RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL

Lima, 21 de julio de 2016 N° 091-2016-GG-OSITRAN

VISTOS:

El Recurso de Apelación presentado por la empresa Concesionaria Aeropuertos del Perú S.A. contra la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 0045-2016-GSF-OSITRAN; el Informe N° 065-16-GAJ-OSITRAN de fecha 20 de julio de 2016, emitido por la Gerencia de Asesoría Jurídica; y,

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 11 de diciembre de 2006 el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y la empresa Concesionaria Aeropuertos del Perú S.A. (el Concesionario, en adelante), suscribieron el Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Mejoramiento, Mantenimiento y Explotación del Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia de la República del Perú (el Contrato de Concesión, en adelante);

Que, mediante Informe N° 559-2015-JCA-GSF-OSITRAN de fecha 28 de octubre de 2015, la Jefatura de Contratos Aeroportuarios comunicó a la Jefatura de Fiscalización que el Concesionario no cumplió con efectuar el pago oportuno del Aporte por Regulación de los períodos enero-2012 y diciembre-2013, pues, debió efectuar el pago en las fechas 9 de febrero de 2012 y 15 de enero de 2014, respectivamente; esto es, en la fecha en que el Concesionario debía pagar el IGV, de acuerdo al cronograma establecido por la SUNAT, conforme lo dispone el artículo 5 del Reglamento de Aporte por Regulación; sin embargo, el Concesionario realizó el pago total de la deuda con un (1) día de atraso en el período enero-2012 y seiscientos cincuenta y ocho (658) días de atraso en el período diciembre-2013; por ello, la Jefatura de Contratos Aeroportuarios recomendó en el referido Informe evaluar la posibilidad de iniciar un Procedimiento Administrativo Sancionador (PAS) al Concesionario;

Que, con fecha 23 de diciembre de 2015, mediante Oficio N° 0095-2015-JFI-GSF-OSITRAN, se notificó al Concesionario del presunto incumplimiento de la obligación establecida en la cláusula 14.6 del Contrato de Concesión y el artículo 5 del Reglamento del Aporte por Regulación, conductas calificadas como infracción grave relativa al incumplimiento de pago del Aporte por Regulación, conforme lo prevé el artículo 50 del Reglamento de Infracciones y Sanciones del OSITRAN; en tal sentido, la Jefatura de Fiscalización otorgó al Concesionario un plazo de diez (10) días hábiles, a efectos de que presente sus descargos;

Que, mediante Carta N° 19-2016-GR-AdP de fecha 07 de enero de 2016, el Concesionario solicitó a OSITRAN se le conceda el periodo adicional de cinco (05) días hábiles a fin de presentar sus descargos, dada la complejidad del caso; periodo adicional que fue concedido por la Jefatura de Fiscalización de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización a través del Oficio N° 0002-2016-JFI-GSF-OSITRAN, de fecha 08 de enero de 2016;

Que, el 15 de enero de 2016, mediante Carta N° 66-2016-GR-AdP, el Concesionario remitió a OSITRAN una propuesta de Compromiso de Cese respecto a los incumplimientos notificados mediante Oficio N° 0095-2015-JFI-GSF-OSITRAN;

Que, el 27 de enero de 2016, a través de la Carta N° 109-2016-GR-AdP, el Concesionario remitió a la Jefatura de Fiscalización el original de la Constancia de Transferencia emitida por el Banco de

Calle Los Negocios 182 piso 4, Surquillo - Lima
Central telefónica: 440-5115
www.ositran.gob.pe

Crédito del Perú (BCP) respecto del pago del Aporte por Regulación correspondiente al mes de diciembre-2013;

Que, el 29 de enero de 2016, mediante Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 16-2016-GSF-OSITRAN, se dispuso el archivo del PAS, en el extremo referido al supuesto incumplimiento del pago de Aporte por Regulación del período diciembre-2013, dentro del plazo establecido en el artículo 5 del Reglamento de Aporte por Regulación de OSITRAN, en el marco de lo establecido por el artículo 68 del Reglamento de Infracciones y Sanciones del OSITRAN; dicha Resolución se sustentó en el Informe N° 0024-2016-JFI-GSF-OSITRAN, emitido por la Jefatura de Fiscalización;

Que, asimismo, mediante Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 0017-2016-GSF-OSITRAN, de fecha 29 de enero de 2016, se desestimó la propuesta de Compromiso de Cese presentada por el Concesionario, por el incumplimiento de la obligación de pago oportuno del Aporte por Regulación correspondiente al período enero-2012;

Que, el 02 de febrero de 2016, mediante el Oficio N° 0013-2016-JFI-GSF-OSITRAN, la Jefatura de Fiscalización comunicó al Concesionario la continuación del procedimiento administrativo sancionador, otorgándole un plazo de diez (10) días hábiles para que proceda a efectuar sus descargos;

Que, el 18 de febrero de 2016, mediante Escrito N° 1, el Concesionario cumplió con presentar sus descargos, dentro del plazo otorgado;

Que, a través de la Nota N° 0056-2016-JFI-GSF-OSITRAN, de fecha 17 de marzo de 2016, la Jefatura de Fiscalización inició el período de pruebas, en el marco del procedimiento previsto en el artículo 66.6 del Reglamento de Infracciones y Sanciones del OSITRAN;

Que, posteriormente, por Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 0045-2016-GSF-OSITRAN, emitida el 17 de mayo de 2016, sustentada en el Informe N° 0064-2016-JFI-GSF-OSITRAN, notificada al Concesionario el 19 de mayo de 2016, a través del Oficio N° 0220-2016-GSF-OSITRAN, se resolvió, entre otros, lo siguiente:

- Declarar que la empresa Aeropuertos del Perú S.A. incumplió la obligación establecida en el artículo 5 del Reglamento de Aporte por Regulación al no haber efectuado el pago del Aporte por Regulación correspondiente al periodo enero-2012, en la oportunidad establecida en el Reglamento referido, configurándose así la infracción tipificada en el artículo 50 del Reglamento de Infracciones y Sanciones del OSITRAN.

- Imponer a la empresa Aeropuertos del Perú S.A. a título de sanción, una multa equivalente a 0.10 UIT por la infracción cometida en el período enero-2012; la misma que deberá ser pagada de acuerdo al artículo 75 del Reglamento de Infracciones y Sanciones del OSITRAN.

Que, con fecha 8 de junio del 2016, el Concesionario interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 0045-2016-GSF-OSITRAN, solicitando se declare fundado y en consecuencia se deje sin efecto la resolución impugnada y se proceda a su archivo definitivo, señalando los siguientes argumentos:

- El Tribunal Constitucional ha manifestado que en tanto el Aporte por Regulación tiene naturaleza tributaria, todas aquellas disposiciones correspondientes a sanciones e intereses se regirán en atención a lo dispuesto por el Código Tributario.

Calle Los Negocios 182 piso 4, Surquillo - Lima
Central telefónica: 440-5115
www.ositran.gob.pe

- La resolución que le impuso la sanción, habría transgredido el principio de Reserva de Ley en materia tributaria, recogida en el artículo 164 del Código Tributario, debido a que solo por ley, o norma con rango de ley, se puede definir las infracciones y establecer sanciones; por ello, al haberse aprobado el Reglamento de Infracciones y Sanciones mediante Resolución de Consejo Directivo de OSITRAN, no se ha cumplido con el referido principio, ya que dicha norma no es una ley, ni tampoco es un supuesto de delegación de facultades en materia tributaria que se regula por medio de un Decreto Legislativo; por ello, la Resolución materia de impugnación ha incurrido en el supuesto de nulidad contenido en el numeral 1 del artículo 10 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

- Se habría vulnerado el principio de proporcionalidad, pues la sanción sería arbitraria y desproporcionada, transgrediendo con ello el principio de razonabilidad recogido tanto en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, así como en el artículo 230.3 de la citada Ley, más aún si la primera instancia no cumplió con evaluar ni sustentar adecuadamente cada uno de los criterios que conforman el referido principio, que conllevaron a la imposición de la sanción.

Que, la Gerencia General de OSITRAN tomó conocimiento del recurso de apelación el 9 de junio de 2016;

Que, luego del análisis efectuado, la Gerencia de Asesoría Jurídica mediante el Informe Nº 065-16-GAJ-OSITRAN, recomendó declarar fundado en parte el Recurso de Apelación presentado por la empresa Concesionaria Aeropuertos del Perú S.A., conforme a lo siguiente:

- En virtud de la naturaleza contractual y legal del Aporte por Regulación, y sin perjuicio de su naturaleza tributaria, no resulta contrario al Código Tributario que en el presente caso se haya aplicado al Concesionario una sanción por no haber efectuado el pago íntegro y oportuno del Aporte por Regulación, toda vez que dicha infracción, además de no encontrarse prevista en el Código Tributario, fue impuesta acorde con la normativa vigente que atribuye a OSITRAN la facultad de tipificar y sancionar infracciones relacionadas con la falta de pago del Aporte por Regulación, o con su pago incompleto o pago extemporáneo; por lo que corresponde declarar infundado en dicho extremo el recurso de apelación presentado por el Concesionario.

- La Gerencia de Supervisión y Fiscalización, al momento de aplicar la multa, no realizó una adecuada motivación ni aplicación del principio de razonabilidad y proporcionalidad acorde con las circunstancias del caso concreto, razón por la cual este extremo del recurso debe ser declarado fundado.

- El numeral 2 del artículo 235 de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y el artículo 68 – A del Reglamento de Infracciones y Sanciones del OSITRAN facultan a la primera instancia a realizar un análisis costo beneficio para determinar si procede o no a ejercer la potestad sancionadora en un caso concreto. Si bien dicho análisis es potestativo para la Administración, su utilización se justifica en casos como el presente, en el que, el beneficio ilícito obtenido por el Concesionario resulta exiguo (para el caso: S/. 0,0078), siendo claramente mayores los costos en los que tiene que incurrir el OSITRAN para llevar a cabo el PAS, a mayor razón si la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo establece que la Administración debe realizar su gestión propendiendo a la utilización óptima y eficiente de los recursos.

- En tal sentido, se recomienda declarar fundado en parte el recurso de apelación presentado por el Concesionario contra la Resolución de Gerencia de Supervisión y

OSITRAN V°B° JP CALLE GERENTE DE ASESORÍA JURÍDICA

OSITRAN V°B° P. [illegible] GERENTE ADJUNTO DE LA GERENCIA GENERAL

OSITRAN V°B° E. [illegible] ASESORÍA EN GESTIÓN DIRECTIVA - GERENCIA GENERAL

Calle Los Negocios 182 piso 4, Surquillo - Lima
Central telefónica: 440-5115
www.ositran.gob.pe

Fiscalización N° 045-2016-GSF-OSITRAN y, en consecuencia, dejar sin efecto el artículo 2 de dicha resolución, a través del cual se impone como sanción al Concesionario una multa de 0.10 UIT por el incumplimiento del pago oportuno del Aporte por Regulación correspondiente al período enero-2012, disponiéndose que la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, con el informe respectivo de su Jefatura de Fiscalización, cumpla con motivar adecuadamente la sanción que corresponda imponer al Concesionario, en base a lo señalado en el Informe emitido por la Gerencia de Asesoría Jurídica, en estricta observancia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; dejando a salvo la facultad que tiene la primera instancia de efectuar el análisis costo – beneficio y evaluar que el hallazgo no haya generado grave daño a los usuarios ni haya severidad en la afectación del interés público involucrado, de conformidad con lo establecido en establecido en el numeral 2 del artículo 235 de la Ley N° 27444 y en el artículo 68 – A del Reglamento de Infracciones y Sanciones del OSITRAN.

Que, tal como lo manifiesta la Gerencia de Asesoría Jurídica en el Informe N° 065-16-GAJ-OSITRAN, el Consejo Directivo de OSITRAN mediante el literal d) del Acuerdo N° 1820-546-15-CD-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, 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 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;

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 6 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General;

Por lo expuesto, en virtud a las facultades conferidas en el artículo 5 de la Ley N° 26917, Ley de Creación de OSITRAN; el numeral 3.1 del artículo 3 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 fundado en parte el Recurso Administrativo de Apelación contra la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 0045-2016-GSF-OSITRAN, presentado por la empresa Concesionaria Aeropuertos del Perú S.A., por los fundamentos precedentemente expuestos; y en consecuencia, dejar sin efecto el artículo 2 de dicho resolutivo, debiendo la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, con el informe respectivo de su Jefatura de Fiscalización, cumplir con motivar adecuadamente la sanción que corresponda imponer al Concesionario, en estricta observancia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; dejando a salvo la facultad que tiene la primera instancia de efectuar el análisis costo – beneficio y evaluar que el hallazgo no haya generado grave daño a los usuarios ni exista severidad en la afectación del interés público involucrado, de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 235 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y en el artículo 68 – A del Reglamento de Infracciones y Sanciones del OSITRAN.

Artículo 2.- Notificar la presente Resolución, así como el Informe N° 065-16-GAJ-OSITRAN, a la empresa Concesionaria Aeropuertos del Perú S.A.

Artículo 3.- Poner en conocimiento la presente Resolución, así como el Informe N° 065-16-GAJ-OSITRAN, a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, para los fines correspondientes.

Regístrese, comuníquese y publíquese,

OBED CHUQUIHUAYTA ARIAS
Gerente General

OSITRAN V°B° P. REZNAGA GERENTE ADJUNTO DE LA GERENCIA GENERAL

OSITRAN V°B° JP CALLE GERENTE DE ASESORÍA JURÍDICA

Reg. Sal. GG. 26384-16

OSITRAN V°B° E. HUANCAUQUI ASESORA LA GESTIÓN DIRECTIVA, GERENCIA GENERAL

Calle Los Negocios 182 piso 4, Surquillo - Lima
Central telefónica: 440-5115
www.ositran.gob.pe