general supeditada a la voluntad de las partes.

El entrevistado 8 señala que la penalidad es una figura jurídica que nace del derecho civil que busca disuadir al concesionario para que cumpla sus obligaciones; en el presente caso, se tiene que el entrevistado mezcla los criterios de “naturaleza” y “función”, sin embargo, orienta su postura a la presencia activa del derecho civil en la institución jurídica de la penalidad.

Por otro lado, el entrevistado 9 recoge el criterio del contrato APP como ley entre las partes cuyo alcance se extiende incluso a las penalidades.

Al respecto, como grupo compartimos la posición mayoritaria de los entrevistados, es decir, consideramos que las penalidades contempladas en los contratos APP son de naturaleza contractual, debido a que dicha estipulación se origina por el acuerdo o pacto de las partes contratantes en ejercicio o aplicación del principio de libertad de contratación, en mérito del cual se otorga a los particulares la libertad de determinar el contenido de sus convenios, conforme indica Gutiérrez Camacho (2005: 851).

Ahora bien, es importante definir la naturaleza de la penalidad porque en ella radica la estrategia a seguir para su cuestionamiento. Por ejemplo, el cuestionamiento que se le hace a la penalidad por el lado de los concesionarios es de estricta aplicación del Código Civil. Sin embargo, no podemos olvidar que la otra parte es el Estado y esta se rige principalmente por las normas del derecho público. Como lo advertimos en la pregunta anterior, al extrapolar una institución jurídica del derecho civil y posicionarla en un contrato de naturaleza mixta, suceden puntos grises que son complementados a través de la interpretación. Es ahí donde el grupo considera que, para evitar los puntos grises, se clarifiquen o sinceren las posiciones del Estado.

En las estrategias advertidas por las partes en los procesos arbitrales analizados, se puede observar que las posiciones difieren en si se puede o no reducir las penalidades. Por el lado del concesionario, este señala que sí se pueden reducir las penalidades, mientras que el Estado no, a través del argumento de que no se aplica la figura de la reducción contemplada en el Código Civil.

Como grupo advertimos que se debe sincerar dicha interpretación, es decir, la penalidad se da producto del acuerdo de las partes y esta refleja su común intención. De la lectura de los Contratos APP no se establece expresamente la reducción de la penalidad, sin embargo, ello no significa que los tribunales arbitrales no puedan aplicar el Código Civil de manera supletoria, como lo ha señalado el entrevistado 10.

Asimismo, la misma directiva aprobada mediante Resolución de Consejo Directivo N.º 050-2016-CD-OSITRAN, señala en su anexo, página 12, que el mecanismo de las penalidades tiene un origen contractual. Sin embargo, en dicha directiva tampoco se establece la posibilidad de la reducción de la penalidad. En tal sentido, consideramos que en los Contratos APP se establezca expresamente si se puede o no reducir las penalidades para efectos de que no suceda lo que ocurre por medio de los laudos arbitrales analizados.

5.5.3. Pregunta 3: ¿Los tribunales arbitrales pueden reducir la penalidad impuesta por el regulador?

Tabla 5. 5: Resumen de respuestas a la pregunta 3

N.º Entrevistado	Respuesta resumida
Entrevistado 1	De manera general, contestó que los tribunales pueden resolver sobre controversias relacionadas a penalidades; sin embargo, con relación a la posibilidad de reducción, señaló que no es posible, siempre y cuando las penalidades sean claras.
Entrevistado 2	Manifiesta que las partes, y menos un tercero como árbitro o juez, pueden reducir la penalidad. Desnaturaliza el contrato. Con ello alteran las condiciones de competencia desnaturalizando las reglas de las APP. Si interfiere un tercero podría modificar las condiciones, el alcance, los pagos, la calidad del servicio. Solo el regulador podría cambiar las penalidades.
Entrevistado 3	Manifiesta que no, porque sería contrario a la ley. A la firma del contrato se conocen los deberes y derechos, el momento de discutir penalidades están en la etapa de las bases.
Entrevistado 4	Manifestó que no existe limitación alguna para que el concesionario no pueda someter a arbitraje la aplicación de una penalidad, debido a la propia regulación del contrato que permite someter a las partes a ese mecanismo de solución de controversias, y reconoció la independencia de los miembros de dicho colegiado para interpretar la racionalidad y proporcionalidad de estas.
Entrevistado 5	Señala que, en la medida en que la penalidad no es una sanción, los tribunales arbitrales pueden atender este tipo de controversias; asimismo, respecto a la posibilidad de reducir las penalidades impuestas, señaló que dicha acción (materializada a través de un laudo arbitral) demandaría la suscripción de una adenda en la medida en que constituye una modificación al contrato, por lo que concluyó que sí puede ser reducida.
Entrevistado 6	Indica que no se puede modificar lo pactado previamente por las partes; pero cuando hay un error de cálculo se puede corregir.
Entrevistado 7	Manifiesta que el determinar la modificación de una condición prevista en el contrato dependerá de si dicha modificación altera las condiciones en las que fue adjudicada la concesión; así también, se debe considerar la concurrencia de un desequilibrio económico manifiesto o una vulneración expresa a los intereses del concesionario.
Entrevistado 8	Considera que, si las partes han acordado que la aplicación de penalidades no puede ser sometida a arbitraje, esta no podría ser reducida, tan es así que las buenas prácticas internacionales demandan un procedimiento específico para dicho supuesto y toma en consideración el impacto que generaría en la concesión.

	También manifiesta que, en el supuesto de pretender reducir la penalidad, las instituciones del Código Civil son aplicables en lo que resulte racionalmente aplicable, sin dejar nada a interpretación de las partes y debiendo especificarse el mecanismo de reducción.
Entrevistado 9	Manifiesta que, en principio, no pueden ni deben reducir la penalidad, pues con ellos se cambian las condiciones del proceso de licitación, lo que genera un incentivo perverso que puede llevar a un incumplimiento cuya penalidad sea más barata que cumplir lo pactado. La reducción que se da en la práctica viene a ser un clasificación o tipificación de la falta, de muy grave a grave, por ejemplo; y, en consecuencia, le corresponde una penalidad menor. Cambian la tipicidad de la falta o penalidad, de tal manera que el monto dinerario alcanza un menor monto.
Entrevistado 10	Manifiesta que sí procede la aplicación de la reducción, según el artículo 1346 del Código Civil. Especialmente cuando la parte que demanda pide la reducción de la penalidad, por ser manifiestamente excesiva o cuando el cumplimiento sea parcial o defectuoso.

Elaboración: Autores de la tesis en función de las respuestas de los entrevistados.

Respecto de las respuestas detalladas en el cuadro precedente, observamos que no existe una posición uniforme o mayoritaria de los entrevistados.

Por ejemplo, los entrevistados 1, 2, 3, 6 y 9 señalan que los tribunales arbitrales no se encuentran facultados para reducir las penalidades y aducen, entre otros, que ello implica una vulneración expresa al contrato, que se hace extensiva incluso a las condiciones y reglas en la que fue convocada la licitación pública para la concesión; sin embargo, el entrevistado 6 deja entrever la posibilidad de reducción en un supuesto de error de cálculo.

Así también, el entrevistado 3 hace alusión a la oportunidad que tienen los postores de una licitación para cuestionar las penalidades, donde se pueden abordar aspectos como su enfoque, causal, redacción e incluso fórmula de aplicación.

Los entrevistados 4, 5 y 10 señalan que los tribunales arbitrales sí se encuentran facultados para reducir las penalidades.

Asimismo, el entrevistado 7 señala textualmente que “Normalmente vamos a admitir una modificación de un término contractual cuando resulte absolutamente gravoso, cuando resulte abusivo, desproporcionado”, de lo cual se desprende que no es categórico en determinar la posibilidad de reducir el monto de la penalidad, ya que dependerá de las situaciones que se presenten en cada contrato.

El entrevistado 10 señala que, en aplicación supletoria del Código Civil, los tribunales arbitrales se encuentran facultados para reducir las penalidades. Esta posición, referida a la aplicación supletoria del ordenamiento civil, coincide con lo establecido en la directiva para la aplicación, impugnación y cobro de penalidades en los contratos de concesión bajo el ámbito de Ositrán, aprobada mediante Resolución de Consejo Directivo N.º 050-2016-CD-OSITRAN, que señala en su anexo, página 12, que los contratos de concesión también se rigen supletoriamente por las disposiciones previstas en el referido código.

Asimismo, los tribunales arbitrales no han mantenido un criterio uniforme en cuanto a la reducción de las penalidades. Por ejemplo, los tribunales arbitrales de los procesos 072-2016-CCL y 129-2017-CCL redujeron las penalidades impuestas por el Ositrán al concesionario en estricto cumplimiento del artículo 1346 del Código Civil. Sin embargo, los tribunales arbitrales de los procesos 064-2017-CCL y el 378-2016-CCL no redujeron las penalidades impuestas por el Ositrán porque el Contrato APP no estipulaba dicha reducción.

Al respecto, compartimos la posición de la aplicación del Código Civil de manera supletoria para la reducción de las penalidades, sin embargo, dicha aplicación deberá constar en el Contrato APP de manera expresa porque, de acuerdo con la revisión de los procesos arbitrales, evidenciamos que en un solo Contrato APP, como es el caso de la línea 2, existen dos criterios de interpretación respecto de un mismo asunto, esto es, la penalidad. En el proceso 072-2016-CCL, el tribunal arbitral reduce la penalidad, mientras que en los procesos 064-2017-CCL y el 378-2016-CCL no, porque no se encuentra dicha estipulación.

En tal sentido, recomendamos que para que no existan estas diferencias respecto de un mismo asunto, se precisen en el Contrato APP las posibilidades de reducir o no las penalidades pactadas por las partes.

Por otro lado, en el proceso arbitral 072-2016-CCL, el tribunal arbitral considera que la penalidad contemplada en el Contrato APP tiene una función compensatoria (indemnizatoria) y en el proceso 129-2017-CCL también. Consideramos que la función compensatoria se entiende como indemnizatoria toda vez que los tribunales arbitrales lo han referenciado de dicha manera.

En consecuencia, como se puede observar, es importante la precisión de la facultad de los tribunales arbitrales y la función de la penalidad, pues existiría un perjuicio a los intereses del Estado.

Asimismo, como lo ha señalado el entrevistado 9, el reducir penalidades en sede arbitral podría convertirse en un incentivo perverso cuyo impacto alcanzaría incluso a las etapas de formulación de consultas y observaciones u ofertas, en la medida en que los postores formularían propuestas alejadas de la realidad o que no podrían cumplir, apelando a que las penalidades aplicables por ciertos incumplimientos podrían ser reducidas e, incluso, anuladas, lo que desvirtúa por completo la naturaleza disuasiva que estas persiguen.

Por otro lado, discrepamos del argumento utilizado por el entrevistado 5 y la conclusión a la que llegó, en la medida en que someter a arbitraje la aplicación de una penalidad en donde se fije como pretensión que esta sea reducida, no implica una modificación del contrato, ni mucho menos demanda la emisión de una adenda para materializar tal modificación.

Los tribunales arbitrales valorarán, evaluarán y discutirán el criterio, los hechos y los medios probatorios utilizados para la aplicación de la penalidad. Bajo ningún punto corresponde que el tribunal arbitral, por medio de un laudo, proponga la modificación de un contrato en la medida en que no son competentes para resolver ese tipo de

controversias. Por tal motivo, consideramos inexacta la respuesta del entrevistado en el presente apartado.

Concordamos con el criterio del entrevistado 8 respecto de que las partes pueden acordar no someter a arbitraje ciertas controversias.

En ese sentido, de lo analizado observamos que, a la fecha, en los Contratos APP no se encuentra el pacto expreso de las partes para reducir las penalidades, en tal sentido, los tribunales arbitrales carecen de competencia para reducirlas.

No obstante, consideramos que, para subsanar dicho impase, se deberá considerar expresamente en el Contrato APP la posibilidad de reducir la penalidad.

5.5.4. Pregunta 4: *¿Se pueden brindar excepciones para la reducción de la penalidad?*

Tabla 5. 6: Resumen de respuestas a la pregunta 4

N.º Entrevistado	Respuesta resumida
Entrevistado 1	Manifiesta que, en el caso de las penalidades de tipo abierto (no tasadas), pueden ser revisables.
Entrevistado 2	Solo los reguladores tienen criterios y competencia para reducir o modificar las penalidades; el concesionario puede solicitar a la gerencia o al consejo directivo del regulador, quien administra el proyecto, reducir o modificar la penalidad.
Entrevistado 3	Señaló que no, pero precisó que en el caso de un error de tipeo puede haber alguna particularidad.
Entrevistado 4	Manifiesta que tales supuestos constituyen un ejercicio abusivo de la redacción de cláusulas unilaterales del Estado, en la medida en que contraviene una de las cláusulas generales del contrato que establece la nulidad de las estipulaciones de una de las partes que impone a la otra en su favor, lo que constituye una vulneración a la legalidad de los contratos.
Entrevistado 5	Manifiesta que la sobrerregulación ha sido una medida fallida para la correcta ejecución de las APP, y concluye que no se deberían regular supuestos específicos. No precisa respecto a las excepciones para reducir la penalidad.

Entrevistado 6	Señala que un contrato es bueno cuando está bien estructurado, es decir, que se pone en diferentes situaciones que pueden ocurrir en el futuro.
Entrevistado 7	Manifiesta que la regla general de la interpretación contractual es que lo ordinario debería ser el cumplimiento y lo extraordinario el incumplimiento si se tiene en cuenta que el contrato es un paquete que abarca obligaciones y deberes de ambas partes; sin embargo, dejó un espacio para la valoración de las justificaciones del concesionario. Entonces cree que hay ignorancia colectiva, si se necesita que una ley que especifique que la cláusula no se puede reducir.
Entrevistado 8	Manifiesta que sí; sin embargo, enfatizó que, debido a las aristas de cada contrato, no corresponde sobrerregularlos.
Entrevistado 9	Indica que no. Si hay un incumplimiento por causa fortuita o no atribuible al concesionario, entonces no está obligado y por tanto no aplica una penalidad.
Entrevistado 10	Manifiesta que se debería incluir dentro de la Ley de APP, mas no en el contrato, ya que igual resulta interpretable con el Art 1346° del Código Civil como norma supletoria ya que la ley de las APP no contempla esa particularidad.

Elaboración: Autores de la tesis en función de las respuestas de los entrevistados.

Al respecto, las opiniones fueron divididas y sin una posición mayoritaria; sin embargo, consideramos que la tendencia de los entrevistados era reconocer la posibilidad de implementar excepciones que permitan reducir el monto de la penalidad en ciertas ocasiones.

En efecto, la reducción de la cláusula penal está contemplada en el Código Civil, pero no en el Contrato APP.

Por ejemplo, los entrevistados 2, 3, 4, 6, 7 y 9 señalan que no se debe establecer excepciones para reducir el monto de la penalidad, debido a i) es el regulador quien debe determinar la reducción de la penalidad; ii) debe haber situaciones particulares; iii) resultaría una vulneración a la legalidad de los contratos; iv) puede abrir el margen de interpretación; v) lo ordinario es el cumplimiento de los contratos; y, vi) en cada contrato hay procedimientos definidos para la exoneración del cumplimiento de las obligaciones, que puede ser por causa fortuita y por causa no atribuible al concesionario.

Los entrevistados 8 y 10 señalan que sí es posible establecer excepciones para reducir el monto de la penalidad si se considera que i) no se puede dejar nada a interpretación de las partes; y, ii) para evitar interpretaciones, deben estar especificadas en la ley.

El entrevistado 1 consideró las excepciones solo en las penalidades no tasadas, debido a que estas no están claramente especificadas o estructuradas en el contrato.

Por su parte, la entrevistada 5 no precisa sobre el particular e indica solamente que en relación con las APP se ha reglamentado demasiado.

Al respecto, consideramos que se debe establecer en el contrato APP —de manera expresa— la reducción de la cláusula penal cuando la penalidad sea excesivamente onerosa y/o cuando la obligación se haya cumplido parcialmente o de manera tardía, conforme lo analizado en el marco teórico precedente y tomando de referencia la opinión de los expertos.

Para complementar lo señalado en el párrafo precedente, es importante recalcar que las estipulaciones o convenios pactados por las partes nacen o se originan por el principio de libertad de contratación, el cual es reconocido constitucionalmente y por el que se puede determinar con libertad el contenido de los contratos; por consiguiente, es viable que las partes indiquen en estos, taxativamente, aspectos relacionados a la reducción de la penalidad.

Una de las razones por las cuales se cuestionan las penalidades es justamente porque son excesivas, sin embargo, la parte que alega ello firmó el Contrato APP y no objetó sobre el particular. Cuando el Estado es llevado a un conflicto por la cláusula penal, el concesionario aplica supletoriamente el Código Civil; no obstante, la posición del Estado recae en la aplicación escrupulosa del orden de prelación contemplado en los criterios de interpretación de los Contratos APP. Si seguimos esa línea, es decir, el orden de prelación contemplados en los Contratos APP, podemos apreciar que no se

encuentra reconocida la figura de la reducción de la cláusula penal por lo que podríamos considerar que las partes no lo quisieron estipular de tal manera.

Aunado a lo ya expuesto, en los procesos arbitrales analizados se evidencia una falta de criterio uniforme en relación con la reducción de la penalidad; por ejemplo, sobre el Metro de Lima Línea 2, en el proceso 72-2016-CCL, el tribunal arbitral, en el fundamento 134, considera factible la aplicación del artículo 1346 del Código Civil y analiza los dos supuestos habilitantes para la reducción de la penalidad que son i) cuando la pena sea manifiestamente excesiva; y, ii) cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida. En cambio, en el proceso 378-2019-CCL, el tribunal arbitral, en el fundamento 88, determina que no es atendible modificar la penalidad, debido a que conlleva a la modificación de los acuerdos contractuales que las partes acordaron.

En tal sentido, para evitar dichas interpretaciones, creemos como grupo que sí deberían existir supuestos excepcionales y deberían estar pactados expresamente.

5.5.5. Pregunta 5: ¿La facultad de reducir las penalidades deberían estar reguladas en los contratos APP?

Tabla 5. 7: Resumen de respuestas a la pregunta 5

N.º Entrevistado	Respuesta resumida
Entrevistado 1	De manera general, indicó que en el contrato deben estar penalidades que no dejen margen de interpretación.
Entrevistado 2	Señala que sí deberían ser incluidas en los contratos de concesión, ya que terceros no pueden modificar el contrato de concesión.
Entrevistado 3	Manifiesta que no es necesario, aludiendo que ya está en el contrato y que sería redundante.
Entrevistado 4	Manifiesta que no sabe si el estado deba imponer al árbitro una metodología, el juez establece un carácter jurisdiccional frente a una mala interpretación de las partes. Duda que el estado tenga una regulación, ya que ni el código civil lo tiene para los privados.
Entrevistado 5	Manifiesta que lo peor que le ha pasado a las APP es tener una regulación más a detalle. Ya que a pesar de que hayan privados que quieran previsión de

	que va a pasar, siempre se va a encontrar situaciones no previstas. Prefiere menos regulación.
Entrevistado 6	Señala que cuanto más exhaustivo sea un contrato, va a resultar mucho mejor. De lo señalado, podemos inferir que si debe regularse la facultad de reducir penalidades en los contratos de concesión.
Entrevistado 7	Señala que se trata de un problema de cultura jurídica, en la cual se ha confundido el principio de legalidad con el principio de literalidad, donde se pretende interpretar de la misma manera diferentes supuestos, lo que ocasiona que frente a una ambigüedad o vacío legal se tomen decisiones que no respondan a los intereses del Estado. Asimismo, no considera oportuna la regulación expresa de la imposibilidad de reducir las penalidades en la medida en que implicaría poner un parche al problema y no solucionaría el de fondo, que es la correcta interpretación de los contratos y la norma aplicable.
Entrevistado 8	Tiene mucho que ver con la finalidad del contrato, no hay diferencia sustancial de la penalidad, principalmente, es de incentivo a la contraparte.
Entrevistado 9	En los contratos, las penalidades están identificadas y reguladas. Las APP se hacen para solucionar una necesidad real, no para generar negocios para privados. Las APP son parte de una estrategia de desarrollo. El concesionario libremente acepta las condiciones, sabe sus obligaciones y sus derechos. Es, por tanto, un tema de ética. Cada contrato es único e irrepetible, una inclusión en el “contrato general estándar”, que se viene impulsando en Ositrán, podría generar mayor controversia.
Entrevistado 10	Manifiesta que no debería establecerse en los contratos, sino en la ley de APP. El artículo 1346 del Código Civil es de carácter imperativo y ningún contrato lo puede poner en duda. Lo ideal es que se regule mediante la norma específica de esta modalidad contractual de las APP.

Elaboración: Autores de la tesis en función de las respuestas de los entrevistados.

En esta pregunta encontramos que existen diversas posturas en los entrevistados. Por un lado, indican que sí debería regularse la reducción de la penalidad en el contrato de concesión bajo la modalidad APP, porque mientras más riguroso sea el contrato, no podrá ser modificado por un tercero.

Por otro lado, encontramos que, mayoritariamente, los demás entrevistados manifiestan que existe demasiada regulación en torno a las APP, por lo que se estaría

redundando, además que generaría mayor controversia por las diversas interpretaciones que se podrían generar.

Los entrevistados 1, 2, 3, 6, 8 y 9 dicen que sí deberían estar estipulados en los contratos, así terceros no podrían modificar el contrato de concesión.

Los entrevistados 5, 7 y 10 señalan, de manera general, que no deberían establecerse en los contratos por lo siguiente: i) hay mucha regulación; ii) no soluciona el problema de fondo que es la correcta interpretación de los contratos y la norma aplicable; y, iii) debe estar en la Ley de APP para que se regule en la norma específica y no sea susceptible de interpretación.

Al respecto, corresponde indicar que si bien nuestra Constitución permite o faculta que los particulares autorregulen sus relaciones jurídico-económicas, como es la estipulación de sus convenios, no obstante consideramos que el contrato debe contener cláusulas claras que no permitan una libre interpretación de ellas, así también, debe generar la posibilidad de evitar contingencias en el desarrollo o ejecución del proyecto.

Asimismo, al ser las cláusulas contractuales un pacto entre las partes, no resulta viable que posteriormente se acuda a un tercero para que modifique los acuerdos pactados, ya que no solo conllevaría la modificación de las condiciones señaladas en las bases —en los contratos bajo la modalidad de APP— sino que también implicaría la vulneración del principio de libertad de contratación estipulada en nuestra constitución política.

Del mismo modo, consideramos que los contratos deben contener cláusulas claras que eviten acudir a un tercero para solucionar una determinada controversia. Por tanto, sí deberían estar consideradas en los Contratos de APP; sin embargo, es necesario considerar que cada contrato es único e irrepetible, en consecuencia, las cláusulas de penalidad deben ser ajustadas al tipo específico de contrato.

Por otro lado, se debe señalar que los árbitros suelen utilizar como norma supletoria el Código Civil y la Ley de Procedimiento Administrativo General, debido a que hay vacíos legales que la ley de las APP no ha cubierto hasta la fecha sobre el tema de la reducción de la penalidad.

5.5.6. Pregunta 6: ¿Cuál es la función de la penalidad contemplada en los contratos APP?

Tabla 5. 8: Resumen de respuestas a la pregunta 6

N.º Entrevistado	Respuesta resumida
Entrevistado 1	Señala que la función de la penalidad es la preventiva, debido a que el objeto principal del contrato es que se garantice un servicio de calidad hacia los usuarios.
Entrevistado 2	Señala que la finalidad de la penalidad es preventiva, incentivar el cumplimiento del contrato; no resarcen el daño.
Entrevistado 3	Señala que la función principal por la que se han puesto las penalidades es prevenir. Las penalidades tienen que ser fuertes, tienen que ser preventivas.
Entrevistado 4	Manifiesta que resolutoria no es en la medida en que la aplicación de la penalidad genera una resolución de contrato; punitiva no podría ser porque el <i>Estado policía</i> no se encuentra en el contrato, esta función se encuentra en las competencias de Ositrán; concluye en que la penalidad es estrictamente indemnizatoria.
Entrevistado 5	Considera que es resarcitoria, y cuando hay acumulación de esta se lleva a la resolución del contrato. Cuando se le consulta respecto a la función preventiva de la penalidad y por qué no la considera como opción, responde que existen incumplimientos contractuales que constituyen infracciones.
Entrevistado 6	Señala: “depende”; puede ser indemnizatoria como el caso de las garantías de fiel cumplimiento, ya que, al no cumplir su oferta, se perdió tiempo en hacer el concurso; puede ser resolutoria porque hay una cláusula que discute la gradualidad y es preventiva ya que encamina a una más fuerte que es la resolutoria.
Entrevistado 7	Manifiesta que dicha característica no dependerá del ámbito del derecho en la que se aplique; sin embargo, manifestó que las finalidades que concurren en una interpretación idónea serían la preventiva y la resarcitoria, sin ser excluyentes en el tema.
Entrevistado 8	Manifestó que en los contratos de concesión concurren todas las funciones de la penalidad que prevé la doctrina; asimismo, manifestó que la función de la

	penalidad también puede ser disuasiva debido a que busca que el concesionario valore la onerosidad de la penalidad y no caiga en incumplimientos; por tales motivos, concluyó que la naturaleza es preventiva.
Entrevistado 9	Las penalidades tienen todas las funciones señaladas por los distintos tribunales. Si no se coloca una penalidad —cualquiera fuera la función señalada— hay un incentivo perverso a no cumplir con sus obligaciones contractuales. Lo que se debe analizar es lo que ocurre en la realidad. Ocurren penalidades porque existen incumplimientos; por tanto, la penalidad debe tener naturaleza preventiva, reguladora y punitiva.
Entrevistado 10	Indica que, de manera general, la cláusula penal tiene siete (7) funciones generales. Cuando el fallo arbitral especifica una de ellas, ya sea sancionatoria, resarcitoria o coercitiva, no contradice en modo alguno a las otras seis (6); por lo tanto, cualquiera de ellas, que se señale en el fallo, está bien aplicada y no contradice a los otros árbitros que señalan cualquiera de las otras seis (6) posibles. Sin embargo; su apreciación es que debería especificarse qué la función es sancionatoria, ya que no hay una correlación numérica entre el monto de la sanción y la magnitud del hecho sancionado.

Elaboración: Autores de la tesis en función de las respuestas de los entrevistados.

Encontramos diversas posturas respecto de la función de la penalidad; sin embargo, la más recurrente fue la función preventiva.

Al respecto, corresponde indicar que en el desarrollo del marco teórico se consideró que la doctrina mayoritaria reconoce cuatro tipos de funciones de la penalidad: i) compulsiva: entendida como un castigo o sanción por el incumplimiento de una obligación; ii) indemnizatoria: busca el resarcimiento originado por el incumplimiento de la obligación contractual; iii) resolutoria: tiene como fin sustituir la prestación principal incumplida; y, iv) preventiva: tiene por finalidad desincentivar un posible incumplimiento de las obligaciones.

La determinación de la función de la penalidad es importante porque permitirá a los tribunales arbitrales ver la común intención de las partes. En los Contratos APP no se ha definido si las cláusulas penales tienen naturaleza compensatoria, indemnizatoria, entre otras. Esto genera que, por ejemplo, los concesionarios argumenten de manera distinta para cada penalidad.

Si una penalidad tiene función indemnizatoria, se espera que las partes ya no cuestionen sobre los daños y perjuicios. Es decir, ante el incumplimiento detectado, el monto de la penalidad deberá ser asumida por el que incumplió, sin embargo, se cuestiona la penalidad porque justamente no se ha definido claramente cuál es su función y, sobre la base de ello, los tribunales arbitrales interpretan en función de la doctrina o la posición de las partes.

Otro ejemplo lo podemos observar en el sentido de que la penalidad sea considerada función moratoria. Por ejemplo, dicha penalidad solo surtirá efectos por cuestiones de un inicio y un fin, sin embargo, no es aplicable ante el incumplimiento de la presentación tardía de una obligación contemplada en los Contratos APP.

En efecto, incluso podemos observar que no existe una posición uniforme o mayoritaria por parte de los tribunales arbitrales. Para un tribunal arbitral, por ejemplo, la penalidad tiene función sancionatoria, mientras que para otro, resarcitoria y no sancionatoria, pese a que, si bien son diferentes tribunales arbitrales, el Contrato APP, materia de la controversia, es el mismo.

En tal sentido, luego de un análisis exhaustivo de las cláusulas penales de los Contratos APP, del marco normativo aplicable, de los laudos analizados y de los entrevistados, concluimos que no existe certeza en la sola definición de la función de la penalidad. Como grupo consideramos que, para clarificar dicho cuestionamiento, se deben especificar expresamente en el Contrato APP cuál es su función, porque así permitirá uniformidad de criterios y se subsanarían cuestionamientos por parte de los concesionarios.

CAPÍTULO VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Como se puede observar, luego de un análisis sobre la materia, se ha llegado a las siguientes conclusiones:

Primera: No existe un criterio uniforme por parte de los tribunales arbitrales para resolver sobre la cláusula penal contemplada en los Contratos APP, debido a que los contratos de concesión no se encuentran correctamente estructurados, lo que conlleva a que tengan una naturaleza incompleta y que, además, no se hayan considerado diversas contingencias o eventualidades que podrían suceder a lo largo del periodo de concesión del contrato.

Segunda: En cuanto a la función de la cláusula penal, se ha evidenciado, por medio de los laudos arbitrales, que no existe un criterio uniforme sobre su tratamiento por parte de los tribunales arbitrales. La doctrina consultada hace referencia a diferentes tipos de funciones y no existe una posición mayoritaria por parte de los consultores expertos sobre cuál debería ser la función de la penalidad en los contratos APP. Consideramos que la cláusula penal, en los contratos de concesión, puede cumplir las diferentes funciones como la compulsiva, indemnizatoria, resolutoria, preventiva y otras, de acuerdo a la tipología del proyecto.

Tercera: En cuanto a la posibilidad de reducir el *quantum* de la cláusula penal contemplada en los contratos APP, se ha evidenciado, mediante los laudos arbitrales, que no existe una posición uniforme sobre si se puede o no reducir las penalidades. El marco teórico permite la reducción de la cláusula penal en aplicación supletoria del Código Civil; de acuerdo con los consultores expertos, se aprecia que no existe una posición consistente. Consideramos que no deben reducirse las penalidades ya que estas competencias no están consideradas en el marco del contrato de concesión APP.

Como conclusiones complementarias tenemos las siguientes:

Primera: Proinversión y el MEF no tienen información relevante a pesar de que, en el caso del MEF y la ley de APP vigente, se estipula que deben tener un registro de Contratos APP y en donde deberían de estar también, las decisiones de estos procesos arbitrales.

Segunda: De los organismos reguladores, solo el Ositrán participa en los procesos arbitrales donde se discuten sus decisiones, a pesar de que el Decreto Legislativo N.º 1362 y su reglamento también permiten a los demás organismos reguladores su participación, en sus competencias.

Tercera: Existen opiniones diversas respecto a si el Tribunal Arbitral debería tener excepciones para reducir las penalidades contractuales, no obstante, consideramos que sí podrían considerarse algunas excepciones como, por ejemplo, que estas sean manifiestamente excesivas o cuando la obligación se haya cumplido de manera irregular, siempre y cuando se haya establecido en el contrato de concesión APP.

Cuarta: No se han identificado las consecuencias jurídicas respecto de un escenario de responsabilidad extracontractual en los contratos bajo la modalidad APP y podrían ser estudiados para asegurar los derechos de los usuarios.

Quinta: Las penalidades contractuales y las sanciones administrativas tienen una naturaleza distinta, mientras la primera nace del principio de libertad de contratación, la otra se basa en el principio de legalidad; en los casos analizados solo hemos tratado las penalidades contractuales.

Sexta: Los laudos arbitrales analizados han sido sujetos del recurso de anulación de laudo arbitral en sede judicial. Hasta la fecha de la consulta se encontraban pendientes de resolver en sede judicial por lo que no se pudo confirmar si el Poder Judicial varió o no lo resuelto por este.

Como recomendaciones tenemos las siguientes:

Primera: Se deben definir las funciones de la cláusula penal en los Contratos APP con la finalidad de que no se deje a libre interpretación de las partes, y de los tribunales arbitrales o judiciales, que resuelvan controversias derivadas de dichos contratos.

Segunda: Se debe establecer en los contratos de concesión APP que los tribunales arbitrales no se encuentran facultados para reducir las penalidades contractuales, salvo excepciones expresamente establecidas en el Contrato APP, porque consideramos que se vulnerarían los factores de competencia de la licitación pública.

Tercera: Las excepciones que permitan la reducción de la penalidad deben elaborarse en virtud de cada proyecto de inversión.

Cuarta: En el contrato estándar de APP se deben contemplar las penalidades contractuales y su reducción.

Quinta: Ositrán, como ente regulador, debe definir claramente en sus lineamientos y norma técnica la posibilidad de aplicar o no de manera supletoria el Código Civil, ya que cuando participa de manera coadyuvante, argumenta que no es posible aplicar el artículo 1346 del mencionado código, que permite la reducción de la penalidad.

Sexta: Profundizar el análisis del impacto de la reducción de la penalidad en el contrato de concesión APP como parte de otros estudios.

ANEXOS

ANEXO I
REQUERIMIENTOS DE INFORMACIÓN A DIVERSAS ENTIDADES
(SE ADJUNTA ARCHIVOS EN PDF)

N.º	Entidad	Tipo	Solicitud de acceso a información pública		Respuesta de entidades			
			N.º Expediente	Fecha	e-mail	N.º de Documento	Responsable	Fecha
1	MEF	Concedente	SOLI-2020-32424822	5/10/2020	saip@mef.gob.pe	OFICIO N.º 1947-2020-EF/45.01	Ana Teresa Martínez Zavaleta	19/10/2020
2	Proinversión	Promotor	E012004905	5/10/2020	RMAYANGA@proinversion.gob.pe	S/D	Roxana Mayanga V.	13/10/2020
3	MTC	Concedente	208779	5/10/2020	acceso-informacion@mtc.gob.pe	S/D	OACGD	13/10/2020
4	MTC	Concedente	225591	20/10/2020	acceso-informacion@mtc.gob.pe	S/D	OACGD	20/10/2020
5	MVCS	Concedente	00103130-2020	5/10/2020	accesoalainformacion@vivienda.gob.pe	CARTA N.º 540-2020-VIVIENDA/SG-OAC.AIP	Carmen Stucchi Arce	14/10/2020
6	Essalud	Concedente	S/N	6/10/2020	Ccancino@essalud.gob.pe	CARTA N.º 70-GCAJ-ESSALUD-2020	Cecilia Cancino Linares	20/10/2020
7	Ositrán	Regulador	2020009624	5/10/2020	infompv@ositrán.gob.pe	Oficio N.º MPVOFICIO-185-2020	Alina Valenzuela Cabello	19/10/2020
8	Osiptel	Regulador	SAIP2000733	5/10/2020	informacion@osiptel.com.pe	S/D	Renzo Chiri Márquez	8/10/2010
9	Osinergrmín	Regulador	202000137230	6/10/2020	vcarrasco@osinergrmin.gob.pe	MEMORÁNDUM-GAJ-546-2020	Vanessa Carrasco Villalobos	9/10/2010
10	Osinergrmín	Regulador	202000152682	23/10/2020	saip@osinergrmin.gob.pe	MEMORÁNDUM-GAJ-118-2020	Vanessa Carrasco Villalobos	26/10/2020

Elaboración: Autores de la tesis en función del requerimiento de información y respuesta de entidades.

ANEXO II
LAUDOS ARBITRALES DE CONTRATOS DE CONCESIÓN APP DEL MTC

N.º	N.º Legajo	Año	Demandante	Demandado
1	76	2015	GYM FERROVÍAS S. A.	MTC
2	64	2014	APM TERMINALS CALLAO S. A.	MTC
3	87	2016	CONCESIONARIA VIAL DEL SUR S. A.	MTC
4	46	2015	OBRAINSA CONCESIÓN VALLE DEL ZAÑA S. A.	MTC
5	101	2016	AMERICATEL PERÚ S. A.	MTC
6	107	2016	ENTEL PERÚ S. A.	MTC
7	33	2016	GYM FERROVÍAS S. A.	MTC
8	32	2016	AEROPUERTOS DEL PERÚ S. A.	MTC
9	37	2016	METRO DE LIMA LÍNEA 2 S. A.	MTC
10	79	2016	AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S. A. C	PROVIAS NACIONAL
11	41	2016	METRO DE LIMA LÍNEA 2 S. A.	MTC
12	32	2017	AEROPUERTOS ANDINOS DEL PERÚ S. A.	MTC
13	81	2016	AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S. A. C	PROVIAS NACIONAL
14	178	2016	GYM FERROVÍAS S. A.	MTC
15	76	2012	CONCESIONARIA VIAL DEL SOL S. A.	MTC
16	90	2016	AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S. A. C	MTC
17	46	2017	AEROPUERTOS ANDINOS DEL PERÚ S. A.	MTC
18	110	2014	GILAT TO HOME PERÚ S. A.	MTC-FITEL
19	20	2017	METRO DE LIMA LÍNEA 2 S. A.	MTC
20	76	2015	GYM FERROVÍAS S. A.	MTC
21	37	2017	GYM FERROVÍAS S. A.	MTC
22	142	2016	GYM FERROVÍAS S. A.	PROVIAS NACIONAL
23	172	2016	METRO DE LIMA LÍNEA 2 S. A.	MTC
24	38	2018	CONCESIONARIA PERUANA DE VÍAS - COVINCA S. A.	MTC
25	105	2014	CONCESIONARIA PUERTO AMAZONAS S. A.	MTC
26	41	2016	METRO DE LIMA LÍNEA 2 S. A.	MTC
27	91	2016	AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S. A. C	MTC
28	81	2017	APM TERMINALS CALLAO S.A.	MTC
29	57	2018	VIETTEL PERÚ S. A. C.	MTC
30	70	2018	CONSORCIO SUPERVISOR INTEROCEÁNICA SUR	Ositrán-MTC
31	103	2018	AEROPUERTOS DEL PERÚ S. A.	MTC
32	48	2018	AEROPUERTOS ANDINOS DEL PERÚ S. A.	MTC
33	128	2018	AEROPUERTOS DEL PERÚ S. A.	MTC
34	31	2018	CONCESIONARIA VIAL DEL SOL S.A.	MTC

Elaboración: Autores de la tesis en función de la información proporcionada por MTC.

ANEXO III
LAUDOS ARBITRALES DE CONTRATOS DE CONCESIÓN APP DE ESSALUD

N.º	Caso arbitral	Demandante	Demandado
1	195 - 2016 CCL	SALOG S. A.	ESSALUD
2	52 - 2016 CCL	CALLAO SALUD S. A. C.	ESSALUD
3	(*) 52 - 2016 CCL	CALLAO SALUD S. A. C.	ESSALUD
4	249 - 2016 CCL	CALLAO SALUD S. A. C.	ESSALUD
5	(*) 249 - 2016 CCL	CALLAO SALUD S. A. C.	ESSALUD
6	250 - 2016 CCL	CALLAO SALUD S. A. C.	ESSALUD
7	(*) 250 - 2016 CCL	CALLAO SALUD S. A. C.	ESSALUD
8	53 - 2016 CCL	VILLA MARÍA DEL TRIUNFO S. A. C.	ESSALUD
9	251 - 2016 CCL	VILLA MARÍA DEL TRIUNFO S. A. C.	ESSALUD

Elaboración: Autores de la tesis en función de la información proporcionada por Essalud.

ANEXO IV
EXTRACTO DE LOS PRINCIPALES ASPECTOS DE LOS LAUDOS ARBITRALES
ANALIZADOS

Laudo arbitral N.º 0067-2016-CCL		
1	Contrato de concesión	Contrato de Concesión para el diseño, financiamiento, construcción, equipamiento electromecánico, equipamiento de sistema y provisión de material rodante, operación y mantenimiento del proyecto Línea 2 y Ramal av. Faucett-av. Gambeta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao.
2	Centro de arbitraje	Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima
3	Demandante	Metro de Lima Línea 2 S. A.
4	Demandado	Ministerio de Transporte y Comunicaciones - MTC
5	Coadyuvante	Ositrán
6	Pretensiones	
	a) Principal	<p>Primera pretensión principal: Que se deje sin efecto la penalidad impuesta en relación con el Estudio Definitivo de Ingeniería (EDI) relacionado al PV20, por el supuesto atraso en la subsanación de observaciones al referido EDI.</p> <p>Segunda pretensión principal: Que se deje sin efecto la penalidad impuesta en relación con el Estudio Definitivo de Ingeniería (EDI) relacionado al PV21, por el supuesto atraso en la subsanación de observaciones al referido EDI.</p> <p>Tercera pretensión principal: Que se deje sin efecto la penalidad impuesta en relación con el Estudio Definitivo de Ingeniería (EDI) relacionado al PV22, por el supuesto atraso en la subsanación de observaciones al referido EDI.</p> <p>Cuarta pretensión principal: Que se deje sin efecto la penalidad en relación con el Estudio Definitivo de Ingeniería (EDI) relacionado al PV23, por el supuesto atraso en la subsanación de observaciones al referido EDI.</p> <p>Quinta pretensión principal: Que se deje sin efecto la penalidad impuesta en relación con el Estudio Definitivo de Ingeniería (EDI) relacionado al PV19Bis, por el supuesto atraso en la subsanación de observaciones al referido EDI.</p> <p>Sexta pretensión principal: Que se deje sin efecto la penalidad en relación con el Estudio Definitivo de Ingeniería (EDI) relacionado al PV24, por el supuesto atraso en la subsanación de observaciones al referido EDI.</p> <p>Séptima pretensión principal: Que se ordene al Ministerio de Transportes y Comunicaciones pagar los costos y costas del presente arbitraje.</p>
	b) Subordinada	-
	c) Alternativa	-
7	Controversia	<p>23.1. El METRO pretende, en esencia, que se dejen sin efecto una serie de penalidades que le han sido impuestas por OSITRÁN y están contempladas en el contrato de concesión. La penalidad referida se encuentra plasmada en el Anexo 10 del contrato de concesión, cuando se hace mención a las penalidades referidas a la ejecución de las inversiones obligatorias y pruebas de puesta en marcha, dentro de las cuales se incluye aquella respecto al <u>“atraso en la subsanación de observaciones al Estudio Definitivo de Ingeniería dentro del plazo máximo establecido en la cláusula 6.4. del contrato de concesión”</u>.</p> <p>23.2. Señala que es importante notar que el supuesto hecho que la referida penalidad sanciona como incumplimiento es <u>el atraso en la presentación de la subsanación de observaciones al EDI dentro del plazo de diez (10) días calendario establecido en la cláusula 6.4 del contrato de concesión.</u></p>
8	Monto de la penalidad	86 UIT
9	Descripción de la penalidad	23.1 [...] La penalidad referida se encuentra plasmada en el Anexo 10 del contrato de concesión, cuando se hace mención a las penalidades referidas a la ejecución de las inversiones

		<p>obligatorias y pruebas de puesta en marcha, dentro de las cuales se incluye aquella respecto al "atraso en la subsanación de observaciones al Estudio Definitivo de Ingeniería dentro del plazo máximo establecido en la cláusula 6.4 del contrato de concesión", penalidad que se plasma en una (1) UIT por cada día de atraso.</p> <p>24.2. [...]</p> <p>Sobre el particular, cabe indicar que el incumplimiento que dio origen a la aplicación de las penalidades impuestas al concesionario mediante Oficios No 015-16-GSF-OSITRAN, No 061-16-GSF-OSITRAN, No 062-16-GSF-OSITRAN, No 064-16-GSF-OSITRAN, No 267-16-GSF-OSITRAN y No 306-16-GSF-OSITRAN, se tiene que las mismas se sustentan en el atraso del concesionario en la subsanación de observaciones a los EDI PV20, EDI PV21, EDI PV22, EDI PV11, EDI PV24 y EDI PV19Bis, respectivamente, por más de diez (10) días calendario, en contravención con lo establecido en la cláusula 6.4 del contrato de concesión.</p>
10	Posición (demandante)	<p>21. Breve resumen de la posición del Metro</p> <p>La posición del METRO respecto de la arbitrabilidad de las pretensiones materia de su demanda se encuentra tanto en su propia demanda como en la absolución a la excepción de incompetencia que presentó en el curso del arbitraje.</p> <p>21.1 Contestando específicamente la excepción deducida por el MTC manifiesta que esta se ha formulado con base en dos argumentos: (i) la aplicación de la cláusula 17.14 del Contrato de Concesión que excluiría al arbitraje como el mecanismo para cuestionar una penalidad impuesta por OSITRÁN y; (ii) Que la imposición de una penalidad por parte de OSITRÁN es un acto administrativo que nace de la ley y por ende, es no arbitrable.</p> <p>21.2 En relación con la aplicación de la cláusula 17.14 del Contrato, el MTC ha señalado que, según la cláusula 17.14 del Contrato de Concesión, las partes habrían excluido de llevar a arbitraje cualquier controversia respecto a la imposición de penalidades por parte de OSITRÁN. Dicha cláusula señala: 17.14 El CONCESIONARIO podrá impugnar la imposición de una penalidad, por escrito y con el respectivo sustento, ante el REGULADOR, en un plazo máximo de diez (10) días, contados a partir del día siguiente a la fecha de notificación.</p> <p>El REGULADOR contará con un plazo de quince (15) días para emitir su pronunciamiento debidamente fundamentado. En caso de que, vencido el plazo antes indicado, el REGULADOR no emita pronunciamiento alguno, se entenderá denegada la impugnación presentada. La decisión del REGULADOR tendrá carácter definitivo y no estará sujeta a reclamación alguna por parte del CONCESIONARIO". (El énfasis y subrayado es del METRO)</p> <p>Para el MTC, las partes habrían pactado que cuando el propio Regulador que aplicó las penalidades se pronuncie sobre la correcta aplicación o no de sus propias penalidades vía impugnación contractual del Concesionario, no cabrá recurso alguno excluyendo la cláusula arbitral. En otras palabras, para el MTC, con el pacto señalado en la cláusula 17.14 el Concesionario habría renunciado a su derecho de acción.</p> <p>En efecto, si analizamos la argumentación en este punto por parte del MTC, no señalan que esta discusión deba ser resuelta por el Poder Judicial y por ende que el tribunal arbitral se declare incompetente, sino, señalan que cuando se trata de penalidades contractuales aplicadas por OSITRÁN, no se pueden controvertirlas en ninguna sede jurisdiccional, por increíble que parezca.</p> <p>En otras palabras, según el MTC, el Concesionario habría aceptado otorgarle la facultad a OSITRÁN (organismo del propio Estado peruano, es decir, de una de las partes) de ser juez y parte, sin tener la posibilidad de que un ente jurisdiccional, según el contrato, un tribunal arbitral, revise dicha decisión.</p>

		<p><i>Debemos señalar que dicha interpretación no solo es errónea, sino que es inconstitucional. En efecto, como sabemos, el derecho de acción es irrenunciable, y ningún pacto de las partes puede limitarlo como el derecho constitucional que es.</i></p> <p><i>[...]</i></p> <p><i>De otro lado, reitera que las penalidades impuestas por OSITRÁN tienen naturaleza civil. Por lo tanto, nos encontramos ante el cuestionamiento de una penalidad impuesta por OSITRÁN que no solo tienen naturaleza civil, sino que la competencia otorgada a OSITRÁN para imponerlas ha sido otorgada por las propias partes, y no por la ley.</i></p>
11	Posición del MTC	<p><i>19.1 Sostiene que en el fondo las materias que se han sometido a arbitraje, en tanto se tratan de penalidades que han sido impuestas por OSITRÁN, no son susceptibles de ser sometidas a arbitraje.</i></p> <p><i>19.2 En este sentido, expresa que, si bien de acuerdo con el artículo 63 de la Constitución Política del Perú el Estado puede someter a arbitraje controversias derivadas de la relación contractual en las que es parte, también queda claro que no toda controversia en la que es parte el Estado es susceptible de ser sometida a arbitraje. La norma hace referencia solo a "controversias derivadas de relación contractual".</i></p> <p><i>19.10 Concluye el MTC que, dado que los actos administrativos por los cuales el OSITRÁN impone penalidades por incumplimientos al Contrato de Concesión, se derivan del ejercicio de su función legal de supervisión, la cual es reconocida y aceptada por las partes contratantes, dichos actos administrativos (al emitirse en ejercicio de una función administrativa, es decir, la supervisión) no pueden ser arbitrables, por mandato expreso del propio Contrato de Concesión.</i></p>
12	Posición del Ositrán	<p><i>20.4 Indica que resulta necesario analizar la naturaleza de las penalidades impuestas por OSITRÁN en el presente caso, respecto de lo cual señala que debe entenderse que su nombre (denominadas como penalidades en el propio contrato) no debe llevar, de manera automática, a la conclusión de que estamos ante una figura de naturaleza civil, tal como lo sostiene el METRO.</i></p> <p><i>20.5 En efecto, la naturaleza de esta figura debe entenderse dentro del marco en el que se prevé y origina, así como también teniendo en cuenta quién las impone. Considera que no se trata de una penalidad en sentido civil, pues en ese supuesto no sería OSITRÁN quien las impusiese, sino más bien una de las partes que ha firmado el Contrato de Concesión (en este caso, el MTC).</i></p> <p><i>20.6 Así, estima que no puede dejarse de lado un aspecto fundamental, esto es, quién las ha impuesto, y, al emitir las un organismo regulador, claramente estamos ante una figura de naturaleza administrativa, ergo, no susceptible de ser cuestionada en sede arbitral. En conclusión, nos encontramos ante una potestad sancionadora que se regula por sus propias normas y que nada tiene que ver con un aspecto contractual, pues si así fuera no sería UN ORGANISMO REGULADOR el que la imponga, sino el propio Concedente de la relación obligacional.</i></p>
13	Análisis del Tribunal Arbitral	
	a) Artículos del Código Civil	<p><i>67. Los contratos contienen –como lo prevé el Código Civil y lo consagra la doctrina– un vínculo obligacional entre las partes, dirigido a crear una obligación patrimonial. [...]</i></p> <p><i>69. Este vínculo obligacional está destinado a cumplirse indefectiblemente pues –conforme al artículo 62 de la Constitución antes referido y al Código Civil– ni siquiera una ley podría modificarlo. Tan es así que el Código Civil reitera, en artículo expreso, la fuerza obligatoria de lo pactado en los contratos [...].</i></p> <p><i>73. En cuando a los contratos, el Código Civil consagra en su artículo 1361 el principio pacta sunt servanda mediante el cual el cumplimiento de las obligaciones emanadas de los contratos han de exigirse en correspondencia con los términos estipulados en</i></p>

	ellos. No deja lugar a dudas –valga la reiteración– la expresión utilizada en el Código “[...] son obligatorios en cuan[t]o se haya expresado en ellos”.
b) Cláusulas del contrato analizadas	<p>23.15 MATERIA CONTROVERTIDA: ¿SE CUMPLIÓ CON EL SUPUESTO DE HECHO DE LA PENALIDAD?</p> <p>El Contrato de Concesión ha previsto en su Anexo N.º 10 las Penalidades referidas a la ejecución de las Inversiones Obligatorias y Pruebas de Puesta en Marcha, dentro de las cuales se incluye aquella respecto al “atraso en la subsanación de observaciones al Estudio Definitivo de Ingeniería dentro del plazo máximo establecido en la cláusula 6.4 del Contrato de Concesión”: Que sanciona con 1 UIT por cada día de atraso (“Tabla N.º 2: Penalidades referidas a la Sección VI: Inversiones Obligatorias y Pruebas de Puesta en Marcha).</p> <p>Sobre este punto, sostiene que el supuesto de hecho que la referida penalidad sanciona como incumplimiento es el atraso en la presentación de la subsanación de observaciones al EDI dentro del plazo de diez (10) días calendario establecido en la cláusula 6.4 del Contrato de Concesión (única ronda).</p> <ul style="list-style-type: none"> • Indica que para poder entender con precisión cuál es el supuesto de hecho penalizado, se debe identificar previamente cuál es la conducta que el Contrato busca prevenir o desincentivar mediante la penalidad. • Esa es la lógica de las penalidades: Identificar una conducta o un supuesto de hecho no deseado imputable a una parte y en caso este ocurra, aplicar, de acuerdo con los mecanismos y requisitos contractuales y legales correspondientes, una penalidad económica que en cierta forma resarza los efectos dañinos del incumplimiento, desincentivando a su vez la conducta de la parte infractora. • En este contexto, la conducta que resulta objetivamente imputable a efectos de aplicar la penalidad por “atraso en la subsanación de observaciones al EDI dentro de plazo máximo establecido en el Contrato (10 días)”, es el hecho de no cumplir, en el plazo establecido de diez (10) días con presentar la absolución de observaciones en forma y contenido dentro del plazo indicado (única ronda). <p>26.6 Sobre el segundo aspecto, al margen que tanto el MTC como OSITRÁN han sostenido en un principio el hecho que de acuerdo con lo establecido en la cláusula 17.13 del CONTRATO, no era necesaria la intimación en mora, pues estábamos frente a un supuesto de mora automática (hecho que este artículo 1333 numeral 1 del Código Civil señala no se requiere de la intimación cuando la ley o el pacto declaren expresamente ello; lo que no sucede en el presente caso); lo cierto es que este Tribunal sí considera que cada una de las comunicaciones (Oficios) en los que se hizo de conocimiento del METRO que no había cumplido con subsanar las observaciones y se le solicitaba que cumpla con lo establecido en la cláusula 6.4 del contrato, sí constituye el aviso de la situación de incumplimiento y un requerimiento para ello.</p>
c) Función de la penalidad	-
d) Naturaleza de la penalidad	-
e) Argumentos	
e.1. Mantiene penalidad	<p>26.6. [...] lo cierto es que este Tribunal sí considera que cada una de las comunicaciones (Oficios) en los que hizo de conocimiento del METRO que no había cumplido con subsanar las observaciones y se le solicitaba que cumpla con lo establecido en la cláusula 6.4 del contrato, sí constituye el aviso de la situación de incumplimiento y un requerimiento para ello.</p> <p>26.8 En lo que respecta a la alegación del METRO en el sentido que finalmente todas las subsanaciones se realizaron antes de la fecha máxima que tenía para contar con un EDI debidamente aprobado, y por tanto no correspondería aplicar penalidades por</p>

		<p>el retraso en la absolución de los EDI que parcialmente presentaba; este Tribunal estima que dicho argumento no resulta atendible pues las partes pactaron la existencia de una penalidad específica para el caso de retraso en la absolución de las observaciones a los EDI.</p> <p>En este mismo contexto, el Tribunal no concuerda con lo manifestado por el METRO en el sentido que en aquellos casos que el MTC (concedente) se había retrasado en comunicar las observaciones, el concesionario podía perfectamente dar por denegado el EDI y volverlo a presentar; pues lo cierto es que en los hechos el METRO en ninguno de los casos que son materia de este arbitraje dio por denegado el EDI, sino que esperó la comunicación de las observaciones y actuó en consecuencia a efecto de levantar las mismas.</p> <p>26.9 Por las consideraciones expresadas, este Tribunal estima que no corresponde amparar los puntos controvertidos y en consecuencia desestimar las pretensiones de la demanda.</p>
	e.2. Reduce penalidad	-
	e.3. Deja sin efecto penalidad	-
14	Resolución Tribunal Arbitral	<p>PRIMERO: Declarar <i>INFUNDADA</i> la Excepción de incompetencia deducida.</p> <p>SEGUNDO: Declarar <i>INFUNDADA</i> la Primera Pretensión Principal de la demanda.</p> <p>TERCERO: Declarar <i>INFUNDADA</i> la Segunda Pretensión Principal de la demanda.</p> <p>CUARTO: Declarar <i>INFUNDADA</i> la Tercera Pretensión Principal de la demanda.</p> <p>QUINTO: Declarar <i>INFUNDADA</i> la Cuarta Pretensión Principal de la demanda.</p> <p>SEXTO: Declarar <i>INFUNDADA</i> la Quinta Pretensión Principal de la demanda.</p> <p>SÉTIMO: Declarar <i>INFUNDADA</i> la Sexta Pretensión Principal de la demanda.</p> <p>OCTAVO: Respecto de los costos arbitrales se ordena lo siguiente:</p> <p>(i) Que cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal y asesoramiento en los que hubiera incurrido, y</p> <p>(ii) Que en lo que corresponde a los honorarios del tribunal arbitral ellos deben ser asumidos por la parte perdedora del presente.</p>

Elaboración: Autores de la tesis en función de los laudos arbitrales proporcionados por Ositrán.

Laudo arbitral N.º 072-2016-CCL		
1	Contrato de concesión	Contrato de Concesión para el diseño, financiamiento, construcción, equipamiento electromecánico, equipamiento de sistema y provisión de material rodante, operación y mantenimiento del proyecto Línea 2 y Ramal av. Faucett-av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao.
2	Centro de arbitraje	Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima
3	Demandante	Metro de Lima Línea 2 S. A.
4	Demandado	Ministerio de Transporte y Comunicaciones – MTC
5	Coadyuvante	Ositrán
6	a) Principal	<p>Pretensiones</p> <p>Primera Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral deje sin efecto la penalidad impuesta mediante Oficio N.º 0014-2016-GSF-OSITRAN, mediante el cual la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRÁN aplica una penalidad contractual por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de la Concesión relativa al PV-23 de la etapa 1A del Proyecto, que se computa desde el 4 al 31 de agosto de 2015 y desde el 1 al 30 de setiembre de 2015.</p> <p>Segunda Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral deje sin efecto la penalidad impuesta mediante Oficio N.º 020-2016-GSF-OSITRAN, mediante el cual la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRÁN aplica una penalidad contractual por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de la Concesión relativa al PV23 de la Etapa 1A del proyecto, que se computa por todo el mes de noviembre del 2015.</p> <p>Tercera Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral deje sin efecto la penalidad impuesta mediante Oficio N.º 027-2016-GSF-OSITRAN, mediante el cual la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRÁN aplica una penalidad contractual por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de la Concesión relativa al PV23 de la Etapa 1A del proyecto, que se computa por todo el mes de octubre del 2015.</p> <p>Cuarta Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral deje sin efecto la penalidad impuesta mediante Oficio N.º 0140-2016-GSF-OSITRAN, mediante el cual la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRÁN aplica una penalidad contractual por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de la Concesión relativa al PV23 de la Etapa 1A del proyecto, que se computa desde el 01 al 26 de diciembre del 2015.</p> <p>Quinta Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral deje sin efecto la penalidad impuesta mediante Oficio N.º 0291-2016-GSF-OSITRAN, Oficio N.º 0295-2016-GSF-OSITRAN, Oficio N.º 0296-2016-GSF-OSITRAN y Oficio N.º 0311-2016-GSF-OSITRAN, mediante los cuales la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRÁN aplica una penalidad contractual por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de la Concesión relativa al PV23 de la Etapa 1A del proyecto, que se computa desde el 27 al 31 de diciembre de 2015; todo el mes de enero y febrero de 2016 (Oficio N.º 0291-2016-GSF-OSITRAN); todo el mes de marzo de 2016 (Oficio N.º 0295-2016-GSF-OSITRAN); por todo el mes de marzo de 2016 (Oficio N.º 0296-2016-GSF-OSITRAN) por todo el mes de mayo 2016 (Oficio N.º 0311-2016-GSF-OSITRAN).</p> <p>Sexta Pretensión Principal: Que se ordene al Ministerio de Transportes y Comunicaciones pagar los costos y costas del presente arbitraje.</p>

	b) Subordinada	<p>Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral determine la reducción de las penalidades interpuestas mediante el Oficio N.º 0014-2016- GSF-OSITRAN, por ser manifiestamente excesivas y/o porque la obligación principal ha sido prácticamente cumplida en su totalidad.</p> <p>Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral determine la reducción de las penalidades interpuestas mediante el Oficio N.º 020-2016-GSF-OSITRAN por ser manifiestamente excesivas y/o porque la obligación principal ha sido prácticamente cumplida en su totalidad.</p> <p>Pretensión Subordinada a la Tercera Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral determine la reducción de las penalidades interpuestas mediante el Oficio N.º 027-2016-GSF-OSITRAN por ser manifiestamente excesivas y/o porque la obligación principal ha sido prácticamente cumplida en su totalidad.</p> <p>Pretensión Subordinada a la Cuarta Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral determine la reducción de las penalidades interpuestas mediante el Oficio N.º 0140-2016-GSF-OSITRAN por ser manifiestamente excesivas y/o porque la obligación principal ha sido prácticamente cumplida en su totalidad.</p> <p>Pretensión Subordinada a la Quinta Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral determine la reducción de las penalidades interpuestas mediante el Oficio N.º 0291-2016-GSF-OSITRAN, Oficio N.º 0295-2016-GSF-OSITRAN, Oficio N.º 0296-2016-GSF-OSITRAN y Oficio N.º 0311-2016-GSF-OSITRAN por ser manifiestamente excesivas y/o porque la obligación principal ha sido prácticamente cumplida en su totalidad.</p>
	c) Alternativa	-
7	Controversia	56. METRO fundamenta su demanda en los siguientes dos (2) argumentos: i) El indebido procedimiento para la aplicación de las penalidades; y, ii) Una errónea fiscalización sobre la base de un Plan de desvíos no actualizado con relación a los microdesvíos pertenecientes al Plan de desvíos y el desconocimiento por parte de OSITRÁN de la naturaleza dinámica y referencial de los microdesvíos que forman parte del Plan de desvíos.
8	Monto de Penalidad	604 UIT
9	Descripción de la penalidad	<p>Cláusula 17.12 del CONTRATO y el artículo 3 del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRÁN, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N.º 023-2003-CD-OSITRAN “Penalidad por incumplimiento de los términos del contrato”.</p> <p>Supuesto incumplimiento 1: Falta de colocación de la totalidad de señales verticales y horizontales en el área del Micro-desvío correspondiente al PV-23.</p> <p>Supuesto incumplimiento 2: Falta de implementación de todos los puntos de control en las intersecciones de las rutas que conforman el Plan de Desvíos.</p> <p>Supuesto incumplimiento 3: Falta de implementación del desvío de tráfico, de acuerdo al plan de Desvíos aprobado por la MML.</p>
10	Posición (demandante)	<p>63. Así, METRO sostiene que OSITRÁN, sin previo aviso, le ha interpuesto penalidades agrupadas bajo un criterio mensual por el incumplimiento de obligaciones; sin embargo, debido a que la penalidad era diaria, OSITRÁN debió notificar el incumplimiento diario a fin de que el concesionario proceda a subsanar el incumplimiento. Inclusive, alega que OSITRÁN lo notificó hasta cinco (5) meses después del incumplimiento, colocándolo en un estado de indefensión probatoria.</p> <p>65. METRO argumenta su posición sobre la base de tres puntos: i) fiscalizar sobre la base de un Plan de desvíos no actualizado; ii) no tomar en consideración el hecho determinante de un tercero como causa de exoneración de responsabilidad, específicamente los hurtos que se producen respecto a la señalización vertical y horizontal; y, iii) no tomar en consideración el hecho</p>

		<p>determinante de un tercero como causa de exoneración de responsabilidad en lo referido al control policial.</p> <p>64. Por lo tanto, METRO concluye que se ha vulnerado el procedimiento para imponer una penalidad, al no haber sido constituido en mora en ningún momento y, por ende, no haber sido advertido el supuesto incumplimiento, colocándolo en un estado de indefensión probatoria.</p> <p>80. Al respecto, METRO se ampara en lo establecido en el artículo 1346 del Código Civil que establece que se puede reducir la pena contenida en la cláusula penal, cuando esta es manifiestamente excesiva o cuando el obligado ha cumplido con parte de la prestación a su cargo.</p>
11	Posición del MTC	<p>85. El MTC señala que es imposible arbitrar las penalidades impuestas por OSITRÁN pues no es cierto que las penalidades tengan naturaleza civil y contractual debido a que las mismas se materializan a través de actos administrativos que producen efectos contractuales. Por ello, al encontrarnos frente a una materia no disponible, la controversia no es arbitrable.</p> <p>89. El MTC señala que el acto administrativo que se emite para penalizar a METRO se emite para dar cumplimiento al mecanismo de penalidades pactado por las partes en el CONTRATO y es dicho instrumento contractual el que le da contenido de acto administrativo.</p> <p>93. En relación con las penalidades contractuales, el MTC sostiene que los artículos 17.12 y 17.13, leídos de manera conjunta con la tabla N.º 2 del Anexo 10 del CONTRATO, permite que OSITRÁN establezca penalidades contractuales por el incumplimiento en el Mantenimiento del tránsito y desvío del tráfico.</p> <p>119. El MTC alega que en todos los casos que se impuso una penalidad, METRO ha incumplido los cuatro componentes que forman el Plan de desvíos, lo que debilitaría la solicitud de METRO. Por tanto, el Tribunal Arbitral debería rechazar el pedido formulado en la demanda.</p>
12	Posición del OSITRÁN	<p>127. OSITRÁN sostiene que las penalidades que le impuso a METRO no son de naturaleza civil como se afirma en la demanda. Por el contrario, afirma que si se toma en cuenta que OSITRÁN fue quien las impuso, estas no tienen naturaleza civil porque no han sido interpuestas por una parte del CONTRATO.</p> <p>128. En la misma línea, OSITRÁN señala que las penalidades han sido interpuestas en el marco de su potestad sancionadora que se regula por sus propias normas. Alega que si las penalidades fueran contractuales las debió haber puesto el MTC.</p> <p>129. OSITRÁN afirma que las penalidades no han sido impuestas de forma arbitraria, pues se han sujetado a un debido procedimiento que se originó luego de que METRO absolvió las observaciones que se le plantearon.</p> <p>133. Por lo tanto, OSITRÁN señala que la materia del Arbitraje no es susceptible de ser resuelta en esta vía; por lo que se debería declarar improcedente la demanda.</p>
13	Análisis del Tribunal Arbitral	
	a) Artículos del Código Civil	<p>211. METRO argumenta, en virtud del artículo 1343 del Código Civil, que la pena solo es exigible cuando el incumplimiento es imputable al deudor. Sin embargo, este Tribunal Arbitral considera que el referido artículo hace referencia a que el daño debe ser causado por el deudor (en este caso METRO) y que debe mediar culpa o dolo en la inexecución de obligaciones, y no si se debe intimar en mora al deudor como condición previa para aplicar una penalidad.</p> <p>212. Inclusive el artículo 1342 del Código Civil establece que: "Cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, el acreedor tiene derecho a exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación".</p>

		<p>224. El artículo 1346 del Código Civil peruano debe ser interpretado en atención a “dos fundamentales coordinadas del diagrama decisorio: la integración equitativa de la eficacia de la cláusula y la conservación sancionadora de la función penal”. En doctrina se sostiene que el Código Civil 1384 del Código Civil italiano, al igual que nuestra disposición nacional, le reconoce al juez “una discrecionalidad decisoria particularmente restringida”. En este sentido, “la discrecionalidad reglamentaria del juez sustancia un poder que es característicamente ritual”. Este debe ser ejercitado con en el respeto de las normas procesales vigentes, sobre las que se basa el pronunciamiento formal. La primera de ellas, una debida motivación. Ello en la medida en que la decisión judicial o arbitral modifica el reglamento de la relación jurídica.</p> <p>227. En ese sentido, este colegiado tiene la posibilidad de reducir la penalidad si existen elementos de juicio suficientes que demuestran que la penalidad es manifiestamente excesiva con relación al daño causado o si se hubiera cumplido parcialmente con la prestación.</p>
	<p>b) Cláusulas del contrato analizadas</p>	<p>164. Al respecto, la cláusula 17.14 del CONTRATO establece lo siguiente: “17.14. EL CONCESIONARIO podrá impugnar la imposición de la penalidad, por escrito y con el respectivo sustento, ante el regulador, en un plazo máximo de diez (10) días, contados a partir del día siguiente de la fecha de notificación. [...]”.</p> <p>165. Este colegiado considera que si bien es cierto que la cláusula en mención señala que “la decisión del regulador es definitiva y no estará sujeta a reclamación alguna”, no es posible concluir, bajo una interpretación constitucional, que las partes hayan renunciado expresa y anticipadamente a la jurisdicción (sea esta judicial o arbitral).</p> <p>174. Por su parte, la cláusula 16.2 del CONTRATO, que regula el convenio arbitral, establece lo siguiente: “16.2 La presente sección regula la solución de controversias que se generen entre las partes durante la concesión y aquellas relacionadas con la resolución del contrato y la caducidad de la concesión, con excepción de aquellas controversias que surjan respecto de los actos administrativos que emita el regulador en ejercicio de sus funciones, en atención a lo dispuesto por la Ley N.° 26917 [el énfasis es nuestro]”.</p> <p>208. Al respecto, este colegiado considera pertinente acudir a la cláusula 17.13 del CONTRATO, que estipula lo siguiente: “En caso de incumplimiento del CONCESIONARIO de cualquiera de las obligaciones indicadas en el contrato, el regulador comunicará al CONCEDENTE y al CONCESIONARIO del incumplimiento detectado e indicará los mecanismos de subsanación, así como los plazos correspondientes y/o la aplicación de las penalidades contenidas en el Anexo 10”.</p> <p>209. Conforme a lo dispuesto en esta estipulación contractual, este colegiado difiere de la posición del METRO, debido a que de la mencionada cláusula no es posible afirmar que OSITRÁN primero debe imputar el incumplimiento (intimar en mora) y, luego aplicar la penalidad establecida en el CONTRATO. Por el contrario, la cláusula establece que podrá comunicar el incumplimiento y aplicar las penalidades contenidas en el Anexo 10 del CONTRATO.</p>
	<p>c) Función de la penalidad</p>	<p>213. El artículo bajo comentario establece que la penalidad puede ser estipulada para el caso de mora; sin embargo, no establece que sea el único supuesto por el que se puede pactar una cláusula penal. En efecto, al comentar dicho artículo, Castillo Freyre y Osterling sostienen que “si fuera compulsiva y compensatoria, estaría destinada a sustituir la prestación incumplida por la penalidad pactada (perdiendo el deudor incumpliente el derecho a la contraprestación, si la hubiere). Por otra parte, la función</p>

	<p><i>compulsiva moratoria estará circunscrita a indemnizar la mora en el pago”.</i></p> <p><i>214. De lo señalado, queda claro que no es un requisito indispensable intimar en mora al deudor para luego aplicar la penalidad –que, en el presente caso, no tiene función moratoria– sino que el acreedor podrá comunicar el incumplimiento y en el mismo acto aplicar la penalidad, de acuerdo con lo regulado en la cláusula 17.13 del CONTRATO.</i></p> <p><i>250. Así, las penalidades impuestas por OSITRÁN han adquirido prácticamente un carácter sancionatorio; sin embargo, del propio CONTRATO no se advierte que las penalidades contractuales tienen como función sancionar al deudor (METRO), sino compensar el incumplimiento.</i></p>
d) Naturaleza de la penalidad	<p><i>179. Este colegiado considera que las penalidades pactadas en el CONTRATO, que han sido impuestas por OSITRÁN, tienen una naturaleza estrictamente contractual, pues lo que ha dado mérito a su imposición es que han sido pactadas expresamente por las partes. El propio MTC lo reconoce de manera expresa en el punto 3.6 de su demanda, cuando afirma que “el acto administrativo [...] se emite necesariamente para dar cumplimiento al mecanismo de penalidades pactado por las partes del CONTRATO, siendo aquel instrumento contractual el que da contenido”.</i></p> <p><i>187. Al respecto, este colegiado identifica a partir del CONTRATO que las penalidades o cláusulas penales tienen una naturaleza contractual y que se aplican para remediar un incumplimiento contractual. No nos encontramos frente a un caso en el que OSITRÁN está sancionando a un administrado, sino que está actuando para aplicar una penalidad pactada en el CONTRATO, suscrito exclusivamente por el MTC y METRO.</i></p>
e) Argumentos	
e.1. Mantiene penalidad	-
e.2. Reduce penalidad	<p><i>254. A efecto de dicha reducción (que por cierto está sujeta a la discreción del juzgador, aun cuando no a su arbitrariedad), este Tribunal Arbitral considera que las penalidades aplicadas [...], correspondientes al periodo total materia de la presente controversia, deben ser reducidas en un setenta y cinco por ciento (75 %), debido que este Colegiado considera que se ha probado que (i) METRO ha sufrido en diversas oportunidades el hurto de las señales verticales y horizontales y, aun así, ha sido penalizado por OSITRÁN, inclusive por espacios de tiempo que razonablemente hubiera necesitado para reponer dichas señales. (ii) A METRO no se le puede imputar la falta de control policial. (iii) METRO ha sido fiscalizado por periodos superiores a los 30 días. En ese sentido, el actuar de OSITRÁN no buscó el cumplimiento real de la obligación contractual, generó un perjuicio económico a METRO y no siguió un procedimiento razonable a fin de aplicar las penalidades correspondientes. (iv) Además, METRO sí ha cumplido parcialmente con las prestaciones a su cargo, pues de acuerdo con los propios informes del supervisor sí existía un gran número de señales verticales y horizontales y sí se había realizado un desvío de tráfico en las zonas de la obra. Además, este colegiado verifica, a partir de la prueba aportada por las partes, que la autoridad competente (GTU) no ha sancionado a METRO en ningún momento por el incumplimiento del Plan de Desvíos en el PV23, materia de la presente controversia.</i></p> <p><i>263. El siguiente cuadro muestra la reducción de las penalidades que el Tribunal Arbitral considera adecuada.</i></p>

		<table border="1" style="width: 100%; text-align: center;"> <thead> <tr> <th colspan="4">Componente del Plan de desvío</th> </tr> <tr> <th>Control policial</th> <th>Señales horizontales</th> <th>Señales verticales</th> <th>Desvío de tráfico</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>0 % penalización</td> <td>12.5 % reducción (12.5 % penalización)</td> <td>12.5 % reducción (12.5 % penalización)</td> <td>0 % penalización</td> </tr> </tbody> </table> <p>TOTAL PENALIZABLE: 25 %</p> <p>264. En consecuencia, el quantum de las penalidades aplicadas mediante los Oficios N.º 0014-2016-GSF-OSITRAN, Oficios N.º 0014-2016-GSF-OSITRAN, N.º 0020-2016-GSF-OSITRAN, N.º 0027-2016-GSF-OSITRAN, N.º 0140-2016-GSF-OSITRAN, N.º 0291-2016-GSF-OSITRAN, N.º 0296-2016-GSF-OSITRAN y N.º 0311-2016-GSF-OSITRAN, correspondientes al periodo materia de la presente controversia, deben ser reducidas en un setenta y cinco por ciento (75 %).</p>	Componente del Plan de desvío				Control policial	Señales horizontales	Señales verticales	Desvío de tráfico	0 % penalización	12.5 % reducción (12.5 % penalización)	12.5 % reducción (12.5 % penalización)	0 % penalización
Componente del Plan de desvío														
Control policial	Señales horizontales	Señales verticales	Desvío de tráfico											
0 % penalización	12.5 % reducción (12.5 % penalización)	12.5 % reducción (12.5 % penalización)	0 % penalización											
	e.3. Deja sin efecto penalidad	-												
	Resolución Tribunal Arbitral	<p>PRIMERO.- Declarar INFUNDADA la excepción de incompetencia planteada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.</p> <p>SEGUNDO.- Declarar INFUNDADAS las Pretensiones Principales de la demanda planteadas por Metro de Lima Línea 2 S. A.</p> <p>TERCERO.- Declarar FUNDADA la Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal de la demanda planteada por Metro de Lima Línea 2 S. A.; en consecuencia, se reducen las penalidades impuestas mediante Oficio N.º 0014-2016-GSF-OSITRAN al 25 % de su valor.</p> <p>CUARTO.- Declarar FUNDADA la Primera Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal de la demanda planteada por Metro de Lima Línea 2 S. A.; en consecuencia, se reducen las penalidades impuestas mediante Oficio N.º 020-2016-GSF-OSITRAN al 25 % de su valor.</p> <p>QUINTO.- Declarar FUNDADA la Primera Pretensión Subordinada a la Tercera Pretensión Principal de la demanda planteada por Metro de Lima Línea 2 S. A.; en consecuencia, se reducen las penalidades impuestas mediante Oficio N.º 0027-2016-GSF-OSITRAN al 25 % de su valor.</p> <p>SEXTO.- Declarar FUNDADA la Primera Pretensión Subordinada a la Cuarta Pretensión Principal de la demanda planteada por Metro de Lima Línea 2 S. A.; en consecuencia, se reducen las penalidades impuestas mediante Oficio N.º 0140-2016-GSF-OSITRAN al 25 % de su valor.</p> <p>SÉPTIMO.- Declarar FUNDADA la Primera Pretensión Subordinada a la Quinta Pretensión Principal de la demanda planteada por Metro de Lima Línea 2 S. A.; en consecuencia, se reducen las penalidades impuestas mediante los Oficios N.º 0291-2016-GSF-OSITRAN, N.º 0295-2016-GSF-OSITRAN, N.º 0296-2016-GSF-OSITRAN, N.º 0311-2016-GSF-OSITRAN al 25 % de su valor.</p> <p>OCTAVO.- FIJAR los honorarios del Tribunal Arbitral en la suma total de S/ 52,453.14 (cincuenta y dos mil cuatrocientos cincuenta y tres con 14/100 soles) sin incluir el IGV y los servicios de la Secretaría Arbitral (gastos arbitrales) en la suma total de S/ 15,992.84 (quince mil novecientos noventa y dos con 84/100 soles) sin incluir el IGV, t./ conforme a las liquidaciones de honorarios dispuestas por el CENTRO.</p> <p>NOVENO.- DISPONER que cada parte asuma el cincuenta por ciento (50 %) de los honorarios de los árbitros y de la Secretaría Arbitral. Fuera de estos conceptos, cada parte asumirá los gastos o costos que sufrió; esto es, cada parte asumirá los gastos, costos</p>												

		<i>y costas que incurrió y debió incurrir como consecuencia del presente proceso, como son los honorarios de sus abogados, entre otros.</i>
--	--	---

Elaboración: Autores de la tesis en función de los laudos arbitrales proporcionados por Ositrán.

Laudo arbitral N.º 0378-2016-CCL		
1	Contrato de concesión	Contrato de Concesión para el diseño, financiamiento, construcción, equipamiento electromecánico, equipamiento de sistema y provisión de material rodante, operación y mantenimiento del proyecto Línea 2 y Ramal av. Faucett-av. Gambeta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao.
2	Centro de arbitraje	Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima
3	Demandante	Metro de Lima Línea 2 S. A.
4	Demandado	Ministerio de Transportes y Comunicaciones - MTC
5	Coadyuvante	Ositrán
6	Pretensiones	
	a) Principal	Primera Pretensión Principal: <i>Que se deje sin efecto la penalidad impuesta por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (en adelante, OSITRÁN o El Regulador) contenida en el Oficio del Regulador N.º 257-16-GG-OSITRAN, mediante el cual se penaliza al Concesionario con veintiocho (28) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) por el supuesto incumplimiento en la presentación del Estudio de Riesgo de la póliza de Responsabilidad Civil y del Estudio de Riesgo de la póliza de bienes de la Concesión, dentro de los plazos máximos establecidos en el Contrato de Concesión.</i> Segunda Pretensión Principal: <i>Que se ordene al Ministerio de Transportes y Comunicaciones pagar los costos y costas del presente arbitraje.</i>
	b) Subordinada	-
	c) Alternativa	46. [...] Línea 2 formuló pretensión alternativa, en caso se desestimara su pretensión de dejar sin efecto la penalidad solicitando al Tribunal Arbitral reduzca el monto de la misma, por ser irrazonable al objeto del Contrato.
7	Controversia	49. Para el Tribunal Arbitral conforme lo manifestado por las partes, no cabe duda que OSITRÁN aplicó penalidades contractuales contra la Línea 2 por veintiocho (28) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) por el supuesto incumplimiento en la presentación del estudio de riesgo de la póliza de responsabilidad civil y del estudio de riesgo de la póliza de bienes de la concesión, dentro de los plazos máximos establecidos en el contrato de concesión. 50. Sobre el particular, Línea 2 alega que con la presentación de Informes de Riesgos de fecha 9 de junio de 2014, cumplieron el objetivo de la obligación, toda vez que fueron contratadas las pólizas de seguro consignando el monto indicado en los informes de dicha fecha. 51. El MTC y OSITRÁN alegan, en cambio, que los informes de riesgo presentados por Línea 2 con fechas 9 y 17 de junio de 2014, no incluían la información requerida conforme al contrato. Por lo demás, ambas entidades sostienen que Línea 2 cumplió con presentar los informes de riesgo requeridos con arreglo al contrato, recién el 8 de julio de 2014.
8	Monto de la penalidad	28 UIT
9	Descripción de la penalidad	Tabla N.º 7: Penalidades referidas a la Sección XII: Régimen de Seguros y Responsabilidad del CONCESIONARIO “Atraso en la entrega y/o actualización del (los) estudio(s) de riesgo”.
10	Posición (demandante)	“20. La parte demandante, Línea 2, alega que la presentación de los Informes de Riesgos con fecha 9 de junio de 2014, cumplió con el objeto de la obligación, toda vez que fueron contratadas las pólizas de seguros consignando el monto indicado en los Informes de dicha fecha. 21. Además de ello, Línea 2 alega que OSITRÁN erróneamente los ha penalizado durante el tiempo que les fue otorgado para subsanar las

		<p>observaciones, período comprendido entre el 24 de junio y el 7 de julio de 2014, fecha en que fueron levantadas las observaciones por el Concesionario.</p> <p>[...]</p> <p>24. Como pretensión alternativa, Línea 2 ha solicitado al Tribunal Arbitral la reducción de las penalidades impuestas por OSITRÁN, debido a que resultan irrazonables considerando que no hubo incumplimiento en la presentación de los Informes de Riesgos, al menos, respecto del contenido de los mismos.”</p>
11	Posición del MTC	<p>“26. El MTC sostiene que las pretensiones de Línea 2 deben ser desestimadas debido a que las penalidades fueron aplicadas por no haber presentado los Informes de Riesgos para la contratación de pólizas de seguros sobre Responsabilidad Civil y para el Seguro sobre Bienes de la Concesión, conteniendo la información requerida y en la fecha acordada.</p> <p>27. Las penalidades aplicadas contra Línea 2 por incumplimiento de sus obligaciones, fueron impuestas en el marco de las facultades otorgadas a OSITRÁN en las cláusulas 17.7 y 17.13 del Contrato. Al respecto, el MTC alega que las referidas cláusulas facultan a OSITRÁN, no solo a requerir la subsanación de defectos en la ejecución de obligaciones, sino, además, de imponer paralelamente, las penalidades que resulten aplicables conforme al Contrato”.</p>
12	Posición del OSITRÁN	<p>28. OSITRÁN alega que los Informes de Riesgos presentados por Línea 2 con fecha 9 y 17 de junio de 2014, no incluían la información requerida conforme al Contrato.</p> <p>29. Además de ello, OSITRÁN sostiene que Línea 2 no habría acreditado que había cumplido con la obligación de presentar los Informes de Riesgos, conteniendo la información que se le requería conforme al Contrato.</p>
13	Análisis del Tribunal Arbitral	
	a) Artículos del Código Civil	<p>67. Los contratos contienen –como lo prevé el Código Civil y lo consagra la doctrina– un vínculo obligacional entre las partes, dirigido a crear una obligación patrimonial. [...]</p> <p>69. Este vínculo obligacional está destinado a cumplirse indefectiblemente pues –conforme al artículo 62 de la Constitución antes referido y al Código Civil– ni siquiera una ley podría modificarlo. Tan es así que el Código Civil reitera, en artículo expreso, la fuerza obligatoria de lo pactado en los contratos [...].</p> <p>73. En cuando a los contratos, el Código Civil consagra en su artículo 1361 el principio pacta sunt servanda mediante el cual el cumplimiento de las obligaciones emanadas de los contratos han de exigirse en correspondencia con los términos estipulados en ellos. No deja lugar a dudas –valga la reiteración– la expresión utilizada en el Código “[...] son obligatorios en cuando se haya expresado en ellos.</p> <p>75. Esta previsión del Código Civil va a tener exacta correspondencia con la norma general de interpretación del acto jurídico que se encuentra consagrada en el artículo 168 del referido código sustantivo que obliga a tomar en consideración “lo que se haya expresado en él”. La lectura conjunta –obliga a nuestro juicio– de los artículos 1361 y 1368 del Código Civil enmarca la interpretación de los contratos a lo en ellos escrito (nuevamente, “a lo que se haya expresado en ellos”) y en interpretación que directa y naturalmente se derive de dicho texto [...].”</p> <p>77. De la misma manera, Arias Schreiber puntualiza respecto al artículo 1352 del Código Civil, aplicable de manera supletoria a la presente controversia, que este dispositivo pone énfasis en el carácter consensual de los contratos. Entonces, si ambas partes negociaron y suscribieron el Contrato, este ha sido perfeccionado y es considerado válido; así como ocurre incluso en los contratos de concesión (como es el caso del presente arbitraje).</p>
	b) Cláusulas del contrato analizadas	<p>79. La cláusula 17.7 del Contrato que utiliza el término “penalidades” aparece redactado de la siguiente forma: “En caso de detectar algún incumplimiento de las obligaciones del Concesionario, El Regulador podrá exigir las subsanaciones</p>

		<i>necesarias, sin perjuicio de la aplicación de sanciones y/o penalidades que correspondan”.</i>
	c) Función de la penalidad	<p><i>80. El Tribunal Arbitral identifica que el término “penalidades” es precedido por las palabras “aplicación de sanciones y/o,” que en un sentido natural de interpretación equipara “penalidades” con “sanciones”. Esta lectura simple del término “penalidades”, en conjunto con otros contenidos en la misma cláusula (y/o sanciones) no permiten, a juicio del Tribunal Arbitral, concluir que el término “penalidades” tenga el mismo significado que el contemplado en Código Civil, como acuerdo de determinación previa de indemnización de daños y perjuicios. Por el contrario, la redacción permite entender el término “penalidades” como sinónimo de sanciones (económicas).</i></p> <p><i>81. A juicio del Tribunal Arbitral, son las partes las que establecen el contenido de sus obligaciones y si ellas hubiesen tenido la voluntad de aplicar el término “penalidades” conforme a las normas del Código Civil, lo hubiesen establecido de manera expresa en el Contrato.</i></p>
	d) Naturaleza de la penalidad	-
	e) Argumentos	
	e.1. Mantiene penalidad	<i>90. Por lo expuesto, el Tribunal Arbitral considera declarar INFUNDADA la demanda presentada por Línea 2 en todos sus extremos, toda vez que no corresponde dejar sin efecto las penalidades impuestas en su contra por OSITRÁN, en el marco del Contrato de Concesión. Asimismo, a juicio del Tribunal Arbitral, modificar o reducir las penalidades impuestas por OSITRÁN implicaría una inaceptable modificación de los términos contractuales, contrariando la voluntad y común intención de las partes al momento de celebrar el contrato, así como una indebida interpretación de la penalidad regulada en el Código Civil a la presente relación jurídica.</i>
	e.2. Reduce penalidad	-
	e.3. Deja sin efecto penalidad	-
14	Resolución Tribunal Arbitral	<p>PRIMERO.- INFUNDADA LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL; en consecuencia, no corresponde que se deje sin efecto la penalidad impuesta por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRÁN) [...].</p> <p>SEGUNDO.- INFUNDADA LA PRIMERA PRETENSIÓN ALTERNATIVA; en consecuencia, no corresponde que se reduzca la penalidad impuesta por OSITRÁN contra Metro de Lima Línea 2 [...]”.</p>

Elaboración: Autores de la tesis en función de los laudos arbitrales proporcionados por Ositrán.

Laudo arbitral N.° 0064-2017-CCL		
1	Contrato de concesión	Contrato de Concesión para el diseño, financiamiento, construcción, equipamiento electromecánico, equipamiento de sistema y provisión de material rodante, operación y mantenimiento del proyecto Línea 2 y Ramal av. Faucett-av. Gambeta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao.
2	Centro de arbitraje	Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima
3	Demandante	Metro de Lima Línea 2 S. A.
4	Demandado	Ministerio de Transporte y Comunicaciones – MTC
5	Coadyuvante	Ositrán
6	Pretensiones	
	a) Principal	12. [...] Primera pretensión principal: Que el Tribunal Arbitral deje sin efecto la penalidad impuesta mediante Oficio N.° 0452-2016-GSF-OSITRAN, a través de la cual la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRÁN aplica una penalidad contractual por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvío de tráfico en el Área de la Concesión relativa al PV-23 de la Etapa 1A del Proyecto, que se computa desde el 1 al 12 de junio de 2016. Segunda pretensión principal: Que se ordene al Ministerio de Transportes y Comunicaciones pagar los costos del presente arbitraje.
	b) Subordinada	Pretensión subordinada a la primera pretensión principal: Que el Tribunal Arbitral determine la reducción de las penalidades impuestas mediante el Oficio N.° 0452-2016-GSF-OSITRAN, por ser manifiestamente excesiva y/o porque la obligación principal ha sido cumplida en su totalidad.
	c) Alternativa	-
7	Controversia	42. METRO solicita que se deje sin efecto la penalidad impuesta por OSITRÁN por el supuesto incumplimiento a obligaciones de mantenimiento de tránsito y desvío de tráfico establecidas en la cláusula 6.74 del contrato, entre los días 1 al 21 de junio del 2016. 45. El cuestionamiento de METRO a las referidas penalidades se enmarca dentro de dos pilares: (a) indebido procedimiento para la aplicación de penalidades; y, (b) que no se habría tomado en consideración el hecho determinante de un tercero como causa de exoneración de responsabilidad con relación al desvío de tráfico.
8	Monto de la penalidad	42 UIT
9	Descripción de la penalidad	Tabla N.° 2: Penalidades referidas a la Sección VI: Inversiones Obligatorias y Pruebas de Puesta en Marcha “Incumplimiento en el mantenimiento del tránsito y desvíos de tráfico”.
10	Posición (demandante)	43. METRO señala que la Penalidad se encuentra plasmada en el Anexo 10 del Contrato denominado “Penalidades referidas a la Sección VI: Inversiones Obligatorias y Pruebas de Puesta en Marcha”, dentro de las cuales se incluye aquella respecto al “incumplimiento en el mantenimiento del tránsito y desvíos de tráfico [...]”. 45. El cuestionamiento de METRO a las referidas penalidades se enmarca dentro de dos pilares: (a) indebido procedimiento para la aplicación de penalidades; y, (b) que no se habría tomado en consideración el hecho determinante de un tercero como causa de exoneración de responsabilidad con relación al desvío de tráfico. 46. METRO señala que según la cláusula 17.13 del Contrato, para que OSITRÁN pueda emitir un pronunciamiento que le permita aplicar las penalidades pactadas deberá cumplir con los siguientes pasos: (i) determinar primero el incumplimiento contractual; (ii) comunicar el incumplimiento detectado al

		<p>Concesionario e indicar los mecanismos de subsanación correspondientes; y/o, (iii) aplicar la penalidad.</p> <p>47. METRO indica que se ha omitido un paso muy importante según el cual el Regulador debe comunicar al Concedente y al Concesionario el incumplimiento detectado e indicar los mecanismos de subsanación con los plazos correspondientes. METRO agrega que, en este caso, OSITRÁN no comunicó el supuesto incumplimiento para la subsanación o descargo y que se notificó cuatro meses después del supuesto incumplimiento, conjuntamente con la penalidad.</p> <p>56. [...] METRO indica que, en aplicación del artículo 1343 del Código Civil, se ha presentado un supuesto de exoneración de responsabilidad por hecho determinante de un tercero, considerando que no puede exigirse a METRO que tome atribuciones y obligaciones reservadas a la administración pública.</p> <p>57. METRO señala que constituye una función pública indelegable al Concesionario la de fiscalización del servicio público de transporte de personas y cargas, por lo que no se le puede penalizar por una obligación de orden público sobre la que no tiene competencia.</p> <p>58. Como pretensión subordinada, METRO solicita la reducción de la Penalidad en aplicación del artículo 1346 del Código Civil.</p> <p>59. METRO ha señalado que su solicitud de reducción de penalidades se relaciona específicamente al incumplimiento referido al cartel PC-11 y no al desvío del tráfico.</p> <p>60. METRO sostiene que no se ha imputado un incumplimiento total ni sustancial del plan de desvíos y que los incumplimientos alegados se refieren únicamente a hechos muy puntuales que de ninguna forma han afectado el objetivo principal de esta prestación, que es mantener el tránsito de manera segura durante la ejecución de las obras de construcción. METRO agrega que la falta del cartel PC-11 no implicaría de ninguna manera un real riesgo a la integridad de los usuarios o vehículos, ni tampoco aumentaría el riesgo de accidentes bajo ningún supuesto.</p>
11	Posición del MTC	<p>62. El MTC sostiene que el Contrato cuenta con una regulación suficiente para reglamentar los aspectos referidos a la aplicación de penalidades, sin que sea necesaria ni oportuna la aplicación de las normas del Código Civil y que debe aplicarse la regulación contenida en las cláusulas 17.12 a 17.17 del Contrato. El MTC señala que la Penalidad ha sido correctamente impuesta a METRO en el marco de dicha regulación.</p> <p>64. Así, de una interpretación de las cláusulas transcritas, el MTC señala que se dispuso que ante el incumplimiento: (i) OSITRÁN comunicaría el incumplimiento indicando los mecanismos de subsanación y/o aplicaría las penalidades previstas en el Contrato, es decir, contaría con dos posibilidades de actuación que podía ejercer conjunta o alternativamente, (ii) OSITRÁN tendría discrecionalidad para exigir las subsanaciones necesarias, sin perjuicio de la aplicación de sanciones y/o penalidades, es decir, que la intimación no era un requisito necesario para la aplicación de penalidades, pues estas se aplicarían sin perjuicio de ello.</p> <p>65. Sin perjuicio de lo anterior, el MTC agrega que en caso el Tribunal Arbitral considere apropiado aplicar lo previsto por el Código Civil, el propio artículo 1333 establece que no es necesaria la intimación en mora cuando las partes lo acuerden contractualmente.</p> <p>77. El MTC señala que no corresponde la reducción de penalidades dado que el derecho civil no es aplicable a la contratación administrativa y que las penalidades en la contratación administrativa tienen como propósito prever los alcances de la indemnización, pues el interés de la administración no radica en obtener una compensación económica por el</p>

		<p>incumplimiento, sino en impedir en el mayor grado posible que este se produzca.</p> <p>78. En el mismo sentido, el MTC indica que la penalidad establecida en el Contrato tiene como fundamento generar incentivos al Concesionario para que cumpla con sus obligaciones contractuales, por lo que la reducción de la penalidad podría verse como un desincentivo para el cumplimiento de las obligaciones.</p> <p>79. Además, el MTC señala que METRO no ha establecido ningún parámetro en virtud del cual deba determinarse la reducción que solicita, limitándose únicamente a sostener que tal reducción debe realizarse equitativamente.</p>
12	Posición del OSITRÁN	<p>80. OSITRÁN señala que la decisión de comunicar los incumplimientos de manera directa no supone una decisión arbitraria ni unilateral, sino una alternativa establecida por las partes en la cláusula 17.13 del Contrato, por lo que OSITRÁN ha operado dentro de los lineamientos establecidos por las mismas partes.</p> <p>81. OSITRÁN indica que tratándose de la aplicación de penalidades no se requiere de un aviso previo para que el procedimiento sea razonable o válido, sino que se tiene que respetar lo establecido en el Contrato.</p> <p>85. OSITRÁN señala que mantiene la misma posición que el MTC en el sentido que no se puede reducir las penalidades impuestas por OSITRÁN. OSITRÁN considera que basta que no esté o esté incompleta cualquier señalética para que exista un incumplimiento.</p>
	Análisis del Tribunal Arbitral	
13	a) Artículos del Código Civil	<p>111. En ese sentido, el artículo 1329 del Código Civil señala que “se presume que la inexecución, o su incumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor”.</p> <p>112. [...] Debe tenerse en cuenta que según el artículo 1320 del Código Civil “actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”.</p> <p>137. Bajo las consideraciones expuestas, el Tribunal Arbitral analizará si corresponde la reducción de las penalidades.</p> <p>138. Por tanto, existen dos supuestos habilitantes para la reducción de penalidades: (i) que la pena sea manifiestamente excesiva; y, (ii) que la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida [...].</p> <p>139. En relación con el primer supuesto, que la pena sea manifiestamente excesiva, conviene comenzar por determinar qué significa dicho concepto. El adjetivo “manifiesto” significa que algo sea descubierto, patente o claro. Al analizar el artículo 1346 del Código Civil, la doctrina señala:</p> <p>“A nuestro parecer, la referencia a la reducción equitativa de la pena manifiestamente excesiva denota la necesaria apreciación subjetiva del juez, pues no solo se exige que la pena sea excesiva, esto es, que supere con creces el monto de los daños y perjuicios efectivamente irrogados, sino que, además, se requiere que esta desproporción sea manifiesta, es decir, abiertamente abusiva y hasta grosera”.</p> <p>140. En el mismo sentido, el Código Civil utiliza el adjetivo “manifiesto” también en el artículo 220, al establecer que la nulidad puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta. Al respecto, la Corte Suprema del Perú ha señalado que la nulidad resulta manifiesta cuando no es necesaria la recopilación de material probatorio a efectos de sustentar y cuando es completamente clara y evidente.</p>
	b) Cláusulas del contrato analizadas	-

c) Función de la penalidad	<i>133. De igual manera, tal como se ha indicado en la Resolución N.º 4 del 12 de enero de 2018, el Tribunal Arbitral considera que el MTC y OSITRÁN deben reconocer la naturaleza civil de las penalidades que impone OSITRÁN y, específicamente, que su función es resarcitoria y no sancionadora.</i>
d) Naturaleza de la penalidad	<i>130. Como pretensión subordinada a la primera pretensión principal, METRO solicita la reducción de la Penalidad. Como premisa para el análisis de esta pretensión, se debe tener en cuenta, tal como se ha indicado en la sección VIII del presente Laudo, que el Tribunal Arbitral ya ha concluido que las penalidades del Contrato tienen naturaleza civil, por lo que, en abstracto, es posible invocar el artículo 1346 del Código Civil.</i>
e) Argumentos	
e.1. Mantiene penalidad	<p><i>113. Sobre la base de lo anterior, el Tribunal Arbitral considera que METRO no ha demostrado haber actuado con diligencia ordinaria, considerando que la naturaleza de la obligación de colocar datos de un cartel, debería ser de sencillo cumplimiento para una empresa concesionaria.</i></p> <p><i>114. En ese sentido, el Tribunal Arbitral discrepa con la posición de METRO y concluye que se ha configurado un incumplimiento al plan de desvíos y que corresponde la aplicación de la penalidad establecida en la tabla 2 del Anexo 10 del contrato.</i></p> <p><i>1.28. En ese sentido, el Tribunal Arbitral, sin desconocer que hay elementos de la obligación relativa a cumplimiento del plan de desvío de tráfico que recaen en la función pública del Estado, por lo que no corresponde ser ejercida por los particulares, concluye que METRO asumió el riesgo correspondiente en la cláusula 6.74, y no ha cumplido con demostrar que actuó con diligencia ordinaria, por lo que se presume que el incumplimiento obedece a culpa leve.</i></p> <p><i>151. Por tanto, el Tribunal Arbitral considera que para determinar la relevancia del incumplimiento y con ello, si la obligación ha sido cumplida en parte, no se debe efectuar un análisis en relación al universo de carteles en toda la obra, ni tampoco en relación a la cantidad de carteles en el PV23. Lo que se debe analizar es la naturaleza de la obligación referida a contar con un cartel (PC-11) que incluya los datos de la obra y los números de emergencia.</i></p> <p><i>152. En ese sentido, el Tribunal Arbitral considera que esta obligación sí es relevante y nada tiene que ver que haya otros carteles en la obra con información diversa; por tanto, el solo hecho de no haber completado la información del cartel PC-11, implica el incumplimiento total a la obligación de mantenimiento de tránsito, cuyo carácter, como ya se dijo, es preventivo.</i></p> <p><i>157. De esto se podría concluir de plano que OSITRÁN no siguió un procedimiento razonable a fin de aplicar las penalidades correspondientes y que el procedimiento seguido generó que se acumulen penalidades diarias por el periodo 21 días, en vez de aplicar las penalidades día a día. Sin embargo, en este caso los incumplimientos por los que se han aplicado penalidades son incumplimientos evidentes incluso para METRO. Por tanto, carecería de sentido considerar que OSITRÁN debió requerir a METRO que cumpla sus obligaciones para evitar la acumulación de penalidades diarias [...].</i></p> <p><i>158. Además, la demora en la imputación de penalidades no tuvo impacto en el monto final a ser aplicado, pues este se determinó en función del número de días de incumplimiento, y no en función de la fecha de su aplicación, de modo que esta fecha no debe ser un criterio a tener en cuenta para la reducción solicitada.</i></p> <p><i>159. Por las razones expuestas, el Tribunal Arbitral considera que no corresponde la reducción de la Penalidad.</i></p>
e.2. Reduce penalidad	-
e.3. Deja sin efecto penalidad	-

14	Resolución Tribunal Arbitral	<p>PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la Primera Pretensión Principal de METRO.</p> <p>SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA la Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal de METRO.</p> <p>TERCERO: DECLARAR INFUNDADA la Segunda Pretensión Principal de METRO.</p>
----	------------------------------	---

Elaboración: Autores de la tesis en función de los laudos arbitrales proporcionados por Ositrán.

Laudo arbitral N.° 0129-2017-CCL		
1	Contrato de concesión	“Contrato de Concesión para el diseño, construcción, mejoramiento, conservación y explotación del Segundo Grupo de Aeropuertos de Provincia de la República del Perú”.
2	Centro de arbitraje	Cámara de Comercio de Lima (CCL)
3	Demandante	Aeropuertos Andinos del Perú
4	Demandado	Ministerio de Transporte y Comunicaciones - MTC
5	Coadyuvante	Ositrán
6	Pretensiones	
	a) Principal	<p>Primera Pretensión Principal: <i>Que el Tribunal Arbitral declare que, conforme a lo pactado en la Cláusula 18.8 del Contrato de Concesión del Segundo Grupo de Aeropuertos de Provincia de la República del Perú, las penalidades contractuales a las que se refiere dicha cláusula únicamente podrán ser impuestas por el Concesionario en la medida en que se verifique que el incumplimiento contractual imputado ha causado un daño efectivo.</i></p> <p>Segunda Pretensión Principal: <i>Que el Tribunal Arbitral declare inválida la penalidad de 92.67 UIT impuesta por OSITRÁN a AAP mediante Oficio N.° 0501-2017-GSF-OSITRAN de fecha 18 de enero de 2017, confirmada a través del Oficio N.° 083-17-OSITRAN de fecha 15 de febrero del mismo año, al no haberse verificado daño alguno ni a la operación del Aeropuerto de Ayacucho ni al objetivo de la concesión relacionado al incumplimiento que se nos imputa ni al Concedente.</i></p> <p>Tercera Pretensión Principal: <i>Que el Tribunal Arbitral declare inválidas las penalidades impuestas por OSITRÁN a AAP mediante Oficio N.° 367-2017-GSF-OSITRAN de fecha 13 de enero de 2017 y confirmadas mediante Oficio N.° 085-2017-GG-OSITRAN de fecha 16 de febrero del mismo año, las cuales ascienden en conjunto al monto total de USD 1 250,000.00 (Un Millón Doscientos Cincuenta Mil y 00/100 Dólares Americanos), por no haberse verificado los supuestos incumplimientos de los numerales 12.1.5.1 y 12.1.1.1 de la cláusula Decimo Segunda del Contrato de Concesión por parte de nuestra empresa.</i></p> <p>Cuarta Pretensión Principal: <i>Que se condene a la demanda al pago de los gastos del arbitraje.</i></p>
	b) Subordinada	<p>Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal: <i>Que en el negado caso que el Tribunal Arbitral desestime nuestra Segunda Pretensión Principal, solicitamos se sirva disponer la reducción equitativa de la penalidad impuesta a AAP, al amparo del artículo 1346 del Código Civil.</i></p> <p>Pretensión Subordinada a la Tercera Pretensión Principal: <i>Que, en el negado caso que el Tribunal Arbitral desestime nuestra Tercera Pretensión Principal, solicitamos se sirva disponer la reducción equitativa de la penalidad impuesta a AAP, al amparo del artículo 1346 del Código Civil.</i></p>
c) Alternativa	-	
7	Controversia	<p>1.5.2.2 Respecto a la penalidad impuesta ascendente a 92.67 UIT, el MTC señala que lo que AAP cuestiona no es la aplicación de la penalidad, sino el monto de la penalidad. Ello debido que para AAP, el regulador, al fijar la penalidad, no habría cumplido con los criterios prescritos en la cláusula 18.8 del contrato de concesión. Para el MTC, la determinación de la penalidad, contiene dos componentes:</p> <p>(i) El componente de magnitud, que cuantifica la distancia entre la obligación establecida en el contrato de concesión y las acciones realizadas y omitidas por la empresa concesionaria en relación con la misma; y</p> <p>(ii) El componente de los efectos y consecuencias, sobre las operaciones de los aeropuertos y el objeto de la concesión que es estimado en función del daño o perjuicios causados sobre las operaciones de los aeropuertos y objeto de la concesión.</p>
8	Monto de la penalidad	92.67 UIT y USD 1 250,000.00 (Un Millón Doscientos Cincuenta Mil y 00/100 Dólares Americanos)
9	Descripción de la penalidad	1.3.4 [...] Oficio N.° 501- 2017-GSF-OSITRAN

		<p>Se impuso a AAP una penalidad equivalente a 92.67 Unidades Impositivas Tributarias (UIT), por el incumplimiento de lo establecido en el numeral 3.2 Anexo 23 y en el numeral 7.1.4 de la cláusula séptima, concordante con el numeral 1.3 del Apéndice 2 del Anexo 8 del contrato de concesión, así como lo establecido en el literal f) del punto 1.03 del numeral 1, ii) literal b) del acápite II del numeral 2, y III literal b) del acápite VII del numeral 2 del estudio definitivo de ingeniería de la obra obligatoria “Rehabilitación del pavimento del aeropuerto de Ayacucho.</p> <p>Oficio N.º 0367-2014-GSF-OSITRAN y Oficio N.º 0571-2017-GSF-OSITRAN.</p> <p>Se impuso una penalidad equivalente a USD 1’250,000.00 dólares, por el incumplimiento del numeral 12.1.5.1, concordante con el numeral 12.1.1.1 de la cláusula décimo segunda del contrato de concesión, referido al incumplimiento de las normas de manejo de residuos sólidos, al verificarse el incumplimiento del artículo 18 del Reglamento de la Ley N.º 27314 “Ley General de Residuos Sólidos”.</p>
10	Posición (demandante)	<p>1.5.1.2 [...] AAP afirma que la Cláusula 18.8 del contrato de concesión impone los requisitos para aplicar penalidades que no se encuentren contenidos en el anexo 9 del contrato de concesión, por lo que a efectos de imponer penalidades, el Organismo Supervisor de la Inversión de Infraestructura de Transportes de uso público (en adelante, OSITRÁN) debe comprobar obligatoriamente (i) la magnitud del incumplimiento, (ii) los efectos y consecuencias del incumplimiento, y (iii) tener como tope máximo 100 UIT.</p> <p>1.5.1.4 [...] afirma AAP que, para imponerse la penalidad, debió primero verificarse el incumplimiento de normas ambientales, las cuales solo podrían ser verificados por la autoridad competente para ello. Sin embargo, OSITRÁN no se encuentra facultado ni contractual ni legalmente para determinar el incumplimiento de la normativa ambiental”.</p> <p>2.3. [...] AAP solicita que en el negado supuesto que se desestime la segunda pretensión principal, el Tribunal Arbitral disponga la reducción equitativa de la penalidad impuesta por OSITRÁN, al amparo del artículo 1346 del Código Civil.</p>
11	Posición del MTC	<p>1.5.2.3 [...] señala el MTC que esta ha sido impuesta debido a que AAP dispuso residuos pétreos y excedentes de los aeropuertos de Arequipa, Ayacucho, Juliaca, Puerto Maldonado y Tacna, en lugares no autorizados por la Dirección General de Asuntos Socio Ambientales (en adelante DGASA). La Gerencia de Supervisión y Fiscalización del regulador verificó el incumplimiento del artículo 18 del Reglamento de la Ley de Residuos Sólidos, al haberse confirmado que el concesionario realizó la eliminación y disposición del material de demolición y material excedente en áreas que no tenían calidad de depósitos de material excedente (en adelante, DME) autorizadas por DGASA.</p> <p>2.3 [...] En relación a esta pretensión subordinada, MTC manifiesta que el Código Civil se aplica de forma supletoria, de forma tal, que solo se aplicaría en caso de que no se hayan previsto reglas específicas en el contrato.</p>
12	Posición del Ositrán	<p>1.5.2.4 [...] En ese sentido, la decisión que adopta OSITRÁN al imponer la penalidad al concesionario por incumplimiento de sus obligaciones contractuales se deriva del ejercicio de la función de supervisión atribuida legalmente (Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte – Ley N.º 26917, y Reglamento General de OSITRÁN – Decreto Supremo N.º 044-2006-PCM).</p> <p>2.3.1.1 [...] Asimismo, OSITRÁN dejó constancia de que (i) la magnitud del incumplimiento podía ser menor o igual a veinticinco (25) UIT y (ii) los efectos y consecuencias que el incumplimiento pudiera acarrear podría ser menor o igual a setenta y cinco (75) UIT.</p> <p>En ambos casos, OSITRÁN aplicó el máximo valor posible, pues a criterio del OSITRÁN tanto la magnitud como los efectos y consecuencias del incumplimiento clasifican como graves.</p>
13	Análisis del Tribunal Arbitral	
	a) Artículos del Código Civil	2.1.1. [...] De acuerdo con el artículo 1341 del Código Civil “El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda

	<p>obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación [...]”.</p> <p>De este modo, la función indemnizatoria de la cláusula penal resulta evidente en el texto de la norma citada, por cuanto está prevista de forma expresa en ella, de manera que los sujetos de la relación obligatoria puedan pactar que, en caso uno de los contratantes incumpla, este quedará obligado al pago de una penalidad. El efecto de este pacto es limitar el resarcimiento a esta prestación pactada.</p> <p>Sin embargo, según Osterling y Castillo Freyre, la funcionalidad de la cláusula penal no es estática, puesto que existen distintas funciones que pueden ser atribuidas a dicho pacto. En efecto, si bien el dispositivo legal antes mencionado prescribe de forma expresa la función indemnizatoria de la cláusula penal, también es cierto que la pena contenida en dicha cláusula puede tener una función compulsiva, esto es, compeler al deudor a que cumpla con la prestación a su cargo.</p> <p>Sobre el particular, Borda señala:</p> <p>“[...] la cláusula penal es un medio de compulsar a los deudores a cumplir con sus obligaciones, ante la amenaza de una sanción, normalmente, más gravosa que la obligación contraída, exponiendo al deudor a un grave peligro para el caso de incumplimiento”.</p> <p>De este modo, aun cuando la normal nacional señale que el principal efecto de la penalidad pactada es de naturaleza indemnizatoria, se reconoce en la Doctrina que la aplicación de la cláusula penal también se encuentra orientada a garantizar el cumplimiento de la obligación principal”.</p> <p>2.5.1</p> <p>[...] De este modo, el tiempo (o la oportunidad) constituye un principio previsto en el artículo 1148 del Código Civil, según el cual “el obligado a la ejecución de un hecho debe cumplir la prestación en el plazo y modo pactados”.</p> <p>Pero en este caso, AAP ha ejecutado el hecho de manera tardía, con posterioridad a la oportunidad que le impuso la normativa ambiental, transgrediendo así el principio previsto en el citado 1148 del Código Civil, según el cual el hecho debe cumplirse en el plazo y modo previstos. Estamos entonces ante un cumplimiento irregular de la prestación de hacer, en tanto y en cuanto “es contraria a regla, norma o principio”.</p> <p>[...]</p> <p>En consecuencia, este Tribunal considera que se presenta uno de los elementos previstos en el artículo 1346 del Código Civil para la reducción de la pena, en tanto la obligación ha sido cumplida.</p>
<p>b) Cláusulas del contrato analizadas</p>	<p>2.1.2 [...]</p> <p>Según el numeral 18.8 del Contrato:</p> <p>“En caso de incumplimiento de obligaciones pactadas en el presente Contrato, cuyas penalidades no estén previstas en el Anexo 9 del mismo, el OSITRÁN podrá aplicar penalidades, hasta por un monto equivalente a entre 1 y 100 Unidades Impositivas Tributarias, dependiendo de la magnitud del incumplimiento y los efectos y consecuencias que la misma pueda acarrear sobre la operación de los Aeropuertos y el objeto de la Concesión, el objeto del presente Contrato [...].</p> <p>Para la aplicación de la cláusula penal debe verificarse un incumplimiento, y ese incumplimiento se ha verificado en este caso con las manifestaciones de todas las partes en el curso de este proceso arbitral [...].</p> <p>Ahora bien, para la fijación de la cuantía de la penalidad debió identificarse, invocarse y sustentarse la magnitud del incumplimiento y los efectos y consecuencias que la magnitud del incumplimiento “pueda acarrear” [...].</p> <p>2.3.1. [...]</p> <p>Por lo demás, el numeral 1.74 del contrato señala lo siguiente:</p> <p>“Leyes aplicables”, es el conjunto de disposiciones legales que regulan el contrato en caso de vacío o con fines complementarios. Incluyen la constitución política del Perú, las normas con rango de ley, los decretos supremos, los reglamentos, las directivas y resoluciones que pueda dictar cualquier autoridad Gubernamental competente, de conformidad con su ley de creación, las que serán de observación obligatoria para las partes”.</p> <p>2.3.1.1 [...]</p> <p>A criterio del Tribunal, el hecho de que los efectos y consecuencias “no se pudieron expresar numéricamente” responde a que no se ha probado en este</p>

		<p>proceso cuáles pudieran haber sido los daños que podrían haberse producido como consecuencia del incumplimiento [...].</p>
	c) Función de la penalidad	<p>2.1.1 LA FUNCIONABILIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL SEGÚN LA NORMATIVIDAD [...] De este modo, aun cuando la norma nacional señale que el principal efecto de la penalidad pactada es de naturaleza indemnizatoria, se reconoce en la doctrina que la aplicación de la cláusula penal también se encuentra orientada a garantizar el cumplimiento de la obligación principal.</p>
	d) Naturaleza de la penalidad	-
	e) Argumentos	
	e.1. Mantiene penalidad	-
	e.2. Reduce penalidad	<p>2.3.1. ¿EL ARTÍCULO 1346 DEL CÓDIGO CIVIL ES APLICABLE AL CASO CONCRETO? [...] En atención a vínculo contractual que existe entre AAP y el MTC, este Tribunal considera que las disposiciones del Código Civil resultan aplicables al caso concreto. 2.3.1.2 [...] No siendo de aplicación el supuesto referido a un “cumplimiento parcial defectuoso”, pues ha existido un incumplimiento imputable a AAP, subsiste el supuesto referido a la “pena manifiestamente excesiva”, a la que este colegiado se ha referido en el numeral 2.3.2 precedente. En esa medida, y atendiendo a que el artículo 1346 del Código Civil señala dichos supuestos como alternativos para la reducción de la penalidad, este Tribunal considera que, en tanto se ha cumplido con uno de ellos, corresponde reducir la penalidad de noventa y dos punto sesenta y siete (92.67) UIT impuesta por el OSITRÁN. 2.5.2 [...] [...] Para el Tribunal, independientemente y sin perjuicio que estas penalidades tasadas tengan una función desincentivadora del incumplimiento, de manera de compeler al concesionario a cumplir las normas ambientales, no puede dejar de considerarse que el monto de la penalidad, para que se razonable, debe tomar en consideración el grado de incumplimiento y las consecuencias que este haya generado o podido generar. [...] Así, considerando que los materiales de desecho no fueron materiales peligrosos, que no se produjeron daños, que el incumplimiento fue subsanado antes de la aplicación de la penalidad, resulta razonable que la penalidad se reducida a USD 275,000.00, es decir USD 55,000×(5), por cada aeropuerto [...].</p>
	e.3. Deja sin efecto penalidad	-
14	Resolución Tribunal Arbitral	<p>“PRIMERO: Declarar INFUNDADA la PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL por lo que el Tribunal Arbitral determina que para la aplicación de la cláusula penal no es necesario que se haya producido un daño efectivo. SEGUNDO: Declarar INFUNDADA la SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL por cuanto la relación que esta pretensión tiene con la anterior es de accesoriedad, dado que el pedido de declaración de invalidez de la penalidad tiene como presupuesto la inexistencia del daño efectivo invocado como elemento imprescindible para la aplicación de la cláusula penal, por lo que la penalidad de 92.67 UIT impuesta por OSITRÁN a AAP mediante Oficio N.º 0501-2017-GSF-OSITRAN de fecha 18 de enero de 2017, confirmada a través del Oficio N.º 083-17-OSITRAN de fecha 15 de febrero del mismo año es válida. TERCERO: Declarar FUNDADA la PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL; en consecuencia, el Tribunal Arbitral determina reducir la penalidad de noventa y dos punto sesenta y siete (92.67) UIT, impuesta por el OSITRÁN a diecisiete punto sesenta y siete (17.67) UIT. CUARTO: Declarar INFUNDADA la TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL, por lo que el Tribunal Arbitral determina que las penalidades</p>

		<p><i>impuestas por OSITRÁN a AAP mediante Oficio N.º 367-2017-GSF-OSITRAN de fecha 13 de enero de 2017 y confirmadas mediante Oficio N.º 085-2017-GG-OSITRAN de fecha 16 de febrero del mismo año, las cuales ascienden en conjunto al monto total de USD 1'250,000.00 son válidas.</i></p> <p>QUINTO: Declarar FUNDADA la PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL. Por lo tanto, el Tribunal Arbitral determina reducir la penalidad a la suma total de USD 275,000.00 por los cinco aeropuertos por el incumplimiento de no contar con la autorización de los DME.</p> <p>SEXTO: Declarar INFUNDADA la CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL referida al reembolso de costas y gastos arbitrales por parte de MTC a favor de AAP, por lo que este Tribunal Arbitral determina que cada una de las partes asumirá el 50 % de las costas y demás gastos incurridos por cada una en el presente arbitraje y que cada parte debe asumir los costos y gastos de su propia defensa.</p>
--	--	---

Elaboración: Autores de la tesis en función de los laudos arbitrales proporcionados por Ositrán.

Laudo arbitral N.º 168- 2108-CCL		
1	Contrato de concesión	Contrato de concesión para el diseño, construcción, mejoramiento, conservación y explotación del Segundo Grupo de Aeropuertos de Provincia de la República del Perú
2	Centro de arbitraje	Cámara de Comercio de Lima (CCL)
3	Demandante	AEROPUERTOS ANDINOS DEL PERÚ
4	Demandado	Ministerio de Transporte y Comunicaciones - MTC
5	Coadyuvante	Ositrán
6	Pretensiones	
	a) Principal	Primera Pretensión Principal (Primer Punto Controvertido): <i>Determinar si corresponde o no declarar que, para la aplicación de las penalidades contenidas en la tabla 12 del anexo 9 del contrato de concesión suscrito entre las partes, referidas a incumplimientos de los “Lineamientos del Sistema de Seguimiento y Mejoramiento de la Calidad” del apéndice 4 del anexo 8, resulta aplicable lo dispuesto por el artículo 1343 del Código Civil.</i> Segunda Pretensión Principal (Segundo Punto Controvertido): <i>Determinar si corresponde o no dejar sin efecto las penalidades aplicadas por OSITRÁN a la demandante mediante Oficio N.º 1379-2018-GSF-OSITRAN, ratificadas mediante Oficio N.º 077-18-GG-OSITRAN, al no ejecutarse a lo establecido en la Ley y el Contrato de Concesión.</i> Tercera Pretensión Principal (Tercer Punto Controvertido): <i>Determinar si corresponde o no que la parte demandada asuma el pago íntegro de los costos y costas del proceso arbitral”.</i>
	b) Subordinada	-
	c) Alternativa	-
7	Controversia	10. [...] <p>a. Determinar si corresponde o no declarar que, para la aplicación de las penalidades contenidas en la tabla 12 del anexo 9 del contrato de concesión suscrito entre las partes, referidas a incumplimientos de los “Lineamientos del Sistema de Seguimiento y Mejoramiento de la Calidad” del apéndice 4 del anexo 8, resulta aplicable lo dispuesto por el artículo 1343 del Código Civil.</p> <p>b. Determinar si corresponde o no dejar sin efecto las penalidades aplicadas por OSITRAN a la demandante mediante Oficio N.º 1379-2018-GSF-OSITRAN, ratificadas mediante Oficio N.º 077-18-GG-OSITRAN, al no ejecutarse a lo establecido en la Ley y el Contrato de Concesión.</p> <p>c. Determinar si corresponde o no que la parte demandada asuma el pago íntegro de los costos y costas del proceso arbitral.</p>
8	Monto de la penalidad	USD 290,000.00
9	Descripción de la penalidad	181. [...] APP tiene la obligación de ejecutar las obras obligatorias, dentro de los plazos establecidos en el contrato de concesión y que esta no cumplió con los niveles de calidad a los que se comprometió en el contrato de concesión al no haber alcanzado los niveles de calidad parcial y global para los servicios brindados a los pasajeros y a las aerolíneas en las evaluaciones correspondientes a los años 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016. 182. [...] de acuerdo a lo estipulado en la Tabla No. 12 (penalidades referidas al apéndice 4 del anexo 8, Sistema de seguimiento mejoramiento de la calidad) del anexo 9 (Tabla de penalidades) del contrato de concesión, se impuso a AAP una penalidad ascendente a la suma de USD 290,000.00.
10	Posición (demandante)	a. Primera Pretensión Principal 45. Señala que el mismo anexo del Contrato de Concesión específico que la información para evaluar la calidad de los servicios aeroportuarios podía provenir de tres fuentes fundamentales: (i) encuestas a los pasajeros y compañías aéreas; (ii) medidas objetivas

	<p>sobre instalaciones y servicios en momentos de operación típica o estándar; y, (iii) registro de indicadores asociados a la actividad diaria de aeropuertos.</p> <p>46. Indica que la Tabla N.º 12 del anexo 9 del Contrato de Concesión detalló las penalidades asociadas a las obligaciones previstas en el apéndice 4 del anexo 8 y también se detallaron las penalidades específicas previstas para cada uno de estos dos tipos de penalidades, especificando el incumplimiento de nivel de calidad, el monto de la penalidad y el criterio de aplicación.</p> <p>48. APP señala que frente a lo señalado por OSITRÁN, demostró con sus descargos que las variaciones negativas en los indicadores de calidad no le resultaban imputables porque respondían, en todos los casos, a uno de los siguientes factores ajenos a la esfera de responsabilidad de AAP: (i) ejecución de obras obligatorias previstas en el Contrato de Concesión, (ii) existencia de infraestructura obsoleta entregada por Córpac S. A.; (iii) incumplimientos de terceros no imputables a la empresa.</p> <p>51. Finalmente, señala la parte demandante que demostró que, en un grupo de casos, la disminución de los niveles de calidad por debajo del mínimo exigible respondía a la acción u omisión de terceros respecto a un servicio no brindado por AAP y que conforme a una interpretación del Contrato de Concesión acorde con sus términos y con el marco legal aplicable (artículo 1343 del Código Civil), las penalidades solamente podían ser aplicadas cuando las situaciones que motivaban la disminución de los indicadores, obedecían a causas que le resultaban imputables.</p> <p>54. APP señala que OSITRÁN niega la aplicación del artículo 1343 del Código Civil, debido a que las partes habrían pactado el régimen de penalidades aplicable a las circunstancias concretas.</p> <p>57. Indica que el artículo 1343 se refiere a la exigibilidad de la penalidad, planteando como requisito que el incumplimiento obedezca a causa imputable al deudor y que si bien, en aras de la libertad contractual, la norma permite que las partes puedan dejar sin efecto esta disposición, para ello debe incluirse un pacto expreso en contrario, que en este caso no existe.</p> <p>b. Segunda Pretensión Principal</p> <p>135. Indica que, en la Cláusula Octava del Contrato de Concesión, se estableció la obligación de ejecutar obras de manera tal que se garantice la prestación de los Servicios Aeroportuarios de forma ininterrumpida en la medida de lo posible.</p> <p>138. Explica que, en la cláusula 7.1.4 del Contrato de Concesión se establece con toda claridad que las obras que ejecutaría el Concesionario tendrían por objeto, precisamente, cumplir con los Requisitos Técnicos Mínimos detallados en el Anexo 8 del Contrato de Concesión y que ello pone en evidencia que, durante la ejecución de las obras obligatorias, no podía ser exigible alcanzar de manera “óptima” los Requisitos Técnicos Mínimos del Anexo 8, pues la finalidad de dichas obras era que, luego de su ejecución, AAP pueda cumplir con dichos requisitos.</p> <p>140. Señala AAP que realizó en todo momento los mayores esfuerzos por alcanzar el mejor rendimiento en el menor tiempo posible pero que por diversas circunstancias que no les resultan imputables, los indicadores de calidad no alcanzaron los niveles requeridos en los lineamientos del sistema de seguimiento y mejoramiento de la calidad del apéndice 4 del anexo 8 del Contrato de Concesión.</p> <p>151. Agregan que la satisfacción de los indicadores no depende de AAP, toda vez que se trata de un servicio que la empresa no gestiona directa ni indirectamente, sino que son gestionados por empresas especializadas por lo que no les resulta imputable.</p> <p>152. Indica que las preguntas evaluadas en el informe, a partir de las cuales se obtuvieron los indicadores por los que AAP fue penalizada no permiten distinguir si el usuario se encuentra insatisfecho con el servicio brindado por el usuario intermedio o por la infraestructura y operación de AAP.</p>
--	--

		<p>165. Explica que, al igual que en otros casos, existe un sesgo de objetividad en las encuestas a las aerolíneas que puede encontrarse sesgada por un tema de percepción y más aún cuando en este caso se presenta también una imposibilidad de distinguir entre el servicio brindado por el operador intermedio (TALMA) y no por el Concesionario.</p> <p>179. Finalmente, señala que habiendo quedado demostrado que ninguno de los incumplimientos resultan imputables a AAP, en aplicación del artículo 1343 del Código Civil, solicitan al Tribunal que deje sin efecto las penalidades impuestas.</p>								
11	Posición del MTC	<p>a. Primera Pretensión Principal</p> <p>59. El MTC señala que, en virtud del Contrato de Concesión, AAP tenía la obligación de prestar servicios de calidad y que, en el numeral 1.112 del Contrato de Concesión se estableció la obligatoriedad del cumplimiento de los Requisitos Técnicos Mínimos estipulados en el anexo 8.</p> <p>63. Señalan que la obligación contractual que tiene el Concesionario de ejecutar sus operaciones cumpliendo con los Requisitos Técnicos Mínimos tiene por propósito último –de acuerdo al propio texto del Contrato de Concesión– alcanzar determinados criterios mínimos de calidad en la ejecución de tales operaciones.</p> <p>81. Señala que AAP tiene la obligación de implementar y mantener un Sistema de Seguimiento y Mejoramiento de la Calidad que le permita adoptar las medidas destinadas a mejorar la prestación de los servicios que forman parte de la ejecución de la actividad aeroportuaria.</p> <p>88. Agrega que, respecto a la aplicación al presente caso de las disposiciones contenidas en los artículos 1314 y 1343 del Código Civil, la inclusión de penalidades en el texto de un Contrato implica la inserción de mecanismos destinados a fijar la reparación que debe recibir una de las partes que interviene en el mismo, en caso de incumplimiento de la otra.</p> <p>91. El MTC agrega que los niveles de calidad han sido inferiores a los mínimamente aceptables, por lo que corresponde la aplicación de penalidades y que por tal razón, no cabe admitir la posibilidad de que AAP haya actuado con la “diligencia ordinaria requerida” a la que se refiere el artículo 1314 del Código Civil para eximirlo de responsabilidad por el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de sus obligaciones; dado que, si así hubiese sido, habría tomado las precauciones del caso para que la ejecución de las obras obligatorias no perturbe la calidad de los servicios que debe prestar en los aeropuertos, cumpliendo con ambas obligaciones a cabalidad y sin incurrir en incumplimientos que conduzcan a la aplicación de penalidades.</p> <p>94. El MTC señala que el cálculo de la penalidad que se aplicó a AAP (Tabla N.º 12) del Anexo 9 del Contrato de Concesión, diferenciando entre las penalidades tipo 1 y tipo 2, para luego sumarlas desvirtuó la aplicación de algunas penalidades que inicialmente le fueron comunicadas: (i) penalidades Tipo 1, 2, 3, 5 y 12 y (ii) penalidades Tipo 2, 3, 5 y 6. La suma de las penalidades fue la siguiente:</p> <table border="1" data-bbox="730 1624 1394 1848"> <thead> <tr> <th>Concepto</th> <th>Monto (USD)</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>Penalidades Tipo 1</td> <td>195,000.00</td> </tr> <tr> <td>Penalidades Tipo 2</td> <td>95,000.00</td> </tr> <tr> <td>Total:</td> <td>290,000.00</td> </tr> </tbody> </table> <p>b. Segunda Pretensión Principal</p> <p>181. Indican que ratifican que AAP tiene la obligación de ejecutar las Obras Obligatorias, dentro de los plazos establecidos en el Contrato de Concesión y que esta no cumplió con los niveles de calidad a los que se comprometió en el Contrato de Concesión al no</p>	Concepto	Monto (USD)	Penalidades Tipo 1	195,000.00	Penalidades Tipo 2	95,000.00	Total:	290,000.00
Concepto	Monto (USD)									
Penalidades Tipo 1	195,000.00									
Penalidades Tipo 2	95,000.00									
Total:	290,000.00									

		<p>haber alcanzado los niveles de calidad parcial y global para los servicios brindados a los pasajeros y a las aerolíneas en las evaluaciones correspondientes a los años 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016.</p> <p>182. Por tal razón, explica la entidad, que de acuerdo a lo estipulado en la Tabla N.º 12 (Penalidades referidas a Apéndice 4 del Anexo 8, Sistema de Seguimiento Mejoramiento de la Calidad) del Anexo 9 (Tabla de Penalidades) del Contrato de Concesión, se impuso a AAP una penalidad ascendente a la suma de USD 290,000.00.</p> <p>183. Finalmente, solicita que por los fundamentos expuestos, deben desestimarse las pretensiones contenidas en la demanda arbitral presentada por AAP, ratificándose la penalidad impuesta en su oportunidad, por estar arreglada a los términos del Contrato de Concesión y a la normativa aplicable.</p>
12	Posición del Ositrán	<p>a. Primera Pretensión Principal</p> <p>97. Indica OSITRÁN que los argumentos esgrimidos por AAP deben ser descartados, por los siguientes motivos: (i) porque la obligación de cumplir tenía un mínimo, y AAP no puede estar por debajo de este mínimo que, por lo menos, se esperaba que cumpliera y (ii) porque no ha demostrado los supuestos de exoneración de la inejecución de una obligación, o del cumplimiento parcial tardío o defectuoso, limitándose a expresar situaciones que le parecen y no acredita documentalmente su supuesta exoneración conforme a las reglas de la carga de la prueba.</p> <p>98. Explica OSITRÁN que, en el Contrato de Concesión, existen múltiples obligaciones y una de ellas está vinculada los Requisitos Técnicos Mínimos, las cuales se encuentran en el Anexo 8 del Contrato de Concesión y cuenta con 4 apéndices, a saber: (i) Apéndice 1: Instalaciones mínimas requeridas por Aeropuerto, (ii) Apéndice 2: Requisitos Técnicos Mínimos, (iii) Apéndice 3: Descripción de Tareas de Mantenimiento y (iv) Apéndice 4: Lineamientos del Sistema de Seguridad y Mejoramiento de la Calidad.</p> <p>101. Alega OSITRÁN que AAP pudo formular observación, consulta o sugerencia, sobre el Apéndice 4 del Anexo 8 del Contrato de Concesión, pero no lo hizo, con lo cual, al momento de suscribir el Contrato de Concesión, aceptó el cumplimiento de esta obligación, así como también, de las penalidades contractuales que están contenidas en la Cláusula Décimo Octava y en el Anexo 9 que es donde están las penalidades en tablas.</p> <p>104. Señala que AAP propuso la Metodología de Detalle del Sistema de Seguimiento de la Calidad, el mismo que fue aprobado por OSITRÁN y estos criterios se deben mantener a lo largo de toda la concesión y que un punto importante para entender la naturaleza de la obligación es que AAP es el que propuso una Metodología de Detalle del Sistema de Seguimiento de la Calidad, la propia AAP que fue aprobado por OSITRÁN y estos criterios propuestos por el propio AAP se deben mantener a lo largo de toda la concesión, actualizándose anualmente con el Plan de Mejoramiento de la Calidad.</p> <p>b. Segunda Pretensión Principal</p> <p>184. OSITRÁN señala que si bien el cuestionamiento de AAP está dirigido a solicitar que las penalidades se “dejen sin efecto”, lo cierto es que el pedido de pérdida de eficacia debe importar en primer lugar una evaluación sobre si existe o no alguna causal que conlleve a la “invalidez del acto” (lo que no ha sido demandado), pues todo acto administrativo será válido cuando este haya sido emitido conforme a las normas jurídicas correspondientes y en tanto haya observado el cumplimiento de todos los elementos para su existencia según el numeral 3 de la Ley de Procedimiento Administrativo General. Ley N.º 27444. Agrega que el artículo 9 de la LPAG señala que “Todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda”.</p>

		<p>187. En relación con la Penalidad tipo 1 impuesta por obtener un porcentaje por debajo de los niveles de calidad referenciales (parciales y globales), OSITRÁN señala que el análisis técnico que realizó para determinar las penalidades, se encuentra en el Informe 00001-2018-JFI-JCA-GSF-OSITRAN, donde se aprecia el sustento técnico detallado de cada uno de los incumplimientos, así como de los tipos, lo argumentado por AAP y la posición de OSITRÁN. También indica que en ese mismo informe se encuentran los incumplimientos que generaron la imposición de la penalidad tipo 2 por haber obtenido un porcentaje por debajo de los niveles de calidad en los tres años consecutivamente anteriores.</p> <p>196. Indica que el Anexo 9 contiene 13 tablas de penalidades y cada tabla contiene, a su vez, supuestos de incumplimientos que generan las penalidades. Agrega que una obligación, dependiendo de su naturaleza, estará dentro de un supuesto de incumplimiento y a su vez, dentro de la tabla de penalidad asignada para ello y no puede hacer un criterio de aplicación del artículo 1343 del Código Civil para la tabla 12 de penalidades y no para las demás, esto es la tabla 1, la 2, etcétera.</p> <p>198. OSITRÁN indica que la metodología por la cual AAP era evaluada fue propuesta por AAP, siendo este el primero en tener conocimiento directo de los resultados obtenidos, por lo que, el incumplimiento de su obligación contractual de alcanzar los niveles de calidad parcial y global para los servicios brindados a los pasajeros y aerolíneas no está sujeto a comunicación alguna por parte de OSITRÁN.</p> <p>200. Finalmente, señala que el hecho que AAP haya ejecutado las obras sin interrumpir la prestación de los servicios aeroportuarios está vinculado a una obligación distinta a la que fue materia de aplicación de penalidad, dado que este se encuentra obligado a alcanzar y mantener los niveles de calidad para los servicios brindados a los pasajeros y aerolíneas, lo cual no ocurrió, motivo por el cual OSITRÁN le aplicó las penalidades previstas en la Tabla N.º 12 del Anexo 9 del Contrato de Concesión.</p>
13	Análisis del Tribunal Arbitral	
	a) Artículos del Código Civil	<p>122. [...] Entre las normas que regulan la aplicación de penalidades, se encuentra el artículo 1343 que establece lo siguiente: “Para exigir la pena no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos. Sin embargo, ella solo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor, salvo pacto en contrario”.</p> <p>130. [...]</p> <p>3. La naturaleza jurídica de la penalidad “Artículo 1341.- El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta pretensión 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 esta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores.</p> <p>Artículo 1342.- Cuando la Cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación.</p>
	b) Cláusulas del contrato analizadas	<p>a. Primera Pretensión Principal</p> <p>125. En el caso que nos ocupa, el Tribunal Arbitral observa que las partes, en la Cláusula 18.1 del Contrato de Concesión acordaron que el incumplimiento de las obligaciones de AAP generaría la imposición de penalidades por parte de OSITRÁN, siguiendo el procedimiento establecido en la Cláusula 18.1 del Contrato de Concesión, como vemos a continuación:</p>

	<p>“18.1. OSITRÁN, en el ejercicio de su potestad sancionadora, se encuentra facultada para aplicar las penalidades contractuales establecidas en el Contrato. En este sentido, en caso de incumplimiento del CONCESIONARIO de cualquiera de las obligaciones indicadas en el Contrato, OSITRÁN comunicará al CONCESIONARIO con copia al CONCEDENTE del incumplimiento detectado y le indicará al mismo los mecanismos de subsanación correspondientes y/o la aplicación de las penalidades contenidas en el Anexo 9. El CONCESIONARIO no estará exento de responsabilidad aún en los casos en que los incumplimientos sean consecuencia de contratos que celebre con subcontratistas o terceras personas”.</p> <p>b. Segunda Pretensión Principal</p> <p>221. Al respecto y de la revisión del Contrato de Concesión, el Tribunal Arbitral advierte que los numerales 1.112 y 7.11 del Contrato de Concesión han definido los Requisitos Técnicos Mínimos y las obligaciones de AAP relativas a las actividades de explotación, respectivamente establecen lo siguiente:</p> <p>1.112. “Requisitos Técnicos Mínimos”: aquellos criterios mínimos de calidad consistentes con los Estándares Básicos, que el Concesionario debe mantener para el diseño, construcción, reparación, Mantenimiento, Mejoramiento y operación de los Aeropuertos, estipulados en el Anexo 8 de este contrato, según sean modificados o complementados periódicamente por OSITRÁN, contando con la opinión favorable del CONCESIONARIO, en el marco de las necesidades de los Usuarios, en la forma que al juicio razonable de OSITRÁN sea necesario.</p> <p>7.11. La Explotación de los Aeropuertos por el CONCESIONARIO constituye un derecho, en la medida en que es el mecanismo mediante el cual el CONCESIONARIO generará los ingresos de la Concesión, así como un deber, en la medida en que el CONCESIONARIO está obligado a prestar los servicios Aeroportuarios a los Usuarios y mantener la operatividad de la infraestructura Aeroportuaria, acorde con los Requisitos Técnicos Mínimos. Por la Explotación de la Concesión, el CONCESIONARIO percibirá ingresos Regulados e Ingresos No Regulados, según las definiciones establecidas en el presente contrato.</p> <p>222. Continuando con la revisión del Contrato, el Tribunal Arbitral advierte que en la Cláusula 7.1.4 del Contrato de Concesión se ha establecido lo siguiente:</p> <p>“EL CONCESIONARIO está obligado a ejecutar las Obras a fin de cumplir con los Requisitos Técnicos Mínimos establecidos en el Anexo 8 del presente Contrato, a obtener los Certificados de Aeródromo emitidos por la Dirección General de Aeronáutica Civil (DGAC) de acuerdo con lo establecido en las Regulaciones Aeronáuticas del Perú (RAP 139), cumplir con la propuesta Técnica, los Planes Maestros y el Programa de Rehabilitaciones y Mejoramientos, entre otros”.</p>
c) Función de la penalidad	-
d) Naturaleza de la penalidad	<p>a. Primera Pretensión Principal</p> <p>130. De la revisión de la indicada directiva, el Tribunal Arbitral advierte que en el numeral 1) del Acápito X de la misma, el Consejo Directivo ha desarrollado la naturaleza jurídica de la penalidad, reconociendo que el Código Civil en sus artículos 1341, 1342 y 1343 ha definido dicho mecanismo contractual.</p>
e) Argumentos	
e.1. Mantiene penalidad	<p>a. Primera Pretensión Principal</p> <p>121. Al respecto, para este Tribunal resulta pertinente indicar que las normas del Código Civil, conforme a lo establecido por el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil resultan aplicables de manera supletoria a aquellas relaciones jurídicas que no sean incompatibles con su naturaleza.</p>

		<p>127. En otras palabras, no se aprecia, en la Cláusula 18.1 ni en las demás cláusulas del Contrato de Concesión, que las partes hayan pactado en contra de lo establecido en el artículo 1343 del Código Civil, esto es, que OSITRÁN esté en la posibilidad de imponer las penalidades sin evaluar si es que los incumplimientos fueron o no culpa de AAP. Por tanto, el Contrato no autoriza a OSITRÁN a penalizar incumplimientos sin culpa, de este modo está obligado, conforme a lo establecido en el artículo 1343 del Código Civil a realizar un análisis subjetivo al momento de determinar si es que corresponde o no imponer penalidades por los incumplimientos incurridos por APP.</p> <p>133. A partir, de lo anterior, queda acreditado, entonces, que para OSITRÁN también resulta de aplicación el artículo 1343 del Código Civil por lo que la Primera Pretensión de la demanda es declarada FUNDADA, debiendo OSITRÁN evaluar al momento de imponer las penalidades si es que el incumplimiento fue por culpa de AAP.</p> <p>b. Segunda Pretensión Principal</p> <p>227. Ahora bien, el Tribunal Arbitral advierte que en la página 15 de los alegatos presentados por AAP se señalaba que la metodología de evaluación propuesta por ellos se realizó con base en los parámetros previamente definidos en el Contrato de Concesión y que OSITRÁN, luego de demandar varios ajustes a dicha metodología fue la entidad que decidió finalmente aprobar la metodología.</p> <p>237. Conforme se observa del Contrato de Concesión se había establecido que era OSITRÁN quien iba a aprobar la Metodología del detalle del Sistema de Seguimiento de Calidad, es decir, desde un inicio, AAP tuvo conocimiento de este procedimiento, pues se fijaron los parámetros y procedimientos mínimos a través de los cuales se evaluaría el cumplimiento de los niveles de calidad de los servicios aeroportuarios y pese a ello, aceptó los parámetros establecidos en el Apéndice 4 del Anexo 8 del Contrato de Concesión.</p> <p>249. El Tribunal Arbitral, luego de evaluar los argumentos expuestos por AAP, señala que las penalidades fueron impuestas por el Concedente porque los valores fueron inferiores para el nivel de calidad previsto para cada caso. Recordemos que las evaluaciones se realizan a partir de los 3 últimos periodos.</p> <p>264. [...] Es decir, concluye que el incumplimiento de los niveles de calidad si son imputables a AAP, ya que se obligó a mantener tales niveles durante la ejecución del Contrato de Concesión por lo que las obras obligatorias debían ejecutarse manteniendo los niveles de calidad de los servicios aeroportuarios.</p> <p>290. Entonces, para el Tribunal Arbitral, es claro que cuando OSITRÁN otorga su conformidad, esta está referida a la obligación de colaboración de AAP y no a la evaluación del cumplimiento de los niveles de calidad, pues ello debía realizarse bajo una metodología establecida que contempla la comparación de los resultados obtenidos en el primer año y los obtenidos en los siguientes, para las penalidades de Tipo 1, así como el análisis de los indicadores de los últimos 3 años anteriores al momento de la fiscalización, para el caso de las penalidades Tipo 2.</p> <p>291. En consecuencia, la segunda Pretensión de la demanda presentada por AAP debe ser declarada INFUNDADA, pues no ha acreditado que los incumplimientos que fueron sancionados con penalidad no sea una causa imputable a este.</p>
	e.2. Reduce penalidad	-
	e.3. Deja sin efecto penalidad	-
14	Resolución Tribunal Arbitral	<p>PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la Primera Pretensión de la demanda presentada por AAP.</p> <p>SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA la Segunda Pretensión de la demanda presentada por AAP.</p> <p>TERCERO: ORDENAR que los costos que cada parte ha efectuado en su defensa sean asumidos por cada una de ellas; y que ambas</p>

	<i>asuman en partes iguales los costos comunes al arbitraje. En consecuencia, la parte demandada deberá reintegrar a la parte demandante el 50% de los honorarios del Tribunal Arbitral y los gastos administrativos del Centro de Arbitraje.</i>
--	---

Elaboración: Autores de la tesis en función de los laudos arbitrales proporcionados por Ositrán.

Laudo arbitral N.º 211-2017-CCL		
1	Contrato de concesión	Contrato de concesión para la modernización del Terminal del Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao
2	Centro de arbitraje	Cámara de Comercio de Lima (CCL)
3	Demandante	APM TERMINALS CALLAO
4	Demandado	Ministerio de Transporte y Comunicaciones – MTC
5	Coadyuvante	Ositrán
6	Pretensiones	
	Principal	<p>Primera pretensión principal: Que, el Tribunal Arbitral declare la ineficacia e insubsistencia de las penalidades impuestas a APMT mediante Oficios N.º 2886-2017-GDF-OSITRAN (anexo A-1) y N.º 9228-2017-GDF-OSITRAN (anexo A-2), toda vez que: (a) APMT no incumplió sus obligaciones derivadas de las cláusulas 6.8 y 6.12 del CONTRATO y (b) no se ha configurado el supuesto de hecho previsto para su aplicación y, en tanto, bajo la interpretación de OSITRÁN de la cláusula 19.6 del CONTRATO, esta se habría contravenido.</p> <p>Segunda pretensión principal: Que, el Tribunal Arbitral condene al MTC al pago del íntegro del costo de los honorarios arbitrales, de los gastos administrativos del Centro de Arbitraje y de los honorarios legales en los que APMT incurra para su defensa en el presente arbitraje.</p>
	Subordinada	-
	Alternativa	-
7	Controversia	<p>4) La penalidad por el uso de cemento: APMT no incumplió con sus obligaciones derivadas de las cláusulas 6.8 y 6.12 del CONTRATO.</p> <p>5) La penalidad por la construcción de capiteles: APMT no incumplió con sus obligaciones derivadas de las cláusulas 6.8 y 6.12 del CONTRATO.</p>
8	Monto de la penalidad	160 UIT
9	Descripción de la penalidad	<p>A.1. Penalidad por el uso de cemento empleado en la pavimentación</p> <p>3.1) La penalidad impuesta por OSITRÁN corresponde al uso realizado por APMT de cemento tipo I-IP que según la verificación efectuada por OSITRÁN es distinto al cemento tipo V aprobado por la APN en el ETO.</p> <p>3.6) Sin embargo, es pertinente reiterar que la penalidad impuesta por el OSITRÁN mediante Oficio N.º 2886-2017-GSF-OSITRAN de fecha 11 de abril del 2017 se produjo porque se verificó que APMT empleó cemento puzolánico tipo IP cuando correspondía la ejecución de pavimento con cemento tipo V, sin la aprobación previa de la modificación del ETO.</p> <p>A.2. Penalidad por el método constructivo referido a las uniones de losa-pilotes (Capiteles).</p> <p>3.7) La penalidad impuesta por OSITRÁN corresponde al proceso constructivo de los Capiteles para la unión de pilotes y la losa de los muelles 5 y 11 del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao (ejecución de uniones-pilotes en los trabajos de construcción de los muelles 9 y 11), sin ceñirse a las especificaciones técnicas contenidas en los planos No. 9W7795-1157 y No. 9W7795-1255 que forman parte del ETO aprobado por la APN.</p> <p>3.8) El ETO aprobado por la APN establece que los Capiteles debían ser prefabricados; sin embargo, APMT inició la construcción de capiteles vaciados in situ (en el lugar y no prefabricados) usando estructuras denominadas cofferdam que se usa para vaciado de concreto en el mar.</p> <p>3.9) OSITRÁN ha penalizado a APMT por ejecutar obras sin contar con ETO (modificado) aprobado, al no haber solicitado la modificación del cambio de construcción de los Capiteles.</p>
10	Posición (demandante)	<p>1) La penalidad impuesta vulnera el CONTRATO</p> <p>1.1) Las conductas por las cuales APMT fue penalizada están relacionadas a actividades específicas y no al resultado de estas. Las actividades específicas por las cuales APMT fue penalizada son los trabajos de pavimentación y construcción de capiteles, los cuales son definidos dentro del CONTRATO como parte de la «Construcción», sino a las «Obras» no autorizadas en los expedientes técnicos, conforme se resume en los párrafos siguientes.</p> <p>1.10) En consecuencia, APMT ha acreditado que: (i) la penalidad impuesta es aplicable únicamente a Obras y no a actividades específicas; y, (ii) la penalidad impuesta a APMT tuvo por objeto actividades específicas.</p>

		<p>2) Sobre la penalidad por el cemento empleado en la pavimentación</p> <p>2.2) La premisa de OSITRÁN es errónea. Cómo se ha evidenciado en este arbitraje, el expediente técnico no recogía la obligación de utilizar ningún tipo específico de cemento. Por el contrario, el expediente técnico únicamente obligó al uso de materiales que cumplieran en los materiales utilizados por APMT en sus obligaciones contractuales.</p> <p>3) Sobre la penalidad relativa al proceso constructivo de capiteles</p> <p>3.2) De nuevo, la premisa de OSITRÁN es errónea. El expediente técnico relativo a los muelles del Terminal Norte (donde fueron empleados los capiteles) no recoge una obligación sobre el proceso constructivo de los capiteles. Al igual que en el caso del diseño de pavimentos, el expediente técnico únicamente contiene estándares en la calidad de las actividades que debía ejecutar APMT.</p> <p>3.7) En consecuencia, el resultado fue un procedimiento constructivo técnicamente superior que no comprometía el diseño original y que, en cambio, represento mayor seguridad para el soporte de vigas sobre las que se apoyara la losa.</p>
11	Posición MTC	<p>A) Penalidad por el uso del cemento empleado en la pavimentación</p> <p>1.1) La penalidad impuesta por OSITRÁN corresponde al uso realizado por la empresa APMT de cemento tipo I-IP que según verificación efectuada por OSITRÁN es distinto al cemento tipo V aprobado por la APN en el expediente técnico de la obra del TNM-TPC.</p> <p>1.5) Sin embargo, es pertinente reiterar que la penalidad impuesta por el OSITRÁN mediante Oficio N.º 2886-2017-GSF-OSITRAN de fecha 11 de abril de 2017 se produjo porque se verificó que APMT empleó cemento puzolánico Tipo IP cuando correspondía la ejecución de pavimento con cemento Tipo V, sin la aprobación previa la modificación del Expediente Técnico de Obra (ETO).</p> <p>B) Penalidad por el método constructivo referido a las uniones de losa-pilotes (denominados «capiteles»)</p> <p>1.6) La penalidad impuesta por OSITRÁN corresponde al proceso constructivo de los capiteles para la unión de pilotes y la losa de los muelles 5 y 11 del TNM-TPC (ejecución de uniones losa-pilotes (capiteles) en los trabajos de construcción de los muelles 9 y 11, sin ceñirse a las especificaciones técnicas contenidas en los planos N.º 9W7795-1157 y N.º 9W7795-1255 que forma parte del Expediente Técnico de Obra (ETO) aprobado por la APN).</p> <p>1.12) En consecuencia, atendiendo a que las penalidades han sido correctamente aplicadas por el OSITRÁN que verificó los incumplimientos contractuales de APMT, se concluye que resulta jurídicamente insostenible el pedido contenido en la primera pretensión principal puesto que el concesionario aceptó desde la suscripción del CONTRATO las reglas contractuales contenidas en dicho documento. En tal sentido, es infundado el pedido de APMT respecto a la ineficacia e insubsistencia de las penalidades impuestas por OSITRÁN.</p>
12	Posición del Ositrán	<p>1) OSITRÁN supervisa en función del ETO aprobado por la APN</p> <p>1.1) Las partes están de acuerdo que el encargado para la aprobación de los ETO es la APN. Entonces, OSITRÁN es el encargado de supervisar la ejecución de las obras del CONTRATO, lo hace en función del ETO aprobada por la APN.</p> <p>1.3) Como es evidente, si APMT desea realizar modificaciones al ETO, entonces, deberá de presentar a la APN su solicitud, con copia a OSITRÁN para su conocimiento. Téngase en cuenta que OSITRÁN debe esperar a que la APN se pronuncie para que pueda considerarse como vinculante el ETO con la modificación efectuada.</p> <p>2) El concesionario incumplió con su obligación: utilizó un tipo de cemento distinto al aprobado por la APN</p> <p>2.1.2) El tipo de cemento que debía emplear APMT para la ejecución de las obras en virtud del ETO aprobado, específicamente para los sectores C1 (ingreso Zona A, Patio Guadalupe), C2 (ingreso Zona B, Patio Guadalupe) y (Ro-Ro) era el V.</p> <p>2.1.3) Sin embargo, al momento de ejecutar las obras, APMT utilizó otro tipo de cemento (Tipo I), cemento que, si bien había sido propuesto como modificación a la APN, no había sido aprobado por la APN al momento de ejecutar las obras.</p>

		<p>2.1.4) OSITRÁN detectó dicho incumplimiento y desde el primer día advirtió que APMT estaba empleando un tipo de cemento distinto a los aprobado. Sin embargo, este decidió continuar con su incumplimiento.</p> <p>2.1.18) Finalmente, es importante resaltar, además, que lo que pretende el concesionario (APMT) es excusar sus incumplimientos contractuales alegando que no se dio la orden de paralización de la obra, toda vez que, dicha parte sabía que el CONTRATO establecía un procedimiento de modificación del ETO, el mismo que previamente requería la aprobación de la APN, lo cual, no fue respetado por APMT. En ese sentido, OSITRÁN ha cumplido con su obligación de advertir oportunamente el incumplimiento pretendiendo «regularizar» las modificaciones que unilateralmente y sin aprobación venía ejecutando, hecho que resulta exclusivamente imputable a ello.</p> <p>3) APMT incumplió con su obligación por edificar las uniones losa-pilotes (capiteles) sobre la base de planos modificados sin la aprobación de la APN</p> <p>3.1.2) APMT si desea realizar modificaciones al ETO aprobado lo puede hacer solicitando a la APN su aprobación. Sin embargo, APMT pretende en contra de todo lo pactado por las partes, que una Nota Técnica (documento que no se encuentra reconocido por las partes en el CONTRATO) suponga que sea un pedido de modificación del ETO aprobado.</p> <p>3.1.3) El pedido concreto sobre esta segunda penalidad es que las estructuras denominadas «capiteles» (estructura de concreto armado a manera de embudo, colocada en la parte superior de los pilotes, de mayor ancho que garantiza el apoyo de las vigas prefabricadas sobre los pilotes y permite absorber las tolerancias de ejecución de los pilotes definidas en el proyecto), se ejecutarán constructivamente in situ, por lo que el soporte prefabricado denominado en el proyecto «concreto sieve» se integra al capitel ejecutándose también in situ.</p> <p>3.1.4) Frente a ello, OSITRÁN determinó que APMT no estaría ejecutando las obras según el ETO.</p> <p>3.1.5) Es más, la APN incluso indicó que aquellas consultas técnicas que modifiquen el ETO deben tramitarse con su propia denominación y que las Notas Técnicas no forman parte del CONTRATO.</p>
	Análisis del Tribunal arbitral	
13	Artículos del Código Civil	<p>1.7) [...]</p> <p>En el segundo párrafo del artículo 1361 del Código Civil encontramos la referencia a la «voluntad común de las partes».</p> <p>[...]</p> <p>Sin embargo, no corresponde que, ante un texto claro, se fabriquen artificialmente cuestiones dudosas para que con el pretexto de interpretar se haga decir a las partes algo de no dijeron. Ello atentaría contra el principio de la buena fe que gobierna la interpretación (artículo 168 del Código Civil).</p> <p>En tal sentido, el Tribunal Arbitral considera que debe recurrir a la regla de la interpretación sistemática (artículo 169 del Código Civil).</p> <p>1.19) De acuerdo con el artículo 1341 del Código Civil:</p> <p>“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 pretensión 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 esta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores”.</p>
	Cláusulas del contrato analizadas	<p>1.7) El Tribunal Arbitral considera necesario hacer referencia a los numerales 6.8, 6.12 y 6.9 del CONTRATO.</p> <p>1.9) El numeral 6.8 del CONTRATO establece que:</p> <p>“Aprobado el Expediente Técnico se entenderá que la SOCIEDAD CONCESIONARIA cuenta con la autorización de la APN para la ejecución de las Obras correspondientes a la Etapa o Etapas objeto del documento aprobado, sin perjuicio de las demás licencias, conformidad con las Leyes y Disposiciones Aplicables. El Expediente Técnico tiene carácter vinculante para la ejecución de las Obra”.</p> <p>1.10) El numeral 6.12 del CONTRATO señala:</p>

	<p>“La SOCIEDAD CONCESIONARIA se obliga a ejecutar las Obras correspondientes al Terminal Norte Multipropósito, conforme al Expediente Técnico y el Calendario de Ejecución de Obras aprobados por la APN, sin perjuicio de las actividades de Conservación a que se refiere la Sección VII”.</p> <p>1.11) El numeral 6.9 del CONTRATO dispone: “Si durante la ejecución de las Obras la SOCIEDAD CONCESIONARIA considerara que se deben realizar modificaciones al Expediente Técnico aprobado, siempre y cuando estas no impliquen una ampliación de plazo de la Concesión, deberá presentar a la APN su solicitud debidamente fundamentada conjuntamente con el Expediente Técnico modificado, con copia al REGULADOR para su conocimiento [...]”.</p> <p>1.13) De acuerdo con el numeral 1.23.53 del CONTRATO se define “Expediente Técnico” de la siguiente manera: «Es el documento que contiene la información necesaria y suficiente para permitir la ejecución y supervisión de las Obras que deberá ser formulado por la SOCIEDAD CONCESIONARIA de acuerdo a la Propuesta Técnica y lo dispuesto en el presente Contrato de Concesión. Dicho documento deberá ser presentado a la APN para su aprobación y tiene carácter vinculante para la ejecución de las referidas Obras. Podrá ser presentado por Etapas».</p> <p>1.18) Al respecto debe señalarse que la sección XIX del CONTRATO constituye una cláusula penal. Veamos. “19.1. EL REGULADOR en el ejercicio de su potestad sancionadora, se encuentra facultado para aplicar las penalidades contractuales establecidas en el Contrato de Concesión. En ese sentido, en caso de incumplimiento de la SOCIEDAD CONCESIONARIA de cualquiera de las obligaciones indicadas en el Contrato de Concesión, el REGULADOR comunicará al CONCEDENTE del incumplimiento detectado y le indicará al mismo la aplicación de las penalidades contenidas en el Anexo 7 que correspondan, sin perjuicio de lo cual LA SOCIEDAD CONCESIONARIA estará obligada a subsanar el cumplimiento de acuerdo con los mecanismos establecidos en el Contrato de Concesión o en su defecto los establecidos por EL REGULADOR [...]”.</p>
Función de la penalidad	<p>1.19) [...] De acuerdo con el texto transcrito, la «cláusula penal» es un pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento (rectus, lesión de crédito imputable al deudor), uno de los «contratantes» queda obligado a la ejecución de una prestación pactada (pago de una «penalidad»). Al estipular la cláusula penal las partes convienen en sustituir la disciplina establecida en el Código Civil para el resarcimiento del daño (inejecución de obligaciones) y es en ese sentido que se dice que la penalidad tiene el efecto de «limitar el resarcimiento a esta prestación».</p> <p>1.20) [...] La exigibilidad de la penalidad no supone un procedimiento administrativo sancionador, sino la realización de la condictio iuris prevista convencionalmente para que la penalidad acordada para tal supuesto de haga exigible (lesión de crédito previsto por las partes). En tal sentido, en estricto no debe hablarse de «imposición o aplicación de penalidades» puesto que su exigibilidad no se deriva de la potestad sancionadora del acreedor como se señala en el numeral 19.1 del CONTRATO.</p> <p>[...] En síntesis, hablar de «imposición» de penalidades convencionales resulta siendo equívoco; en efecto, la penalidad convencional no es la consecuencia de una potestad sancionadora del acreedor, sino del acuerdo de las partes. La distinción entre los ámbitos propios del Derecho sancionador (penal y administrativo sancionador) y el Derecho privado aparece como un tema clásico a lo largo de la historia del pensamiento jurídico.</p>
Naturaleza de la penalidad	-
Argumentos	
e.1. Mantiene penalidad	-
e.2. Reduce penalidad	-

	<p>e.3. Deja sin efecto penalidad</p>	<p>A) Penalidad por el cemento empleado en la pavimentación 1.8) Teniendo en cuenta esta base teórica, el Tribunal Arbitral procederá a la interpretación de los numerales 6.8, 6.9 y 6.12 del CONTRATO. 1.9) [...] Del texto transcrito se desprende que para la ejecución de las «Obras» APMT requiere contar con el ETO aprobado por la APN. 1.10) [...] De acuerdo con el texto transcrito, APMT está obligada a «ejecutar las Obras» «conforme al Expediente Técnico y el calendario de Ejecución de Obras aprobados por la APN». Esto guarda estrecha relación con lo señalado en el numeral 6.8 del CONTRATO: «El Expediente Técnico tiene carácter vinculante para la ejecución de las Obras». 1.11) [...] Del texto transcrito se desprende que es posible la modificación del ETO aprobado inicialmente conforme el numeral 6.8 del CONTRATO siguiendo el procedimiento establecido en el numeral 6.9 del CONTRATO. 1.13) [...] Teniendo en cuenta los criterios de interpretación señalados en el numeral 1.8 de los considerandos, el ETO es el «documento que contiene la información necesaria y suficiente para permitir la ejecución y supervisión de las Obras...» y debe ser formulado por APMT de acuerdo con «lo dispuesto en el presente Contrato de Concesión». 1.14) [...] Teniendo en cuenta los criterios de interpretación señalados en el numeral 1.8 de los considerandos resulta claro que el Expediente Técnico debe contener en lo que se refiere al «Expediente de Obras Civiles» entre otros: las Especificaciones Técnicas y el Análisis de Precios Unitarios. 1.15) [...] Dado que el único lugar donde se hace referencia al cemento Portland tipo V es el «Análisis de Precios Unitarios» del apéndice 8 del ETO el Tribunal Arbitral debe determinar si ello obliga a APMT a utilizar dicho cemento. 1.17) Por lo expuesto, en opinión del Tribunal Arbitral APMT no incumplió la obligación prevista en los numerales 6.8 y 6.12 del CONTRATO al cambiar el tipo del cemento Portland sin haber obtenido, previamente, la aprobación de la APN para efectuar modificaciones al ETO inicialmente aprobado conforme al numeral 6.8. 1.22) Como se aprecia la penalidad impuesta fue por: «ejecución de Obras no aprobadas en el Expediente Técnico». [...] Respecto a la obligación de ejecutar una obra, como bien señala CABANILLAS SÁNCHEZ: «Es tesis dominante en la doctrina que la prestación de obra es una prestación de resultado». En efecto, cuando es debida la ejecución de una obra, es la realización del «opus» lo que satisface el interés del acreedor y este es el caso, precisamente, de las obligaciones de resultado. [...] Por lo expuesto, en opinión del Tribunal Arbitral, APMT si realizó la «Obra» cuyo ETO fue aprobado por APN el 9 de abril de 2012 [anexo A-8], por lo que no corresponde que se le exija el pago de la penalidad de 80 UIT tal como ha ocurrido. 1.23) Como ya lo adelantó el Tribunal Arbitral APMT no incumplió la obligación prevista en los numerales 6.8 y 6.12 del CONTRATO al cambiar el tipo de cemento Portland sin haber obtenido, previamente, la aprobación de la APN para efectuar modificaciones al ETO inicialmente aprobado conforme al numeral 6.8. Estamos frente a un incumplimiento distinto a la penalidad exigida; por tanto, este extremo de la demanda es fundada. B) Penalidad por la instalación de capiteles 1.32) [...] Teniendo en cuenta los criterios de interpretación señalados en el numeral 1.8 de los considerandos se desprende que en las «Especificaciones Técnicas» deben detallarse los «procedimientos constructivos» y en los «Planos de Obras» debe indicarse «los procedimientos a seguir en concordancia con las especificaciones técnicas».</p>
--	---------------------------------------	--

		<p>1.33) Sin perjuicio de lo señalado, resulta claro que de constar el «procedimiento constructivo» en los planos N.º 9W7795-1157 y N.º 0W 7795-1255, lo cierto es que en opinión del Tribunal Arbitral APMT no incumplió la obligación revista en los numerales 6.8 y 6.12 del CONTRATO al cambiar «el procedimiento constructivo», sin haber obtenido, previamente, la aprobación de la APN para efectuar modificaciones al ETO inicialmente aprobado conforme al numeral 6.8 del CONTRATO.</p> <p>1.37) Como se aprecia la penalidad impuesta fue por: «ejecución de Obras no aprobadas en el Expediente Técnico».</p> <p>[...]</p> <p>Respecto a la obligación de ejecutar una obra, como bien señala CABANILLAS SÁNCHEZ: «Es tesis dominante en la doctrina que la prestación de obra es una prestación de resultado». En efecto, cuando es debida la ejecución de una obra, es la realización del «opus» lo que satisface el interés del acreedor y este es el caso, precisamente, de las obligaciones de resultado.</p> <p>[...]</p> <p>Por lo expuesto, en opinión del Tribunal Arbitral, APMT si realizó la «Obra» cuyo ETO fue aprobado por APN el 9 de abril de 2012 [anexo A-8], por lo que no corresponde que se le exija el pago de la penalidad de 80 UIT tal como ha ocurrido.</p> <p>1.38) Como ya lo adelantó el Tribunal Arbitral APMT no ha incumplido la obligación prevista en los numerales 6.8 y 6.12 del CONTRATO al cambiar el «procedimiento constructivo» sin haber obtenido, previamente, la aprobación de la APN para efectuar modificaciones al ETO inicialmente aprobado conforme al numeral 6.8.</p> <p>Estamos frente a un incumplimiento distinto a la penalidad exigida; por tanto, este extremo de la demanda es fundada.</p>
14	Resolución Tribunal Arbitral	<p>Primera: declarar fundada la primera pretensión principal.</p> <p>Segunda: Se fijan los honorarios del Tribunal Arbitral en la suma de S/ 17,856.00 más IGV y los gastos administrativos del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima en la suma de S/ 6,474.78 más IGV, según liquidaciones practicadas por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.</p> <p>Tercera: MTC asumirá los honorarios de los árbitros y los gastos administrativos del Centro de Arbitrajes de la Cámara de Comercio de Lima. Cada parte asumirá los costos incurridos en su defensa.</p>

Elaboración: Autores de la tesis en función de los laudos arbitrales proporcionados por Ositrán

ANEXO V
RESUMEN DE TRANSCRIPCIÓN DE ENTREVISTAS A EXPERTOS

RESUMEN TRANSCRIPCIÓN - ENTREVISTADO N.º 1

Preguntas	Respuestas
<p>1. ¿Cuál es la naturaleza del Contrato APP? (civil o administrativo)</p>	<p><i>“Definitivamente desde el punto de vista administrativo, yo considero que los contratos de concesión son contratos este que tienen una naturaleza administrativa por el hecho muy simple como señala ahora parte de la doctrina que hay partes de la doctrina que dice que ya no es necesario hablar clasificar en contratos administrativos o contratos civiles sino en contratos de la administración pública, el pequeño matiz es de que todo contrato en el cual una de las partes es la administración pública, ya tiene una naturaleza diferente, una naturaleza especial, para en este caso en particular es más aún más acentuado porque la administración pública puede contratar a alguien para que no se para que le vendan papel para imprimir lo cual no tiene nada de digamos de un interés público o puede contratar a alguien pues para que no se haga el servicio de limpieza lo cual no tiene nada de particular pero en el caso de los contratos de APP [...] los casos de concesión no solo una de las partes es la administración pública [...] sino que además el objeto, la finalidad del contrato es brindar un servicio público ósea es el ejemplo máximo de lo que es un contrato administrativo [...] ósea pretender negar eso me parecería no aceptable no podemos asimilar pienso yo es mi opinión no podemos asimilar un contrato de concesión a cualquier contrato privado no son lo mismo”.</i></p>
<p>2. ¿Cuál es la naturaleza de la penalidad contemplada en los Contratos APP?</p>	<p><i>“No, no creo, no le quita nada el hecho de que es un contrato administrativo para cualquier [...] tema por ejemplo de interpretación hay que considerar los principios del derecho administrativo y las normas administrativas pero eso no quita nada el hecho de que un contrato administrativo pueda tener penalidades y que las penalidades [...] son temas que están previstos y que nacen de un contrato ósea tampoco hay que irnos al extremo ósea no porque sea un contrato administrativo deja de ser un contrato, como todo contrato tiene elementos esenciales y características esenciales como cualquier contrato tiene modalidades, tiene plazo, tiene condiciones, etc., tiene requisitos de validez [...] ósea el hecho de ser un contrato administrativo no quiere decir que deje de ser contrato, lo único que quiere decir que es bien importante [...] que al momento de analizarlo de estudiarlo tenemos que verlo con los anteojos de alguien que está viendo un contrato administrativo, no deja de ser un contrato como tal y todo contrato y contrato administrativo también puede prever penalidades y puede estipular que se pague penalidades [...] no porque sea un contrato administrativo la penalidad que está en el contrato se convierte creo yo automáticamente en un tema administrativo [...] lo que hay que reconocer, es que esa penalidad, nació de ese contrato.”</i> <i>“[...] me parece que lo que dicen está bien (indicamos que la naturaleza de la penalidad es contractual).”</i></p>
<p>3. ¿Los tribunales arbitrales pueden reducir la penalidad impuesta por el regulador?</p>	<p><i>“Sí para mi si [...] no hay otra vía en los contratos se ha estipulado una cláusula convenio arbitral en la cual dice que cualquier problema de interpretación o de aplicación derivada del contrato este se resolverá finalmente en un arbitraje y la penalidad es algo que nace dentro del mismo contrato por lo tanto a la hora de la verdad si hay algo que resolver respecto de la penalidad debería verse en el arbitraje”</i> <i>“ya eso [...] en principio si es que un contrato de concesión contiene deben contener lo ideal [...] penalidad claras por hechos claros también [...] por ejemplo si el nivel de pureza del agua no llega a 0.95 te aplico una penalidad de mil dólares por cada día por decir no llegaste a 5 días cinco mil dólares de penalidad [...] si es así como esta estipulación en el contrato y es como debería estar redactado pues entonces [...] yo no veo que margen de acción tiene un tribunal arbitral no debería, si yo fuera árbitro no me sentiría bien [...] pero eso siempre y cuando este claramente estipulado en el contrato, ojo</i></p>

	<i>hay cláusulas en el contrato que están mal que ha puesto penalidades de tipo abierto [...] en ese caso sí [...]</i> ".
4. ¿Se pueden brindar excepciones para la reducción de la penalidad?	<i>"[...] pero eso siempre y cuando este claramente estipulado en el contrato, ojo hay cláusulas en el contrato que están mal que ha puesto penalidades de tipo abierto [...] en ese caso sí [...]"</i> .
5. ¿La facultad de reducir las penalidades deberían estar reguladas en los Contratos APP?	<i>"Bueno en primer lugar lo que debería estar en los contratos como mencioné en mi opinión son penalidades claras, que no dejen margen de interpretación [...] ahora dicho esto, si además en el contrato se pone este no habrá lugar a reducción bueno en realidad no tiene por qué haber si ya estipulé una penalidad [...] claro pero en la vida real algunos tribunales están reduciendo bueno si les parece bien para protegerse digamos que se vaya en esa línea no y no habrá lugar a reducciones bueno [...]"</i> .
6. ¿Cuál es la función de la penalidad contemplada en los Contratos APP?	<i>"[...] lo más lógico [...] sería la preventiva porque y más allá de que en general cual es el objeto principal o cual debería ser el objeto principal de un contrato de concesión debería ser lograr que se garantice un servicio de calidad hacia los usuarios [...] un buen servicio público sobre la base de una buena infraestructura pública [...] entonces un contrato de concesión lo que tiene por objeto, finalidad principal es lograr este buen servicio en el tiempo [...] que se brinde un buen servicio y para ello tener una buena infraestructura es un contrato o debería ser un contrato de resultados y no de medios, no importa como hiciste la cuestión es que lo logres, entonces siendo eso el objeto principal de los contratos las penalidades se supone deberían ser o deberían existir para coadyuvar a que se logre ese objeto ósea la penalidad debe tener una [...] incentivo para que tú siempre estés [...] brindando un buen servicio en el momento que falles te cae una penalidad. Una penalidad indemnizatoria no lo veo porque una penalidad indemnizatoria puede haber entre particulares [...] pero en el caso de un contrato de concesión no se trata que el MTC o Ositrán [...] digan [...] me pagaron una indemnización [...] ya me siento contento, no [...] lo importante es que se brinde el servicio de calidad [...]"</i> .

Elaboración: Autores de la tesis en función de las entrevistas realizadas.

RESUMEN TRANSCRIPCIÓN - ENTREVISTADO N.º 2

Preguntas	Respuestas
<p>1. ¿Cuál es la naturaleza del Contrato APP? (civil o administrativo)</p>	<p><i>“El contrato de APP, es de un alcance, diferente al del contrato administrativo, diríamos que tiene elementos del Código Civil porque es una relación comercial, no hay una relación subordinada, sino una relación de iguales. Sin embargo, el código civil señala que somos iguales, podemos cambiar todo. Tratándose de un servicio público tenemos buenas prácticas o cláusulas que tienen los contratos de APP, entonces nosotros tenemos que generar un marco legal, un marco normativo específico para APP, tomando cosas del Código Civil y también cosas de los contratos administrativos, un marco especial que nos permitan obtener los beneficios para los que fueron creadas las APP”.</i></p> <p><i>[...] algunos expertos dicen, es contrato administrativo, porque hay cláusula exorbitante, o es contrato administrativo, porque es un servicio público y lo firma el sector público. Entonces, si bien lo firma el sector público, es para prestar un servicio público, comentamos que las cláusulas exorbitantes no funcionan igual, en una APP. Yo no puedo resolver un contrato cuando me da la gana ni modificarlos, porque si no las APP se desnaturalizarían. [...] ¿Entonces, cómo evitamos esa interferencia pública para prestar servicios? Dándole una cláusula exorbitante que proteja al privado y que le dé continuidad y que evite las exorbitancias del sector público. Un contrato administrativo que no tiene exorbitancia ya no sería propiamente un contrato administrativo. La APP tiene su marco legal especial, toma cosas del código civil, relación de pares, de iguales, asignación de riesgos, asignación de responsabilidades y también toma algunos elementos de la contratación Administrativa. Al ser un servicio público no se debe dejar de prestar, se debe proteger al usuario. Entonces, es un marco legal especial para que las APP funcionen bien”.</i></p> <p><i>[...] La mayoría de los abogados diría yo, van a decir que es un contrato administrativo, porque lo firma el sector público, se trata de un servicio público. Sin embargo, hay condiciones del contrato administrativo que no se cumplen en la APP. Las cláusulas exorbitantes y la condición de subordinación. Entonces podrías decir que es un contrato administrativo muy particular”.</i></p>
<p>2. ¿Cuál es la naturaleza de la penalidad contemplada en los Contratos APP?</p>	<p><i>“[...] tenemos penalidades pactadas por las partes y plasmadas en el contrato, los contratos tienen un anexo de penalidades, esas penalidades están tipificadas y ambas partes las reconocen y las aceptan. Además, hay sanciones administrativas, que no sé si las pone el Ministerio de Salud, el Ministerio de Trabajo, el regulador, el Ministerio de Ambiente, esa es otra cosa. Si nos referimos a las penalidades, valga la redundancia son las contractuales, las pactadas por las partes”.</i></p>
<p>3. ¿Los tribunales arbitrales pueden reducir la penalidad impuesta por el regulador?</p>	<p><i>“Ningún tercero, ni árbitro ni juez, puede alterar el contrato de concesión. Ningún tercero debe interferir, porque si cambian las penalidades, mañana puedes cambiar los pagos, pasado puedes cambiar el alcance del servicio, o la calidad del servicio. Un tercero no puede intervenir en un contrato ley que firme el Gobierno del Perú con una empresa transnacional y cambiar ninguna condición del contrato. El único que puede reducir penalidades es el regulador. Ésta dentro de su función, y ahí hay criterios de gradualidad, de reiterancia, de impacto”.</i></p>
<p>4. ¿Se pueden brindar excepciones para la reducción de la penalidad?</p>	<p><i>“[...] yo me imagino que en todo el mundo los reguladores tienen criterios para aplicar penalidades y para reducirlas. Entonces, en este caso si el Ositrán, es el ente regulador que evalúa, aplica la penalidad, el concesionario tiene el derecho a pedir su reducción como toda empresa privada haría. Pagar lo mínimo posible y apela a una primera instancia que es la gerencia general, si no me equivoco. Segunda instancia que es el Consejo Directivo, entonces el privado tiene el derecho a pedir la reducción de la penalidad y hay circunstancias que facultan a reducir esa penalidad. Como decía el</i></p>

	<p>tema de magnitud, de impacto decía, si es la primera vez o ha ocurrido antes, y también informalmente, muchas veces dicen, ok. Si te comprometes a pagarla ya, te reduzco para evitar los gastos judiciales o que esto se siga dilatando. Entonces sí hay muchos precedentes de reducción de penalidades. Pero quien debe reducirlas es el regulador, que es el que administra el proyecto, regula el negocio, que esto marche bien”.</p>
<p>5. ¿La facultad de reducir las penalidades deberían estar reguladas en los Contratos APP?</p>	<p>“[...] Por supuesto, dos cosas que hemos conversado, terceros no pueden modificar el contrato de concesión, ni un árbitro, ni un juez. Y las penalidades son preventivas y no deben ser reducidas, porque pierden la finalidad de generar, de incentivar el cumplimiento oportuno. Las penalidades no deben ser reducidas por terceros ni el contrato debe ser modificado por terceros”.</p>
<p>6. ¿Cuál es la función de la penalidad contemplada en los Contratos APP?</p>	<p>“[...] como decía Buller, ¿cómo se calculó la penalidad, para resarcir el daño o para prevenir el incumplimiento? Todas las penalidades de los contratos APP se calculan para prevenir el incumplimiento, que sean ligeramente mayor al incumplimiento, si fuera resarcitiva, ningún concesionario te las firma”.</p> <p>“[...] Desde el punto de vista económico, desde el punto de vista de negocios, las penalidades, no pueden ser resarcitivas. El privado rige una pequeña cantidad, su accionariado y su finalidad es preventiva y la paga el mismo proyecto, no la paga las penalidades los accionistas, la paga el flujo de caja del negocio, lo paga la sociedad de propósito especial”.</p> <p>“[...] Funcionalmente. ¿Cómo se calcularon? ahí te vas a dar cuenta que la finalidad es preventiva”.</p> <p>“[...] es una función preventiva y no resarcitiva”.</p>

Elaboración: Autores de la tesis en función de las entrevistas realizadas.

RESUMEN TRANSCRIPCIÓN - ENTREVISTADO N.º 3	
Preguntas	Respuestas
1. ¿Cuál es la naturaleza del Contrato APP? (civil o administrativo)	<i>“Para mí es una ley entre las partes, no te lo digo en términos de derecho [...] es la biblia entre las dos partes [...] no puede un tercero a modificarte la biblia (...) así como te cambia la penalidad te puede cambiar cualquier otra asignación de riesgos o cualquier tema de un contrato y eso es gravísimo (...) el momento en que tú quieres discutir las penalidades es cuando están en las bases, haces tu descargo, haces tu pedido [...]”.</i>
2. ¿Cuál es la naturaleza de la penalidad contemplada en los Contratos APP?	<i>“Para mí es una ley entre las partes, no te lo digo en términos de derecho [...] es la biblia entre las dos partes”.</i>
3. ¿Los tribunales arbitrales pueden reducir la penalidad impuesta por el regulador?	<i>“No, va en contra de la ley misma porque dice tú no puedes modificar los riesgos asignados y estás modificando uno de los riesgos lo estas disminuyendo.” “[...] el momento cuando se quiere discutir las penalidades, están en las bases, haces tus descargos, haces tus pedidos y de ahí debes decir estas penalidades te parecen criminal antes de firmar tu contrato, para eso hay las rondas de preguntas y respuestas [...] cuando firmaste el contrato bajo las condiciones que conociste tus derechos y deberes, ahí está equilibrado”.</i>
4. ¿Se pueden brindar excepciones para la reducción de la penalidad?	<i>“no debería [...] siempre puede haber excepciones, pero tiene que ser casos muy algo muy excepcional que tú dices no esto ha sido más un error de tipeo [...]”.</i> <i>“Sí, siempre y cuando el pedido esté dentro del rango, ahí no estas yendo contra el contrato [...] tú no puedes modificar el contrato, si el contrato te da un rango, tú puedes estar o no de acuerdo [...]”.</i>
5. ¿La facultad de reducir las penalidades deberían estar reguladas en los Contratos APP?	<i>“no es necesario que esté si ya pusiste un contrato de concesión tu penalidad es tanto [...] redundaría [...]”.</i>
6. ¿Cuál es la función de la penalidad contemplada en los Contratos APP?	<i>“De hecho la función principal por la cual hemos puesto penalidades es justamente para prevenir ósea [...] cuando estas en el estado no es que me interese a mí, se me cayó el puente haya resárceme el puente [...] estamos hablando de un bien público [...] tiene que funcionar bien [...]”.</i> <i>“[...] toma un premio si es que trabajas bien, hay otras cosas que no puedes permitir que paguen, es por eso que también las penalidades tienen que ser fuertes, tienen que ser preventivas justamente, porque no puede venir nadie, un tercero, a decir oye no, tu impusiste esa penalidad para que cuando pasa un terremoto y a la hora no soporta ni un sismo, no puede ser”.</i>

Elaboración: Autores de la tesis en función de las entrevistas realizadas.

RESUMEN TRANSCRIPCIÓN - ENTREVISTADO N.º 4	
Preguntas	Respuestas
1. ¿Cuál es la naturaleza del Contrato APP? (civil o administrativo)	<p><i>“Hay un artificio en el ámbito de las contrataciones públicas que no lo tenemos los administrativistas y si lo tienen los civilistas o los financieros. Los administrativistas estamos conformes, es que esa figura fétiche del contrato administrativo no existe. Los contratos estatales son regulaciones propias de su quehacer y que son derechos positivos y eso en algunos casos lo acerca al contrato civil y en otros casos lo aleja y en su defecto de lo no previsto rige un régimen general de contrato. Creo que ninguna doctrina contemporánea de ningún país del mundo salvo Venezuela y Cuba habla de eso, esa teoría que hubo de derecho administrativo en Francia en el siglo XIX eso ya ningún país del mundo lo sostiene. Aquí lamentablemente civilistas y algunos financieros no conocen el derecho administrativo, hablan del contrato administrativo, diferenciado con capacidades inusuales y que el estado les pase lo que quiera en el contrato es distinto. Hace mucho se prevaleció que el estado puede diseñar sus mandatos a través de la ley, pueda diseñar o pueda regular, pueda exigirle más cargas al contratista, pueda exigirle que soporte un contrato que tenga determinadas obligaciones inusuales en el derecho civil, pero lo diseña con la ley y donde no hay ley no rige la voluntad de las partes y el contrato como régimen contractual”.</i></p>
2. ¿Cuál es la naturaleza de la penalidad contemplada en los Contratos APP?	<p><i>“[...] la naturaleza originaria de la penalidad, es penalidad por incumplimiento, ósea por retraso en cumplimiento de obligaciones, pero cuando uno mira los contratos APP y algunos contratos administrativos de adquisiciones, en la práctica uno encuentra un rosario de penalidades que no tienen que ver con el contrato”.</i></p> <p><i>“[...] hay una suerte de policía administrativa, se les ha dado a las entidades públicas, el crear penalidades, como si el contrato fuera una réplica del estado policial de ponerle todo al contratista, que ya tiene una regulación por fuera, ya tiene una regulación municipal, regulación laboral, ambiental, etc. Que se pone como penalidad, y después se quiere ejecutar esa prestación, en muchos casos creo que no se miden”.</i></p> <p><i>“[...] la penalidad contractual es indemnizatoria”.</i></p>
3. ¿Los tribunales arbitrales pueden reducir la penalidad impuesta por el regulador?	<p><i>“El tema de las penalidades no entiendo razón alguna por la cual no pueda ser arbitrable si el estado somete su contrato a un arbitraje y eso implica que someta a un tercer imparcial a controversias no puede entender que a penalidades no está prevista o no podría arbitrarla. Lo único que la ley ha establecido como prohibición y la verdad que es cuestionable es el hecho de las prestaciones adicionales en caso de obra, la ley de contrataciones y de suyo en algunos temas de la ley de APP también se ha establecido similares prohibiciones pero fuera de eso todo lo que es la interpretación de la parte legal, las potestades que puede tener, el cómo lo ejerce el funcionario público o el propio contratista si realiza una mala gestión el estado tiene derecho a reclamarle y este normalmente no reclama en arbitrajes sino impone su voluntad de frente y para eso tiene supervisor, sus penalidades y dicho sea de paso algo que aprecio es que las penalidades son de lo más arbitrarias en los contratos estatales.”</i></p>
4. ¿Se pueden brindar excepciones para la reducción de la penalidad?	<p><i>“Es lo que ha venido haciendo Ositrán hace tiempo diciendo que sus actos, no son arbitrable o la tarifa, yo la verdad considero que eso es un ejercicio abusivo de la redacción de cláusulas unilaterales de parte del estado, si ustedes a la teoría general del derecho, van a encontrar que son nulas las estipulaciones, que una de las partes impone a la otra en su favor y yo creo que va en esa línea [...]”.</i></p>

<p>5. ¿La facultad de reducir las penalidades deberían estar reguladas en los Contratos APP?</p>	<p><i>“Ahí como ya no hay una regulación propia de la contratación administrativa o la contratación del estado recurre a la vía subsidiaria o supletoria que es la regulación civil y la regulación civil tiene la capacidad del árbitro y de los jueces que se traslada al árbitro, que cuando consideren que la penalidad es arbitraria la revisen, ahora si uno mira los comentarios de código civil ¿Cuál es el esa capacidad del juez para reducirla?, siempre se dice que es una actividad discrecional del juez y el juez tendrá que elaborar su mejor saber y entender para reducir la penalidad a lo que considere que es razonable y adecuada y eso es regulable?, no sé si las partes (en este caso el estado) le puedan imponer al árbitro una forma de metodología, el juez es independiente de la partes y lo que busca es establecer un carácter jurisdiccional frente a una mala interpretación de las partes, dudo mucho que si el estado tendría una regulación, que ojo ni siquiera el código civil tiene para los privados, cuando uno mira el código civil, le permite al juez reducir, no dice “lo va a reducir en este porcentaje” o “con esta estructura, con esta regulación” [...] es criterio de cada juez, dudo mucho que sea equilibrado que las partes contractuales lo regulen, me parece que no es la razón de ser”.</i></p>
<p>6. ¿Cuál es la función de la penalidad contemplada en los Contratos APP?</p>	<p><i>“[...] resolutoria no es, porque la penalidad no te lleva a resolución, entonces la causal de resolución se agota, punitiva no puede ser porque el estado policial no está en el contrato, el estado policial está en la regulación sectorial, o inclusive en Ositrán, entonces ahí es donde está la regulación del estado policía, ahí donde Ositrán podría regular infracciones y lo podría regular siempre marco yo la idea, sin vulnerar el open sin ias, porque si el Estado ya contractualizó su conducta, no lo puede regular nuevamente por vía reglamento. Y lo que yo sostengo, es que la penalidad es estrictamente indemnizatoria, yo te penalizo a ti, porque justamente necesito que tú avances el contrato, me cumplas, en todo caso me estés indemnizando, es una indemnización tasada”.</i></p>

Elaboración: Autores de la tesis en función de las entrevistas realizadas.

RESUMEN TRANSCRIPCIÓN - ENTREVISTADO N.º 5

Preguntas	Respuestas
<p>1. ¿Cuál es la naturaleza del Contrato de Concesión bajo la modalidad de APP? (civil o administrativo)</p>	<p>“El contrato de concesión, en el caso peruano, es un tipo de contrato que se debe al Estado para el desarrollo de infraestructura o servicios públicos, pero es un contrato que se rige por la ley de APP o en su defecto por el código civil. En el Perú no hay una legislación general para contratos del estado de la cual se desprendan unos brazos que digan ‘legislación general de contratos y ERP, APP y ley de contrataciones del estado o contrataciones por obras, por impuestos’ eso en el Perú no hay y esa es la razón por la cual, cuando se ha querido que el defecto de la ley de APP, se ha querido proponer que se rija por la ley de Contrataciones del Estado, todo el mundo ha saltado hasta el techo porque desde hace mucho tiempo tienes un contrato que hace que tengas algunas cláusulas particulares como aquellas que te permiten caducar porque, por utilidad pública. Básicamente es eso, es un contrato, que una de las partes es el estado que esas características digamos que el estado sea parte de estar acogidas en la ley de APP y en su defecto está regido por el pueblo civil entonces yo no creo que sea un contrato civil pues, es un contrato administrativo, es un contrato que celebra el estado pero que se rige en lo que no está en la ley de APP que cada vez es más reglamentaria con el Código Civil”.</p>
<p>2. ¿Cuál es la naturaleza de la penalidad contemplada en los Contratos APP?</p>	<p>“Como la legislación cambia tanto, ya no me acuerdo yo si es que las penalidades están expresamente ahora reguladas en la ley de APP, no sé si ustedes han visto la ley de APP. Lo único que hay, que yo sepa son los lineamientos del contrato, que ustedes habrán visto; lineamientos que se rigen para los contratos futuros, no los uses para las actuales”.</p>
<p>3. ¿Los tribunales arbitrales pueden reducir la penalidad impuesta por el regulador?</p>	<p>“Yo creo que los tribunales arbitrales, por supuesto que, desde el punto de vista en la medida que no es una sanción, no, o sea no estamos hablando de una penalidad/sanción; por supuesto que pueden ver todo lo referido a las penalidades en el contrato, ahí yo no tengo ninguna duda, y que las puedan reducir en el sentido de, o sea de que tú puedas decir que no debería cobrarse tanto, sino la mitad, que haga una interpretación, una modificación del contrato a través de un laudo, porque imagínate que por cada incumplimiento serían 25 UIT y que el tribunal diga ‘no, no debería ser 25 porque es demasiado’, o sea eso, a mí me parece una modificación de contrato y en todo caso, debería llevar a que ese laudo, de la manera en que este formulado, porque al final un laudo es una resolución, es una sentencia, de acuerdo a las normas actuales, eso llevaría a una adenda, o sea tendría que ver una adenda para modificar el contrato, entonces al final para que se aplique esa reducción en adelante, o sea no para el caso completo obviamente; o sea un laudo así, digamos que llegue a modificar penalidades tendría que llevar a una adenda. Pero sí, yo creo que por supuesto las penalidades pueden ser objeto de arbitraje, es más, yo creo que, mi posición siempre ha sido que, que la mayor amplitud de controversia, debería ser llevada a mi trato, no que yo administravice el tema al punto en que llevo todo a ser actos administrativos y que sean impugnables, porque al final interfiere muchísimo en lo que es la ejecución del mismo contrato, un contrato APP es un contrato entre socios, el estado y el privado, y la idea es que las controversias y cualquier tema se puedan definir a la brevedad y que el contrato camine lo mejor posible.”</p>
<p>4. ¿Se pueden brindar excepciones para la reducción de la penalidad?</p>	<p>“Yo creo que lo peor que le ha pasado a las APP era reglamentarla demasiado, o sea, yo creo que mientras más regules más te vas a dar cuenta que hay un montón de cosas que no se regulan, que no se pueden regular o que nos olvidamos de regular. Entonces, mi experiencia ha sido independientemente del tema, digamos de la desgracia que ha pasado o sea por los casos de corrupción que han llevado a una situación de desconfianza enorme entre las partes sector privado y el estado, el ministerio no se quiere sentar con el privado y eso es complicado porque esa relación de confianza en un</p>

	<i>contrato APP que debe haber con ejecución que si, donde el estado tiene que ver los intereses del estado y la otra parte tiene que ver los intereses que le corresponde como regulador”.</i>
5. ¿La facultad de reducir las penalidades deberían estar reguladas en los Contratos APP?	<i>“[...] Yo creo que lo peor que le ha pasado a las APP es que cada vez tenemos una regulación más a detalle, entonces si me preguntas, si se tienen que regular su puesto, Yo creo que no, puedes ser que haya privados que te digan ‘prefiero previsión y saber qué cosa es lo que va’ siempre nos encontraremos con una situación donde no está previsto entonces no sé qué terminaras haciendo para saber cómo se resuelve. Yo prefiero menos regulación”.</i>
6. ¿Cuál es la función de la penalidad contemplada en los Contratos APP?	<i>“A mí, lo que me parece es que, en el campo administrativo ya tienes en el caso de los contratos de APP un régimen sancionador adicional al tema de penalidades, entonces, generalmente cuando me toco el nuevo régimen de penalidades, perdón sancionador de Ositrán [...], te das cuenta que hay una serie de incumplimientos contractuales que son infracciones. Lo que te diría es que, toda esa parte que crees que podría cubrirse siendo penalidad, se cubre con la parte sancionadora, todos los contratos tienen esa previsión. “[...] Básicamente en los casos que yo he visto, nosotros siempre hemos entendido las penalidades como resarcitorias, o sea tomando lo que hemos visto efectivamente en los contratos civiles y claro, hay una cláusula que siempre te lleva a que las penalidades, digamos, cuando llegas a un tope de penalidades haya caducidad. “[...] para mí es resarcitoria tal como está y como les digo, cuando hay, esta acumulación lleva a resolución”.</i>

Elaboración: Autores de la tesis en función de las entrevistas realizadas.

RESUMEN TRANSCRIPCIÓN - ENTREVISTADO N.º 6	
Preguntas	Respuestas
1. ¿Cuál es la naturaleza del Contrato APP? (civil o administrativo)	<i>“Partiendo como concepto que cosa es un contrato de concesión, el contrato de concesión [...] como una isla jurídica que yo hago por la insuficiencia de la regulación. Si la regulación en la parte administrativa estuviera bien digamos redactado, estuviera como se inicia la obra, como se desarrolla el servicio [...] la naturaleza de migración de un contrato de concesión es eminentemente un contrato de servicios de la relación administrativa con el Estado [...] el contrato de APP es un medio hasta que la regulación sea completa . Cuando hay un contrato insuficientemente regulado por la ley general [...] el contrato suple eso [...]”.</i>
2. ¿Cuál es la naturaleza de la penalidad contemplada en los Contratos APP?	<i>“A veces subsisten dos penalidades, penalidades contractuales derivada de la relación contractual con el concesionario y la penalidad propiamente de la regulación, ya regulada [...] las penalidades de contrato se rigen porque las partes acuerdan [...] es una discusión entre partes [...] con lo cual se establece digamos en ese sentido una relación discutible [...] el organismo regulador nunca ha aceptado que su propia norma se arbitre vía contrato [...] si diferenciamos esos dos esos dos grupos de penalidades [...] se genera por la insuficiencia de la regulación por lo tanto eso si es digamos una relación entre partes del contrato [...] porque el regulador puede participar como tercero pero no es el actor principal [...]”.</i>
3. ¿Los tribunales arbitrales pueden reducir la penalidad impuesta por el regulador?	<i>“Lo que no puede hacer es modificar lo previamente pactado por las partes [...]. Lo que puede hacer es interpretar por ejemplo [...] este tu penalidad por retraso son 120 días multiplicados por un millón por cada día, pero de pronto te das cuenta que no son 120 días sino 105 días o 125 días entonces si se puede modificar [...] hay un error en el cálculo”.</i>
4. ¿Se pueden brindar excepciones para la reducción de la penalidad?	<i>“[...] digamos todo lo que [...] ¿un contrato cuando es bueno? cuando es muy estructurado se pone en las diferentes situaciones de lo que puede ocurrir en el futuro y pone para eso lineamientos de trabajo es decir si para esto por ejemplo si la expropiación se demoró por culpa del estado esto ocurre [...] cuando más exhaustivo seamos en un contrato va a resultar mejor. [...] Hay que tener mucho cuidado [...] todo los abogados van usar eso [...]”.</i>
5. ¿La facultad de reducir las penalidades deberían estar reguladas en los Contratos APP?	<i>“[...] cuando más exhaustivo seamos en un contrato va a resultar mejor [...]”.</i>
6. ¿Cuál es la función de la penalidad contemplada en los Contratos APP?	<i>“Depende, a ver, te explico, a una indemnizatoria que es por ponerte un ejemplo las garantía de fiel cumplimiento, las garantías de fiel cumplimiento, es por ejemplo tú me hiciste perder el tiempo por hacer este digamos hecho todo un concurso y no cumpliste con tu oferta o empezaste la obre y no culminaste o estas en operaciones y operas mal, no hay una causal directa del valor de la obra digamos solamente una estimación el valor de la oferta o el valor de las operaciones porque incluso baja ahí el nivel de la carta fianza pero eso en cierta forma me está indemnizando por digamos haber hecho perder el tiempo [...] o por tener que buscar otros actores para poder sustituirte [...]. De la resolutoria bueno hay claramente una cláusula para eso y ahí los que se discute más básicamente la gradualidad, el proceso de gradualidad para llegar a eso hay sanciones previas para llegar a la última etapa [...]. [...] yo creería la preventiva básicamente por ejemplo en aquella que me encamina hacia una más fuerte [...] básicamente la resolutoria [...]”.</i>

Elaboración: Autores de la tesis en función de las entrevistas realizadas.

RESUMEN TRANSCRIPCIÓN - ENTREVISTADO N.º 7

Preguntas	Respuestas
<p>1. ¿Cuál es la naturaleza del Contrato APP? (civil o administrativo)</p>	<p>“[...] Respondiendo a la pregunta, es un contrato administrativo porque es el Estado el que otorga la concesión, es un contrato, una típica forma de actuación administrativa”.</p> <p>“[...] Si bien hablamos de una institución, contrato administrativo, estamos en el ámbito de los contratos que suscriben el estado y por tanto eso hace que estemos en el ámbito administrativo. La institución de la penalidad como tal es una institución que ha sido trabajada en el derecho civil y por tanto toda esa doctrina es aplicable también a este tipo de contrato. Vamos a modular y vamos a entender la modulación básicamente de la regulación específica que haya para cada momento y para cada sector. Cada contrato se diseña de una manera distinta.</p> <p>Si hablamos de la naturaleza jurídica, estamos hablando de un contrato administrativo diseñado por el estado y la penalidad como institución viene del derecho civil y va a poder tener un ajuste y/o modificación en tanto la ley de APP contemple una regulación específica, mientras eso no ocurra en nuestra institución como penalidad como tal va a ser la misma que del derecho civil [...]”.</p>
<p>2. ¿Cuál es la naturaleza de la penalidad contemplada en los Contratos APP?</p>	<p>“[...] conceptualmente la penalidad no va a variar mucho, si es de derecho civil o administrativo, la penalidad tiene las funciones que han señalado”.</p> <p>“Cuando hablamos de penalidades hablamos de finalidad. La primera finalidad es lograr el incentivo suficiente para lograr la calidad adecuada del servicio que yo estoy licitando, no tiene sentido que yo establezca unos requisitos altísimos para el contratante y a la hora de ejecutar el contrato no le exija nada”.</p> <p>“[...] Esto es un problema de diseño que cuando hablamos de contratos APP y contratos de larga duración durante la fase de selección hay un proceso más dialogante con los posibles postores y/o inversores, entonces normalmente cualquier ajuste que se pudiera hacer respecto de las penalidades tendría que hacerse en esta etapa”.</p> <p>“[...] el contrato es ley para las partes”.</p>
<p>3. ¿Los tribunales arbitrales pueden reducir la penalidad impuesta por el regulador?</p>	<p>“Hay ciertas instituciones de la naturaleza penal que más allá de que sean de derecho civil o administrativo la pregunta es cuales condiciones contractuales puede cambiarse durante la ejecución del contrato porque partamos de que el contrato es ley para las partes más allá de si es civil o administrativo, partimos de la fuerza que tiene un contrato para las partes. En el derecho administrativo por el artículo 62 de la constitución y la teoría de la firmeza de los contratos, esos se respetan tal como ha sido suscrito, esa es la regla de juego a la que yo me sometí. Normalmente vamos a admitir una modificación de un término contractual cuando resulte absolutamente gravoso, cuando resulte abusivo, desproporcionado y estos son términos que se llaman conceptos jurídicos indeterminados cuando es manifiestamente arbitraria, expresivo, abusivo y esa consideración debe realizarse básicamente caso por caso cuando esto sea absolutamente desproporcionado.</p> <p>Si ponemos el estándar del profesional experto, todo cambia y ese es un asunto que se debe evaluar cuando estamos en un contrato en concreto. A un prestador experto es razonable que le exija esta prestación y si no la cumple es razonable considerar que esta es la penalidad adecuada porque puede ocurrir que el contrato sea oneroso como consecuencia de esta cláusula o que el equilibrio contractual se rompa o que sea manifiestamente abusivo, pero hay una razón económica muy importante que además logra la finalidad del contrato ya que el contrato se firma para ser ejecutado y no para ser resuelto [...]”.</p>
<p>4. ¿Se pueden brindar excepciones para la reducción de la penalidad?</p>	<p>“[...] Me da la impresión de que en principio si es que un contrato establece cosas tan sencillas como presentar la documentación en plazo deberíamos y todos tendríamos que apuntar a que se cumpla, ahora no se cumplió dentro del plazo de acuerdo pero cual fue la</p>

	<p><i>justificación e incluso en ese caso hasta qué punto esa justificación es o no temible y otra vez vamos a la prueba a la circunstancia, a la cuestión extraordinaria porque lo ordinario es el cumplimiento y esa es una cuestión que a veces no entendemos, los contratos se firman para ser cumplidos y lo ordinario debería ser el cumplimiento y lo extraordinario es que incumplo por alguna razón pero a veces tengo la impresión de que solemos alterar la regla, cumplo si me conviene, cumplo si me favorece pero el contrato es un paquete de derechos de obligación, entonces cuando se asume el paquete se asume todo lo que me conviene y lo que no me conviene. Creo que en general deberíamos apuntar al cumplimiento de los contratos y el incumplimiento siendo extraordinario debería tener algún sustento, algún medio probatorio porque si no deshacemos nuestro sistema jurídico”.</i></p>
<p>5. ¿La facultad de reducir las penalidades deberían estar reguladas en los Contratos APP?</p>	<p><i>“Creo que este es un problema más de cultura jurídica y creo que es un problema de lo que nos ha ido pasando como país, creo que este asunto trasciende no solo en el tema de contratos de APP o las penalidades, creo que es un problema mayor porque nos hemos malacostumbrado a una interpretación literal de la norma y en el caso del derecho administrativo confundimos el principio de legalidad con el de literalidad, son dos cosas completamente distintas. Una cosa es el principio de legalidad que obliga a la administración a actuar en el marco de la ley. Entonces creo que en el fondo hay ignorancia colectiva porque si necesitamos una ley que nos diga específicamente la cláusula no se puede reducir, estamos desconociendo toda la teoría incluso en el caso de derecho civil que nos dice que los contratos son obligatorios y toda la teoría del derecho civil también que nos dice en qué casos si se podría reducir una pena o cuando una cláusula penal es excesiva o abusiva y ahí es todo un análisis y una discusión doctrinaria muy interesante en el derecho civil y ese análisis no necesariamente se realiza en un caso concreto. Creo que hay en el fondo un problema de cultura jurídica que es mejor, yo creo que esa es una opción legislativa y recordemos que en la ley de contrataciones por ejemplo es una norma de hace unos veinte años, era una norma bastante sencilla y se ha ido complejizando hasta llegar a una norma que todos conocemos lo amplia que es, es una norma abundante, frondosa. Creo que es una cuestión de técnica legislativa, que es mejor o peor”.</i></p>
<p>6. ¿Cuál es la función de la penalidad contemplada en los Contratos APP?</p>	<p><i>“[...] Creo que la consecuencia de eso para el derecho público en particular es un asunto que es importante que tiene que ver con la función de control.”</i></p> <p><i>“[...] La finalidad del estado no es percibir la penalidad, la finalidad del estado es que el contrato se cumpla bien y para que el contrato se cumpla bien pongo la penalidad como un mecanismo no solo de indemnización, no solamente de prevención sino básicamente de fomento o incentivo para que se cumpla el contrato en los términos en lo que se quiere decir. Yo no creo que haya una característica particular, especial, sustancial en el derecho administrativo en relación a la penalidad y creo que la institución nos la prestamos del derecho civil, la usamos, la aplicamos en el derecho administrativo y ahí está bien”.</i></p>

Elaboración: Autores de la tesis en función de las entrevistas realizadas.

RESUMEN TRANSCRIPCIÓN - ENTREVISTADO N.º 8

Preguntas	Respuestas
<p>1. ¿Cuál es la naturaleza del Contrato APP? (civil o administrativo)</p>	<p>“Es un contrato civil porque las dos partes individuales, donde el estado va a asumir un papel controlando actividades económicas y restringiendo algunas conductas que impliquen por ejemplo atrasos y estos se plasman en las penalidades. También son naturaleza civil, porque los contratos APP están regulados y guardan una relación muy estrecha con el art. 62 de la Constitución donde propone la libertad de contratación, de los componentes de la libertad de las empresas, la imposibilidad de modificar los contratos pactados por las partes sobre la base de las normas vigentes en el tiempo del contrato [...]. Se sabe que muchos de los contratos de concesión están ligados justamente al art. 62 de la constitución, en el cual están firmando un contrato de garantías y seguridades; entonces, es libertad, está ligado a un tema de que cada una de las partes está en la misma posición, no es que uno esté debajo del otro y no haya una subordinación como si existe en el tema administrativo. Entonces en base a eso podría decir que, específicamente es un contrato civil, la naturaleza es eminentemente civil...ya sabemos que en teoría hay 3 teorías, una teoría clásica, que es la contractualista donde el estado va a asumir una doble personalidad a efectos de contratar con los particulares, esa sería justamente el tema que estamos viendo y de acuerdo a esta concepción, la concesión, el estado va a actuar como una persona jurídica, contratando a la misma par con otro particular y sometiéndose a las reglas del derecho común. Por lo que siempre se dice que, lo que no está escrito en el contrato de concesión, supletoriamente está regido por el código civil”.</p>
<p>2. ¿Cuál es la naturaleza de la penalidad contemplada en los Contratos APP?</p>	<p>“Te diría que es una penalidad de derecho civil...a ver los contratos de concesión de manera general en transporte, en energía, en vivienda tú tienes penalidades y sanciones, las penalidades van ligadas a un tema de incumplimiento grave del contrato, algo que te va a impedir justamente hacer la ejecución o que puede afectar los niveles de servicio”. “[...] Por un lado pueden ser considerados como como meros administrados porque en general lo que vas a hacer es: los vas a mirar y los vas a sancionar, sujetos a un poder de policía del Estado, teniendo en cuenta la supervisión que realiza, ya sea a través de sus supervisores; y por otro lado, netamente de la parte contractual porque tiene una capacidad equivalente el estado como si fuera la contraparte, para exigirle que cumpla con sus obligaciones y derechos asumidos en el marco de un contrato de concesión. Asimismo, hay que ver que la penalidad es una figura jurídica que va a surgir en el derecho civil, específicamente en el artículo 1341 del código civil, como un medio que se va a dar dentro de un contrato de forma anticipada le vas a decir a tu contraparte sí que si no cumples una obligación, vas a ser sujeto de una sanción pecuniaria y esa sanción, en teoría tiene que ser mayor, o sea tiene que ser disuasiva para que la otra parte cumpla con sus obligaciones contractuales [...]”.</p>
<p>3. ¿Los tribunales arbitrales pueden reducir la penalidad impuesta por el regulador?</p>	<p>“Si no está establecido nada al respecto, en realidad las partes han pactado de que al haber un incumplimiento se impone la penalidad sin reducción alguna. Esta es una medida disuasiva bastante drástica justamente para evitar el incumplimiento de las obligaciones contractuales; sin embargo, sin perjuicio de esto, hay que ver que las buenas prácticas a nivel internacional te dicen que, la aplicación del sistema de penalización automáticas no debe de ser sujeta a interpretación, ni en lo relativo a la identificación del bajo rendimiento por ejemplo ni en lo relativo al importe de la deducción. ¿Entonces qué te quiero decir con esto? Que la penalidad tiene que ser tan clara que, si lo vas a reducir dile cómo harías tú reducción. Esto va a un tema también que se iba a analizar en una oportunidad</p>

	<p>en la que hubo una discusión con Ositrán específicamente, tengo muchos amigos en Ositrán, en Proinversión y yo les discutía: “digamos obligación que no cumplió era menor ¿por qué lo puedes como penalidad cuando hay otras obligaciones que son mayores y en realidad sí merecía de que tú le coloques una penalidad fuerte? Entonces ellos me decían: “lo que pasa es que así lo han establecido en Proinversión y así lo ha aceptado la contraparte, entonces tienes que aplicarlo de todas maneras”</p> <p>Sin embargo, las buenas prácticas o lecciones aprendidas que nos dan diversos organismos internacionales y en la práctica vemos que, si debería de haber un escalafón de reducción de penalidades teniendo en cuenta el impacto que va a tener en tu obra y en el momento que se va a dar.</p> <p>[...]</p> <p>Debe estar establecido, si no está establecido tú no puedes establecer un criterio de gradualidad. [...]</p>
<p>4. ¿Se pueden brindar excepciones para la reducción de la penalidad?</p>	<p>[...] Se podría aplicar las instituciones de código civil en lo que resulte racionalmente aplicable, no se puede dejar nada a la interpretación de las partes. Quizás lo que puedas establecer para que sea más racional, por ejemplo, una metodología de medida “va a haber una reducción, pero tienes que establecer cómo va a ser la metodología de la medida para ver tu incumplimiento, la periodicidad, la reincidencia, el tramo o la zona que vas a evaluar y respecto al incumplimiento ¿qué impacto va a tener? si afecta, por ejemplo, la ruta crítica, los mecanismos de penalización ¿cómo lo vas a hacer leve, grave o muy grave? ¿implica caducidad? Pero sí deberías de establecer claramente cuáles este cuál sería tu mecanismo de reducción”.</p>
<p>5. ¿La facultad de reducir las penalidades deberían estar reguladas en los Contratos APP?</p>	<p>“Claro, ¿sabes por qué? porque tú puedes establecer algunas cosas de manera general, pero no puedes establecer toda la regulación, porque cada contrato es diferente, es una vida propia y cada contrato tiene sus aristas que, son diferentes unos a otros...por ejemplo, nosotros podríamos decir de que las líneas de metro son todas iguales, mentira! inclusive si todos fueran aéreas o sea, con viaducto -mejor dicho- la línea 1, te aseguro que si hace una línea 3 por viaducto no es igual, no es lo mismo, cada una tiene sus aristas, aristas que pueden impactar realmente si es que no realiza una actividad a tiempo. Cada proyecto se evalúa como un ser humano único y propio”.</p>
<p>6. ¿Cuál es la función de la penalidad contemplada en los Contratos APP?</p>	<p>[...] Es preventiva de todas maneras porque ¿qué es lo que buscas en tu contrato, en tu proyecto? el cumplimiento del objetivo, el cumplimiento de las características por las cuales tu licitaste un proyecto, el cumplimiento de un servicio público que es la mayoría de los casos del contrato de concesión para justamente reducir las brechas de infraestructura que hay, justamente para beneficiar a más peruanos, entonces sería disuasiva en todos los casos es disuasiva pero sí existen cláusulas que aparte de ser disuasivas son resolutorias”.</p>

Elaboración: Autores de la tesis en función de las entrevistas realizadas.

RESUMEN TRANSCRIPCIÓN - ENTREVISTADO N.º 9

Preguntas	Respuestas
<p>1. ¿Cuál es la naturaleza del Contrato APP? (civil o administrativo)</p>	<p>“[...] Ahora, enfatizando con lo que dije que tipo de naturaleza tienen estos contratos, en primer lugar tienen una naturaleza jurídica, transversal a todo el ordenamiento jurídico de la sociedad en la que se implanta, desde las normas constitucionales hasta las normas administrativas y pasando por los códigos, procesal civil y procesal comercial, entonces los contrato de concesión, los contratos APP, son los contratos más complejos que existe dentro de un ordenamiento jurídico, en principio porque son contratos que tienen estabilidad jurídica, por lo tanto tienen rango de ley entre las partes entonces sobre la naturaleza jurídica yo me atrevería a decir que la naturaleza jurídica abarca todo el espectro del ordenamiento jurídico”.</p> <p>“[...] a raíz de la ley de peajes que saco el congreso último vigente y que fue declarado inconstitucional, ahí hubo una afectación y es un ejemplo directo, de que el contrato APP tiene naturaleza constitucional”.</p> <p>“[...] el Código Procesal Civil, es precisamente cuando entramos al aspecto netamente del arbitraje”.</p> <p>“[...] la Ley General de Procedimiento Administrativo es aplicable en todo su extremo a los contratos de concesión, entonces ahí por ejemplo tiene implicancias administrativas o dentro del marco legal administrativo, por ejemplo, también tiene naturaleza civil y también tiene naturaleza penal”.</p> <p>“[...] más allá del aspecto netamente teórico, ya vemos lo complejo de estos contratos que abarcan todo el ámbito de naturaleza jurídica vinculada al desarrollo de inversiones, entonces, de allí la importancia de conceptualizar a una APP, una razón más, como una organización, no lo puedes aislar únicamente a un aspecto dentro del derecho contractual, ósea dentro del derecho civil, lo real, es que tiene naturaleza constitucional, penal, civil, administrativa. Me atrevería a decir, no solo ordenamiento jurídico local sino también derecho internacional”.</p> <p>“[...] Tiene una naturaleza que involucra a todo el ordenamiento jurídico del país”.</p>
<p>2. ¿Cuál es la naturaleza de la penalidad contemplada en los Contratos APP?</p>	<p>“En principio aquí hay una figura previa que se tiene que analizar y es sobre la interpretación del contrato de concesión, por ley, solamente el contrato de concesión puede ser interpretado, por el Consejo Directivo del Regulador y por un arbitraje”.</p> <p>“[...] ahora, si bien es cierto es bueno hacer el paralelismo entre la contratación pública y la asociación publico privada, pero hay que tener presente que son marcos legales totalmente diferentes, y en lo que respecta a una APP, todo se regula, por lo que está escrito en el contrato de concesión básicamente, todo se regula por el acuerdo firmado entre las partes del contrato de concesión y todos los documentos de contrato de licitación, por eso está el libro blanco, las bases, las circulares, las versiones finales del contrato, y cuando se hace una interpretación se verifica todos eso documentos”.</p> <p>“[...] la respuesta puntual es esa, todo lo regula el contrato de concesión y a fin de garantizar que esos actos mediante el cual se regula el contrato de concesión sean hechos de la mejor manera, lo que se utiliza es en forma supletoria, la ley general de procedimiento administrativo, básicamente, lo otro no cuenta. Ahora bien, no nos olvidemos que en el caso del ordenamiento jurídico tal como estaría con norma constitucional, la última instancia sigue siendo el poder judicial, a través de una acción civil, básicamente, en lo que respecta a los resultados de cualquier arbitraje, que está sujeto en última instancia, a un pronunciamiento del poder judicial, esto también aplica para los contratos de concesión”.</p> <p>“[...] los acuerdos entre las partes son ley”.</p>

<p>3. ¿Los tribunales arbitrales pueden reducir la penalidad impuesta por el regulador?</p>	<p><i>“No, en principio no pueden, ni se debe porque es prácticamente una interpretación que genera incentivos perversos ya que estas cambiando las condiciones del proceso de licitación, se generan incentivos allí. Lo que hacen, si bien es cierto al final una penalidad de 100 termina en 50 por ejemplo, no es que reducen tal vez el monto, sino lo que reducen es la clasificación de la falta, de muy grave a grave, entonces lo que interpretan es la tipificación de la falta. Entonces esa tipificación de la falta está definida en el contrato, entonces lo que hace, entendería yo, es cambiar la tipicidad de la falta, de tal forma de que disminuyen el monto dinerario que pueda aplicar o pueda llevar, ósea de una falta muy grave lo ponen una leve, ya los montos son diferentes, pero no es que reduzcan los montos”.</i></p>
<p>4. ¿Se pueden brindar excepciones para la reducción de la penalidad?</p>	<p><i>“No, la excepción a la regla está en función de un aspecto más macro, si hay un incumplimiento por causa fortuita o por causa no atribuible al concesionario, simplemente lo primero que aplica allí es, que no está obligado al cumplimiento de los niveles de servicio o de las obligaciones contractuales que tengo, eso en primer lugar, por lo tanto, no aplica ninguna penalidad, más allá de eso, no hay criterio discrecional para tener esas consideraciones, no existe eso, las penalidades como tú lo has dicho, están previamente definidas por los incumplimientos en determinados actos que tiene que hacer el concesionario, simplemente por causa fortuito el concesionario no puede cumplir sus responsabilidades, lo que sucede es que no está sujeto de cumplimiento de niveles de servicio y por lo tanto tampoco de obligaciones contractuales, y hay un procedimiento definido en cada uno de los contratos mediante los cuales se exonera del cumplimiento de la obligaciones por esas causalidades. Eso es lo que está regulado”.</i></p>
<p>5. ¿La facultad de reducir las penalidades deberían estar reguladas en los Contratos APP?</p>	<p><i>“Yo creo que está señalado en el contrato, porque las penalidades si están plenamente identificadas, el rol de los reguladores existe, el tema es cuando ya pasamos de una relación que debe ser dinámica”.</i> <i>“[...] La respuesta puntual es que una vez que se fijan las condiciones en las bases del proceso y en la versión final del contrato, no tienen por qué cambiarse las condiciones de penalidad bajo ningún esquema, salvo de que un acuerdo entre las partes, prevea mediante una adenda cambiar esas penalidades, por que pueda hacer que se equivocaron, toda acción humana es perfectible no somos dioses, somos seres humanos imperfectos, para lo cual debe cursar el trámite normal, que se debe plantear la adenda, se debe de esperar las opiniones de cada uno de los agentes que ha intervenido, Proinversión, el MEF, el concedente, el regulador y en función de esas precisiones que se hagan, se verá si es que se firman o no una adenda, cambiando en este caso las penalidades, ese es el camino que hay que seguir”.</i></p>
<p>6. ¿Cuál es la función de la penalidad contemplada en los Contratos APP?</p>	<p><i>“[...] en principio yo creo, que las penalidades tienen todas esas acepciones que ustedes están mencionado y que debe de configurarse de esa forma, para lo cual habría que ir un poco más atrás”.</i> <i>“[...] tenemos que ir más allá de las bases del mismo del derecho, si usted no coloca penalidades en el contrato de concesión lamentablemente, no nos olvidemos que detrás de un contrato de este tipo, existe una naturaleza económica también, tiene una naturaleza económica necesariamente, entonces si usted no coloca penalidades simplemente va a tener el incentivo perverso a que el concesionario no cumpla con las cláusulas contractuales. De allí a eso que se le da la interpretación jurídica que usted ha detallado, ya eso es otra cosa esta dentro de la doctrina jurídica que los abogados manejan a la perfección. Pero yo creo que, en principio, la penalidad debería de tener todas las acepciones que usted me esta mencionado allí”.</i></p>

Elaboración: Autores de la tesis en función de las entrevistas realizadas.

RESUMEN TRANSCRIPCIÓN - ENTREVISTADO N.º 10	
Preguntas	Respuestas
1. ¿Cuál es la naturaleza del Contrato APP? (civil o administrativo)	<i>No precisa.</i>
2. ¿Cuál es la naturaleza de la penalidad contemplada en los Contratos APP?	<i>Fallas en el audio.</i>
3. ¿Los tribunales arbitrales pueden reducir la penalidad impuesta por el regulador?	<p><i>“En primer lugar, si una parte pide al tribunal, que declare que no es aplicable la penalidad, en principio lo que está señalando es que el supuesto de hecho, en virtud del cual se contempla esa penalidad no se ha producido, con lo cual si ese fuese el caso, digamos independientemente de la naturaleza, independientemente del contrato, independientemente de la modalidad contractual, más allá de las APP, cualquier contrato civil con fin comercial, la conclusión sería, que la pretensión de la penalidad debería declararse infundada. Si como pretensión subordinada, se coloca el que se reduzca la penalidad, es que estaríamos en el supuesto, en que, si procede la aplicación de la penalidad pactada, el artículo 1346° del código civil podría resultar aplicable, evidentemente solo resulta aplicable, en la medida en que la parte demandada alegue y pida como pretensión procesal en la reducción de esa penalidad, en este caso digamos, se pide la reducción de la penalidad”.</i></p> <p><i>“[...] El primer supuesto es que, si se trata de una penalidad manifiestamente excesiva, en principio no olvidemos que esto está hecho, esta norma el artículo 1346°, está hecha fundamentalmente para evitar el abuso contra las personas naturales”.</i></p> <p><i>“[...] en segundo lugar los otros supuestos son, cuando el cumplimiento sea parcial o defectuoso, bueno si hay un cumplimiento parcial allí si es lógico, es útil a la contraparte ósea al acreedor, el cumplimiento parcial que se ha hecho, pues si sirve una parte pues no me vas a cobrar la totalidad de la penalidad, tendré derecho a pedir una reducción igual que si es defectuoso, el defecto se puede arreglar sí”.</i></p> <p><i>“[...] La reducción de la penalidad nunca debe ser vista como una regla, nunca debe ser vista como la viveza criolla de aquel que la firma de aquel que la pacta, de aquel que contrata una penalidad y luego cuando incurre en falta dice no señores es muy alta, ese argumento por si solo y decir no señor es muy alta cuando la afirmaste que no sabía que era alta o es que se ha vuelto alta por algunas circunstancias, no pero es muy alta, no se ha vuelto alta, era alta, entonces para qué firmaste, ¿me explico, no?”.</i></p>
4. ¿Se pueden brindar excepciones para la reducción de la penalidad?	<i>“Se tendría que especificar en la ley, porque si se estableciera en el contrato, igual resulta interpretable, porque al fin de al cabo siempre va haber una norma supletoria, si se establece en la ley de APP ya no tendrías que ir al 1346, ahora los tribunales arbitrales hoy, tal como está la regulación legal, tienen la posibilidad de reducirla por el 1346, es decir, que puede haber un tribunal que opte por su no reducción con los fundamentos jurídicos que entre otras cosas estamos conversando, si claro por supuesto dada la naturaleza del contrato, dada la naturaleza especial del contrato, naturaleza como hemos referido ni siquiera en el Perú como en 1984, si podría ser pero también vas a tener otro tribunal que diga no me parece muy alta, me parece manifiestamente excesiva qué sé yo y la voy a reducir”.</i>
5. ¿La facultad de reducir las penalidades deberían estar reguladas en los Contratos APP?	<i>“En la ley, porque por más que el contrato diga no cabe reducción de la cláusula penal, tendrías tú ahí que preguntarles si el 1346 es una norma de carácter imperativo o dispositivo y el 1346 es una norma de carácter imperativo, porque de lo contrario todo el mundo establecería en sus contratos que no cabe reducir la cláusula penal y no se podría aplicar el 1346 y sería letra muerta, el 1346 es una norma de carácter imperativo en eso el derecho civil no hay duda por lo tanto no puedes excluir su aplicación vía clausula penal contractual”.</i>

<p>6. ¿Cuál es la función de la penalidad contemplada en los Contratos APP?</p>	<p><i>“[...] la cláusula penal tiene como siete funciones en doctrina, entonces que un tribunal te diga que tiene una, está bien pues, pero el tribunal no te está diciendo que no tiene las seis (6) otras”.</i></p> <p><i>“[...] la cláusula penal tiene muchísimas funciones y su posibilidad de incumplir es bien alta para que no incumplas, el conminarte a cumplir, el resarcir una finalidad sancionatoria punitiva, todo eso tiene la cláusula penal”.</i></p> <p><i>“[...] el que un tribunal establezca una de las funciones, no es que este negando que tenga otras, te está diciendo que tiene esa, lo que está bien, estaría mal si los tres (3) laudos que ustedes han encontrado, dijeran que tienen funciones que la doctrina no recoge, los tres (3) han dicho que tiene funciones que la doctrina sí reconoce”.</i></p> <p><i>“[...] lo que se quisiera en la línea de lo que venimos conversando, es tener una modificación en la ley de APP, en la que se establezca en la cláusula penal que no admite reducción, Lo que se tendría que establecerse es que su función es sancionatoria, porque si establece que es resarcitoria siempre va a ver una rendija por la cual se metan y diga no... si es resarcitoria qué daños y perjuicios van a haber, si los daños y perjuicios fueron 5 soles y tú me estás aplicando la penalidad de un millón, entonces redúcemela, la sancionatoria no implica que exista una correlación numérica entre el monto de la sanción y la magnitud del hecho sancionado”.</i></p>
---	---

Elaboración: Autores de la tesis en función de las entrevistas realizadas.

BIBLIOGRAFÍA

- Alborta, G., Stevenson C., Triana, S. (2011) *Asociaciones público-privadas para la prestación de servicios: Una visión hacia el futuro*. <https://publications.iadb.org/handle/11319/5062>.
- Alejos Guzmán, Oscar (2020) *¿Por qué tenemos la balanza inclinada? La naturaleza de las decisiones del Estado en la etapa de ejecución de los contratos públicos*. *Ius Et Praxis*, (50-51), 139-156. <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2020.n50-51.5052>
- Alva, C. H. (2017) *Ejecución de obras públicas mediante la modalidad Asociación Público-Privada (APP)*. Lima-Perú. 1.^a ed. Instituto Pacífico S. A. C. Pág. 476-477.
- Alterini, A. (1999) *Contratos Civiles – Comerciales – de consumo, Teoría General*. Reimpresión. Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo Perrot, pág. 28.
- Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, Banco Mundial. Banco Asiático de Desarrollo y Banco Interamericano de Desarrollo (2014) *Guía de referencia: Asociaciones Público-Privadas. Versión 2.0*. <https://library.pppknowledge.org/documents/2537/download>.
- Bolaños Valverde, Víctor (2013) *La resolución por incumplimiento en el caso de la compraventa en Los Contratos - Consecuencias Jurídicas de su Incumplimiento*. Lima: Gaceta Jurídica, pág. 273.
- Canasi, José (1974) *Derecho Administrativo*. Vol. II. Buenos Aires: Depalma. Pág. 564.
- Cárdenas Quirós, Carlos (1994) *Estudios de Derecho Privado I*, Ediciones Jurídicas, Lima. Pág. 349.
- Cervantes Anaya, D. (2013) *Manual de Derecho Administrativo*, Editorial Rodhas, pág. 41.
- Código Civil Peruano (1984) Artículo N.º 1351.
- Constitución Política del Perú (1993) Artículo N.º 6.
- Cornejo, R. (2016) *¿Cuánto vale una concesión?* (Tesis grado de Magister, Pontificia Universidad Católica del Perú). http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/9226/Cornejo_D%20c3%a1nto_vale_una%20concesion.pdf?sequence=6&isAllowed=y
- Decreto Legislativo N.º 757 (1991) Publicado en diario oficial *El Peruano*.
- Decreto Legislativo N.º 1012 (2008) Publicado en diario oficial *El Peruano*.
- Decreto Legislativo N.º 1224 (2015) Publicado en diario oficial *El Peruano*.

Decreto Legislativo N.º 1362 (2018) Publicado en diario oficial *El Peruano*.

Díaz-Guevara, Álex (2017) *Asociaciones Público Privadas en Infraestructura Vial: análisis y modelo de gestión en el Perú basado en una conceptualización antropológica*. (Tesis de doctorado en Gobierno de Organizaciones, Universidad de Piura. PAD - Escuela de Dirección. Lima, Perú).
https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/3709/DOC_GO_002.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Díez-Picazo L. (1996) *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Vol. II: Las relaciones obligatorias*. 5.ª ed. Madrid: Editorial Civitas. Págs. 397-398.

Dirección Técnico Normativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE (2020) *Opinión N.º 047-2020/DTN del 7 de julio de 2020*. Lima, pág. 1-7.

Dromi, José Roberto (1992) *Derecho Administrativo. Tomo 1*. Buenos Aires, Astrea, pág. 313.

Enneccerus L. (1954) *Derecho de Obligaciones. Vol. I*. Traducción de 35.ª ed. alemana por Blas Pérez Gonzáles y José Alguer. Barcelona: Bosch, Casa Editorial. Pág. 187, 191.

Espinoza, Juan (2014) *La Cláusula Penal*. THEMIS N.º 66 - Revista de Derecho. Lima, pág. 222.

Expósito Vélez, Juan (2013) *Forma y contenido del contrato estatal*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia; citado por Jhojan Cristhian Marquiño Terrones Jancco en el Trabajo Académico sobre la desnaturalización en la aplicación e impugnación de penalidades contractuales en la ejecución de los Contratos de Concesión de Infraestructura de Transporte de Uso Público por el OSITRAN (2019) – PUCP, pág. 11.

Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre (2008) *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Gaceta Jurídica, pág. 937.

Franciskovic Ingunza, Beatriz (2019) *Qué son los mecanismos alternativos de resolución de conflictos (MARC's)*, 2019. https://lpderecho.pe/mecanismos-alternativos-resolucion-conflictos-marcs/#_ftn1

Flores, Edwin (2008) *La intangibilidad de los contratos Ley: Garantía para la inversión privada en proyectos públicos*. Centro de Estudios de Derecho Municipal. Universidad de San Martín de Porres. Año II. N.º 3.
https://www.usmp.edu.pe/derecho/centro_derecho_municipal/articulos/articulo_edwin_flores.pdf.

Gómez de la Torre, A. (2001) *Concesión de obras públicas: ¿promoviendo la inversión privada en el Perú?*
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/15989/16413/0>.

- Guasch, J. L. (2005) *Concesiones en infraestructura. Cómo hacerlo bien*. Madrid: The World Bank.
https://www.esan.edu.pe/publicaciones/2013/12/02/renegociacion_contratos_de_concesi%C3%B3n_infraestructura_transporte.pdf.
- Gutiérrez Camacho, W., y Rebaza González, A. (2004) *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas: Obligaciones con Cláusula penal*. (Tomo VI). Lima, Perú: Gaceta Jurídica. Págs. 1104, 1106, 1109, 1110, 1129, 1146.
- Gutiérrez Camacho, Walter (2005) *La Constitución Comentada - Tomo I*. Lima: Gaceta Jurídica. Pág. 851.
- Josserand L. (1950) *Derecho Civil. Tomo II, vol. I*. Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía. Editores. Pág. 518.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída (1981) *La cláusula penal*. Buenos Aires: Depalma. Pág. 13.
- Linares, Mario (2002) *El Contrato Estatal*, Lima: Grijley. Pág. 16 y ss.
- Llambias, J., Benegas, P. R., y Sassot, R. A. (1997) *Manual de Derecho Civil* (11.ª Edición ed.). Buenos Aires: Editorial PERROT. Pág. 125.
- Marín García, Ignacio (2017) *La liquidación anticipada del daño - Análisis económico de la cláusula penal*. Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Pág. 77
- Martin, Tirado R. (2013) *El Laberinto Estatal: Historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú*. Arbitraje PUCP, (3), Pág. 41-77.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/9386>
- Mayer, Otto (1951) *Derecho Administrativo Alemán*. Tomo IV. Buenos Aires: Arayu. Pág. 172.
- Messineo, Francesco (1986) *Doctrina general del contrato*. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa - América. Pág. 220.
- Ministerio de Economía y Finanzas – MEF. (2018) *Decreto Supremo N.º 344-2018-EF - Reglamento de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado*, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 31 de diciembre del 2018.
- Morón, J. C. (2016) *La Contratación Estatal*. Gaceta Jurídica, págs. 17, 18.
- Mosset Iturraspe, Jorge (1978) *Medios compulsivos en Derecho privado*. Buenos Aires: EDIAR Sociedad Anónima Editora, pág. 81.
- Nalvarte, P. (2017) *Conceptos y alcances básicos de las asociaciones público - privadas*. Derecho & Sociedad N.º 49. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/19898>

- Nieto, Alejandro (2005) *Derecho administrativo sancionador*. 4.^a ed. Madrid: Tecnos; citado por César Augusto Borda Gonzales, Juan Carlos Juárez Quichíz y Gadwyn Sánchez Yaringaño en el trabajo de investigación para optar al Grado Académico de Magíster en Regulación de Servicios Públicos y Gestión de Infraestructuras “Evaluación de Régimen de Penalidades en los Contratos de Concesión de Infraestructura de Transporte de Uso Público” de la Escuela de Postgrado de la Universidad del Pacífico.
- Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRÁN. (2016) *Resolución de Consejo Directivo N.º 050-2016-CD-OSITRAN - Directiva de Procedimientos para la aplicación, impugnación y cobro de Penalidades*.
- Ossa Arbelaez, Jaime (2000) *Derecho administrativo sancionador. Hacia una teoría general y una aproximación para su autonomía*. Chile: Legis.
- Palacios Pimentel, Gustavo (1991) *Compendio de derecho civil peruano*. Lima: Huallaga. Pág. 553.
- Pothier, R. J. (1839) *Tratado de las obligaciones*. Barcelona, España. Pág. 213.
- Pothier, R. J. (1978) *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S. R. L. Pág. 212.
- Presidencia del Concejo de Ministros - PCM (2006) *Decreto Supremo N.º 044-2006-PCM - Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRÁN*.
- Puig Brutau, José (1959) *Fundamentos de Derecho Civil. Derecho de las obligaciones, tomo I, vol. II*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, pág. 472.
- Rojas, J. y Delgadillo, P. (2017) *Asociaciones Público Privadas (APP's)*. México. Contraloría del Poder Legislativo. Dirección de Vinculación Municipal. http://www.contraloriadelpoderlegislativo.gob.mx/pdf/Cursos/A_P_P.pdf.
- Romero Zavala, Luis (1999) *El Derecho de las Obligaciones en el Perú - El Incumplimiento de las Obligaciones Libro VI del C. C. segunda sección (Art. 1314 al 1350 del C. C. de 1984)*. Lima: Fecat, pág. 191.
- Sánchez, R. y Chauvet, P. (2019) *Contratos de concesión de infraestructura. Incompletitud, obstáculos y efectos sobre la competencia*. Serie Comercio Internacional, N.º 150 (LC/TS.2019/104), Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45055/1/S1901002_es.pdf.
- Soto Coáguila, C. A. (2006) *La función de la cláusula penal en los contratos y la inmutabilidad de las penas convencionales*. Revista Chilena de Derecho Privado. Págs. 87-111.

- Suto, F., Azaña, R., Chamorro, M., León, L. y Menchola, M. (2013) *Renegociación de contratos de concesión en infraestructura de transporte: diagnóstico, análisis y propuestas de mejora*. Lima, Universidad ESAN. Serie Publicaciones en Finanzas y Derecho Corporativo; 6. ISSN de la serie: 2079-6498. https://www.esan.edu.pe/publicaciones/2013/12/02/renegociacion_contratos_de_concesi%C3%B3n_infraestructura_transporte.pdf.
- Talavera Cano, Andrés (2016) *Regulando la Intolerancia ante los Incumplimientos Contractuales*. Revista IUS VERITAS N.º 52, pág. 198.
- Trelles de Belaunde, Óscar (2002) *El Contrato Administrativo, El Contrato-Ley y los Contratos de Concesión de Servicios Públicos*. En: THEMIS N.º 44, Lima: Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la PUCP. Págs. 237, 238.
- Torres V., A. (2012) *Teoría General del Contrato*, Pacifico Editores, pág. 29.
- Zanobini, Guido (1954) *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: Depalma. citado por Zegarra Valdivia, D. (1999). “*Concesión administrativa e iniciativa privada*”. THEMIS-Revista de Derecho, (39), pág. 101.
- Zegarra Valdivia, D. (1999) *Concesión administrativa e iniciativa privada*. THEMIS-Revista De Derecho, (39), 99-119. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10383>
- Zúñiga Velarde, Landher (2018) *Aplicación de sanciones administrativas en el marco de los contratos de concesión*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Tesis para optar el grado de magíster; citado por Jhojan Cristhian Marquiño Terrones Jancco en el Trabajo Académico sobre la desnaturalización en la aplicación e impugnación de penalidades contractuales en la ejecución de los Contratos de Concesión de Infraestructura de Transporte de Uso Público por el Ositrán (2019) - PUCP, pág. 10.