

RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL

Lima, 07 de junio de 2017

Nº 090-2017-GG-OSITRAN

VISTOS:

El Recurso de Apelación presentado por Aeropuertos Andinos del Perú S.A. contra la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización Nº 0041-2017-GSF-OSITRAN; el Informe Nº 072-17-GAJ-OSITRAN de fecha 06 de junio de 2017, emitido por la Gerencia de Asesoría Jurídica; y,

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 05 de enero de 2011, se suscribió entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, el Concedente) y la empresa Aeropuertos Andinos del Perú S.A. (en adelante, el Concesionario) el Contrato de Concesión del Segundo Grupo de Aeropuertos de Provincia de la República del Perú (en adelante, el Contrato de Concesión).

Que, la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización Nº 0011-2017-GSF-OSITRAN, que integra el Informe Nº 017-2017-JFI-GSF-OSITRAN, notificada al Concesionario el 22 de febrero de 2017, a través del Oficio Nº 1368-2017-GSF-OSITRAN, resolvió imponer al Concesionario una multa equivalente a 130 UIT por el incumplimiento de las cláusulas 6.1, 6.2 y 6.8, así como del numeral 5 del apéndice 2 del Anexo 16 del Contrato de Concesión, al no haber realizado de manera inmediata las labores de mantenimiento correctivo de los vehículos SEI E-ONE R-13, R-14, R-17, R-19, R-20, R-21 y R-22, infracción prevista en el numeral 15.1 del artículo 15º del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN;

Que, con fecha 15 de marzo del 2017, el Concesionario interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización Nº 0011-2017-GSF-OSITRAN;

Que, la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización Nº 0041-2017-GSF-OSITRAN, que integra el Informe Nº 0042-2017-JFI-GSF-OSITRAN, notificada al Concesionario el 11 de abril de 2017, a través del Oficio Nº 2883-2017-GSF-OSITRAN, resolvió declarar infundado el recurso de reconsideración y por ende confirmar la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización Nº 0011-2017-GSF-OSITRAN;

Que, con fecha 04 de mayo del 2017, el Concesionario interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización Nº 0041-2017-GSF-OSITRAN;

Que, el 22 de mayo de 2017, mediante documento s/n, AAP remitió un escrito complementario a su Recurso de Apelación;

Que, con fecha 23 de mayo de 2017, se realizó la audiencia de uso de la palabra del Concesionario ante la Gerencia General;

Que, con fecha 31 de mayo de 2017, mediante documento s/n, el Concesionario remitió un escrito complementario a su Recurso de Apelación;

Que, luego del análisis efectuado, la Gerencia de Asesoría Jurídica (en adelante, GAJ) mediante el Informe N° 072-17-GAJ-OSITRAN, recomendó declarar infundado el Recurso de Apelación presentado por el Concesionario, conforme a lo siguiente:

- De la lectura de la Resolución impugnada y del informe que la sustenta, se concluye que sí se han tomado en consideración los argumentos del Concesionario presentados en la tramitación en primera instancia del procedimiento administrativo sancionador, por lo que en este extremo la citada Resolución no adolece de falta de motivación. Asimismo, en relación al Principio de Tipicidad, no se aprecia una vulneración al mismo, considerando que en el presente caso se verifica que la primera instancia ha evaluado los hechos que identifican el tipo infractor atribuido en el numeral 15.1 del artículo 15° del RIS.
- El argumento del Concesionario relativo a la ausencia de pruebas que demuestren que al 03 de noviembre de 2014 se habrían presentado fallas a los vehículos SEI, queda desvirtuado, en razón que ha quedado demostrado que el Concesionario sí conocía en dicha fecha las fallas de los vehículos SEI, inclusive desde su entrega, a través de las Actas de Inventario Inicial. Asimismo, en relación al argumento del Concesionario sobre la aplicación de la penalidad establecida en el Anexo 9 del Contrato de Concesión, se ha determinado que no existe una desproporción entre la penalidad y la sanción, estando éstas sujetas a diferentes criterios de determinación, en tal sentido, el argumento formulado por el Concesionario en este extremo también carece de fundamento legal y contractual.
- El argumento formulado por el Concesionario relativo a la afectación del debido procedimiento ante la falta de notificación de la apertura del periodo de pruebas, el derecho de informar oralmente ante el funcionario que resuelve el procedimiento, y el exceso del plazo en resolver el procedimiento administrativo, carecen de sustento y no acarrear la nulidad de la resolución recurrida.
- La primera instancia ha considerado de manera correcta el Principio de Razonabilidad previsto por la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, considerando que dicho cálculo ha empleado una metodología objetiva que garantiza además proporcionalidad de la multa respecto a la conducta infractora del Concesionario, sin que los argumentos del mismo hayan desvirtuado el cálculo de la multa base (87.02 UIT), ni la ponderación de agravantes y atenuantes que ha realizado la primera instancia que conllevó a sancionar al Concesionario con 130 UIT.
- Se recomienda declarar infundado el Recurso de Apelación interpuesto por el Concesionario contra la Resolución de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 0041-2017-GSF-OSITRAN, por los fundamentos antes expuestos.

Que, tal como lo manifiesta la GAJ en el Informe N° 072-17-GAJ-OSITRAN, en el marco de las atribuciones otorgadas a través de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, que aprobó el Reglamento de Organización y Funciones del OSITRAN, el Consejo Directivo de OSITRAN mediante el literal d) del Acuerdo N° 1820-546-15-CD-OSITRAN acordó que los casos vinculados con Procedimientos Administrativos Sancionadores, penalidades y otros asuntos que correspondan ser conocidos por el Tribunal en Asuntos Administrativos de OSITRAN, en concordancia con lo establecido en el artículo 218° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS (TUO LPAG), serán conocidos por la Gerencia General, hasta la instalación e inicio de funciones del referido órgano colegiado;



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRAN

Organismo Supervisor de la
Inversión en Infraestructura de
Transporte de Uso Público

Que, luego de revisar el Informe de vistos, la Gerencia General manifiesta su conformidad con los fundamentos y conclusiones de dicho Informe, razón por la cual lo constituye como parte integrante de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 6.2 del artículo 6º del TUO LPAG;

Por lo expuesto, en virtud a las facultades conferidas en el artículo 5º de la Ley N° 26917, Ley de Creación de OSITRAN; el numeral 3.1 del artículo 3º de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos; el Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM y sus modificatorias; el literal d) del Acuerdo N° 1820-546-15-CD-OSITRAN; el Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD-OSITRAN;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación presentado por Aeropuertos Andinos del Perú S.A., contra la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 0041-2017-GSF-OSITRAN, que confirmó la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 011-2017-GSF-OSITRAN, de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2.- Declarar que la presente Resolución tiene carácter ejecutivo, siendo el plazo de Aeropuertos Andinos del Perú S.A. para el pago de la sanción establecida en la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 011-2017-GSF-OSITRAN confirmada por la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 041-2017-GSF-OSITRAN, de quince (15) días hábiles contados a partir del día siguiente de notificada la presente Resolución, conforme a lo establecido en los artículos 74 y 75 del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD-OSITRAN y sus modificatorias.

Artículo 3.- Notificar la presente Resolución, así como el Informe N° 072-17-GAJ-OSITRAN, a Aeropuertos Andinos del Perú S.A.; asimismo, poner tales documentos en conocimiento del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de Concedente y, de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, para los fines correspondientes de acuerdo a ley.

Regístrese y comuníquese,


ANTONIO FLORES CHINTE
Gerente General (e)

Reg. Sal. GG. 21413-17

INFORME N° 072-17-GAJ-OSITRAN

A : **ANTONIO FLORES CHINTE**
Gerente General (e)

De : **SUSANA VILLAVICENCIO MALTESSE**
Gerente de Asesoría Jurídica (e)

Referencia : Expediente Administrativo Sancionador N° 033-2016-JFI-GSF-OSITRAN

Asunto : Recurso de Apelación contra la Resolución N° 0041-2017-GSF-OSITRAN

Fecha : 06 de junio de 2017



I. OBJETIVO

1. El objetivo del presente informe es emitir opinión respecto al Recurso de Apelación interpuesto por Aeropuertos Andinos del Perú S.A. (AAP) contra la Resolución de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 0041-2017-GSF-OSITRAN, sustentada en el Informe N° 0042-2017-JFI-GSF-OSITRAN, mediante el cual se declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto por AAP contra la Resolución de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 0011-2017-GSF-OSITRAN en todos los extremos cuestionados; y se confirmó lo dispuesto en dicha Resolución, en la que se impuso como sanción una multa de 130 UIT, y se declaró que AAP incumplió las Cláusulas 6.1, 6.2 y 6.8, así como el numeral 5 del Apéndice 2 del Anexo 16 del Contrato de Concesión, al no haber realizado de manera inmediata las labores de mantenimiento correctivo de los vehículos SEI E-ONE R-13, R-14, R-17, R-19, R-20, R-21 y R-22, incurriendo en la infracción prevista en el numeral 15.1 del artículo 15° del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN (en adelante, RIS).

II. ANTECEDENTES

2. El 05 de enero de 2011, se suscribió entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, el Concedente) y la empresa Aeropuertos Andinos del Perú S.A. (en adelante, el Concesionario) el Contrato de Concesión del Segundo Grupo de Aeropuertos de Provincia de la República del Perú (en adelante, el Contrato de Concesión).
3. Mediante Oficio N° 469-2012-MTC/12.08 de fecha 04 de abril de 2012, la Dirección General de Aeronáutica Civil (en adelante, DGAC) observó los Estudios Definitivos de Ingeniería (EDIs) de la obra "Overhaul de los Vehículos SEI", debido principalmente a que los montos del EDI no concuerdan con los valores del Proyecto Referencial (Estudios de Factibilidad).
4. Mediante Oficio N° 1288-2012-MTC/12.08 de fecha 11 de octubre de 2012, Informe N° 356-2012-MTC/12.08 de fecha 10 de octubre de 2012, Informe N° 165-2012-MTC/12.08 de fecha 28 de mayo de 2012, Informe N° 140-2012-MTC/12.08 de fecha 25 de abril de 2012 e Informe N° 173-2012-MTC/12.07-CER de fecha 27 de marzo de 2012, la DGAC emitió opinión respecto al alcance de la obra "Overhaul de los Vehículos SEI".



5. Mediante Carta N° 793-2014-AAP recibida el 03 de noviembre de 2014, el Concesionario informó a OSITRAN sobre el estado de los vehículos del servicio SEI, indicando que culminó las Obras Obligatorias correspondientes al Overhaul de los mismos.
6. Mediante Oficio N° 1877-2015-GSF-OSITRAN recibido el 31 de marzo de 2015, OSITRAN solicitó al Concesionario el estado situacional de los distintos componentes de todos los vehículos SEI y el plan de reparación y fecha tentativa en la que todos los vehículos quedarán 100% operativos, otorgándose un plazo de siete (07) días hábiles.
7. Mediante Carta N° 414-2015-AAP recibida el 13 de abril de 2015, el Concesionario solicitó una prórroga de siete (07) días hábiles adicionales.
8. Mediante Oficio N° 079-2015-JCA-GSF-OSITRAN notificado el 23 de abril de 2015, OSITRAN le concedió el plazo solicitado.
9. Mediante Carta N° 484-2015-AAP recibida el 22 de abril de 2015, el Concesionario remitió un Programa de Intervención de Vehículos SEI.
10. Mediante Oficio N° 312-2015-JCA-GSF-OSITRAN notificado el 17 de junio 2015, OSITRAN acusó recibo del Programa y recalca que el Concesionario no viene cumpliendo con su obligación de mantenimiento.
11. Mediante Oficio N° 852-2015-JCA-GSF-OSITRAN notificado el 15 de octubre de 2015, OSITRAN solicitó al Concesionario remitir información (fotografías, órdenes de servicio, informe técnico de trabajos ejecutados, entre otros) que le permita verificar el cumplimiento del Programa de Intervención de Vehículos SEI.
12. Mediante Carta N° 1198-2015-AAP recibida el 26 de octubre de 2015, el Concesionario señaló que viene reparando el vehículo SEI E ONE 6X6 y comunicó que viene evaluando el reemplazo de los vehículos SEI por otros nuevos.
13. Mediante Oficio N° 1256-2015-JCA-GSF-OSITRAN notificado el 16 de diciembre de 2015, OSITRAN advirtió el atraso en la ejecución del Programa de Intervención y solicitó información sobre las gestiones que viene realizando con el Concedente y el estado situacional de los estudios de pre inversión para la adquisición de los nuevos vehículos.
14. Mediante Carta N° 1417-2015-AAP recibida el 28 de diciembre de 2015, el Concesionario remitió la Carta N° 1413-2015-AAP de fecha 24 de diciembre de 2015 dirigida al Concedente haciendo de su conocimiento el estado situacional de los vehículos SEI y la necesidad de reposición de los mismos. Asimismo, informó a este Organismo los problemas encontrados durante la reparación del vehículo SEI E-ONE 6x6.
15. Mediante el Oficio N° 381-2016-GSF-OSITRAN recibido el 08 de abril de 2016, OSITRAN solicitó al Concesionario un informe técnico actualizado respecto de las condiciones de operatividad de los vehículos SEI.
16. Mediante Carta N° 374-2016-AAP de fecha 25 de mayo de 2016, el Concesionario remitió el Informe Técnico con el estado de operatividad de los vehículos E-ONE solicitado.



17. Mediante Informe N° 453-2016-JCA recibido el 13 de junio de 2016, la Jefatura de Contratos Aeroportuarios comunicó a la Jefatura de Fiscalización, que el Concesionario habría incurrido en incumplimiento de su obligación establecida en las cláusulas 6.1, 6.2, 6.8 y en el numeral 5 del apéndice 2 del Anexo 16 del Contrato de Concesión al no haber realizado las labores de mantenimiento correctivo en los Vehículos SEI E-ONE R-13, R-14, R17, R-19, R-20, R-21 y R-22.
18. Mediante Oficio N° 0105-2016-JFI-GSF-OSITRAN, notificado con fecha 06 de julio de 2016 a la DGAC se solicitó información respecto a dos Notams emitidos para los aeropuertos de Puerto Maldonado y Arequipa.
19. Con Oficio N° 349-2016-MTC/12.04.AGA recibido por OSITRAN el 15 de julio de 2016, el Coordinador Técnico de Aeródromos de la Dirección de Seguridad Aeronáutica atendió la solicitud efectuada, con la transcripción del contenido de los Notams consultados.
20. Mediante Oficio N° 0115-2016-JFI-GSF-OSITRAN, notificado con fecha 09 de agosto de 2016 al Concesionario, se le corrió traslado del presunto incumplimiento materia del procedimiento administrativo sancionador.
21. Mediante Escrito S/N recibido el 16 de agosto de 2016, el Concesionario solicita se amplié el plazo para la presentación de sus descargos; el cual fue concedido y puesto en su conocimiento mediante Oficio N° 118-2016-JFI-GSF-OSITRAN, notificado el 18 de agosto de 2016.
22. Con Escrito S/N recibido el 29 de agosto de 2016, el Concesionario formuló sus descargos por el incumplimiento imputado.
23. Mediante proveído de fecha 26 de setiembre de 2016, la Jefatura de Fiscalización autorizó la apertura del periodo de pruebas solicitado a través de la Nota N° 0192-2016-JFI-GSF-OSITRAN.
24. Con proveído de fecha 28 de setiembre de 2016, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización señaló fecha y hora para la diligencia de uso de la palabra solicitada mediante Nota N° 0193-2016-JFI-GSF-OSITRAN, la cual fue comunicada al Concesionario mediante Oficio N° 0141-2016-JFI-GSF-OSITRAN notificado con fecha 29 de setiembre de 2016, indicándole que la fecha señalada para el uso de la palabra sería el 05 de octubre de 2016 a horas 10:00 am.
25. Mediante Acta de Diligencia de Uso de la Palabra de fecha 05 de octubre de 2016 se dejó constancia de dicho acto.
26. Con Carta N° 757-2016-AAP de fecha 12 de octubre de 2016, el Concesionario remitió la Carta N° AASACI N° 00463-16 de fecha 10 de setiembre de 2016, solicitando se tenga en consideración la misma como parte de sus descargos.
27. Mediante proveído de fecha 27 de octubre de 2016 puesto en la Nota N° 0209-2016-JFI-GSF-OSITRAN de la misma fecha, la Jefatura de Fiscalización autorizó la incorporación al expediente de los documentos obtenidos en el marco de la actuación de medios probatorios: (i) Estudio Definitivo de Ingeniería – OVERHAUL- Cambio de componentes parte mecánica de los vehículos SEI (R-13) E-ONE TITAN 4X4 Aeropuerto de Arequipa, (ii) Estudio Definitivo de Ingeniería – OVERHAUL- Cambio de componentes parte mecánica de los vehículos SEI (R-14)

E-ONE TITAN 4X4 Aeropuerto de Tacna; (iii) Estudio Definitivo de Ingeniería – OVERHAUL- Cambio de componentes parte mecánica de los vehículos SEI (R-17) E-ONE TITAN 4X4 Aeropuerto de Ayacucho; (iv) Estudio Definitivo de Ingeniería – OVERHAUL- Cambio de componentes parte mecánica de los vehículos SEI (R-19 y R-20) E-ONE TITAN 4X4 Aeropuerto de Juliaca; (v) Estudio Definitivo de Ingeniería – OVERHAUL- Cambio de componentes parte mecánica de los vehículos SEI (R-21 y R-22) E-ONE TITAN 4X4 Aeropuerto de Puerto Maldonado.

28. Con Oficio N° 0149-2016-JFI-GSF-OSITRAN de fecha 28 de octubre de 2016 se solicitó a la DGAC remita un listado de los Notams emitidos desde el 01 de enero de 2014 al 09 de agosto de 2016 en los Aeropuertos de Arequipa, Ayacucho, Juliaca, Puerto Maldonado y Tacna, con la respectiva transcripción de su contenido.
29. A través del Oficio N° 150-2016-JFI-GSF-OSITRAN de fecha 28 de octubre de 2016 se solicitó a CORPAC, que remita un listado de los Notams emitidos desde el 01 de enero de 2014 al 09 de agosto de 2016 en los Aeropuertos de Arequipa, Ayacucho, Juliaca, Puerto Maldonado y Tacna, con la respectiva transcripción de su contenido.
30. Con Nota N° 0219-2016-JFI-GSF-OSITRAN de fecha 09 de noviembre de 2016 se remitió al órgano resolutor, Gerencia de Supervisión y Fiscalización, un DVD con la grabación de la diligencia realizada el 05 de octubre de 2016 en la cual los representantes del Concesionario hicieron uso de la palabra, para su visualización y posterior constancia en el expediente, la cual se evidenció con el Acta de Visualización de Diligencia de Uso de la Palabra de fecha 10 de noviembre de 2016, suscrito por el órgano resolutor.
31. Mediante proveído de fecha 14 de noviembre de 2016 puesto en la Nota N° 0222-2016-JFI-GSF-OSITRAN de la misma fecha, la Jefatura de Fiscalización autorizó la incorporación al expediente de los documentos obtenidos en el marco de la actuación de medios probatorios: (i) Copias de la parte pertinente de las cinco (05) Actas del Inventario Inicial de los Bienes de la Concesión y del Anexo Informe de Inventario referido al servicio de salvamento y extinción de incendios, correspondiente a los Aeropuertos de Tacna, Arequipa, Ayacucho, Juliaca y Puerto Maldonado, remitido al OSITRAN con la Carta N° 040-2011-AAP; (ii) El impreso del correo electrónico de fecha 14 de noviembre de 2016, remitido por la Coordinación Técnica de Sistemas Integrados de Gestión de la DGAC, dirección electrónica rfarfan@mtc.gob.pe, a través del cual se atendió la consulta respecto a la vigencia de la RAP -314, manifestando que ésta fue aprobada mediante Resolución Directoral N° 097-2011-MTC/12 de fecha 30 de abril de 2011; (iii) Oficio N° 2590-2016-MTC/25 de fecha 30 de junio de 2016, con el cual el Concedente instruyó al Concesionario para que formule los proyectos de inversión pública necesarios con la finalidad de generar un incremento del nivel de protección SEI por cada Aeropuerto, como "Obra nueva"; (iv) Oficio N° 670-2016-JCA-GSF-OSITRAN de fecha 06 de junio de 2016 con el cual el Regulador remitió al Concedente el Informe N° 435-2016-JCA-GSF-OSITRAN de la misma fecha, en el que se señaló que los vehículos SEI vienen operando con limitaciones; (v) Oficio N° 1578-2016-MTC/25 de fecha 02 de mayo de 2016, con el cual el Concedente solicitó la opinión técnica de OSITRAN respecto de la propuesta de la DGAC para aplicar la cláusula 8.2.3.1 para la implementación mediante el mecanismo de Obra Nueva, en el cual se adjuntó copia del Memorando N° 300-2016-MTC/12.08, Memorando N° 817-2016-MTC/12.07, Informe N° 294-2016-MTC/12.07.CER, Memorando N° 165-2016-MTC/12.08, Memorando N° 0132-2016-MTC/25, Memorando N° 038-2016-MTC/12.08 y Carta N° 1413-2015-AAP de fecha 24 de diciembre de 2015.



32. Mediante proveído de fecha 30 de noviembre de 2016 en la Nota N° 0228-2016-JFI-GSF-OSITRAN, la Jefatura de Fiscalización autorizó la incorporación al expediente de los documentos obtenidos en el marco de la actuación de medios probatorios: (i) Oficio N° 1542-2011-MTC/12.08 de fecha 03 de noviembre de 2011, con el cual el concedente devolvió al concesionario los EDIs de Overhaul de los Vehículos SEI porque observó el incremento de los costos del Overhaul respecto de los montos establecidos en la factibilidad, al cual se adjuntó copia del Oficio N° 4427-2011-GS-OSITRAN, el Informe N° 2253-2011-GS-OSITRAN y la Carta N° 1004-2011-AAP; (ii) Oficio N° 1060-2011-MTC/12.08 de fecha 27 de julio de 2011, con el cual se devuelven los EDIs del Overhaul a fin que se complementen y/o modifiquen según sea el caso; adjuntando copia del Informe N° 227-2011-MTC/12.08, del Oficio N° 2876-2011-GS-OSITRAN, del Informe N° 1380-2011-GS-OSITRAN y la Carta N° 480-2011-AAP; (iii) Oficio N° 823-2011-MTC/12.08 de fecha 09 de junio de 2011, con el cual el concedente devolvió los EDIs del Overhaul al Concesionario, al haberse realizado diversas observaciones las cuales requerirían ser levantadas en forma previa a su aprobación; adjuntando copia del Informe N° 165-2011-MTC/12.08.DAE, del Oficio N° 2067-2011-GS-OSITRAN, y del Informe N° 0903-2011-GS-OSITRAN.
33. Con proveído de fecha 09 de diciembre de 2016 a la Nota N° 0232-2016-JFI-GSF-OSITRAN de la misma fecha, la Jefatura de Fiscalización autorizó la incorporación al expediente de los documentos obtenidos en el marco de la actuación de medios probatorios: (i) el impreso del correo electrónico de fecha 09 de diciembre de 2016, remitido por el señor Merwin W. Cárdenas V., Asesor Comercial de la empresa DETROIT DIESEL MTU PERU, dirección electrónica mcardenas@ddperu.com.pe, en el cual señaló que el contenido de la Carta de fecha 22 de diciembre de 2016 dirigida a Aeropuertos Andinos del Perú, informando "solo se pueden suministrar motores remanufacturados de la serie 92 de dos tiempos en especial el modelo 8V92TA" es el correcto, y que por error involuntario fue escrito 2016, debió indicar como año 2015; (ii) Copia del Expediente Técnico – Mantenimiento Correctivo: "Mantenimiento de Motor del Vehículo de Rescate E-ONE R-14, en el Aeropuerto Internacional Coronel FAP Carlos Ciriani Santa Rosa" remitido al regulador mediante Carta N° 818-2014-AAP.
34. Asimismo, mediante proveído del 21 de diciembre de 2016 puesto en la Nota N° 0234-2016-JFI-GSF-OSITRAN de la misma fecha, la Jefatura de Fiscalización autorizó la incorporación al expediente de documentos obtenidos en el marco de la actuación de medios probatorios: (i) El impreso del correo electrónico de fecha 12 de diciembre de 2016, remitido por el señor Jorge A. Angulo Simón, Jefe de Servicio Técnico de la empresa HOCHSCHILD Ingeniería y Servicios, proveedor en Perú de motores de la Marca DEUTZ, con dirección electrónica serviciotecnico@mhis.com.pe, a quien se le consultó si el motor DEUTZ BF12L413F podría reemplazar al motor DETROIT DIESEL 8V92T; (ii) Copia de la Carta N° 159-2015-AAP de fecha 13 de marzo de 2015, con la cual el Concesionario remitió el informe correspondiente a la ejecución de las labores de mantenimiento correctivo realizadas en el vehículo SEI R-17, y del Expediente Técnico "Mantenimiento Correctivo: Mantenimiento de motor y Otros del vehículo de Rescate E-ONE-R-17, en el Aeropuerto coronel FAP Alfredo Mendivil Duarte".
35. Mediante Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 0011-2017-GSF-OSITRAN, emitida el 17 de febrero de 2017, que integra el Informe N° 017-2017-JFI-GSF-OSITRAN, notificada al Concesionario el 22 de febrero de 2017 a través del Oficio N° 1368-2017-GSF-OSITRAN, se resolvió, entre otros, lo siguiente:



- Declarar que la empresa concesionaria AEROPUERTOS ANDINOS DEL PERÚ S.A. incumplió las cláusulas 6.1, 6.2 y 6.8, así como del numeral 5 del apéndice 2 del Anexo 16 del Contrato de Concesión, al no haber realizado de manera inmediata las actividades de mantenimiento correctivo de los vehículos SEI E-ONE R-13, R-14, R-17, R-19, R-20, R-21 y R-22; conducta que constituye la infracción prevista en el numeral 15.1 del artículo 15° del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN; conforme se advierte del Informe N° 017-2017-JFI-GSF-OSITRAN, elaborado por la Jefatura de Fiscalización.
 - Imponer a la empresa concesionaria AEROPUERTOS ANDINOS DEL PERÚ S.A., a título de sanción una multa equivalente a 130 UIT por el incumplimiento de las cláusulas 6.1, 6.2 y 6.8, así como del numeral 5 del apéndice 2 del Anexo 16 del Contrato de Concesión, al no haber realizado de manera inmediata las actividades de mantenimiento correctivo de los vehículos SEI E-ONE R-13, R-14, R-17, R-19, R-20, R-21 y R-22; conforme se advierte del Informe N° 017-2017-JFI-GSF-OSITRAN.
36. Mediante Escrito S/N presentado el 15 de marzo de 2017, el Concesionario planteó recurso de reconsideración contra la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 0011-2017-GSF-OSITRAN.
37. En atención al requerimiento del Concesionario para la presentación de Informe Oral, mediante proveído de fecha 21 de marzo de 2017 puesto en la Nota N° 0038-2017-JFI-GSF-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización señaló como fecha para dicho informe el día 28 de marzo de 2017, lo cual fue comunicado al concesionario el 22 de marzo de 2017 mediante Oficio N° 0027-2017-JFI-GSF-OSITRAN.
38. Con proveído de fecha 28 de marzo de 2017 puesto en la Nota N° 0044-2017-JFI-GSF-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización señaló nueva fecha para el Informe Oral, para el día 03 de abril de 2017, lo cual fue comunicado al concesionario el 28 de marzo de 2017 mediante Oficio N° 0030-2017-JFI-GSF-OSITRAN.
39. Mediante Carta N° 299-2017-AAP recibida el 31 de marzo de 2017, el Concesionario comunicó a la Jefatura de Fiscalización que se desistía de la solicitud para hacer uso de la palabra de manera previa a la emisión de la resolución del recurso de reconsideración interpuesto, sin que ello implique renuncia a los demás extremos de su recurso.
40. Mediante Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 0041-2017-GSF-OSITRAN, emitida el 11 de abril de 2017, que integra el Informe N° 0042-2017-JFI-GSF-OSITRAN, notificada al Concesionario en la misma fecha a través del Oficio N° 2883-2017-GSF-OSITRAN, se resolvió, entre otros, lo siguiente:
- Declarar INFUNDADO el recurso de reconsideración interpuesto por la entidad prestadora AEROPUERTOS ANDINOS DEL PERU S.A. contra la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 0011-2017-GSF-OSITRAN en todos los extremos cuestionados; en consecuencia, SE CONFIRMÓ lo dispuesto en la mencionada resolución; conforme al sustento contenido en el Informe N° 0042-2017-JFI-GSF-OSITRAN elaborado por la Jefatura de Fiscalización.



41. Con fecha 04 de mayo del 2017, el Concesionario interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 0041-2017-GSF-OSITRAN. En dicho recurso, el Concesionario solicitó el uso de la palabra ante la Gerencia General, en su calidad de superior jerárquico del órgano resolutor de primera instancia, esto es, de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización. Cabe indicar que el referido recurso se interpuso en base a los siguientes argumentos:

- La Resolución impugnada vulnera el derecho a la debida motivación, en tanto su elaboración ha obviado algunos de los argumentos esgrimidos por el Concesionario en su recurso de reconsideración. De acuerdo a ello, el Concesionario precisó que la citada Resolución no ha logrado desvirtuar sus argumentos ni explicar por qué éstos son incorrectos o no deben tomarse en cuenta.
- La Resolución impugnada contraviene el Principio de Tipicidad, en razón que la primera instancia ampara la tipificación de la infracción supuestamente cometida en el numeral 15.1 del artículo 15° del RIS, debido a que no realizó los mantenimientos de manera inmediata; es decir, por una cuestión de tiempo en el accionar, cuando la acción tipificada en el mencionado numeral es la de no realizar los mantenimientos a los bienes de la Concesión, lo que evidenciaría que el Regulador subsume de manera inadecuada los hechos imputados con lo tipificado en el numeral 15.1 del artículo 15° del RIS.
- El Concesionario argumenta que la primera instancia concluyó que con la Carta N° 793-2014-AAP de fecha 03 de noviembre de 2014, AAP estaba obligada a realizar mantenimientos correctivos; sin embargo, el Concesionario indicó que con dicha carta no se da cuenta de fallas, ya que se pone en alerta al Regulador del riesgo de fallas que activarían los mantenimientos correctivos. De esta manera, señaló que la GSF no acreditó las referidas fallas, contraviniendo el Principio de Presunción de Licitud.
- El supuesto incumplimiento de la cláusula 6.2 del Contrato de Concesión relativo al atraso para efectuar las labores de Mantenimiento de la Infraestructura Aeroportuaria que eran necesarias para mantener los Requisitos Técnicos Mínimos establecidos en el Anexo 8 del Contrato de Concesión, se encuentra penalizado en el Anexo 9 del mismo, con un monto equivalente a US\$ 5,000, razón por la cual, existe una desproporción irracional entre la sanción aplicada y la pena pactada contractualmente.
- Afectación al Principio de Legalidad y Razonabilidad, ya que en relación a la determinación de la multa, la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 0011-2017-GSF-OSITRAN no sustenta legalmente ni justifica la aplicación de una tasa anual de 10.11% con base al modelo financiero de Proinversión, toda vez que ello no es contractual ni legalmente vinculante con el Concesionario. Asimismo, no justifica el incremento de 87.02 a 130 UIT, lo que deviene en arbitrario.

42. La Gerencia General de OSITRAN tomó conocimiento del recurso de apelación el día de su presentación, es decir, el 04 de mayo de 2017.

43. Con fecha 19 de mayo de 2017, a través del Memorando N° 129-2017-GAJ-OSITRAN, la Gerencia de Asesoría Jurídica solicitó opinión a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, sobre los argumentos esgrimidos por AAP conforme al Recurso de Apelación interpuesto.



44. Con fecha 19 de mayo de 2017, a través del Memorando N° 130-2017-GAJ-OSITRAN, la Gerencia de Asesoría Jurídica solicitó opinión a la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos, en relación a los argumentos expuestos sobre la cuantificación de la multa esgrimidos por AAP conforme al Recurso de Apelación interpuesto.
45. Con fecha 22 de mayo de 2017, mediante el Memorando N° 1025-2017-GSF-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización atendió el requerimiento de opinión antes indicado.
46. Con fecha 22 de mayo de 2017, mediante documento s/n, AAP remitió un escrito complementario a su Recurso de Apelación, el mismo que de manera adicional a los argumentos expuestos en dicho Recurso, alegó que la resolución impugnada transgrede el Principio del Debido Procedimiento, al no habersele notificado de la apertura del periodo de pruebas, siendo que tomaron conocimiento del mismo a través de la notificación de la referida Resolución. De igual forma, indicó que dicho Principio fue también vulnerado al no haber tenido derecho de informar oralmente ante el funcionario que iba a resolver el procedimiento administrativo sancionador.
47. Con fecha 23 de mayo de 2017, se realizó la audiencia de uso de la palabra del Concesionario ante la Gerencia General, en la cual AAP presentó los argumentos que sustentaron su recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 0041-2017-GSF-OSITRAN.
48. Con fecha 24 de mayo de 2017, mediante el Informe N° 036-17-GRE-OSITRAN, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos atendió el requerimiento de opinión antes indicado.
49. Con fecha 31 de mayo de 2017, mediante documento s/n, AAP remitió un escrito complementario a su Recurso de Apelación, sobre los argumentos expuestos en dicho Recurso.

III. ANÁLISIS

50. Según lo señalado en el objeto del presente Informe, a fin de evaluar el Recurso de Apelación impuesto por el Concesionario, se abordarán y evaluarán los siguientes puntos:

- A. Cuestión Previa: Análisis de admisibilidad y procedencia del recurso.
- B. Del marco legal aplicable en materia sancionadora.
- C. Análisis de los argumentos del Concesionario.

A. Cuestión Previa: Análisis de admisibilidad y procedencia del recurso

51. De la revisión del recurso presentado se advierte que el mismo cumple con los requisitos de admisibilidad exigidos por los artículos 219° y 122° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-2017-JUS (TUO LPAG)¹.

¹ Publicado en el Diario Oficial "El Peruano", el 20 de marzo de 2017.

"Artículo 219.- Requisitos del recurso

El escrito del recurso deberá señalar el acto del que se recurre y cumplirá los demás requisitos previstos en el artículo 122 de la presente Ley.

52. Por otra parte, con relación a la procedencia del recurso interpuesto, el artículo 218° del TUO LPAG establece lo siguiente:

"Artículo 218.- Recurso de apelación

El recurso de apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico."

(Texto según el artículo 209 de la Ley N° 27444)

53. Asimismo, el artículo 72° del RIS de OSITRAN prescribe lo siguiente:

"Artículo 72.- Recurso de apelación

En caso de que el interesado opte por interponer el recurso de apelación, lo hará en el plazo de quince (15) días contados desde la notificación de la Resolución de la Gerencia General a través de la cual se hubiese impuesto la sanción o resuelto la reconsideración".

[Subrayado agregado]

54. Como se aprecia de las normas citadas, en el procedimiento sancionador ante OSITRAN, la Entidad Prestadora tiene un plazo de quince (15) días para impugnar la resolución a través de la cual se le impuso la sanción.

55. En el presente caso, el Oficio N° 2883-2017-GSF-OSITRAN, mediante el cual se remitió la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 0041-2017-GSF-OSITRAN, fue notificado al Concesionario el 11 de abril de 2017, por lo que éste tenía hasta el 05 de mayo de 2017 para interponer ante OSITRAN su recurso de apelación.

56. En tal sentido, dado que AAP interpuso su recurso de apelación el 04 de mayo de 2017, se cumple con el requisito de procedencia antes mencionado, correspondiendo que la Gerencia General evalúe los argumentos de la apelación, con cuyo pronunciamiento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 72° del RIS², se pondrá fin a la vía administrativa. Cabe indicar que de

(Texto modificado según el Artículo 2 Decreto Legislativo N° 1272)"

"Artículo 122.- Requisitos de los escritos

Todo escrito que se presente ante cualquier entidad debe contener lo siguiente:

1. Nombres y apellidos completos, domicilio y número de Documento Nacional de Identidad o carné de extranjería del administrado, y en su caso, la calidad de representante y de la persona a quien represente.
2. La expresión concreta de lo pedido, los fundamentos de hecho que lo apoye y, cuando le sea posible, los de derecho.
3. Lugar, fecha, firma o huella digital, en caso de no saber firmar o estar impedido.
4. La indicación del órgano, la entidad o la autoridad a la cual es dirigida, entendiéndose por tal, en lo posible, a la autoridad de grado más cercano al usuario, según la jerarquía, con competencia para conocerlo y resolverlo.
5. La dirección del lugar donde se desea recibir las notificaciones del procedimiento, cuando sea diferente al domicilio real expuesto en virtud del numeral 1. Este señalamiento de domicilio surte sus efectos desde su indicación y es presumido subsistente, mientras no sea comunicado expresamente su cambio.
6. La relación de los documentos y anexos que acompaña, indicados en el TUPA.
7. La identificación del expediente de la materia, tratándose de procedimientos ya iniciados.

(Texto según el Artículo 113 de la Ley N° 27444)".

² Es importante mencionar que de conformidad con lo establecido en el artículo 72 del RIS, el Consejo Directivo resuelve los recursos de apelación en el marco de los PAS; no obstante, el numeral 1 del artículo 68 del Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, norma de emisión posterior al RIS y de mayor jerarquía, dispone que el Tribunal en Asuntos Administrativos resuelve en última instancia administrativa en materia de

acuerdo con lo señalado en el referido artículo del RIS, el plazo con el que cuenta la Gerencia General para resolver el recurso es de treinta (30) días, el cual se computa desde que dicho órgano tomó conocimiento del mismo.

B. Del marco legal aplicable en materia sancionadora

57. De conformidad con la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, OSITRAN cuenta con las funciones supervisora, fiscalizadora y sancionadora:

"Artículo 3.- Funciones

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

a) Función supervisora: comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas"

(...)

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

(...)"

58. En esa misma línea, la Ley N° 26917, Ley de Creación del OSITRAN, en sus artículos 6° y 7°, establece que el Regulador cuenta con la función de imponer sanciones en caso de incumplimiento de las obligaciones previstas en los Contratos de Concesión y en las normas legales vigentes:

"Artículo 6.- Atribuciones

6.1 OSITRAN, en concordancia con las funciones previstas en la Ley y las que se establezcan en su Reglamento, ejerce atribución regulatoria, normativa, fiscalizadora y de resolución de controversias.

(...)

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

(...)"

"Artículo 7.- Funciones

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

Procedimiento Administrativo Sancionador, aplicación de penalidades y sobre otras materias que resuelva la Gerencia de Supervisión y Fiscalización en el ejercicio de sus funciones. Cabe indicar que mediante el literal d) del Acuerdo N° 1820-546-15-CD-OSITRAN, en el marco de las atribuciones otorgadas mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, el Consejo Directivo de OSITRAN acordó lo siguiente: "Disponer que los casos vinculados con Procedimientos Administrativos Sancionadores, penalidades y otros asuntos que correspondan ser conocidos por el Tribunal en Asuntos Administrativos de OSITRAN, en concordancia con lo establecido en el artículo 209 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, serán conocidos por la Gerencia General, hasta la instalación e inicio de funciones del referido órgano colegiado."

(...)

c) Adoptar las medidas correctivas y aplicar sanciones sobre las materias que son de su competencia o que le han sido delegadas”.

(...)

[Subrayado agregado]

59. Asimismo, el Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificaciones (en adelante, REGO), desarrolla el alcance de la función sancionadora en los siguientes términos:

"Artículo 21.- Función Supervisora

El OSITRAN supervisa el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las Entidades Prestadoras y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia, procurando que éstas brinden servicios adecuados a los Usuarios. Asimismo, el OSITRAN verifica el cumplimiento de cualquier mandato o Resolución que emita o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de dichas entidades o que son propias de las actividades supervisadas. (...).

Artículo 32.- Funciones Fiscalizadora y Sancionadora

El OSITRAN fiscaliza e impone sanciones y medidas correctivas a las Entidades Prestadoras por el incumplimiento de las normas, disposiciones y/o regulaciones establecidas por el OSITRAN y de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión respectivos.

Los órganos del OSITRAN ejercen las facultades contenidas en las normas emitidas por el Consejo Directivo, dictadas en el marco de las funciones fiscalizadora y sancionadora; las que podrán comprender la ejecución de las garantías otorgadas en el marco de las bases de la licitación o el contrato de concesión."

[Subrayado agregado]

60. En línea con la normativa antes citada, el artículo 6° del RIS recoge la competencia de OSITRAN en materia sancionadora, en los siguientes términos:

"Artículo 6.- Competencia de OSITRAN

OSITRAN es competente para sancionar las infracciones cometidas por las Entidades Prestadoras vinculadas a la explotación de la infraestructura de transporte de uso público o a las obligaciones estipuladas en los contratos de concesión cuando corresponda. (...)"

61. De lo expuesto anteriormente, queda claro que OSITRAN es la entidad competente para imponer sanciones a las entidades prestadoras en caso de incumplimiento de sus obligaciones contenidas en los contratos de concesión.

C. Análisis de los argumentos del Concesionario

Vulneración de la motivación del procedimiento administrativo

62. El Concesionario señaló que la Resolución impugnada vulnera el derecho a la debida motivación, en tanto su elaboración ha obviado algunos de sus argumentos esgrimidos en su recurso de reconsideración. De acuerdo a ello, precisó que esto significa que la citada Resolución no ha logrado desvirtuar sus argumentos ni explicar por qué éstos son incorrectos o no deben tomarse en cuenta.

63. Así, el Concesionario afirma que la Carta N° 484-2015, en la que se recalca lo dicho en la Carta N° 793-2014-AAP, sobre la necesidad futura de mantenimiento de los vehículos, no ha sido valorada por la primera instancia. Al respecto, dicha afirmación es incorrecta, toda vez que de la lectura del informe que sustentó la resolución del recurso de reconsideración, se advierte que la primera instancia sí tuvo en consideración dicha comunicación, tal y como se reproduce lo afirmado por ella a continuación:

"117. Con lo cual queda acreditado que la solicitud de presentación de un plan de reparaciones no se hizo porque el Regulador hubiese considerado que las labores de mantenimiento correctivo pudieran programarse de la forma en que el concesionario finalmente las programó, conforme se puede apreciar de la Carta N° 484-2015-AAP de fecha 22 de abril de 2015, sino porque además de la obligación de brindar mantenimiento a los bienes de la concesión, el concesionario está en la obligación de implementar y/o mejorar los equipos de salvamento con la finalidad de mantener los niveles de protección correspondiente a la categoría de cada uno de los aeropuertos conforme a lo previsto en la Cláusula 7.6.4 del Contrato de Concesión, pues como ya se señaló en el numeral 104 del presente informe, debido a todas las reparaciones no realizadas, los vehículos SEI tenían una operatividad disminuida, razón por la cual queda claro que de acuerdo a lo establecido en el Contrato, el Regulador no está facultado para excluir de responsabilidad al concesionario por el hecho que le haya presentado un plan de reparación, más aun cuando el OSITRAN consideró que el problema podría solucionarse incluso mediante el alquiler de vehículos de rescate, tal como lo manifestó la Jefatura de Contratos Aeroportuarios en el Informe de Hallazgos, y principalmente con la ejecución inmediata del integro de los correctivos."

64. De igual forma, el Concesionario señaló que la GSF no ha emitido pronunciamiento alguno sobre lo afirmado por él en el numeral 1.4 de su recurso de reconsideración, relativo a que OSITRAN mediante el Oficio N° 852-2015-JCA-GSF-OSITRAN manifestó el retraso en el cumplimiento de la programación de las intervenciones de los vehículos. Al respecto, de la lectura del Informe N° 042-2017-JFI-GSF-OSITRAN se advierte que el referido Oficio sí ha sido tomado en cuenta por la primera instancia tanto es así que es citado en el numeral 13 del mismo. No sólo ello, también se advierte que el Informe N° 042-2017-JFI-GSF-OSITRAN se pronuncia sobre la respuesta que el Concesionario emitió al Oficio N° 852-2015-JCA-GSF-OSITRAN en los siguientes términos:

"64. Lo antes manifestado se puede evidenciar de la Carta N° 1198-2015-AAP en cuyo numeral 2 el concesionario señala que "el cronograma básico de reparaciones presentado se activa con la rehabilitación del vehículo E-ONE 6x6 como reemplazo", por lo que nos ratificamos en lo señalado en el numeral 80 del Informe N° 017-2017-JFI-GSF-OSITRAN, por cuanto el motor DEUTZ no es el utilizado por los vehículos Titán 4x4 que utilizan motor Detroit Diesel.

"80. Respecto a la carta de fecha 03 de octubre de 2014, que cuenta con el logo de la marca DEUTZ, sin firmar, con el nombre de Diego Cohen, Regional Sales Manager Latin América, dicho documento informa que "DEUTZ Corporation dejó de fabricar el motor BF12L413F hace algunos años atrás.". Al respecto, debemos manifestar que dicha carta no causa convicción respecto a la imposibilidad de realizar reparaciones en el motor de los Vehículos SEI E-ONE, pues la marca y modelo de motor que estaría discontinuado no corresponde a la que utilizan los vehículos E-ONE, la cual es DETROIT DIESEL 8V92T y no DEUTZ BF12L413F. Ello se puede verificar de las Actas de Inventario Inicial de Bienes suscritas por el Concesionario, Concedente y CORPAC, remitidas a OSITRAN mediante Carta N° 040-2011-AAP el 10 de febrero de 2011 (HT 3084)11, y del detalle de las especificaciones de los componentes de los vehículos E-ONE en la SECCION IV-APÉNDICE del "Manual del Operador Titán 4x4 para Perú Vehículo de Lucha Contra Incendio y Rescate de Aeronaves"12, razón por la cual se desvirtúan dichos argumentos ya que dicha carta no acredita la imposibilidad del cumplimiento de las labores de reparación del motor de los vehículos SEI que requerían esa labor de mantenimiento

correctivo al mes de noviembre de 2014 como son el E-ONE R-19, R-20 y R-22, según lo informado por el concesionario mediante Carta N° 793-2014-AAP.

¹¹ Cuadro con el detalle de la marca del motor conforme a lo señalado por el concesionario al suscribir el Acta de Inventario Inicial

Aeropuerto	Veh.SEI	Marca de Motor	Fecha y hora de suscripción de Acta de Inventario Inicial
Arequipa	R-13	Detroit Diesel	30/10/2010 16:00 horas
Ayacucho	R-17	Detroit Diesel	24/11/2010 18:00 horas
Juliaca	R-19	Detroit Diesel	17/11/2010 18:00 horas
Juliaca	R-20	Detroit Diesel	
Puerto Maldonado	R-21	Detroit Diesel	11/11/2010 19:00 horas
Puerto Maldonado	R-22	Detroit Diesel	
Tacna	R-14	Detroit Diesel	04/11/2010 12:00 horas

¹² Las especificaciones sobre el motor de los vehículos E-ONE son las siguientes:

"6-1 ESPECIFICACIONES

(...)

MOTOR

DETROIT DIESEL 8V92T

Caballaje

585HP @ 2300 R.P.M. DDEC III

R.P.M. gobernadas (carga completa)

2300 R.P.M.

Tipo de Combustible

Diesel

Velocidad en Mínimo

650 R.P.M.

Capacidad de Aceite

7.25 galones

Capacidad de Agua del Motor

20 U.S. Galones

(Incluyendo el Radiador)"

(Subrayado nuestro)"

65. Asimismo, AAP indicó que la primera instancia tampoco se pronunció sobre el recurso de reconsideración, en lo relativo al Oficio N° 2590-2016-MTC/26 de fecha 04 de julio de 2016, mediante el cual la Dirección General de Concesiones de Transporte emitió instrucción para la implementación de adquisición de los vehículos como obra nueva. Sobre el particular, debemos señalar que la primera instancia, en el Informe N° 0042-2017-JFI-GSF-OSITRAN, consideró el mencionado Oficio en su análisis citando parte del Informe N° 017-2017-JFI-GSF-OSITRAN, de acuerdo a lo siguiente:

"122. En cuanto a la aplicación de la inimputabilidad por "Diligencia Ordinaria" prevista en el artículo 1314 del Código Civil, nos reiteramos en la evaluación realizada en los numerales 100 y 101 del presente informe, a lo cual debemos agregar que:

(...)

- d) La instrucción de compra de nuevos vehículos SEI comunicada por el concedente mediante Oficio N° 2590-2016-MTC/25, fue porque los vehículos SEI "no se encuentran en condiciones de continuar con su servicio sin que ello demande intervenciones mayores, con resultados no tan satisfactorios, por la antigüedad en algunos componentes", entre otras razones, debido a que el concesionario no ha cumplido con su obligación de realizar los mantenimientos correctivos en forma íntegra y oportuna de los vehículos SEI.

(...)"

66. Igualmente, el Concesionario señaló que el argumento vertido en su recurso de reconsideración relacionado al Oficio N° 1288-2012-MTC, no ha sido materia de pronunciamiento por parte de la primera instancia. Al respecto, debemos indicar que en el Informe N° 0042-2017-JFI-GSF-OSITRAN, la primera instancia emitió un pronunciamiento sobre ello, citando parte del Informe N° 017-2017-JFI-GSF-OSITRAN, de acuerdo a lo siguiente:



60. En ese estado, el Concedente a través del Oficio N° 1288-2012-MTC/12.08 de fecha 12 de octubre de 2012 remitió al concesionario el Informe N° 356-2012-MTC/12.08, en el cual le informó que persistían las observaciones, las cuales requerían ser levantadas previo al trámite de aprobación; asimismo, en dicho Informe se precisó los alcances de la actividad de Overhaul, señalando que "éste deberá entenderse como la revisión y restauración del vehículo hasta llevarlo a una condición aceptable de los estándares básicos operativos para el nivel de protección que ha de brindarse, determinándose estas acciones específicamente para cada vehículo, sin incluir en dichos EDIs trabajos propios del Mantenimiento Preventivo o Correctivo". Finalmente, mediante Carta 1502-2012-AAP recibida el 15 de octubre de 2012 el concesionario remitió el levantamiento de observaciones a los EDIs de Overhaul de los Vehículos SEI, el cual fue encontrado conforme por el Regulador, quien opinó que dichos estudios debían ser aprobados y comunicó su opinión al concedente mediante Oficio N° 4772-2012-GS-OSITRAN recibido el 19 de noviembre de 2012. Posteriormente, mediante Oficio N° 1484-2012-MTC/12.08, recibida por el Regulador el 05 de diciembre de 2012, el concedente comunicó la aprobación y autorización de los EDIs y remitió los mismos a fin que se disponga la implementación correspondiente.
61. En ese sentido, teniendo en cuenta que el concesionario habría estado en posibilidad de discriminar entre todas las reparaciones planteadas en los EDIs primigenios, las que serían atendidas en el Overhaul de las que se atenderían mediante labores de mantenimiento preventivo o correctivo, según correspondiera; y, que los EDIs del Overhaul aprobados no contemplaban todas las reparaciones que el concesionario había considerado necesario llevar a cabo para que los vehículos SEI queden en completa operatividad; las demás reparaciones no ejecutadas deberían haberse realizado, según correspondiera, mediante labores de mantenimiento preventivas o correctivas conforme a lo establecido en el Contrato de Concesión."

67. En tal sentido, resulta evidente que la primera instancia sí consideró todos los argumentos expuestos por el Concesionario, por lo tanto los argumentos del Concesionario en este extremo deben ser desestimados.

Vulneración al Principio de Tipicidad

68. El Concesionario argumentó que la resolución impugnada contravino el Principio de Tipicidad, en razón que la primera instancia ampara la tipificación de la infracción supuestamente cometida en el numeral 15.1 del artículo 15° del RIS, debido a que no realizó los mantenimientos de manera inmediata; es decir, por una cuestión de tiempo en el accionar. Asimismo, señaló que OSITRAN debió considerar que la acción tipificada en el mencionado numeral es la de no realizar los mantenimientos a los bienes de la Concesión, lo que evidenciaría que el Regulador subsumió de manera inadecuada los hechos imputados con lo tipificado en el numeral 15.1 del artículo 15° del RIS.
69. Al respecto, es importante señalar que el numeral 4) del artículo 246° del TUO LPAG, el cual mantiene similar redacción al numeral 4) del artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General que estuvo vigente al momento que la primera instancia impuso la sanción, establece como uno de los Principios de la Potestad Sancionadora Administrativa, la Tipicidad, la misma que indica lo siguiente:

"Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

4. Tipicidad.- Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria.

A través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda.

En la configuración de los regímenes sancionadores se evita la tipificación de infracciones con idéntico supuesto de hecho e idéntico fundamento respecto de aquellos delitos o faltas ya establecidos en las leyes penales o respecto de aquellas infracciones ya tipificadas en otras normas administrativas sancionadoras.”

(Subrayado agregado)

70. Uno de los principios más importantes del procedimiento administrativo sancionador es el Principio de Tipicidad, el cual resulta indispensable para la calificación de infracciones y la aplicación de sanciones. Es así que la tipicidad consiste en la descripción expresa, detallada y clara de la conducta infractora y la indicación de la sanción específica para dicha infracción. En concordancia con el Principio de Legalidad³, esta descripción de la conducta sancionable y la mención de la sanción respectiva deben regularse de acuerdo con lo dispuesto en la norma legal correspondiente.

71. Al respecto, García De Enterría y Fernández respecto a este principio señalan:

“La tipicidad es, pues, la descripción legal de una conducta específica a la que se conectará una sanción administrativa. La especialidad de la conducta a tipificar viene de una doble exigencia: del principio general de libertad, sobre el que se organiza todo el Estado de Derecho, que impone que las conductas sancionables sean excepción a esa libertad y, por tanto, exactamente delimitadas, sin ninguna indeterminación (...); y, en segundo término, a la correlativa exigencia de la seguridad jurídica (...), que no se cumpliría si la descripción de lo sancionable no permitiese un grado de certeza suficiente para que los ciudadanos puedan predecir las consecuencias de sus actos (lex certa).”⁴

72. Por su parte, Morón Urbina señala que este principio exige el cumplimiento de tres requisitos concurrentes: (i) la reserva de ley para la descripción de aquellas conductas pasibles de sanción por la Administración; sin embargo, se permite que la Ley pueda habilitar la tipificación por vía reglamentaria; (ii) la exigencia de certeza o exhaustividad suficiente en la descripción de las conductas sancionables constitutivas de las infracciones administrativas y (iii) la tipificación es de interpretación restrictiva y concreta⁵.

³ TUO LPAG

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Edit. Palestra. 2006.

⁵ MORON URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. En Gaceta Jurídica S.A: Novena Edición; 2011.

73. De manera complementaria, el jurista Alejandro Nieto⁶ indica lo siguiente:

"La tipificación supone en todo caso la presencia de una lex certa que (...) "permite predecir con suficiente grado de certeza las conductas infractoras y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción". Y por ello mismo la sentencia declara la nulidad de una norma que "no permite predecir con suficiente grado de certeza el tipo y grado de sanción susceptible de ser impuesta""

74. Asimismo, se deduce que para que la tipificación de una infracción resulte válida, el órgano instructor debe subsumir la conducta en el tipo que contenga claramente descritos los elementos objetivos y subjetivos que generen una infracción. *"Correlativamente, no será satisfactorio con el Principio de Tipicidad cuando la autoridad administrativa subsuma la conducta en cualquiera de los siguientes casos: i) Cuando la descripción normativa del ilícito sea genérica o imprecisa, de modo que no pueda apreciarse verosíblemente cuál es la conducta sancionable; ii) Cuando la descripción normativa del ilícito contenga algún elemento objetivo o subjetivo del tipo que no se haya producido en el caso concreto."*⁷

(Subrayado agregado)

75. Asimismo, el Tribunal Constitucional, mediante la sentencia emitida en el Expediente N° 6301-2006-PA/TC, señaló lo siguiente con respecto al Principio de Tipicidad:

"El Tribunal Constitucional ha expresado en reiterada jurisprudencia, que el principio de legalidad consagrado en el artículo 2º, inciso 24, literal d) de la Constitución, constituye una auténtica garantía constitucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos y un criterio rector en el ejercicio del poder punitivo del Estado Social y Democrático de Derecho. Así, este principio no sólo exige que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas por la ley, prohibiéndose la aplicación por analogía y el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones. Asimismo, también se estableció que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, aplicables tanto a nivel penal como administrativo."

(Subrayado agregado)

76. Finalmente, es pertinente señalar lo que debe tenerse en cuenta al momento de subsumir una conducta en un tipo de infracción:

*"(...) el principio de tipicidad en sentido estricto exige que la administración, en el ejercicio de su potestad sancionadora, identifique el fundamento legal de la sanción impuesta en cada resolución sancionatoria, con lo que se impide que el órgano sancionador actúe frente a comportamientos que se sitúan fuera de la frontera que demarca la norma sancionadora. De ese modo se obliga a que la Administración realice una operación de subsunción caso por caso, indicando en qué norma se encuentra tipificada la infracción y motivando por qué los hechos son constitutivos de esa infracción y por qué a tales hechos corresponde la sanción que se impone."*⁸

⁶ NIETO GARCÍA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Ed. Tecnos. Segunda Edición 1994, Reimpresión 2000.

⁷ MORON URBINA, Juan Carlos. Op. Cit. Pág. 710.

⁸ REBOLLO, Manuel, Manuel IZQUIERDO, Lucía ALARCÓN y Antonio M. BUENO. "Derecho Administrativo Sancionador". Valladolid: Lex Nova. 2009.

(Subrayado agregado)

77. Conforme a ello, la exigencia de certeza y exhaustividad en la descripción de las conductas sancionables se entiende cumplida cuando consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre una y otra. Del mismo modo, el Principio de Tipicidad prohíbe las denominadas tipificaciones vacías o en blanco, que son aquellas que en lugar de definir de manera cierta la conducta sancionable consideran como tales cualquier violación de la totalidad de una ley o de un reglamento.⁹ Asimismo, se prohíbe en aras del principio bajo análisis que se realicen lecturas o interpretaciones que busquen que un comportamiento sea sancionado cuando la norma no lo ha previsto como infracción, siendo una obligación de la Administración que la subsunción de una conducta a un tipo sea debidamente sustentada.
78. De esta manera, se determina que la tipificación debe estar contenida en una norma, en tal sentido, el literal c) del artículo 3.1 de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332, dispone la función normativa de tales Organismos (entre los que se encuentra OSITRAN), la cual comprende la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas en las normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por los Organismos Reguladores. En atención a dicha facultad de reglamentación, OSITRAN emitió el RIS, cuyo numeral 15.1 del artículo 15° establece lo siguiente:

"Artículo 15.- No realizar el mantenimiento de los bienes de la concesión

La Empresa Concesionaria que no realice las actividades necesarias para mantener los bienes de la concesión en condiciones adecuadas para su utilización durante y al término del Contrato de Concesión:

15.1 Cuando no brinde mantenimiento a los bienes de la concesión, incurrirá en infracción muy grave."

(Subrayado agregado)

- 
79. En el presente caso, la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 0011-2017-GSF-OSITRAN señaló que el Concesionario incurrió en una infracción muy grave al incumplir con lo establecido en las cláusulas 6.1, 6.2 y 6.8, así como del numeral 5 del apéndice 2 del Anexo 16 del Contrato de Concesión, en razón de no haber realizado de manera inmediata las actividades de mantenimiento correctivo de los vehículos SEI E-ONE R-13, R-14, R-17, R-19, R-20, R-21 y R-22, configurándose la infracción tipificada en el numeral 15.1 del artículo 15° del RIS, lo que ha sido confirmado mediante la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 0041-2017-GSF-OSITRAN. No obstante, según el Concesionario, la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 0011-2017-GSF-OSITRAN ha vulnerado el Principio de Tipicidad recogido en el TUO LPAG debido a que la primera instancia habría subsumido de manera inadecuada los hechos imputados con lo tipificado en el referido numeral del RIS, al no existir congruencia entre ambos, siendo que se les imputa el hecho de no haber realizado los mantenimientos de manera inmediata, lo que resulta contrario a la infracción tipificada en el numeral 15.1 del artículo 15° relativo al incumplimiento de la obligación del mantenimiento de los bienes de la Concesión.

⁹ GONZÁLES LA ROSA, Daniel. El principio de tipicidad y la cláusula de efecto equivalente en la legislación de libre competencia. Revista Círculo de Derecho Administrativo.

80. A fin de determinar si la conducta del Concesionario sancionada por la primera instancia se encuentra en el supuesto previsto en el numeral 15.1 del artículo 15° del RIS, es importante tener en cuenta lo previsto en el numeral 1.76 de la Cláusula Primera del Contrato de Concesión, el mismo que establece lo siguiente:

"1.76. "Mantenimiento", comprende las actividades necesarias que el CONCESIONARIO deberá efectuar a partir de la Fecha de Cierre para conservar los componentes del Lado Aire e Infraestructura Aeroportuaria garantizando la confiabilidad y efectividad de los Bienes de la Concesión y dando cumplimiento a los Requisitos Técnicos Mínimos establecidos en el presente Contrato. Incluye:

- "Mantenimiento Preventivo": Labor programada de mantenimiento llevada a cabo para evitar fallas de la Infraestructura Aeroportuaria o una reducción de la eficiencia de la misma. Puede ser rutinario, o periódico:
 - > "Mantenimiento Rutinario", aquellas actividades que se efectúan repetidamente dentro de los diferentes ejercicios anuales con el propósito de garantizar la confiabilidad y efectividad de la Infraestructura Aeroportuaria, tal como fue diseñada, a efectos de atender adecuadamente el tráfico de pasajeros y carga acorde con los Requisitos Técnicos Mínimos exigidos para los Aeropuertos. Comprende, aquellas actividades señaladas en el Apéndice 3 del Anexo 8:
 - > "Mantenimiento Periódico", aquellas actividades que se realizan en períodos mayores a un año y que normalmente implican elevados montos de mantenimiento. Su periodicidad debe contemplarse en el Programa de Mantenimiento y puede estar en algún caso sujeta al número de operaciones aéreas y al correspondiente tráfico de pasajeros y carga, o cuando se requiera por erosión o cualquier otro factor ocasionado por el paso del tiempo, comprende aquellas señaladas en el Apéndice 3 del Anexo 8.
- "Mantenimiento Correctivo": Son las labores de mantenimiento llevadas a cabo con el objetivo de corregir inmediatamente cualquier falla o imperfección imprevista en la Infraestructura Aeroportuaria que atente contra la seguridad operacional del Aeropuerto."

(Subrayado agregado)

- 
81. En vista de ello, queda claro que el mantenimiento correctivo está incluido como uno de los tipos de mantenimiento a los bienes de la Concesión que el Concesionario está obligado a realizar en el marco del Contrato de Concesión.
- 
82. Ahora bien, como se puede advertir del artículo reseñado del RIS, para la configuración del supuesto materia de sanción, es necesario que el Concesionario **no brinde mantenimiento a los bienes de la Concesión**, vale decir, el tipo previsto en la norma es claro en el sentido que todo incumplimiento de los administrados vinculado al mantenimiento de los bienes de la concesión, será pasible de sanción por el OSITRAN.
83. En el presente caso, si bien la primera instancia subsume el accionar del Concesionario de no realizar los mantenimientos de los vehículos SEI de manera inmediata a la infracción tipificada en el numeral 15.1 del artículo 15° del RIS, esto no conlleva a un error en la tipificación realizada, considerando que el RIS contempla como infracción la no realización del mantenimiento de los bienes de la Concesión, sin distinguir ni diferenciar un factor de tiempo en la ejecución de dicho mantenimiento, razón por la cual el hecho que el mantenimiento de los vehículos SEI se haya

realizado de manera inmediata o no, no afecta la infracción tipificada en el numeral 15.1 del artículo 15° del RIS, siendo que resulta suficiente que no se dé un mantenimiento de los bienes de la Concesión para que se configure dicha infracción.

84. Dicho ello, en el presente caso se verifica que la primera instancia ha evaluado adecuadamente los hechos que identifican el tipo infractor atribuido, bajo la aplicación del numeral 15.1 del artículo 15° del RIS; considerando que para la configuración de la infracción basta con que el Concesionario no haya realizado el mantenimiento a los vehículos SEI, sin menester que el mismo sea inmediato. En tal sentido, siendo que el Concesionario no ha realizado los mantenimientos correctivos de los vehículos SEI previstos en las cláusulas 6.1, 6.2 y 6.8, así como del numeral 5 del apéndice 2 del Anexo 16 del Contrato de Concesión, ha incurrido en un incumplimiento de las referidas obligaciones contractuales, y por tanto en una vulneración al tipo previsto en el numeral 15.1 del artículo 15° del RIS; motivo por el cual, no se aprecia una contravención al Principio de Tipicidad, razón por la cual el argumento del Concesionario en este extremo debe ser declarado infundado.

Vulneración al Principio de Presunción de Licitud

85. El Concesionario alegó que la primera instancia concluyó que con la Carta N° 793-2014-AAP de fecha 03 de noviembre de 2014, estaba obligado a realizar mantenimientos correctivos; ante lo cual señaló que por el contrario, con dicha carta no se dio cuenta de fallas, ya que se puso en alerta al Regulador del riesgo de fallas que activarían los mantenimientos correctivos. Asimismo, indicó que la primera instancia, al no acreditar las referidas fallas, contravino el Principio de Presunción de Licitud.
86. En relación a dicho argumento, la primera instancia a través del Informe N° 0042-2017-JFI-GSF-OSITRAN que sustentó la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 0041-2017-GSF-OSITRAN señaló lo siguiente:

"55. Al respecto, cabe indicar que no es cierto que mediante Carta N° 793-2014-AAP se haya comunicado la probabilidad futura de tener que realizar mantenimientos correctivos, pues del tenor de dicho documento del concesionario se advierte claramente que el concesionario informa respecto de la **necesidad actual** de intervenir componentes claves que no se intervinieron en el Overhaul, los cuales **por su mal estado afectaban la operatividad de los vehículos**, con lo cual se acredita que las reparaciones de los componentes y sistemas detallados en el Anexo de la mencionada Carta califican para ser atendidas mediante labores de mantenimiento correctivo. Dicha condición de mantenimiento correctivo se refuerza cuando señala además que **se trata de tareas que no se solucionan con actividades de mantenimiento preventivo rutinario sino que demandan correcciones mayores**, con lo cual se descarta que dichas reparaciones correspondan a labores de mantenimiento preventivo, asimismo en la mencionada Carta indica que el EDI aprobado (Overhaul) no cubrió la reparación integral de los vehículos y que quedaron muchos componentes fuera de intervención de mantenimiento, lo que, según señalan, no les permite tener dichos bienes bajo una condición operativa aceptable y señalan que **"hoy" representan un problema latente a resolver**, con lo cual se sustenta la urgencia de que dichas reparaciones se ejecuten con inmediatez, conforme puede leerse del tenor de la Carta N° 793-2014-AAP:

"Si bien el EDI aprobado estaba dentro de las expectativas de las instituciones del Estado, en la realidad solo cubría el 20.33% del costo que originalmente había manifestado el representante de E-ONE, para cubrir la reparación integral que los vehículos SEI de las cinco sedes necesitaban. Lamentablemente quedaron muchos componentes fuera de intervención de mantenimiento, que no



los permite tener bajo una condición operativa aceptable, y hoy representan un problema latente a resolver.

En la tabla anexa, se puede observar que hay componentes claves que no se han intervenidos, que por su mal estado ponen en juego la confiabilidad y operatividad de los vehículos.

Debo aclarar que no son tareas que se solucionen con actividades de mantenimiento preventivo rutinario, sino que demandan correcciones mayores.

(...)

Por todo lo expuesto, debo informarle que en lo sucesivo tenemos una alta probabilidad de roturas de componentes no intervenidos en Overhaul en los diferentes vehículos, con elevados costos para poder corregir partes claves que aun quedaron sin reparar. Ellas implicarán tener que desplegar mecanismos para tratarlas bajo el procedimiento del numeral 5, apéndice 2, Anexo 16 del Contrato de Concesión. Mecanismos que de no ser ágiles, complicarán aún más la situación."

(Subrayado y resaltado nuestro)"

87. Aunado a ello, el Concesionario, mediante Carta N° 484-2015-AAP, de fecha 22 de abril de 2015, en respuesta al Oficio N° 1877-2015-GSF-OSITRAN en el que se solicitó a AAP el estado situacional de los distintos componentes de los vehículos SEI, señaló que: "(...) los vehículos tienen las fallas que hemos mencionado mediante Carta N° 793-2014-AAP. (...) Con la finalidad de poder realizar los Mantenimientos Correctivos correspondientes, es que debemos reparar un vehículo (...)"

88. De esta manera, mediante tal afirmación se evidencia la contradicción por parte del Concesionario, al señalar en un inicio que por medio de la Carta N° 793-2014-AAP no se da cuenta de las fallas, sino que se pone en alerta al Regulador del riesgo de fallas que devendrían en un mantenimiento correctivo; hecho que queda desvirtuado con lo manifestado por AAP en la Carta N° 484-2015-AAP, al confirmar la existencia de las fallas descritas en la Carta N° 793-2014-AAP.

89. Asimismo, respecto a la acreditación de las fallas de los vehículos SEI en la fecha de presentación de la Carta N° 793-2014-AAP, esto es, el 03 de noviembre de 2014, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización mediante el Memorando N° 1025-2017-GSF-OSITRAN, de fecha 22 de mayo de 2017, se remitió a lo señalado en el Informe N° 017-2017-JFI-GSF-OSITRAN, de acuerdo a lo siguiente:



"56. Al respecto, dejando en claro que la obligación y responsabilidad del concesionario de realizar las labores de mantenimiento correctivo sobre los bienes de la concesión son exigibles desde el 06 de enero de 2011, fecha en que se hizo efectiva la toma de posesión de la Concesión, conforme ha sido estipulado en la cláusula 6.1 del Contrato de Concesión, podemos evidenciar lo siguiente.

57. En las Actas de Inventario Inicial de Bienes suscritas por el Concesionario, Concedente y CORPAC⁴, remitidas a OSITRAN mediante Carta N° 040-2011-AAP el 10 de febrero de 2011 (HT 3084), el concesionario dejó constancia de la evaluación realizada a los vehículos SEI conjuntamente con personal de CORPAC, en la que se puede observar que el mismo concesionario identificó diversas fallas en cada uno de los vehículos SEI.

58. Al respecto, de acuerdo con las obligaciones relativas al equipamiento del periodo inicial establecidas en el Anexo 23 del Contrato de Concesión, se llevó a cabo la realización de las actividades de Overhaul, para cuyo efecto el concesionario formuló los EDI Overhaul para los

vehículos SEI por cada aeropuerto: E-One R-17 (Ayacucho), R-13 (Arequipa), R19 y R-20 (Juliaca), R-21 y R-22 (Puerto Maldonado) y R-14 (Tacna).

59. Estos EDIs del Overhaul fueron observados en varias oportunidades por el Regulador y el Concedente⁵, pues las reparaciones que el concesionario había considerado eran idénticas para todos los vehículos, también se observó que la inversión planteada en cada EDI sobrepasaba el presupuesto señalado en el Estudio de Factibilidad considerado en el Proyecto Referencial, al cual estos EDIs se debían ajustar, de lo contrario, podía afectar la viabilidad del proyecto.
60. En ese estado, el Concedente a través del Oficio N° 1288-2012-MTC/12.08 de fecha 12 de octubre de 2012 remitió al concesionario el Informe N° 356-2012-MTC/12.08, en el cual le informó que persistían las observaciones, las cuales requerían ser levantadas previo al trámite de aprobación; asimismo, en dicho Informe se precisó los alcances de la actividad de Overhaul, señalando que "éste deberá entenderse como la revisión y restauración del vehículo hasta llevarlo a una condición aceptable de los estándares básicos operativos para el nivel de protección que ha de brindarse, determinándose estas acciones específicamente para cada vehículo, sin incluir en dichos EDIs trabajos propios del Mantenimiento Preventivo o Correctivo". Finalmente, mediante Carta 1502-2012-AAP recibida el 15 de octubre de 2012 el concesionario remitió el levantamiento de observaciones a los EDIs de Overhaul de los Vehículos SEI, el cual fue encontrado conforme por el Regulador, quien opinó que dichos estudios debían ser aprobados y comunicó su opinión al concedente mediante Oficio N° 4772-2012-GS-OSITRAN recibido el 19 de noviembre de 2012. Posteriormente, mediante Oficio N° 1484-2012-MTC/12.08, recibida por el Regulador el 05 de diciembre de 2012, el concedente comunicó la aprobación y autorización de los EDIs y remitió los mismos a fin que se disponga la implementación correspondiente.
61. En ese sentido, teniendo en cuenta que el concesionario habría estado en posibilidad de discriminar entre todas las reparaciones planteadas en los EDIs primigenios, las que serían atendidas en el Overhaul de las que se atenderían mediante labores de mantenimiento preventivo o correctivo, según correspondiera; y, que los EDIs del Overhaul aprobados no contemplaban todas las reparaciones que el concesionario había considerado necesario llevar a cabo para que los vehículos SEI queden en completa operatividad; las demás reparaciones no ejecutadas deberían haberse realizado, según correspondiera, mediante labores de mantenimiento preventivas o correctivas conforme a lo establecido en el Contrato de Concesión.
62. Así también, luego de la culminación y aprobación de las reparaciones ejecutadas en los EDIs del Overhaul de los vehículos SEI, lo que ocurrió en diciembre de 2013, el concesionario estaba en posibilidad de conocer cuáles eran las reparaciones que habrían quedado pendientes de ejecución de acuerdo a lo establecido por el Contrato, y, por tanto, debía incorporar en la planificación de sus labores de mantenimiento preventivo rutinario y periódico aquellas que correspondía fueran atendidas de ese modo de conformidad con las recomendaciones del Manual de Fabricante y atender de manera inmediata mediante labores de mantenimiento correctivo aquellas reparaciones que conforme lo establece la Cláusula 6.8 y el numeral 5 del apéndice 2 del Anexo 16 del Contrato de Concesión afectaban la operación de los vehículos SEI y por ende la seguridad operacional de los aeropuertos, ya que de acuerdo a la RAP-314 cada aeropuerto de acuerdo a su categoría debe contar con un número mínimo de vehículos, los cuales deben cumplir con los requerimientos mínimos establecidos en esta norma para estar completamente operativos para cubrir el nivel de protección que le corresponde al aeropuerto.



⁴ En el siguiente cuadro se detallan las fechas en que fueron suscritas las Actas de Inventario:

Aeropuerto	Veh. SEI	Marca y Modelo del Vehículo	Año	Fecha y hora de suscripción de Acta de Inventario Inicial
Arequipa	R-13	E- ONE Titán 4x4	2000	30/10/2010 16:00 horas
Ayacucho	R-17	E- ONE Titán 4x4	1999, puesta en servicio año 2000	24/11/2010 18:00 horas
Juliaca	R-19	E- ONE Titán 4x4	1999, puesta en servicio año 2000	17/11/2010 18:00 horas
Juliaca	R-20	E- ONE Titán 4x4	1999, puesta en servicio año 2000	

Puerto Maldonado	R-21	E- ONE Titán 4x4	1999, puesta en servicio año 2000	11/11/2010 19:00 horas
Puerto Maldonado	R-22	E- ONE Titán 4x4	1999, puesta en servicio año 2000	
Tacna	R-14	E- ONE Titán 4x4	2000	04/11/2010 12:00 horas

⁵ Oficio N° 1542-2011-MTC/12.08 del 04 de noviembre de 2011; Oficio N° 469-2012-MTC/12.08 del 09 de abril de 2012; Oficio N° 1288-2012-MTC/12.08.”

90. Conforme a ello, queda demostrado que el Concesionario conocía de las fallas de los vehículos SEI desde su entrega, hecho que aconteció en el año 2010 a través de las Actas de Inventario Inicial. En consecuencia, se determinó que el Concesionario debió efectuar el mantenimiento correctivo correspondiente a dichos vehículos al momento de realizar el overhaul, el mismo que fue aprobado por la DGAC para su ejecución en octubre de 2012, siendo que en dicha oportunidad AAP ya tenía identificadas las reparaciones que no iban a ser atendidas por dicho overhaul, estando en capacidad de conocer las que requerían un mantenimiento correctivo; de igual forma, debió ejecutar dicho mantenimiento a la culminación del overhaul; es decir, en diciembre de 2013, lo que quedó en evidencia ante la comunicación del 03 de noviembre de 2014, mediante la Carta N° 793-2014-AAP, en la que el Concesionario informó sobre el mantenimiento correctivo que debía realizar para que los vehículos SEI estén completamente operativos.
91. Por tanto, el argumento del Concesionario relativo a la ausencia de pruebas que demuestren que al 03 de noviembre de 2014 se habrían presentado fallas a los vehículos SEI, queda desvirtuado conforme a lo antes expuesto, por lo que corresponde desestimar el alegato del Concesionario en este extremo.

Aplicación de penalidad establecida en el Anexo 9 del Contrato de Concesión

92. El Concesionario argumentó que el supuesto incumplimiento de la cláusula 6.2 del Contrato de Concesión relativo al atraso para efectuar las labores de Mantenimiento de la Infraestructura Aeroportuaria que sean necesarias para mantener los Requisitos Técnicos Mínimos establecidos en el Anexo 8 del Contrato de Concesión, se encuentra penalizado en el Anexo 9 del mismo, con un monto equivalente a US\$ 5,000, razón por la cual, existe una desproporción irracional entre la sanción aplicada y la pena pactada contractualmente.
93. Al respecto, debemos precisar que sin perjuicio que el incumplimiento de la cláusula 6.2 del Contrato de Concesión se encuentre incorporado en la Tabla N° 2 del Anexo 9, correspondiente a las penalidades referidas al mantenimiento de los Bienes de la Concesión, resulta de aplicación lo previsto en la cláusula 14.5.2 del Contrato de Concesión, relativo a la Potestad Sancionadora, el mismo que determina que las sanciones administrativas que se originen en la ejecución del Contrato de Concesión, se aplicarán acorde con lo establecido en el RIS, independientemente de las penalidades contractuales establecidas en el Anexo 9 del Contrato de Concesión.
94. En adición a ello y en ese orden de ideas, la Primera Disposición Transitoria del RIS, establece lo siguiente:

"Primera.- Las sanciones e infracciones establecidas en el Reglamento son de aplicación supletoria a las que expresamente se encuentren previstas en los contratos de concesión. Sin perjuicio de ello, el régimen de penalidades contractuales no excluye la aplicación del régimen de sanciones establecidas en el presente Reglamento de conformidad con lo establecido por el numeral 232.1 del artículo 232 de la Ley del Procedimiento Administrativo General."

(Subrayado agregado)

95. De acuerdo a ello, resulta indudable que independientemente que el incumplimiento regulado en la cláusula 6.2 del Contrato de Concesión acarree una penalidad conforme al Anexo 9 del mismo, dicho incumplimiento pueda originar una sanción acorde con las disposiciones del RIS, enmarcado dentro de un Procedimiento Administrativo Sancionador.
96. Asimismo, la cláusula 18.8 del Contrato de Concesión, relativo a las Penalidades, establece lo siguiente:

"18.8 En caso de incumplimiento de obligaciones pactadas en el presente Contrato, cuyas penalidades no estén previstas en el Anexo 9 del mismo, el OSITRAN 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 objetivo de la Concesión, objeto del presente Contrato.

Las referidas penalidades se aplicarán sin perjuicio de la función fiscalizadora y supervisora que corresponde al OSITRAN, de acuerdo a las Normas Regulatorias y Leyes Aplicables."

(Subrayado agregado)

97. Conforme a dicha disposición contractual, y aunado a lo indicado líneas arriba, se concluye que OSITRAN está facultado para aplicar las penalidades que estime pertinente, de acuerdo a la dimensión del incumplimiento por parte del Concesionario, así como para aplicar las sanciones en razón de su función fiscalizadora, pudiendo coexistir ambos elementos (penalidad y sanción)
98. Por tanto, la sanción y penalidad obedecen a ámbitos de aplicación distintos, siendo que la primera se tramita en el marco de un Procedimiento Administrativo Sancionador regulado por determinados principios, entre ellos, el de razonabilidad, el cual comprende el análisis de ciertos criterios; y, de otro lado, la penalidad que se somete a las disposiciones que las partes hayan acordado en el Contrato de Concesión. Es así que no existe una desproporción entre la penalidad y sanción, estando sujetas a diferentes criterios de determinación; en tal sentido, el argumento formulado por el Concesionario debe ser declarado infundado al carecer de fundamento legal y contractual.

Vulneración al Principio del Debido Procedimiento

99. El Concesionario señaló que la Resolución impugnada transgrede el Principio del Debido Procedimiento, al no habersele notificado de la apertura del periodo de pruebas, siendo que tomaron conocimiento del mismo a través de la notificación de la referida Resolución. De igual forma, indican que dicho Principio fue también vulnerado al no haber tenido derecho de informar oralmente ante el funcionario que iba a resolver el procedimiento administrativo sancionador. Asimismo, señala que en el presente caso se evidencia el incumplimiento de plazos para resolver el procedimiento administrativo.
100. Al respecto, el numeral 66.6 del artículo 66º del RIS establece lo siguiente:

"Artículo 66.- Procedimiento Sancionador

*El procedimiento administrativo sancionador de OSITRAN deberá seguir las siguientes reglas:
(...)*

66.6 Vencido el plazo para formular descargos, si el órgano instructor lo considera necesario, abrirá un período de pruebas que no podrá ser mayor a veinte (20) días.”

101. De esta manera, se advierte que la primera instancia, en su calidad de órgano instructor, luego de recibidos los descargos, puede abrir un periodo de pruebas durante el referido plazo; sin perjuicio de ello, en relación a la notificación de la apertura del periodo de pruebas alegada por el Concesionario, debemos destacar que tanto el RIS como el TUO LPAG no regulan y en consecuencia, no generan una obligación de la administración de realizar la notificación de dicha actuación, siendo suficiente que para el presente caso, el Concesionario haya sido notificado del inicio del procedimiento administrativo sancionador a través del Oficio N° 0115-2016-JFI-GSF-OSITRAN, con lo cual el recurrente tuvo pleno conocimiento del mismo, lo que evidentemente generó que el Concesionario mantenga durante todo el procedimiento el derecho de acceder en cualquier momento, de manera directa y sin limitación alguna, a la información contenida en el expediente del procedimiento administrativo, conforme a lo establecido en el numeral 3 del artículo 64¹⁰ del TUO LPAG.
102. Ahora bien, se advierte que el presente caso, con posterioridad a la recepción de los alegatos presentados por el Concesionario, la Administración en ejercicio de su potestad sancionadora ha realizado los actos necesarios para analizar las alegaciones formuladas por el Concesionario, recabando datos e información relevantes para determinar la existencia o no de responsabilidad por parte de AAP sin que se hayan incorporado nuevos hechos en el presente procedimiento administrativo sancionador, a mayor abundamiento si la normativa aplicable no establece la necesidad de notificar al administrado dichas actuaciones, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 235¹¹ de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, vigente al momento de la emisión de la Resolución de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 011-2017-GSF-OSITRAN que resolvió el presente procedimiento.
103. En tal sentido, en el presente caso, la primera instancia ha respetado el debido procedimiento, al haber realizado los actos pertinentes para verificar los descargos formulados por el Concesionario, aplicando para tales efectos los principios de impulso de oficio y verdad material¹² regulados en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.



¹⁰ **Artículo 64.- Derechos de los administrados**

Son derechos de los administrados con respecto al procedimiento administrativo, los siguientes:

(...)

3. Acceder, en cualquier momento, de manera directa y sin limitación alguna a la información contenida en los expedientes de los procedimientos administrativos en que sean partes y a obtener copias de los documentos contenidos en el mismo sufragando el costo que suponga su pedido, salvo las excepciones expresamente previstas por ley.”



¹¹ **Artículo 235.- Procedimiento sancionador**

Las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ceñirán a las siguientes disposiciones:

(...)

4. Vencido dicho plazo y con el respectivo descargo o sin él, la autoridad que instruye el procedimiento realizará de oficio todas las actuaciones necesarias para el examen de los hechos, recabando los datos e informaciones que sean relevantes para determinar, en su caso, la existencia de responsabilidad susceptible de sanción.

(...)”

¹² **1.3. Principio de impulso de oficio.-** Las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias.

1.11. Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

104. De otro lado, respecto a la supuesta vulneración del Principio del Debido Procedimiento al no haber tenido derecho de informar oralmente ante el funcionario que iba a resolver el procedimiento administrativo sancionador, debemos indicar que tal como lo dispone el numeral 1.2 del TUO LPAG relativo al Principio del debido procedimiento, los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo, tales como solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda.
105. Sin embargo, la mencionada norma no regula la forma de actuación para el otorgamiento del uso de la palabra; es decir, que la formalidad del mismo se debe sujetar en todo caso a los principios del procedimiento administrativo establecidos en el TUO LPAG, los mismos que sirven de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan presentarse en la aplicación de las reglas del procedimiento administrativo.
106. Es así que, acorde al principio de participación¹³, la primera instancia posibilitó la participación del Concesionario en el trámite del presente procedimiento administrativo sancionador, accediendo a su petición del uso de la palabra. De esta manera, conforme al Acta de Diligencia de Uso de la Palabra, de fecha 05 de octubre de 2016, el Concesionario suscribió la misma, aceptando que la diligencia se ejecute ante un representante del órgano resolutor. Inclusive, de acuerdo a lo señalado en dicha Acta, la Jefatura de Fiscalización le dio la oportunidad al Concesionario de prorrogar la fecha de informe oral, a lo que respondieron que no tenían inconveniente alguno en realizarla ante el representante del órgano resolutor, razón por la cual se grabó la diligencia con su respectiva conformidad.
107. Para una mejor apreciación, a continuación se transcribe parte de la referida Acta:

"(...)

II) La Jefe de Fiscalización (e) les mencionó a los representantes de la Entidad Prestadora que si ellos tenían a bien podría prorrogarse la fecha de informe oral. Ante lo cual los representantes mencionaron que no tenían inconveniente con realizarla hoy ante el señor Eric Charles Raphael Vontrat Lino. Por lo que contando con su conformidad se dio inicio a la diligencia de uso de la palabra. Se grabó la misma.

"(...)"

(Subrayado agregado)

108. En tal sentido, no resulta exacto lo argumentado por el Concesionario, considerando que su derecho a exponer sus alegatos en el informe oral ante el órgano competente estuvo debidamente salvaguardado, dándosele la alternativa de prorrogar la diligencia para que ésta se realice ante el titular del órgano resolutor; sin embargo, el Concesionario optó por aceptar que la misma se realice ante el representante del referido órgano.

En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a estas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público."

¹³ "1.12. Principio de participación.- Las entidades deben brindar las condiciones necesarias a todos los administrados para acceder a la información que administren, sin expresión de causa, salvo aquellas que afectan la intimidad personal, las vinculadas a la seguridad nacional o las que expresamente sean excluidas por ley; y extender las posibilidades de participación de los administrados y de sus representantes, en aquellas decisiones públicas que les puedan afectar, mediante cualquier sistema que permita la difusión, el servicio de acceso a la información y la presentación de opinión."

109. Cabe señalar que tal actuación por parte del Concesionario va en contra del principio de buena fe procedimental, en la que los administrados deben realizar sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo y la buena fe, al pretender la existencia de una afectación al debido procedimiento por el hecho de no informar oralmente ante el mismo funcionario que iba a resolver el procedimiento administrativo, cuando en realidad el mismo Concesionario aceptó realizar la audiencia de uso de la palabra ante un representante del órgano resolutor.
110. Inclusive, el cuestionamiento del Concesionario carece de relevancia en el sentido que la diligencia del uso de la palabra con la intervención del representante del órgano resolutor, no afectó el análisis del mismo, siendo que el órgano instructor mediante Nota N° 0219-2016-JFI-GSF-OSITRAN, comunicó la grabación de dicha diligencia al órgano resolutor, quien suscribió un Acta de visualización de diligencia de uso de la palabra, en la que dejó constancia de la visualización de la mencionada diligencia.
111. Por lo expuesto, el argumento del Concesionario en este extremo no debe ser atendido más aún si la norma aplicable en materia de procedimiento administrativo sancionador, no sanciona con nulidad los procedimientos cuyos informes orales hayan sido efectuados de la manera como lo efectuó la primera instancia administrativa.
112. De otro lado, el Concesionario también alega que la Resolución impugnada fue resuelta superando los plazos establecidos en el RIS.
113. Al respecto, el RIS establece los plazos para tramitar el Procedimiento Administrativo Sancionador, de esta manera, el órgano instructor del procedimiento cuenta con un plazo de veinte (20) días prorrogables para realizar la evaluación correspondiente a fin de determinar el inicio o no de un Procedimiento Administrativo Sancionador. Posteriormente, en caso de iniciar el procedimiento, se le otorga a la Entidad Prestadora un plazo de diez (10) días prorrogables por cinco (5) días más para formular sus descargos, vencido dicho plazo, el órgano instructor, si lo considera necesario abrirá un periodo de pruebas por un plazo no mayor a veinte (20) días. Luego de ello, el órgano instructor contará con un plazo de veinte (20) días contados a partir del día siguiente al vencimiento del plazo para formular descargos, o al vencimiento del término probatorio de ser el caso, para formular el informe y la propuesta de resolución y alcanzar los mismos al órgano resolutor. Finalmente, la resolución que disponga la sanción o la decisión de archivar el procedimiento deberá expedirse en un plazo que no excederá de diez (10) días contados a partir del día siguiente en que le sea alcanzada la propuesta de resolución.
114. Asimismo, cabe indicar que conforme al artículo 149.3° del TUO LPAG, el vencimiento del plazo para cumplir un acto a cargo de la administración, no exime de sus obligaciones establecidas atendiendo al orden público, en tanto que la actuación administrativa fuera de término no queda afectada de nulidad, salvo que la ley expresamente así lo disponga por la naturaleza perentoria del plazo. De esta manera, resulta claro que en el presente proceso no se ha incurrido en causal de nulidad por incumplimiento de plazos, más aún si no existe una norma que establezca la misma.
115. Por lo expuesto, el extremo del argumento formulado por el Concesionario relativo a la afectación del debido procedimiento ante la falta de notificación de la apertura del periodo de pruebas; el derecho de informar oralmente ante el funcionario que resuelve el procedimiento; y,



el exceso de plazos en los actos a cargo de la administración, carecen de sustento y no acarrear la nulidad de la resolución recurrida.

Determinación de la multa

116. AAP indicó que en relación a la determinación de la multa, la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 0011-2017-GSF-OSITRAN no sustentó legalmente ni justificó la aplicación de una tasa anual de 10.11% con base al modelo financiero de Proinversión, toda vez que ello no es contractual ni legalmente vinculante con el Concesionario. Asimismo, indicó que dicha resolución no justificó el incremento de 87.02 a 130 UIT, lo que deviene en arbitrario.
117. Sobre el particular, mediante Memorando N° 130-2017-GAJ-OSITRAN, la Gerencia de Asesoría Jurídica solicitó opinión a la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos, en relación a los argumentos sobre la cuantificación de la multa esgrimidos por AAP conforme al Recurso de Apelación interpuesto.
118. En respuesta a ello, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos mediante el Informe N° 036-17-GRE-OSITRAN, de fecha 24 de mayo de 2017, en relación a la aplicación de la tasa anual del modelo financiero de Proinversión, señaló que lo siguiente:

"32. Sobre el particular, cabe indicar que, desde un enfoque económico conceptual, el concepto de costo de oportunidad del capital alude a los beneficios que obtiene o planea obtener una determinada empresa por los recursos disponibles. Dichos recursos pueden obtenerse por no haber sido invertidos para el cumplimiento de una obligación contractual, de este modo, la posibilidad de obtener dichos beneficios son los que pueden generar incentivos a las empresas al incumplimiento de sus obligaciones.

33. En este sentido, de acuerdo a la teoría económica del "Public Enforcement of Law", la sanción a imponer debe buscar extraer ese beneficio que puede o está en posibilidad de obtener la empresa. Ello a fin de que dicha multa desincentive el incumplimiento de las obligaciones o normas.

34. En ese orden de ideas, la tasa de descuento que se utilice para el cálculo del beneficio ilícito en este tipo de casos debe ser lo más aproximada posible al costo de oportunidad de la empresa que comete la infracción.

35. En la práctica, y dependiendo de la disponibilidad de información, diversas tasas podrían ser admisibles con el fin de calcular un monto de beneficio aproximado tales como, tasas promedio de la rentabilidad del sector al que corresponde la empresa, margen de utilidad de la actividad económica, entre otras.

36. En el caso bajo análisis, la tasa de 10,11% anual en USD estimada por Proinversión en el Modelo Económico Financiero de la Concesión elegida por la primera instancia, a criterio de esta Gerencia, representa una medida bastante aproximada de la rentabilidad que el Concesionario espera obtener al invertir recursos en la Concesión, independientemente de que sea o no vinculante para AAP. Incluso, ante disponibilidad de información, la tasa utilizada por la JFI representaría mejor la rentabilidad que espera obtener AAP por invertir en la Concesión, que cualquier otra tasa sectorial de la que se disponga de información. En ese sentido, esta Gerencia considera dicha tasa resulta idónea para los fines de determinar el costo evitado temporal.

37. En resumen, esta Gerencia es de la opinión que la tasa elegida por la primera instancia es consistente con el enfoque económico de costo de oportunidad del capital, por lo que es válida



para la determinación del costo evitado temporal correspondiente a AAP, pues permite estimar el beneficio que dicha Entidad Prestadora obtuvo o planeaba obtener al incumplir sus obligaciones contractuales y, en su lugar, destinar tales recursos económicos a otras actividades de la Concesión.”

119. Al respecto, si bien es cierto que el modelo económico financiero elaborado por Proinversión durante el trámite del Concurso de Proyectos Integrales para la Concesión del Segundo Grupo de Aeropuertos de Provincia de la República del Perú, resulta relevante en la etapa previa a la versión final del Contrato de Concesión, cabe resaltar que dicho modelo en el presente procedimiento se está utilizando como un referente del beneficio que el Concesionario obtuvo o planeaba obtener al incumplir su obligación contractual materia del presente procedimiento administrativo sancionador. Como se verá más adelante, la teoría económica en materia sancionadora, señala que un elemento primordial para el cálculo de una sanción que desincentive de manera óptima comportamientos indebidos, es el beneficio ilegalmente obtenido, para lo cual la tasa anual estimada en el referido modelo económico financiero resulta apropiada, lo cual ha sido corroborado por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos a través del Informe N° 036-17-GRE-OSITRAN.
120. De otro lado, respecto al argumento del Concesionario referido a que la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 0011-2017-GSF-OSITRAN no justificó el incremento de 87.02 a 130 UIT, debemos indicar que dicho argumento esgrimido por el Concesionario guarda relación con la aplicación del Principio de Razonabilidad en materia administrativa sancionadora. De acuerdo con dicho principio, las decisiones de la administración que creen obligaciones, tipifiquen infracciones, impongan sanciones o establezcan restricciones a los administrados, deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida, manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido¹⁴.
121. En esa línea, la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, vigente a la fecha de emisión de la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 0011-2017-GSF-OSITRAN, contemplaba la aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad para el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa, en los siguientes términos:

"Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:

- a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;*
- b) El perjuicio económico causado;*

¹⁴ Tuo de la Ley 27444

"Título Preliminar

Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1.4. Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido."

- c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción;
- d) Las circunstancias de la comisión de la infracción;
- e) El beneficio ilegalmente obtenido; y
- f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor”

(Subrayado agregado)

122. Adicionalmente, el RIS en su artículo 4º señala que para determinar la cuantía de la sanción, en aplicación del Principio de Razonabilidad contemplado en la disposición normativa indicada en el numeral anterior, OSITRAN empleará los siguientes criterios:

“Artículo 4. - Principios de la Potestad Sancionadora

(...)

4.2 Para efectos de determinar la cuantía de la sanción una vez tipificada la infracción, en aplicación con el Principio de Razonabilidad contemplado en el numeral 3 del Artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General N° 27444 OSITRAN empleará los siguientes criterios:

- Intencionalidad.
- Perjuicio causado.
- Circunstancias de la comisión de la infracción.
- Repetición en la comisión de la infracción.

Adicionalmente tendrá en consideración los siguientes criterios:

- Efectos en la calidad del servicio a los usuarios.
- Conducta procesal.”

123. Dicho ello, acorde con las disposiciones legales en materia sancionadora, se puede advertir que el principal objetivo que debe buscar la autoridad con la imposición de una multa es disuadir la realización de infracciones, lo que se logra calibrando la multa de forma que no resulte más rentable, beneficioso o ventajoso para el infractor realizar la infracción y pagar la multa, que no realizar la infracción. La Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, señaló esto mismo cuando, refiriéndose al principio de razonabilidad indicó que: “Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción (...)”.

124. Asimismo, dicha Ley estableció que las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción. En dicho análisis, debe tomarse en cuenta diversos criterios para graduar la sanción en cada caso concreto, tales como: la gravedad del daño causado a la sociedad, el perjuicio económico, la reincidencia en la comisión de la misma infracción, las circunstancias de la comisión de la infracción, el beneficio ilícito y la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

125. Así, de acuerdo con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, cuando se ejerce la potestad sancionadora, las autoridades administrativas deben considerar las circunstancias particulares vinculadas a la conducta infractora con la finalidad de apreciar su real dimensión y, en tal sentido, motivar el incremento o la disminución de la sanción. Al respecto, Morón señala

que dicho principio constituye un test o canon de valoración para evaluar los actos de la Administración Pública que inciden sobre los derechos de los administrados. Dicho principio cobra especial relevancia en el ámbito sancionador puesto que permite evaluar si la intromisión estatal en la esfera de los administrados resulta o no excesiva⁴⁵.

126. Consecuentemente, el hecho de que las sanciones aplicadas sean razonables y proporcionales resulta importante pues, de otro modo, los administrados las percibirían como "injustas" y/o tendrían más argumentos para impugnarlas, lo que dificultaría que los administrados tomen conciencia de la necesidad de cumplir la ley.
127. En otras palabras, la aplicación de sanciones debe buscar evitar, en el marco del principio de razonabilidad, que la autoridad incurra en dos extremos contrarios a este principio: el exceso de punición y la infra punición. Un primer exceso de punición lo encontramos cuando no se ponderan las circunstancias atenuantes y agravantes para que la sanción sea proporcional. No debemos perder de vista que todo administrado tiene derecho a que las sanciones que se les impongan sean razonables y proporcionales al hecho infractor, dentro de los rangos mínimos y/o máximos posibles que se hubieran fijado legalmente, de modo que sólo podrán ser elevadas las sanciones si convergen aspectos agravantes y la conducta carece de circunstancias atenuantes señaladas en las normas. Por el contrario, la infra punición implica no afectar o afectar levemente al infractor, de modo que la sanción aplicable no llegue a ser disuasiva.
128. Entonces, a fin de calcular las multas de manera objetiva y con la finalidad de evitar una actuación eminentemente discrecional que lleve a situaciones de exceso de punición o de infra punición, las multas que se impongan siempre deben tener como objetivo eliminar los beneficios derivados de incumplir la normativa vigente o las obligaciones asumidas contractualmente. Ciertamente excluir el beneficio obtenido por los infractores solo los colocaría en la misma situación en la que se encontraban antes de incumplir la norma. Por ello, para lograr un adecuado efecto disuasorio, la sanción debe incluir un monto adicional para neutralizar los beneficios ilegalmente obtenidos. Por lo tanto, las multas deben incluir factores adicionales que reflejen la seriedad de la violación de la norma, tales como los factores agravantes, asegurándose así un adecuado desincentivo.
129. Si bien la legislación enuncia los criterios para el establecimiento de multas, esta no especifica la forma en que dichos criterios deben calcularse. En tal sentido, a fin de evitar un amplio margen de discrecionalidad respecto al cálculo de multas, lo cual puede conllevar a que estas no sean disuasivas de las conductas ilegales, OSITRAN ha señalado en anteriores oportunidades la necesidad de aplicar la teoría económica referida a la forma óptima en que el Estado puede hacer cumplir las normas (public enforcement of law), por su capacidad de cuantificar adecuadamente las multas. Así, de acuerdo a esta teoría, una multa óptima debe ser igual o superior al beneficio esperado de realizar la infracción, de modo que respetar las normas sea más beneficioso que incumplirlas.
130. En tal sentido, la teoría económica sugiere que la multa óptima se debe calcular empleando el beneficio ilícito dividido entre la probabilidad de detección (multa base) y todo esto multiplicado por un factor F, que considere el daño potencial causado, además de las circunstancias atenuantes y agravantes establecidas, de modo que se cumpla con la función de disuadir la infracción.

⁴⁵ MORON URBINA, Juan Carlos. Op. Cit. pág. 702-703

131. En términos generales, esta metodología de cálculo de multas se reconoce en el medio nacional. Por ejemplo, OSINERGMIN señala lo siguiente:

"(...)

Debido a los problemas que pueden surgir al estimar el daño asociado a las infracciones; a la naturaleza de las actividades de OSINERGMIN y al objetivo de disuadir el incumplimiento de los reglamentos que están vigentes a la fecha; OSINERGMIN consideró necesario modificar la regla de cálculo de primer mejor para generar los incentivos suficientes que disuadan a las empresas de cometer las infracciones.

Considerando un beneficio ilícito (B), un esfuerzo de fiscalización fijo (e) y una probabilidad de detección (p), la multa administrativa será disuasiva cuando se consideren los beneficios ilícitos (B) (...)"

132. En el mismo sentido, el INDECOPI señala que:

"La teoría económica que versa sobre la forma óptima de disuasión de conductas ilícitas (...) refiere que para alcanzar la disuasión óptima de conductas ilícitas, la entidad pública cuenta con dos instrumentos: la multa (m) y el nivel de esfuerzo o gasto en la detección y sanción de infractores (e), que se traduce en una probabilidad de captura y sanción (p(e)). Así, para un nivel dado de esfuerzo o gasto (e), el nivel de multa óptimo es igual a la ratio entre el daño causado con la infracción (h) y la probabilidad de detección (p) (...)

Es importante destacar que en la literatura económica, la multa descrita en la ecuación anterior, reduce las infracciones hasta un nivel "óptimo", pero esto no implica la disuasión de todas las conductas ilícitas. Ello se debe a que esta ecuación resulta de maximizar una función de bienestar social que se construye restando a los beneficios ilícitos el daño generado por dichos actos y el costo social incurrido en la detección e imposición de sanciones. En tal sentido, si bien aquellas infracciones que generan un beneficio ilícito superior al daño reciben una multa, no son disuadidas totalmente mediante la aplicación de la fórmula arriba señalada.

Es por lo anterior que, buscando que la multa sea totalmente disuasiva, se propone emplear el beneficio ilícito además de la probabilidad de detección de la infracción como los principales criterios de determinación de la sanción. A este valor se le denomina multa base. Adicionalmente, se propone que la multa base sea multiplicada por un factor F, cuyo valor es determinado considerando las circunstancias agravantes y atenuantes, específicas a cada infracción (...)

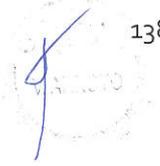
En resumen, tres elementos son necesarios para determinar una multa disuasiva:

- Beneficio ilícito
- Probabilidad de detección y sanción
- Factor que recoge los atenuantes y agravantes"

133. De igual manera, el OEFA en su Metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones, señala lo siguiente:

"Debe tenerse en cuenta que en la mayoría de los casos los daños concretos (...) son difíciles de cuantificar (...). Por lo tanto, usualmente no se cuenta con información que nos permita realizar el cálculo del valor de daño con facilidad.

En atención a lo expuesto, y buscando que las sanciones a imponer constituyan un adecuado desincentivo, se empleará el beneficio ilícito (B), dividido entre la probabilidad de detección (p) y todo esto multiplicado por un factor F, cuyo valor considera el daño potencial y/o real, además de las circunstancias agravantes y atenuantes, específicas de cada infracción” .

134. Así, para efectos del cálculo de la multa base, debe considerarse que el beneficio ilícito consiste, en términos generales, en el beneficio que el infractor obtuvo o pudo haber obtenido por la realización de la infracción (conducta ilegal) y que, en consecuencia, motivó su decisión. Por su parte, la probabilidad de detección y sanción consiste en la probabilidad de que el organismo regulador detecte la comisión de una infracción e imponga la sanción. La detección de una infracción es imperfecta, debido a que difícilmente se puede supervisar cada una de las acciones de los administrados, por la cantidad de recursos que ello requeriría. Esta imperfección en los sistemas de supervisión, incentiva a los administrados a cometer infracciones que les permita lograr algún tipo de beneficio, ya sea monetario o con el ahorro de esfuerzos o costos.
135. Este elemento es importante debido a que el infractor podría considerar que, aun cuando podría perder el beneficio ilegal como consecuencia de la imposición de una sanción, le conviene realizar la infracción si no existe mayor riesgo de ser detectado y sancionado. De esta forma, la probabilidad de detección y sanción en el cálculo de la multa actúa como un ponderador del beneficio ilegal: si la conducta es fácilmente identificable, la probabilidad de detección es cercana a 1 (100%), por lo que la ratio formada por el beneficio ilegal y la probabilidad será cercana al valor del beneficio ilegal. En el polo opuesto, si la conducta es bastante difícil de descubrir para la autoridad, la probabilidad de detección será cercana normalmente a 0.1 (10%), pudiéndose construir rangos intermedios (normalmente que van entre 0.25 o 25%, 0.5 o 50% y 0.75 o 75%), dependiendo del nivel de probabilidad de detección y sanción que enfrente la autoridad.
136. Respecto de la valoración de las circunstancias atenuantes y agravantes, el OSITRAN en anteriores pronunciamientos ha señalado que, si bien dicha valoración es principalmente cualitativa, para efectos de determinar la multa en un escenario en el que se presente un beneficio ilícito, esta valoración cualitativa se suele convertir a un valor numérico del factor F de entre 0,70 y 2, a fin de reducir discrecionalidad en el análisis de dichas circunstancias.
-  137. Como puede apreciarse, la aplicación de una sanción de acuerdo con los parámetros antes indicados, requiere necesariamente la existencia de un beneficio ilegal obtenido como consecuencia de la conducta infractora, el cual debe ser dividido entre la probabilidad de detección, a cuyo resultado se le deben aplicar los agravantes y atenuantes, con un factor entre 0,70 y 2, lo cual debe dar la multa final.
-  138. En el presente caso, la primera instancia administrativa concluyó que el Concesionario incumplió las obligaciones establecidas en las Cláusulas 6.1, 6.2 y 6.8, así como el numeral 5 del Apéndice 2 del Anexo 16 del Contrato de Concesión, al no haber realizado de manera inmediata las labores de mantenimiento correctivo de los vehículos SEI E-ONE R-13, R-14, R-17, R-19, R-20, R-21 y R-22, constituyendo la infracción prevista en el numeral 15.1 del artículo 15º del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN. En tal sentido, determinó que AAP obtuvo un beneficio ilegal total de 87.02 UIT.
139. En base al análisis señalado, el monto del beneficio ilegal calculado debe ser dividido entre la probabilidad de detección para obtener la multa base, y ésta a su vez debe ser multiplicada por

un factor F, que considera las circunstancias atenuantes y agravantes que correspondan al presente caso.

140. Dicho ello, se advierte que en el procedimiento administrativo materia del presente informe, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización consideró que la probabilidad de detección del incumplimiento incurrido es de 1, lo cual no ha sido discutido por el Concesionario.
141. Respecto a la aplicación de atenuantes y agravantes, en el presente caso la primera instancia, considerando la gravedad en lo referido al daño al interés público, el perjuicio económico causado, las circunstancias de la comisión de la infracción, el beneficio ilegalmente obtenido, la intencionalidad de la conducta del infractor y el efecto en la calidad del servicio a los usuarios, teniendo en consideración el objeto y la finalidad de la sanción administrativa; y atendiendo a que no se establece en el artículo 61° del RIS un parámetro mínimo para establecer la multa a ser aplicada, se consideró el Principio de Proporcionalidad, por lo que se procedió a aplicar una multa de 130 UIT.
142. Al respecto, el recurso impugnatorio presentado por el Concesionario, cuestiona los siguientes elementos del principio de razonabilidad establecidos en el TUO LPAG:

- Intencionalidad: AAP indica que en el presente caso no se evidencia mala fe o actuación dolosa por parte del mismo, siendo que por el contrario, puso en conocimiento de OSITRAN de manera proactiva la probabilidad de futuras intervenciones de correctivos de los vehículos SEI.

Sobre ello, de acuerdo al análisis efectuado por la primera instancia de acuerdo al Informe N° 0017-2017-JFI-GSF-OSITRAN, se tiene que de lo actuado en el expediente administrativo se puede inferir la existencia de intencionalidad del Concesionario en la infracción cometida, pues conforme lo establecen las cláusulas 1.76, 6.8 y el numeral 5 del apéndice 2 del Anexo 16 del Contrato de Concesión, las labores de mantenimiento correctivo deben ejecutarse de manera inmediata; sin embargo, el Concesionario no realizó el íntegro de dichas labores de mantenimiento correctivo, limitándose a realizar unas cuantas reparaciones respecto de tres de los siete vehículos SEI. Por tanto, queda corroborada la intencionalidad por parte del Concesionario al conocer la existencia de las fallas a los vehículos SEI, inclusive antes de remitir la Carta N° 793-2014-AAP.

- Perjuicio causado: el Concesionario señala que en el presente caso no existe daño cierto efectivo ni al Concedente ni a los usuarios intermedios o finales, en razón que a pesar de las falencias de los vehículos, éstos estuvieron en operatividad gracias a los mantenimientos preventivos y correctivos que oportunamente se realizaron.

En tal sentido, conforme a lo señalado por la primera instancia en el Informe antes mencionado, el incumplimiento en la realización de las labores de mantenimiento correctivo de los vehículos SEI habría afectado negativamente las actividades aeroportuarias y habría incrementado los costos por una mayor ejecución de intervenciones, en tal sentido el cuestionamiento del Concesionario en este extremo debe ser desestimado.



- Circunstancias de la comisión de la infracción: AAP precisa que se debe tener en cuenta el estado situacional en el que recibieron los vehículos SEI, siendo que su antigüedad y deficiente mantenimiento realizando antes de la entrega de la Concesión, ha dificultado la realización de los mantenimientos por parte suya.

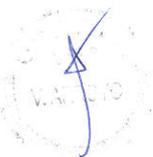
Al respecto, tal como manifestó la primera instancia en el Informe que sustenta la resolución impugnada, se consideró el tiempo transcurrido (sin perjuicio que el overhaul concluyó en diciembre de 2013) desde que el concesionario mediante Carta N° 793-2014-AAP, de fecha 03 de noviembre de 2014, comunicó al Regulador las labores de mantenimiento correctivo que debían realizarse de manera inmediata en los vehículos SEI hasta la fecha de inicio del presente procedimiento sancionador, observándose que habrían transcurrido casi dos años. En consecuencia, el Concesionario supo desde el otorgamiento de la Concesión, el estado de los bienes que le fueron entregados por el Concedente, aceptando bajo su propio riesgo y responsabilidad, las acciones de mantenimiento que le correspondía realizar.

- Repetición en la comisión de la infracción: el Concesionario indica que no existe reincidencia en la infracción ya que no se tienen antecedentes sobre el incumplimiento de la obligación de realizar mantenimientos a los bienes de la Concesión.

Sobre el particular, la primera instancia coincide con el Concesionario al señalar que no se ha identificado evidencia que el Concesionario haya incurrido en una infracción similar con anterioridad.

143. Asimismo, sin perjuicio de lo cuestionado por el Concesionario, de la lectura del Informe N° 0017-2017-JFI-GSF-OSITRAN que sustenta la resolución recurrida, en torno a las circunstancias agravantes y atenuantes, se advierte que la primera instancia ha determinado que en el presente caso; se concluye lo siguiente, lo cual no ha sido cuestionado por el Concesionario:

- Hay afectación al interés público en vista que al no haber realizado de manera inmediata las labores de mantenimiento correctivo de los vehículos SEI se habría brindado un servicio de protección de incendios con operatividad disminuida, y también habría afectación al bien jurídico protegido constituido por los bienes de la concesión (Vehículos SEI) los cuales habrían sufrido reducción de su vida útil y eficiencia.
- En relación al beneficio ilegal obtenido, éste corresponde al monto del costo evitado temporalmente por la entidad prestadora conformado por los recursos que tuvo indebidamente a disposición, y sobre los que obtuvo beneficios ilegales al rentabilizarlos durante el tiempo que dispuso indebidamente de ellos.
- Respecto a los efectos en la calidad del servicio a los usuarios, resulta evidente que incumplir con las labores de mantenimiento correctivo de los vehículos SEI; obligación establecida en las Cláusulas 6.1, 6.2 y 6.8; así como en el numeral 5 del apéndice 2 del Anexo 16 del Contrato de Concesión, afecta directamente la calidad de la prestación del servicio a los usuarios; por ello, se debe considerar lo expuesto por la Jefatura de Contratos Aeroportuarios en el numeral 98 del Informe N° 0453-2016-JCA-GSF-OSITRAN en el cual se señala como posibles afectados: *"a todos los usuarios del aeropuerto, sean pasajeros y líneas aéreas, toda vez que, al no haber realizado el*



mantenimiento correctivo a las partes defectuosas e inoperativas de los vehículos SEI, no se estaría brindando un servicio de extinción de incendios en condiciones adecuadas para su utilización".

- No se advierte que el Concesionario haya mantenido una inadecuada conducta procesal durante la evaluación de la primera instancia en el procedimiento administrativo sancionador.
 - No se configura en el caso materia de análisis la subsanación voluntaria ni el error inducido.
144. Respecto de la valoración de las circunstancias atenuantes y agravantes, como se ha indicado anteriormente, dicha valoración es principalmente cualitativa, para efectos de determinar la multa en un escenario en el que se presente un beneficio ilícito. Esta valoración se suele convertir a un valor del factor F de entre 0,70 y 2, a fin de reducir discrecionalidad en el análisis de dichas circunstancias.
145. De lo expuesto y conforme al expediente del presente procedimiento administrativo sancionador, en lo referido al cálculo de la multa, se concluye que la primera instancia ha considerado de manera correcta el Principio de Razonabilidad previsto por la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, y que dicho cálculo ha empleado una metodología objetiva que garantiza además proporcionalidad de la multa respecto a la conducta infractora del Concesionario, sin que los argumentos del mismo hayan desvirtuado el cálculo de la multa base (87.02 UIT), ni la ponderación de agravantes y atenuantes que ha realizado la primera instancia que conllevó a sancionar al Concesionario con 130 UIT.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

146. De la lectura de la Resolución impugnada y del informe que la sustenta, se concluye que sí se han tomado en consideración los argumentos del Concesionario presentados en la tramitación en primera instancia del procedimiento administrativo sancionador, por lo que en este extremo la citada Resolución no adolece de falta de motivación. Asimismo, en relación al Principio de Tipicidad, no se aprecia una vulneración al mismo, considerando que en el presente caso se verifica que la primera instancia ha evaluado los hechos que identifican el tipo infractor atribuido en el numeral 15.1 del artículo 15° del RIS.
147. El argumento del Concesionario relativo a la ausencia de pruebas que demuestren que al 03 de noviembre de 2014 se habrían presentado fallas a los vehículos SEI, queda desvirtuado, en razón que ha quedado demostrado que el Concesionario sí conocía en dicha fecha las fallas de los vehículos SEI, inclusive desde su entrega, a través de las Actas de Inventario Inicial. Asimismo, en relación al argumento del Concesionario sobre la aplicación de la penalidad establecida en el Anexo 9 del Contrato de Concesión, se ha determinado que no existe una desproporción entre la penalidad y la sanción, estando éstas sujetas a diferentes criterios de determinación, en tal sentido, el argumento formulado por el Concesionario en este extremo también carece de fundamento legal y contractual.
148. El argumento formulado por el Concesionario relativo a la afectación del debido procedimiento ante la falta de notificación de la apertura del periodo de pruebas, el derecho de informar



oralmente ante el funcionario que resuelve el procedimiento, y el exceso del plazo en resolver el procedimiento administrativo, carecen de sustento y no acarrear la nulidad de la resolución recurrida.

149. La primera instancia ha considerado de manera correcta el Principio de Razonabilidad previsto por la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, considerando que dicho cálculo ha empleado una metodología objetiva que garantiza además proporcionalidad de la multa respecto a la conducta infractora del Concesionario, sin que los argumentos del mismo hayan desvirtuado el cálculo de la multa base (87.02 UIT), ni la ponderación de agravantes y atenuantes que ha realizado la primera instancia que conllevó a sancionar al Concesionario con 130 UIT.
150. Se recomienda declarar infundado el Recurso de Apelación interpuesto por el Concesionario contra la Resolución de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 0041-2017-GSF-OSITRAN, por los fundamentos antes expuestos.

Atentamente,



SUSANA VILLAVICENCIO MALTESSE
Gerente de Asesoría Jurídica (e)

Reg. Sal: 21219-17
Ref. 17623-JFI-GSF
jzr



OSITRAN GERENCIA GENERAL	
PROVEIDO N°
PARA
ACCIONES A SEGUIR:	
<input type="checkbox"/> Atención y Fines	<input type="checkbox"/> Conocimiento y Fines
<input type="checkbox"/> Revisión	<input type="checkbox"/> Seguimiento
<input type="checkbox"/> Opinión	<input type="checkbox"/> Elaborar Informe
<input type="checkbox"/> Evaluar	<input type="checkbox"/> Proyectar Respuesta
<input type="checkbox"/> Informar	<input type="checkbox"/> Sugerir Acciones
<input type="checkbox"/> Imprimir Proyecto	<input type="checkbox"/> Proceder Conforme al marco legal vigente
.....	
.....	
FECHA	