



Municipalidad Metropolitana
de Lima

INVERMET

FONDO METROPOLITANO DE INVERSIONES

RESOLUCIÓN N° 054 -2016-INVERMET-SGP

Lima, 24 de junio de 2016

VISTO:

El recurso de apelación presentado por PGN GAS NORTE SAC con fecha 10/06/16 en contra de la Carta N° 492-2016-INVERMET-GSC del 31/05/16, emitida por la Gerencia de Supervisión de Contratos y;

CONSIDERANDO:

Que, la Ordenanza Municipal N° 799, modificada por el artículo 2 de la décima disposición transitoria y modificatoria de la Ordenanza Municipal N° 1097, asigna al Fondo Metropolitano de Inversiones –INVERMET- la representación de la Municipalidad Metropolitana de Lima para la supervisión del cumplimiento de los contratos con participación de la inversión privada, respecto de todas las materias vinculadas a la etapa posterior a la suscripción del contrato.

Que, la Sección XVIII –Penalidades- del contrato de concesión, regula las penalidades contractuales por el incumplimiento de la SOCIEDAD CONCESIONARIA de cualquiera de las obligaciones indicadas en el contrato.

Que, mediante Carta N° 492-2016-INVERMET-GSC del 31/05/16, INVERMET, la Gerencia de Supervisión de Contratos, comunica a PGN GASNORTE SAC la aplicación de penalidad por "retraso en la renovación de la garantía de Fiel Cumplimiento al haber presentado la carta Fianza de Fiel Cumplimiento con cuatro (04) días de atraso, por un monto ascendente a la suma de S/ 5,266.70.

Que, el numeral 18.3 del contrato de concesión establece que, la SOCIEDAD CONCESIONARIA podrá impugnar la imposición de la sanción ante el supervisor (INVERMET) en un plazo máximo de 10 días de notificada la penalidad.

Que, dentro del plazo antes indicado, PGN GASNORTE SAC ha interpuesto recurso de apelación en contra de la Carta N° 492-2016-INVERMET-GSC, por lo que, al haber sido interpuesto dentro del plazo legal, dicho medio impugnatorio debe ser admitido a trámite.

Que, el recurso de apelación es aquel medio impugnatorio que se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, y se dirige a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna, a fin de que lo eleve al superior jerárquico para su reevaluación.

Que, PGN GASNORTE SAC, señala en su escrito de apelación que no ha incurrido en incumplimiento de ninguna obligación del contrato de concesión, debido a que la Carta Fianza nunca estuvo vencida, por lo que no se ha tenido desprotegido el contrato, ni mucho menos se ha generado daño o afectación alguna al concedente. Asimismo, precisa que no se ha valorado correctamente el retraso en la renovación de la Carta Fianza, que el atraso no ha afectado la idoneidad y/o calidad de los servicios brindados, indica, asimismo que el





Municipalidad Metropolitana
de Lima

INVERMET

FONDO METROPOLITANO DE INVERSIONES

artículo 1362° del Código Civil establece que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

Fundamenta también su pedido impugnatorio indicando que PGN GAS NORTE no es quien emite la Carta Fianza sino una institución financiera, la cual tiene sus propios flujos de atención, lo cual demoró su presentación, más aún cuando la emisión de dicha garantía no es propia, sino de los accionistas de PGN GAS, que son GAZEL PERU SAC, por lo que consideran que no hubo culpa, dolo, ni omisión por su parte y mucho menos la intención de retrasar la entrega de la carta Fianza. Indican, asimismo que si bien es cierto existe un retraso de 4 días en la renovación, han cumplido de buena fe con la finalidad prevista en el contrato de concesión, por lo que no se ha vulnerado la esencialidad y finalidad perseguida por las partes al momento de celebrar el contrato y menos aún se ha generado un daño al interés de la ejecución contractual.

Finalmente precisan que, en caso que se considere que sí ha existido incumplimiento, este retraso no afectó el interés contractual, siendo un incumplimiento mínimo que no debe ser sujeto a penalidad, por lo que la imposición de una penalidad resultaría arbitraria, y el ejercicio abusivo de un derecho.

Que, En mérito a la libertad contractual, los contratantes pueden fijar convencional y anteladamente a la fecha de vencimiento de la obligación, fórmulas que permitan la aplicación de sanciones pecuniarias, ya sea por el incumplimiento total y/o parcial de un contrato o por la mora en la ejecución de algunas prestaciones, a lo cual se denominan "cláusulas penales", por lo que, al ser incorporadas en el acto jurídico, constituyen estipulaciones de obligatorio cumplimiento, en aplicación al principio de *pacta sunt servanda*.

Que, cuando la cláusula penal se ha estipulado para el caso de mora o para asegurar un pacto determinado y se verifica que el obligado incurre en dicha mora o infringe el pacto, existe la posibilidad legal de exigir el pago de la penalidad estipulada, conforme lo establece el artículo 1342 del Código Civil.

Que, para el caso que nos ocupa, queda plenamente acreditado que las partes, de manera libre, han incorporado en el contrato de concesión, específicamente en el último párrafo del numeral 10.7, la posibilidad de aplicar penalidades ante el incumplimiento de un pacto y/o la demora en éste, habiéndose establecido en el ANEXO N° III, Tabla 5, que el monto máximo de dicha penalidad es de hasta 20 UIT.

Conforme a ello, es innegable la tipicidad de la penalidad aplicada, por lo que, al estar plenamente identificada y establecida en el contrato, su aplicación es absolutamente legal, necesaria e imperativa, por lo que, en ese sentido, se desestima el argumento del apelante en el sentido que, su aplicación, es arbitraria y constituye el ejercicio abusivo de un derecho.

Que, si bien es cierto la penalidad se encuentra plenamente tipificada en el contrato el cual lo constituye en exigible, se verifica que las partes le han otorgado al SUPERVISOR – INVERMET- la potestad de discrecionalidad en la aplicación de la referida penalidad, al haber consignado un rango en la aplicación de la misma, que va desde S/ 0.1 a S/ 79,000 (hasta 20 UIT).





Municipalidad Metropolitana
de Lima

INVERMET

FONDO METROPOLITANO DE INVERSIONES

Que, el Tribunal Constitucional ha establecido en uniforme jurisprudencia que el establecimiento de disposiciones sancionatorias, por parte de las entidades públicas o privadas, no puede circunscribirse a una mera aplicación mecánica de las normas, sino que debe efectuarse una apreciación razonable de los hechos en cada caso concreto, tomando en cuenta los antecedentes y las circunstancias, siendo el resultado de esta valoración adoptar una decisión razonable y proporcional.

Que, en ese sentido, para que una medida sea razonable corresponde determinar: i) Si se ha elegido adecuadamente las normas aplicables al caso y su correcta interpretación; ii) la comprensión objetiva y razonable de los hechos que rodean al caso, que implica no sólo una contemplación en "abstracto" de los hechos, sino su observación en directa relación con sus protagonistas y; iii) establecida la necesidad de la medida de sanción, porque así lo ordena la ley correctamente interpretada en relación a los hechos del caso que han sido conocidos y valorados en su integridad, entonces el tercer elemento a tener en cuenta es que la medida adoptada sea la más idónea.

Que, en el presente caso, se verifica que, se ha identificado adecuadamente la norma que sustenta la imposición de la penalidad-sanción pecuniaria- la cual se encuentra contenido en el último párrafo del numeral 10.7 del contrato y en el cuadro N° 5 de la Tabla III del contrato; del mismo modo, se ha analizado objetiva y razonablemente los hechos que han rodeado el incumplimiento, habiéndose precisado en el informe que sustenta la imposición de la penalidad, que el incumplimiento ha sido de carácter formal, que no se ha puesto en riesgo la ejecución del contrato, que la mora no ha sido prolongada y, que no ha existido reiteración en el incumplimiento, al ser el primero de este tipo.

Conforme a ello, sólo toca analizar si la medida adoptada es la idónea al caso concreto, esto es, si la sanción pecuniaria -la penalidad- guarda proporción con el incumplimiento contractual.

Que, en el presente caso, se ha tomado el máximo de penalidad -20 UIT- y se lo ha dividido entre 30 días, con la finalidad de tener un monto de penalidad aplicable por cada día de retraso, teniendo como resultado S/ 2,633.3, por día de retardo. Luego, se ha multiplicado este factor por los 4 días en el atraso de la renovación, teniendo como resultado la suma de S/ 10,533.33, lo cual constituye una pauta metodológica de cálculo adecuada.

Que, no obstante, es pertinente indicar que, al ser un incumplimiento que no ha puesto en riesgo la ejecución del contrato, tomando en cuenta que el contrato siempre ha estado garantizado con la Carta Fianza y advirtiéndose que el recurrente no es reincidente en esta clase de incumplimiento, la penalidad puede incorporar además de la fórmula indicada por la Gerencia de Supervisión de Contratos, criterios de gradualidad en el porcentaje de la aplicación de las penalidades diarias.

Para el presente caso, al no estar previamente establecidos los criterios de gradualidad que se deben observar, corresponde que, tratándose de la primera vez que se aplica una penalidad al recurrente durante la vigencia del contrato de concesión, se analice la posibilidad de reducir prudencialmente la penalidad analizando la lesividad, circunstancias, naturaleza del incumplimiento, la circunstancia de los hechos, y la inexistencia de reincidencia.



Municipalidad Metropolitana
de Lima

INVERMET

FONDO METROPOLITANO DE INVERSIONES

Que, en ese sentido, aplicando la potestad de discrecionalidad conferida en el Contrato de Concesión, el monto proporcional que corresponde aplicar por esta infracción debe ser de 25% del total de días de mora (demora en la presentación de la garantía renovada), que en el presente caso es: S/ 2,633.33.

Conforme a ello, corresponde que se **DECLARE FUNDADO EN PARTE** el recurso de **APELACIÓN**, confirmando la imposición de la penalidad y, reformularla en el extremo de la cuantía de la misma, reduciendo el monto de la penalidad en S/ 2,633.33, equivalente al 25% del monto que corresponde aplicar por cada día de retraso.

En uso de la delegación de facultad de funciones contenida en la Resolución N° 053-2016-INVERMET-SGP- de fecha 23 de junio de 2016; en conformidad con el último párrafo del numeral 10.7 del Contrato de CONCESIÓN suscrito con PGN GAS NORTE SAC y su ANEXO N° III, Tabla 5, en uso de las atribuciones contenidas en el literal d) del artículo 22° del Reglamento de Organización y Funciones de INVERMET, aprobado por Resolución de Comité Directivo N° 009-2011-CD, estando al informe favorable de la Oficina de Asesoría Jurídica contenida en el informe N° 020-2016-INVERMET-OAJ-LECV;

SE RESUELVE:

Primero:

DECLARAR: FUNDADO EN PARTE, el recurso de **APELACIÓN** interpuesto por PGN GAS NORTE SAC, confirmando la imposición de la penalidad comunicada mediante Carta N° 492-2016-INVERMET-GSC y, reformularla en el extremo de la cuantía de la penalidad aplicada, reduciendo el monto de la penalidad a **S/ 2,633.33**, equivalente al 25% del monto que corresponde aplicar por cada día de retraso.

Segundo: Disponer la notificación de la presente resolución al apelante para los fines pertinentes y, la publicación de la presente Resolución en la página web institucional de INVERMET.

Regístrese, Comuníquese, Publíquese y Cúmplase



MUNICIPALIDAD METROPOLITANA DE LIMA
Fondo Metropolitano de Inversiones INVERMET

José Luis Díaz Calligos
Reg. CAL/19848
Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica



Municipalidad Metropolitana de Lima

INVERMET

FONDO METROPOLITANO DE INVERSIONES

OFICIO N° - 292- 2016-INVERMET-SGP

Lima, 24 de junio de 2016

Sr.
EDGARDO WILLIAM ESCOBAR OCHOA
Gerente General
PGN GASNORTE S.A.C
Av. Jorge Basadre 350 San Isidro
Lima.

Asunto: Comunica Resolución N° 054-2026-INVERMET-SGP

Por especial encargo del Secretario General Permanente, me dirijo a Ud. con la finalidad de saludarlo y, a la vez, remitirle adjunto a la presente un (01) ejemplar de la Resolución N° **054-2026-INVERMET-SGP** de fecha 24 de los corrientes, con la cual se resuelve el recurso de apelación presentado por vuestra representada contra la Carta N° 492-2016-INVERMET-GSC.

Sin otro particular, le expreso los sentimientos de mi especial consideración.

Atentamente,



MUNICIPALIDAD METROPOLITANA DE LIMA
Fondo Metropolitano de Inversiones INVERMET


Abog. **MARIELLA FALLA CHANAME**
Asesora de la Secretaría General Permanente