

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERU

FACULTAD DE DERECHO



Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado

Informe sobre Expediente N° E-2715

Autor:

Walter Jesús Pacheco Palomino

Código del alumno:

20041098

Asesor:

Ramón Alberto Huapaya Tapia

Lima, 2020

RESUMEN

En la última década del siglo pasado se produjo un cambio en la actividad económica del Estado Peruano, pasando del estado empresario al estado regulador. Lo anterior ha implicado que la prestación de los servicios públicos e infraestructuras públicas pasen de ser operados directamente por el Estado a ser operados por privados mediante un contrato de concesión que los vincula en una serie de obligaciones que asumen cada parte. En ese sentido, la relación jurídica que vincula al estado con este privado se acerca más a una de naturaleza civil basada en una teórica paridad entre las partes y se aleja de la típica subordinación del privado sujeto a las normas de policía que ejerce el estado. No obstante, ello no implica que ese mismo privado pueda estar también sujeto a las normas de policía porque independientemente que pueda o no tener una relación contractual con el Estado, no deja de ser un privado que debe seguir las normas de policía bajo la justificación que la protección de los bienes jurídicos tiene un alcance universal.

Sin embargo, esta separación entre las obligaciones contractuales originada por un vínculo contractual y las obligaciones legales originada de las normas de policía no ha sido correctamente definida en la regulación de la infraestructura de transportes como vemos en el presente expediente donde a pesar de ya encontrarnos a puertas de la tercera década del presente siglo se observa que, existen normas que aplican sanciones administrativas propio de las normas de policía basándose en obligaciones contractuales, generando una dificultad a la hora de querer aplicar principios propio de un derecho administrativo sancionador de carácter garantista, que busca proteger al privado de la arbitrariedad estatal en sus normas de policía, en obligaciones contractuales que han sido pactadas en una teórica igualdad de ambas partes y que se espera basándose en la buena fe contractual y el *pacta sunt servanda* que sean cumplidas.

En el presente informe se hace un recorrido a lo largo de un procedimiento administrativo sancionador donde se analizara problemas jurídicos surgidos a lo largo del procedimiento, los argumentos presentados por las partes basado en normas legales e interpretación de cláusulas contractuales, colocando mayor énfasis en la cuestionable actuación de la Gerencia de Asesoría Jurídica de la Gerencia General del OSITRAN, que además de alargar innecesariamente el procedimiento en perjuicio del privado, perdió la oportunidad de establecer el punto de partida para reconocer y corregir ese grave problema señalado en el párrafo precedente. Lo anterior hubiera sido muy importante a la hora de establecer un nuevo marco normativo donde se determine con precisión la separación entre obligaciones legales y obligaciones contractuales, así como, reservar al procedimiento administrativo sancionador solo para sancionar incumplimientos de las normas de policía correspondiente a su actividad regulada, en lugar de hacer malabares jurídicos aplicando figuras propias del derecho civil para determinar la responsabilidad o no de una supuesta infracción administrativa, o aplicar figuras propias del derecho administrativo sancionador para evaluar la exigibilidad o no de una obligación contractual desvirtuando lo pactado.

ÍNDICE ANALÍTICO

	Pág.
I. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES	5
1. Antecedentes	5
2. Posiciones de las partes en el procedimiento administrativo sancionador	6
2.1. Fundamentos del órgano instructor	6
2.2. Fundamentos de la denunciada	9
3. Resolución en primera y segunda instancia administrativa	12
3.1. Resolución de la primera instancia administrativa	13
3.2. Apelación de la resolución de la primera instancia administrativa	13
3.3. Resolución de la segunda instancia administrativa	15
4. Posiciones de las partes en el nuevo procedimiento administrativo sancionador	16
4.1. Fundamentos del órgano instructor	16
4.2. Fundamentos de la denuncia	17
5. Resolución en primera instancia administrativa	19
5.1 Evaluación de los fundamentos de la denunciada	19
5.2. Nuevos descargos presentados por la denunciada	21
5.3 Resolución de la primera instancia administrativa	21
II. IDENTIFICACIÓN Y EVALUACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	22
6. Cuestión previa: Vulneración al principio de tipicidad por parte del RIS	22
7. Primer problema jurídico identificado y evaluado	30
8. Segundo problema jurídico identificado y evaluado	45
9. Tercer problema jurídico identificado y evaluado	59
10. Conclusiones	70
11. Bibliografía	73
12. Anexos	75

I. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

1. Antecedentes

1. Con fecha 14 de febrero de 2001, se suscribió entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC), y la entidad prestadora Lima Airport Partners S.R.L. – LAP (en adelante, LAP) el Contrato de Concesión para la Construcción, Mejora, Conservación y Explotación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (en adelante, Contrato).
2. OSITRAN, dentro del marco de su competencia, ejerce las funciones de supervisión y fiscalización, con el fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas a cargo de las entidades prestadoras, conforme a lo previsto en la Ley N° 27332 – Ley Marco de los Organismo Reguladores de la Inversión Privada; en el Reglamento General del OSITRAN¹ (en adelante, REGO); y en el Reglamento General de Supervisión² (en adelante, RGS).
3. Mediante Oficio N° 2105-09-GS-OSITRAN, recibido por LAP el 25 de junio de 2009, el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (en adelante, OSITRAN) aprobó la metodología propuesta por LAP para la medición de los RTM operativos contenidos en los numerales 1.21 y 1.22 del Anexo 14 del Contrato de Concesión.
4. Como parte de las acciones de supervisión de OSITRAN, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (en adelante, GSF) contrato a una empresa especializada para realizar mediciones de los requisitos técnicos mínimos de carácter operativo señalados en los numerales 1.21 y 1.22 del Anexo 14 del Contrato de Concesión. Así, se llevaron a cabo mediciones en los años 2010 (del 10/12/2010 al 31/12/2010), 2011 (del 17/08/2011 al 25/08/2011), 2012 (del 26/08/2012 al 15/10/2012) y 2013 (del 10/12/2013 al 31/12/2013).
5. Es así que, en ejercicio de su función supervisora, mediante Informe N° 0297-2016-JCA-GSF-OSITRAN, la Jefatura de Contratos Aeroportuarios de la GSF (en adelante, JCA), pone en conocimiento de la Jefatura de Fiscalización de la GSF (en adelante, JFI), los presuntos incumplimientos detectados en las mediciones efectuadas en los años 2010 (del 10/12/2010 al 31/12/2010), 2011 (del 17/08/2011 al 25/08/2011), 2012 (del 26/08/2012 al 15/10/2012) y 2013 (del 10/12/2013 al 31/12/2013), por lo que concluyo que LAP habría incumplido con lo regulado en:
 - (i) El Requisito Técnico Mínimo (en adelante, RTM) 1.21 del Anexo 14 del Contrato, en lo referido a: tiempo promedio de chequeo doméstico, tiempo promedio de chequeo internacional, tiempo máximo de espera doméstico, tiempo máximo de espera internacional, tiempo máximo de espera doméstico, tiempo máximo de espera internacional, capacidad por punto de inspección para el chequeo de seguridad, tiempo de proceso por pasajeros para el control de pasajeros salidas;
 - (ii) El RTM 1.22 del Anexo 14 del Contrato, en lo referido a: tiempo de proceso por pasajeros para el control de pasaportes llegadas, máximo tiempo de espera para el

¹ Aprobado mediante Decreto Supremo N° 944-2006-PCM

² Aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 024-2011-CD-OSITRAN

control de pasaportes llegadas, tiempo de ocupación de la faja para recojo de equipaje por vuelo para B747, B767 y aeronaves más pequeñas; y,

(iii) El literal f) del artículo 7 y el literal h) del artículo 12 del Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios (en adelante, RUTAP)³ al haber prestado el chequeo de pasajeros y equipaje facturado, de control de seguridad, el sistema de entrega de equipajes, de área para pasajeros en tránsito (control de seguridad tránsito) y de instalaciones y servicios para migraciones, sin cumplir con las especificaciones de calidad señaladas en los RTM de los numerales 1.21 y 1.22 del Anexo 14 del Contrato de Concesión.

6. En atención a lo señalado, mediante Oficio N° 0094-2016-JFI-GSF-OSITRAN, notificado con fecha 16 de junio de 2016, la JFI, en su calidad de órgano instructor de la GSF en materia sancionadora del OSITRAN, le corre traslado a LAP respecto al presunto incumplimiento de las obligaciones establecidas en los numerales 1.2 y 1.22 de Anexo 14 del Contrato; así como, del literal h) del artículo 12, concordante con el literal f) del artículo 7 del RUTAP, la misma que constituiría como infracción grave tipificada en el numeral 12.2 del artículo 12 del Reglamento de Infracciones y Sanciones del OSITRAN (en adelante, RIS)⁴, dando apertura a un procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS).
7. Con Carta N° LAP-GRE-C-2016-00323, recibida con fecha 22 de junio de 2015, LAP solicita a la JFI la ampliación del plazo para presentar sus descargos la cual fue concedida mediante Oficio N° 0101-2016-JFI-GSF-OSITRAN, notificado con fecha 27 de junio de 2016.
8. Con fecha 06 de julio de 2016, LAP remitió un escrito de descargos, solicitando el uso de la palabra a fin de sustentar oralmente sus argumentos. Mediante Oficio N° 0139-2016-JFI.GSF-OSITRAN de fecha 22 de septiembre de 2016, se notificó la fecha a realizarse la diligencia de uso de la palabra, la misma que se realizó el 30 de septiembre de 2016. El 03 de octubre de 2016, mediante Carta N° LAP-GRE-C-2016-00483, LAP remitió las presentaciones expuestas en la diligencia de uso de la palabra.

2. Posiciones de las partes en el procedimiento administrativo sancionador

2.1. Fundamentos del órgano instructor

9. La JFI señala que en conformidad con lo establecido por la cláusula 1.51 del Contrato, los RTM son aquellos criterios mínimos de calidad que consiste en estándares básicos que LAP debe mantener:

“1.51. Requisitos Técnicos Mínimos significa aquellos criterios mínimos de calidad consistente con estándares básicos, que el concesionario debe mantener para el diseño, construcción, reparación, mantenimiento y operación del Aeropuerto estipulados en la sección 1 del Anexo 6 de las Bases, así como lo especificado en el Anexo 14 de este contrato, según sean modificados o completados periódicamente por OSITRAN, contando con la opinión del concesionario, en el marco de las necesidades de las líneas aéreas y el transporte de pasajeros y carga, en la forma que al juicio razonable de OSITRAN sea necesario.”

³ Aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 074-2011-CD-OSITRAN

⁴ Aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD-OSITRAN

10. Asimismo, el Anexo 3 del Contrato dispone que las operaciones principales y no principales a cargo de LAP, deberán ser llevadas de acuerdo con los RTM establecidos en el Anexo 14 del Contrato, debiendo llegar a la Categoría B de IATA⁵ o el que lo sustituya al octavo año de Vigencia de la Concesión, manteniéndose dicha categoría en todas las Operaciones durante toda la Vigencia de la Concesión:

**“ANEXO 3
OPERACIONES QUE SE LLEVAN A CABO EN EL AEROPUERTO**

Las Operaciones que se llevan a cabo en el Aeropuerto, han sido clasificadas para efectos del presente Contrato, en Operaciones Principales y Operaciones No Principales. Dichas Operaciones deberán ser llevadas a cabo de acuerdo con los Requisitos Técnicos Mínimos establecidos en el Anexo 14 del presente Contrato, debiendo llegar a la Categoría B de IATA o el que lo sustituya al octavo año de Vigencia de la Concesión, manteniéndose dicha categoría en todas las Operaciones durante toda la Vigencia de la Concesión.”

11. Por su parte, el Anexo 14 del Contrato señala que, para efectos del diseño, construcción, operación, mantenimiento y conservación de los Bienes de la Concesión, el Concesionario deberá cumplir con los RTM, establecidos en dicho anexo. Así, con relación a las instalaciones del terminal de pasajeros se señala lo siguiente:

**“ANEXO 14
Requisitos Técnicos Mínimos**

1. Requisitos Técnicos Mínimos

1.1. Introducción a los Requisitos Técnicos Mínimos (RTM)

Para efectos del diseño, construcción, operación, mantenimiento y conservación de los Bienes de la Concesión, el Concesionario deberá cumplir con los “Requisitos Técnicos Mínimos” (RTM), establecidos en el presente anexo, así como con lo estipulado en la sección 1 del anexo 6 de las Bases, según sea modificado o actualizado periódicamente por el OSITRAN de ser necesario, contando con la opinión del Concedente y el Concesionario, o a requerimiento de éstos.

(...)

1.21 Requerimientos para el Edificio del Terminal - Salidas

El Edificio del Terminal de Salida de Pasajeros deberá cumplir con los siguientes requisitos mínimos:

(...)

Tiempo promedio de chequeo

<i>Doméstico</i>	<i>2.0 minutos</i>
<i>Internacional</i>	<i>3.0 minutos</i>

⁵ International Air Transport Association (en adelante, IATA) tiene como finalidad la cooperación entre aerolíneas en beneficio económico de sus accionistas; en ese sentido ha establecido normas técnicas que buscan estandarizar su actuación respecto a los aeropuertos y los pasajeros. En lo que respecta a los aeropuertos, la norma técnica correspondiente es el Airport Development Reference Manual (en adelante, Manual ADRM), que recomienda el cumplimiento de determinadas obligaciones basándose en el volumen de tránsito de personas. Cabe indicar que dicha norma se ha ido actualizando, encontrándose actualmente vigente la Edición N° 11, mientras al momento del incumplimiento se encontraba vigente la Edición N° 9. En lo sucesivo cuando nos refiramos por norma IATA, nos estaremos refiriendo al Manual ADRM Edición N° 9.

Tiempo máximo de espera

<i>Doméstico</i>	<i>10 minutos</i>
<i>Internacional</i>	<i>15 minutos</i>

Puntos de Inspección para el chequeo de seguridad

	<i>al 8º año</i>	<i>al 30º año</i>
<i>Capacidad por Punto de Inspección (pasajeros/hora)</i>	<i>300</i>	<i>300</i>
<i>Filas para el control de pasaportes</i>		
<i>Tiempo de proceso por pasajero</i>	<i>45 seg.</i>	<i>45 seg.</i>

1.22 Requerimientos para el Edificio del Terminal - Llegadas

El Edificio del Terminal de Llegadas de Pasajeros deberá cumplir con los siguientes requisitos mínimos:

(...)

Control de Pasaportes

	<i>al 8º año</i>	<i>al 30º año</i>
<i>Tiempo de proceso por pasajero</i>	<i>45 seg.</i>	<i>45 seg.</i>
<i>Máximo tiempo de espera</i>	<i>12 min.</i>	<i>12 min.</i>

Hall para Recojo de Equipaje

Tiempo de ocupación de la faja para recojo de equipaje por vuelo:

<i>para B747</i>	<i>45 min.</i>
<i>para B767</i>	<i>35 min.</i>
<i>para aeronaves más pequeñas</i>	<i>20 min.</i>

Control de Aduanas (Internacional)

<i>- Pasajeros que pasan el control de luz roja</i>	<i>5%</i>
<i>- Tiempo promedio para el control</i>	<i>6 min.</i>

al 8º año *al 30º año*

<i>- Tiempo máximo de espera</i>	<i>15 min.</i>	<i>15 min.</i>
----------------------------------	----------------	----------------

(...)"

12. A nivel normativo, el artículo 12 del RUTAP establece como parte de las obligaciones de las entidades prestadoras, la provisión de los servicios conforme a las especificaciones de calidad y cobertura establecidas en los respectivos contratos y el marco legal vigente. En concordancia con ello, el literal f) del artículo 7 del RUTAP establece como derecho de los usuarios a exigir la prestación de los servicios conforme a los niveles de calidad aplicables:

"Artículo 12.- Obligaciones de toda Entidad Prestadora

Son obligaciones de toda Entidad Prestadora aeroportuaria y portuaria:

(...)

h) Prestar servicios con las especificaciones de calidad y cobertura establecidas en los respectivos contratos de concesión y, de ser el caso, en el marco legal vigente.”

“Artículo 7.- De los Derechos de los Usuarios

Sin perjuicio de los derechos que surjan de otras normas vigentes, los Usuarios tienen también los siguientes derechos:

(...)

f) A la calidad y cobertura del servicio

A exigir de las Entidades Prestadoras la prestación de los servicios conforme a los niveles de servicios aplicables, establecidos en cada contrato de concesión y las normas legales vigentes, cuando corresponda.”

13. Por lo tanto, señalan que las conductas precedentes calificarían como infracción grave relativo al incumplimiento de las especificaciones técnicas de operación que limitan la calidad del servicio, conforme al numeral 12.2 del artículo 12 del RIS:

“Artículo 12º.- Incumplir las condiciones o especificaciones de operación

La Entidad Prestadora que incumpla con las condiciones o especificaciones técnicas de operación estipulados en el respectivo Contrato de Concesión o contenidas en la normativa que sobre tales materias dicten las autoridades competentes, de manera tal que:

12.2 Limite el uso de la infraestructura o la prestación del servicio, o su calidad, o ponga en menor riesgo la seguridad de las personas, incurrirá en infracción grave”

2.2. Fundamentos de la denunciada

14. El 06 de julio de 2016, LAP remitió su escrito de descargos, solicitando como cuestión previa, en atención al periodo de tiempo señalado por el órgano instructor, que se debe considerar la prescripción establecida en el artículo 233 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG). Es así, que la JFI tiene como plazo máximo 04 años para sancionar al infractor y considerando que el Oficio N° 0094-2016-JFI-GSF-OSITRAN fue notificado con fecha 16 de junio de 2016, es a partir de dicha fecha se suspende el computo del plazo para aplicar la prescripción por lo que las situaciones producidas durante los años 2010 y 2011 no pueden ser revisadas ni calificadas como infracciones y en consecuencia tampoco pueden ser sancionables.
15. Respecto a los incumplimientos que se habrían suscitado durante los años 2012 y 2013, divide sus argumentos respecto a los RTM que consideran que dependen directamente de terceros y aquellos RTM que dependen directamente de LAP.
- a) RTM que dependen directamente de terceros

16. LAP habría incumplido los siguientes RTM:

a)	Tiempo promedio de chequeo doméstico.k	02 minutos
b)	Tiempo promedio de chequeo internacional.	03 minutos
c)	Tiempo máximo de espera doméstico.	10 minutos
d)	Tiempo máximo de espera internacional.	15 minutos

e)	Tiempo de proceso por pasajeros para el control de pasaportes salidas.		45 segundos
f)	Tiempo de proceso por pasajeros para el control de pasaportes llegadas.		45 segundos
g)	Máximo tiempo de espera para el control de pasaportes llegadas.		12 minutos
h)	Tiempo de ocupación de la faja para recojo de equipaje por vuelo.	Para aeronaves B 747	45 minutos
	Tiempo de ocupación de la faja para recojo de equipaje por vuelo.	Para aeronaves B 767	35 minutos
	Tiempo de ocupación de la faja para recojo de equipaje por vuelo.	Para aeronaves más pequeñas	20 minutos

17. Efectivamente, los literales a) y b) están referidos al tiempo promedio máximo que debe tomarles a las aerolíneas en procesar la documentación y el equipaje de bodega de cada pasajero en los mostradores de check-in. Ahora bien, los RTM de los literales c) y d) están referidos al tiempo máximo que esperan los pasajeros en cola para ser atendidos por las aerolíneas para el procesamiento de su documentación y equipaje de bodega en los mostradores de check-in. Desde luego, el RTM descrito en el literal h) respecto al tiempo de ocupación de la faja de recojo de equipaje por vuelo, que se mide desde que se coloca la primera maleta en la faja hasta que se retira la última maleta de la misma, es una operación que es responsabilidad exclusiva de la aerolínea y la empresa de rampa que aquella contrata. En ese sentido, el incumplimiento de estos RTM depende exclusivamente del actuar de las aerolíneas, puesto que es el personal de dichas compañías el que tiene contacto con los pasajeros atendiéndolos en los módulos de check-in y disponiendo el orden de filas que deben seguir. El tiempo que toma dicha atención repercute directamente sobre los RTM descritos en los literales a), b), c) y d). de igual modo, respecto al tiempo máximo que pueden estar los equipajes en las fajas de recojo (literal h), este se mide desde que el personal contratado por la aerolínea deposita el primer equipaje hasta que se retire el último maletín de la faja. Esto por obvias razones, depende solo de la eficacia con la que se organice y desenvuelva el personal contratado por la aerolínea.
18. Asimismo, los RTM descritos en los literales e), f) y g) están referidos al tiempo que le toma a la Superintendencia Nacional de Migraciones (en adelante, Migraciones) procesar la documentación de cada uno de los pasajeros internacionales en los mostradores de migraciones salidas y llegadas, así como el tiempo máximo que deben esperar los pasajeros en cola para ser atendidos, por lo tanto, su cumplimiento depende exclusivamente de la labor realizada por los funcionarios públicos a cargo de Migraciones.
19. Por lo tanto, los RTM tratados en este acápite dependen directamente de las aerolíneas y de Migraciones, es decir, son de competencia de terceros por lo que LAP es un sujeto ajeno a la ejecución de todos los actos que pudieran conllevar su incumplimiento, limitándose su obligación a realizar las gestiones necesarias para que tomen conocimiento y sean conscientes de los RTM que les corresponde cumplir como parte de lo establecido en el Contrato. En ese sentido, su responsabilidad contractual ante el presunto incumplimiento de estos RTM debe ceñirse a la verificación de las mencionadas gestiones. Así, durante los años 2012 y 2013 se ha remitido diversas comunicaciones a las aerolíneas y a Migraciones,

informándoles sobre la obligatoriedad de los RTM recogidos en el Contrato, los mismos que deben ser observados en la medida que los referidos procesos por ellos son ejecutados.

20. Para tal efecto, señalan que se debe observar el Principio de Causalidad, prescrito en el numeral 8 de artículo 230 de la LPAG. Por lo tanto, es necesario que se valore si efectivamente la acción o la omisión de LAP incidió directamente sobre el presunto incumplimiento de los RTM.

b) RTM que depende directamente de LAP

21. LAP habría incumplido el siguiente RTM:

a)	Capacidad por punto de inspección internacional.	300 (pasajeros/hora)
----	--	----------------------

22. Al respecto, precisan que la medición de esta RTM fue efectuada por la consultora Innova PUCP, por encargo de LAP, durante el periodo correspondiente entre el 01 hasta el 31 de diciembre de 2012; por lo que se debe revisarse el número de reclamos relativos a defectos en la provisión del servicio de seguridad aeroportuaria que pudieran haber retrasado a los pasajeros durante el mes de diciembre de 2012.
23. Durante el mes de diciembre de 2012 hubo 42 reclamos, de los cuales 23 fue referido a la demora en los Puestos de Control de Seguridad y de estos solo 2 estuvieron relacionados con los tiempos que les toma a los pasajeros de vuelos internacionales atravesar los pórticos detectores de metales. En estos reclamos, manifestaron su inconformidad con la disposición aprobada por la Dirección General de Aeronáutica Civil (en adelante, DGCA) referida a la obligación de los pasajeros de depositar sus prendas para la inspección por la máquina de Rayos X. En esa línea, si los pasajeros muestran su disconformidad para cumplir el procedimiento, transcurre un promedio de tiempo de 2 minutos a más, por lo que, si se toma en cuenta que el RTM dispone el paso de 300 pasajeros por hora, esto es 5 pasajeros por minuto. En consecuencia, se puede concluir que el cumplimiento del RTM se ve altamente influenciado por la conducta que pueda tomar el pasajero.
24. Por tal razón, alegan que la velocidad con la que transitan los pasajeros por los Puestos de Control de Seguridad no es la finalidad del servicio de seguridad aeroportuaria. Este servicio tiene como finalidad garantizar al pasajero que el operador del aeropuerto realiza una labor destinada a minimizar la ocurrencia de cualquier acto de interferencia ilícita en el terminal o al interior de la aeronave, labor que LAP desarrolla de manera eficiente y efectiva. Por esto, resulta indispensable que los pasajeros acaten los procedimientos de seguridad, los cuales pueden demandar un tiempo mayor de aquel que recoge el RTM si el pasajero no colabora en la consecución de esta función de seguridad aeroportuaria o si tiene un hábito que retrasa todo el procedimiento de control, opinión que coincide con lo dispuesto en el numeral 5.2.7. del Informe Especial N° 085 elaborado por la consultora TYP SA, por encargo de OSITRAN, en la cual se señala que no debe imputarse a LAP el incumplimiento de este RTM porque el mismo ocurre por la actuación del pasajero. Por lo tanto, debe quedar en evidencia que es suficiente la debida diligencia de LAP ante situaciones que reducen su margen de acción (como es el actuar de los pasajeros) para que se le exonere de una posible sanción por incumplimiento de la obligación.

3. Resolución en primera y segunda instancia administrativa

3.1. Resolución de la primera instancia administrativa

25. Con fecha 13 de diciembre de 2016, la GSF mediante la Resolución N° 011-2006-GSF-OSITRAN, en base al Informe N° 0150-2016-JFI-GSF-OSITRAN emitido por la JFI, resolvió lo siguiente:
- a) Responsabilidad de LAP en el incumplimiento de los siguientes RTM: (i) Tiempo promedio de chequeo doméstico, (ii) Tiempo promedio de chequeo internacional, (iii) Tiempo máximo de espera doméstico, (iv) Tiempo máximo de espera internacional, (v) Tiempo de ocupación de la faja para recojo de equipaje por vuelo para B747, B767 y aeronaves más pequeñas; durante los años 2012 y 2013; y (vi) Capacidad por punto de inspección internacional (control de seguridad) durante el año 2012; por lo que ha incumplido las obligaciones previstas en los numerales 1.21 y 2.22 del Anexo 14 del Contrato; así como, del literal h) del artículo 12, concordante con el literal f) del artículo 7 del RUTAP, configurándose la infracción prevista en el numeral 12.2 del artículo 12 del RIS.
 - b) No existe responsabilidad de LAP en el incumplimiento de los siguientes RTM: (i) Tiempo de proceso del control de pasaportes salidas (Migraciones); (ii) Tiempo de proceso del control de pasaportes llegadas (Migraciones); y, (iii) Máximo tiempo de espera control de pasaportes llegadas (Migraciones) durante los años 2012 y 2013; y, (iv) Capacidad por punto de Inspección internacional (control de seguridad) durante el año 2013.
 - c) Prescripción en el presunto incumplimiento de los RTM cometidos durante los años 2010 y 2011.
26. Respecto al numeral a), se señala que es correcto que estos RTM son ejecutados por las aerolíneas; sin embargo, ello no enerva a LAP de poder compelerlas para que los ejecuten según lo establecido en el Contrato, puesto que, están regidas por un Mandato de Acceso que las obliga como Usuarios Intermedios cumplir con las obligaciones que ha asumido LAP bajo los términos establecidos en el Contrato. En ese sentido, tienen como obligación solucionar a la brevedad posible toda situación que atente contra lo establecido en el Anexo 14 del Contrato. De otro lado, es correcto que el Mandato de Acceso no establece la aplicación de penalidades; no obstante, el Mandato de Acceso le otorga a LAP mecanismos para incentivar el cumplimiento de las obligaciones de las aerolíneas como es la suspensión automática del acceso a la infraestructura aeroportuaria (facilidad esencial), en caso que no cumplan con subsanar el incumplimiento dentro del plazo máximo de siete días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación. Lo anterior guarda relación con las cartas cursadas a las aerolíneas exhortándoles el cumplimiento de los RTM, donde LAP reconoce que dichos RTM son obligaciones que ha asumido contractualmente.
27. Por su parte, en el numeral b), nos encontramos con RTM que son ejecutados por Migraciones. Al respecto, si bien el Contrato le asigna a LAP el riesgo en su cumplimiento, se debe considerar que a diferencia de lo que sucede con las aerolíneas, esta no posee mecanismos contractuales que le permitan obligar su cumplimiento a dicha Entidad Pública, situación de hecho que no le permitiría tener bajo su control el cumplimiento de estos RTM. En consecuencia, se presenta la ruptura del nexo causal entre el supuesto infractor y el hecho imputable; es decir, la conducta infractora no es sancionable porque la causa de la

misma se produjo por un hecho determinante de un tercero, cancelando la posibilidad legal de imputársele la comisión de la infracción prevista en el numeral 12.2 del artículo 12 del RIS.

28. Finalmente, en base al numeral 233.3 del artículo 233 de la LPAG, la solicitud de prescripción debe resolverse sin más trámite que la constatación de los plazos. El plazo establecido es haber transcurrido más de cuatro años ininterrumpidos desde el momento en que cometió la presunta infracción hasta el inicio del PAS. En ese sentido, se verifica que se ha cumplido dicho plazo respecto a las presuntas infracciones cometidas durante los años 2010 y 2011; por lo tanto, las mismas han prescrito.

3.2. Apelación de la resolución de la primera instancia administrativa

29. Con fecha 03 de enero de 2017, LAP interpone un recurso de apelación parcial. Argumentan que el objeto de la concesión es la provisión de la infraestructura aeroportuaria para que las aerolíneas realicen los servicios según los parámetros establecidos en los RTM, en ningún modo alcanza a la prestación de aquellos servicios que no se encuentran bajo su directo control. Por lo tanto, no sería posible atribuirles la responsabilidad por la prestación de los servicios prestados por terceros, véase las aerolíneas, ya que tal obligación no está contemplada en el Contrato, ni puede asimilarse a una promesa de la obligación del hecho de un tercero señalada en el artículo 1470 del Código Civil. En la misma línea, la Asociación de Empresas de Transporte Aéreo (en adelante, AETAI)⁶ realizó una propuesta a la GSF, por la cual solicitan liberar a LAP de la posibilidad de ser susceptible de ser sancionado por el eventual incumplimiento de los RTM que son ejecutados por las aerolíneas por estas responsable de las mismas; ante lo cual OSITRAN, mediante oficio remitido a LAP para su opinión, señala que la misma podía ser atendida. Por lo tanto, la resolución de la GSF implica un cambio irrazonable e inmotivado por parte de OSITRAN que afecta el principio de buena fe procedimental al actuar en contra de sus propios actos.
30. De otro lado, conforme con lo señalado por la AETAI, se observa que los RTM que son ejecutados por las aerolíneas contienen obligaciones más estrictas que los estándares internacionales que regula el servicio brindado por las aerolíneas véase las normas IATA lo que las hace materialmente imposibles de cumplir. Asimismo, LAP no puede hacer uso de las medidas coercitivas establecidas en el Mandato de Acceso como señala la GSF porque ello generaría un efecto nocivo en la imposición de sanciones a las aerolíneas como sería el incumplimiento en el pago de las penalidades o el traslado de estos sobrecostos a los pasajeros. La imposición de limitaciones y restricciones por su parte, generaría un impacto negativo en el mercado al disminuir la oferta en el sector que afectaría no solo a las aerolíneas sino a los propios pasajeros.

⁶ La AETAI es la asociación agrupa a las más importantes empresas de transporte aéreo que operan en el Perú como American Airlines, Aerolíneas Argentinas, Aeroméxico, Air Europa, Air Canadá, Air France, Avianca, Copa Airlines, Delta Airlines, JetBlue, KLM, LATAM, Sky Airline, United Airlines y VivaAir. Tiene como objetivo coordinar los esfuerzos de sus miembros para facilitar la colaboración y comunicación entre los diversos actores del sector para el mutuo beneficio, apoyando las medidas que mejoren la seguridad de la aviación y actuando en defensa de los intereses de sus asociados.

31. Respecto al RTM “Capacidad por punto de inspección internacional”, reconocen que su ejecución depende de ellos, sin embargo, no se está tomando en cuenta que se ha producido la ruptura del nexo causal por hecho de determinate de un tercero al demostrarse que la demora es causada por la conducta de los propios pasajeros. La ruptura del nexo causal no es un concepto nuevo, sino que ha sido empleado por la GSF en su argumento relativo al incumplimiento por la actuación de un tercero como es en el caso de los RTM son ejecutados por Migraciones. Sin perjuicio de lo anterior, se solicita la aplicación del principio de culpabilidad incorporado en la LPAG⁷, que establece que la responsabilidad administrativa es subjetiva en los PAS, salvo que por ley o decreto legislativo disponga para el caso concreto la responsabilidad administrativa objetiva, por lo que considerando que el RIS no ha sido aprobado ni por ley o por decreto legislativo, corresponde aplicarse la responsabilidad administrativa subjetiva, es decir que se debe probar que LAP ha actuado con dolo o culpa, hecho que se desvirtúa al existir hechos realizados por terceros como es la conducta de los propios pasajeros que ha generado el incumplimiento del RTM.
32. Para tal efecto, el informe que da sustento a la resolución de la GSF reconoce que, LAP en el año 2013 tomó las medidas e inversiones necesarias para cumplir los RTM, evidenciando además de la falta de intencionalidad (dolo o culpa), la existencia de la subsanación voluntaria de la infracción⁸, no siendo susceptible de sanción al haberse subsanado dicho incumplimiento previo al 16 de junio de 2016, fecha de inicio del presente PAS.
33. Mediante escrito incorporado con fecha 07 de marzo de 2017, LAP reconoce que la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1272 ha otorgado un plazo de 60 días hábiles para que las entidades que cuenten con procedimientos especiales (como es el caso de un PAS) puedan adecuar sus procedimientos a las modificaciones hechas a la LPAG, el mismo no debería aplicarse con la incorporación del principio de culpabilidad, por ser ya plenamente aceptado con anterioridad por la jurisprudencia y la doctrina; en ese sentido, y en base al principio de irretroactividad, la norma aplicable en el PAS es aquella vigente al momento de la comisión de la infracción, con la excepción de la existencia de una norma posterior que le sea más favorable al administrado, en cuyo caso se aplica esta norma posterior; supuesto que ocurre en el presente caso.
34. Finalmente, conforme a lo señalado por la AETAI, se observa que los RTM que son ejecutados por las aerolíneas contienen obligaciones más estrictas que los estándares internacionales que regula el servicio brindado por las aerolíneas, véase las normas IATA, lo que las hace materialmente imposibles de cumplir. Asimismo, no es posible hacer uso de las medidas coercitivas establecidas en el Mandato de Acceso porque al imponer sanciones a las aerolíneas generaría un potencial efecto nocivo como es el incumplimiento en el pago de las penalidades o el traslado de estos sobrecostos a los pasajeros. La imposición de limitaciones y restricciones por su parte, generaría un impacto negativo en el mercado al disminuir la oferta de aerolíneas, afectando con ello a los pasajeros.

⁷ Mediante Decreto Legislativo N° 1272, publicado con fecha 21 de diciembre, se modificó la LPAG y se derogó la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo. Mediante su artículo N° 2 se modificó, entre otros artículos, al artículo 230 de la LPAG, al incorporar el Principio de Culpabilidad como principio de la potestad sancionadora administrativa.

⁸ El artículo N° 2 del Decreto Legislativo N° 1272 modificó, entre otros artículos, al artículo 236-A de la LPAG, al incorporar a la subsanación voluntaria, hasta ese entonces un atenuante de responsabilidad de infracciones, como un eximente de responsabilidad de infracciones.

3.3. Resolución de la segunda instancia administrativa

35. Con fecha 07 de marzo de 2017, la Gerencia General (en adelante, GG) emite la Resolución N° 039-2017-GG-OSITRAN, en base al Informe N° 027-17-GAJ-OSITRAN emitido por la Gerencia de Asesoría Jurídica (en adelante, GAJ), declaró fundada la apelación parcial presentada, al considerar que si bien LAP es responsable del cumplimiento de los RTM previstos en el Contrato aunque estos sean ejecutados por las aerolíneas, no es en menos cierto que, el Contrato señala que dicho cumplimiento debe efectuarse tomando en cuenta otras normas mínimas de operación como es la norma IATA, la misma que es de obligatorio cumplimiento por parte de las aerolíneas. Por ello, es imprescindible que previo al inicio de un PAS, la JFI deba determinar que parámetros resulta aplicable en el presente caso (RTM o norma IATA), a efecto de evaluarse si ha existido o no una infracción que motive el inicio de un PAS. En ese sentido, no es posible analizar la diligencia establecida en el artículo 1314 del Código Civil, ni la existencia de la ruptura en el nexo causal sin la determinación previa de los parámetros sobre el cual será evaluada la infracción.
36. Respecto al RTM “Capacidad por punto de inspección internacional”, la GG considera que la GSF no ha desvirtuado el argumento presentado por LAP respecto a la existencia de una ruptura en el nexo causal, al existir hábitos personales en cada pasajero que definen el tiempo que le tomara pasar el control de seguridad (máquina de rayos X), el mismo que influye como hecho determinante en el incumplimiento del RTM.
37. En orden a lo señalado, la GG considera que carece de objeto pronunciarse sobre los argumentos adicionales presentados por LAP, por lo tanto, declara la nulidad en ambos extremos de la Resolución N° 011-2006-GSF-OSITRAN por la evidenciarse la inexistencia de motivación, en conformidad con el artículo 10 de la LPAG. Sin perjuicio de lo anterior, recomienda a la GSF efectuar una nueva evaluación teniendo en cuenta los plazos para evitar la prescripción.

4. Posiciones de las partes en el nuevo procedimiento administrativo sancionador

4.1. Fundamentos del órgano instructor

38. Con Oficio N° 0036-2017-JFI-GSF-OSITRAN, notificado con fecha 26 de abril de 2017, la JFI inicia a un PAS en contra de LAP por los siguientes incumplimientos:

a)	Tiempo promedio de chequeo doméstico. (años 2012 y 2013)	02 minutos	
b)	Tiempo promedio de chequeo internacional. (años 2012 y 2013)	03 minutos	
c)	Tiempo máximo de espera doméstico. (años 2012 y 2013)	10 minutos	
d)	Tiempo máximo de espera internacional. (años 2012 y 2013)	15 minutos	
e)	Capacidad por punto de inspección internacional. (año 2012)	300 (pasajeros/hora)	
f)	Tiempo de ocupación de la faja para recojo de equipaje por vuelo.	Para aeronaves B 767 (año 2013)	35 minutos
	Tiempo de ocupación de la faja para recojo de equipaje por vuelo.	Para aeronaves más pequeñas (año 2013)	20 minutos

39. En base a lo cuestionado por la GG, en lo relativo a la determinación de los parámetros sobre la cual será evaluada la infracción, señalan que, según el Contrato, esta corresponde

a los RTM. Por su parte, siguiendo el procedimiento establecido en el Contrato, la determinación de la medición de los RTM fue propuesta por LAP mediante un informe técnico elaborado por la consultora Innova PUCP, el mismo que fue objeto de observaciones por la GSF, en base al Informe Especial N° 047 elaborado por la consultora TYPASA. Posteriormente, es aprobado por la GSF, en base al Informe Especial N° 085 elaborado por la consultora TYPASA, luego de que LAP absolviera las observaciones realizadas en su nueva propuesta. Es por eso que, es correcto que el Informe Especial N° 047 de TYPASA advirtió que existían RTM cuyo cumplimiento no dependían directamente de LAP y le aconsejaba la implementación de medidas para evitar su incumplimiento; sin embargo, esto último es una opinión propia que no es vinculante al no formar parte de las conclusiones ni de las recomendaciones del informe técnico, debido a que dicha opinión no era materia del mismo, el cual era analizar la propuesta en la determinación de la medición de los RTM.

40. Es así como, para desvirtuar lo señalado por la AETAI y LAP, mediante un análisis comparativo entre los RTM incumplidos y la norma IATA, se observa que no existen equivalencias entre ambos parámetros a excepción de los RTM “Tiempo máximo de espera doméstico” y “Tiempo máximo de espera internacional”, los cuales guardan similitud con el parámetro “Tiempo máximo de espera chequeo clase económica/clase ejecutiva” establecido en la norma IATA. Sin embargo, en un mayor análisis se observa que el parámetro establecido en ambos RTM se basa por el tipo de ruta, mientras que el parámetro establecido por la norma IATA se basa en la calidad del tipo de servicio sin importar si la ruta sea doméstica o internacional, por lo que no serían equivalentes a la hora de compararlas. En esa misma línea, es importante tener en cuenta la recomendación F9.IR.4 de la norma IATA donde se señala que los estándares de espacio y tiempo de IATA deben usarse cuando no se disponga de estándares específicos de sitio, que en el presente caso si se dispone de dichos estándares en los RTM del Anexo 14 del Contrato.
41. Asimismo, señalan que es falso que es materialmente imposible para las aerolíneas cumplir los RTM, porque importantes aerolíneas en el mercado como LATAM o Avianca si los cumple sin mayor problema. Por su parte, es correcto que la GSF emitió una opinión favorable a la propuesta de la AETAI de modificar los RTM que no dependan su cumplimiento de la LAP sino de las aerolíneas; sin embargo, es preciso señalar que cuando se le corrió traslado a LAP para que le dé su opinión favorable y así dar inicio al procedimiento de modificación o actualización de RTM establecido en el Contrato, no se obtuvo respuesta, por lo que su obligación de cumplir estos RTM se ha mantenido vigente. En ese sentido, LAP es consciente en todo momento de la obligación que tiene para cumplir los RTM y un ejemplo de ello se observa en los contratos que realiza con el operador de rampa, por la cual LAP traslada contractualmente la responsabilidad de cumplir los RTM al operador.
42. De igual modo, respecto al RTM “Capacidad por punto de inspección internacional”, se reitera que su ejecución corresponde directamente a LAP y que, en base al Contrato, tiene el deber de haber tomado las medidas para evitar su incumplimiento por cuanto menos con un año de anterioridad.

4.2. Fundamentos de la denunciada

43. Con fecha 18 de mayo de 2017, LAP presenta sus descargos y señala como primera cuestión previa que la JFI en su imputación no ha considerado las observaciones hechas en el informe que sustenta la resolución de la GG, como el hecho que para evaluar el cumplimiento de las RTM se debe tomar en cuenta a la norma IATA. También que se deba evaluar la diligencia de LAP tomando en cuenta aspectos de carácter operativo, de conformidad con el artículo 1314 del Código Civil que señala que no se le es imputable por inejecución de una obligación al deudor que ha actuado con la diligencia ordinaria requerida. En ese sentido, que se debe tener presente que las obligaciones pueden ser incumplidas por hechos ajenos al deudor como hecho fortuito, fuerza mayor o hecho determinante de tercero, ocasionando la ruptura del nexo causal y exonerándolo de responsabilidad. Sin embargo, LAP señala que también se debe tener presente que el referido informe solo evalúa el periodo tiempo que es materia de la infracción (años 2012 y 2013) y no lo sucedido con anterioridad, véase actuaciones o declaraciones remitidas por la GSF que constituiría una práctica administrativa que no puede desconocerse; caso contrario se estaría vulnerando el principio de buena fe procedimental, por cuanto, salvo supuestos de revisión de oficio, la autoridad administrativa no puede actuar contra sus propios actos; el principio de predictibilidad o de confianza legítima, que señala que, salvo que se decida apartarse por razones que se expliciten por escrito, las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados generadas razonablemente por la práctica y los antecedentes administrativos; y el artículo 9 de la LPAG, en tanto que acto administrativo (como la práctica o los antecedentes administrativos) se considera válido en tanto su nulidad no sea declarada administrativamente o judicialmente.
44. Como segunda cuestión previa, LAP señala que, por cuanto le favorece como administrado en base al principio de irretroactividad, se debe tomar en cuenta las modificaciones realizadas a la LPAG por el Decreto Legislativo N° 1272, en cuanto que, con la inclusión del principio de culpabilidad, la responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva; y la inclusión como eximente de la responsabilidad administrativa al error inducido por la administración o por disposición administrativa confusa o ilegal, como sería las actuaciones o declaraciones remitidas por la GSF que han constituido una práctica administrativa.
45. LAP señala que mediante Carta LAP-GCCO-C-2009-00086, en respuesta a las observaciones formuladas por la GSF en base al Informe Especial N° 047 de TYPASA, informaron que no pueden proponer medidas para mitigar el incumplimiento de aquellos RTM que directamente no ejecuta LAP, por encontrarse fuera del alcance de la propuesta de metodología para la medición de los RTM; sin embargo, propondrían las mismas en una vía más adecuada. La GSF aprueba la propuesta de metodología para la medición de los RTM remitida por LAP, luego que el Informe Especial N° 085 de TYPASA verificara que se ha corregido y/o levantado las observaciones formuladas, reconociendo además la existencia de RTM. En ese sentido, siguiendo lo señalado por la propia GSF, LAP ha actuado convencido de que actúa correctamente, y de haber existido un incumplimiento como señala la JFI, se encontraría excluido de responsabilidad por haber actuado a causa de un error inducido por la autoridad. Asimismo, la JFI no observa el principio de causalidad, en el que se excluye de responsabilidad al administrado en caso de un hecho determinante de un tercero, como

sería en el caso de estas RTM que escapan de su control ya que son ejecutadas directamente por las aerolíneas como bien reconoce la propia GSF en su opinión favorable al pedido de modificación de RTM solicitado por la AETAI y en los informes técnicos de la consultora TYPASA, los cuales la GSF suscribe. Tampoco se observa el principio de culpabilidad, por la cual según el artículo 1314 del Código Civil, no se le puede responsabilizar de un incumplimiento si es que se ha actuado con la diligencia ordinaria requerida. Por su parte, el artículo 1329 del Código Civil prevé que ante un incumplimiento se presume la existencia de culpa leve, por lo que es suficiente que el deudor pruebe haber actuado con la diligencia ordinaria requerida, en este caso no solo se observó lo pronunciado por la GSF respecto a la responsabilidad de las aerolíneas en el cumplimiento de las RTM, sino también se cumplió con las recomendaciones de coordinar con las aerolíneas para que no descuiden en su cumplimiento. En ese sentido, la JFI debe respetar los principios de licitud (se presume que lo actuado por el administrado está conforme a la ley), causalidad y culpabilidad a la hora de realizar sus imputaciones.

46. Respecto al RTM “Capacidad por punto de inspección internacional”, cuyo cumplimiento le corresponde a LAP, hacen recordar que el presunto incumplimiento no fue detectado por la supervisión de la GSF en su reporte anual, sino por el propio LAP mediante el informe técnico de la consultora Innova PUCP. También, y tal como lo reconoce la propia GSF con el Informe Especial N° 085 de TYPASA, se cumplió con implementar medidas como el incremento de personal de atención y de equipos para evitar futuros incumplimientos. De tal manera, afirman que es materialmente imposible que se pudiera planificar e implementar la ampliación del número de puestos de control de seguridad por un año antes del presunto incumplimiento (año 2012), toda vez que LAP recién ha tomado conocimiento del mismo el 28 de febrero de 2013, fecha de recepción del informe de la consultora Innova PUCP
47. En efecto, cuestionan que la JFI inicie un PAS por el presunto incumplimiento de RTM cuya ejecución corresponde a las aerolíneas, sin tomar en cuenta que la GSF no ha emitido pronunciamiento sobre las solicitudes de modificación de los RTM formuladas por la AETAI y con la opinión favorable de LAP. En definitiva, se pretende cuestionar sus propias decisiones, disposiciones y antecedentes administrativos relacionados con la supervisión de los RTM sin seguir el procedimiento legal establecido. De esta forma, la GSF imputa responsabilidad a LAP por incumplir los RTM, pese a que, según antecedentes administrativos, nunca se ha pronunciado sobre los pedidos de la AETAI y el propio LAP para la modificación de dichas RTM.
48. Con fecha 30 de mayo de 2017, LAP incorpora nuevos descargos reafirmando que se ha actuado con la diligencia ordinaria que es exigida en el artículo 1314 del Código Civil, la misma que configura la existencia de culpa leve como causal de exoneración de la responsabilidad por el presunto incumplimiento como bien señala el artículo 1329 del Código Civil. La diligencia ordinaria se observa al cumplir LAP como las observaciones hechas como ha señalado el Informe Especial N° 085 de TYPASA, así como por la ausencia de observaciones en los reportes anuales de supervisión realizado en los años 2012 y 2013. Cabe señalar que, en cumplimiento de la diligencia ordinaria, fue LAP, mediante informe de la consultora Innova PUCP, quien dio aviso de los presuntos incumplimientos que se le imputa, los mismos como se ha indicado, se ha corregido y/o levantado las observaciones formuladas como fue el coordinar con las aerolíneas para evitar el incumplimiento de los

RTM ejecutados por las mismas. También reafirman el hecho que, a la fecha, la GSF no se ha pronunciado al pedido hecho por la AETA y LAP para la modificación de aquellos RTM que son ejecutados por las aerolíneas, las mismas que se agote la responsabilidad de LAP en solo proveer oportunamente la infraestructura necesaria y quedando fuera de su responsabilidad la prestación del servicio.

49. Cabe mencionar, que a los RTM cuyo cumplimiento depende de las aerolíneas, señalan que no corresponde ejecutar los mecanismos contractuales que menciona la JFI, porque en conformidad con lo señalado por la propia consultora TYPESA, dichos incumplimientos se deben probablemente al exceso de equipaje por parte de los pasajeros, por lo que nos encontramos ante un hecho de tercero no imputable a las aerolíneas. En caso que no se tome en cuenta lo anterior, y LAP activara los mecanismos contractuales, mediante un análisis costo beneficio se observa un grave perjuicio a los pasajeros, ello porque los aeropuertos funcionan como “plataformas de dos lados”, dado que interactúan simultáneamente dos agentes interdependientes (aerolíneas y pasajeros) en una misma plataforma (aeropuerto), por lo que la afectación de un agente trae consecuencia en el otro.
50. Por su parte, en lo relativo del RTM “Capacidad por punto de inspección internacional”, cuyo cumplimiento le corresponde a LAP, se reafirman respecto a que es materialmente imposible que se pudiera planificar e implementar la ampliación del número de puestos de control de seguridad por un año antes del presunto incumplimiento (año 2012), toda vez que LAP recién ha tomado conocimiento del mismo el 28 de febrero de 2013, fecha de recepción del informe de la consultora Innova PUCP.

5. Resolución en primera instancia administrativa

5.1. Evaluación de los fundamentos de la denunciada

51. Con fecha 17 de julio de 2017, la GSF remite a LAP el Oficio N° 5470-2017-GG-OSITRAN, el cual adjunta el Informe N° 077-2017-JFI-GSF-OSITRAN, con la evaluación de sus descargos; en el mismo señala que en opinión compartida por la GG, el cumplimiento de los RTM es una obligación que debe ser mantenida en todo momento, es decir LAP asume el riesgo contractual de cumplir las operaciones principales (de ejecución exclusiva a cargo de LAP) y las operaciones no principales (de ejecución a cargo de LAP o de un tercero).
52. Respecto a los RTM que son ejecutados por las aerolíneas; conforme al principio de irretroactividad se debe aplicar una norma posterior a la norma vigente al hecho cometido, en el caso de ser esta más favorable al administrado. En definitiva, mediante el Decreto Legislativo N° 1272 se ha incorporado el principio de predictibilidad, el mismo que incorpora la confianza legítima. Al respecto, la autoridad tiene el deber de ser congruente con los antecedentes administrativos emitidos previamente, y en el Informe N° 1094-13-GS-OSITRAN⁹, se reconoce que el incumplimiento de algunos RTM son de competencia de las aerolíneas como tercero. Por su parte, en el Informe N° 905-2014-GSF-OSITRAN¹⁰, se

⁹ Informe de la GSF que aprueba el Informe Especial N° 047 de TYPESA, informe técnico que analizó la propuesta de la medición de los RTM, efectuado por la consultora Innova PUCP.

¹⁰ Informe de la GSF que aprueba el Informe Especial N° 085 de TYPESA, informe técnico que verificó que se haya corregido y/o levantado las observaciones formuladas a LAP.

reconoce que los incumplimientos de los RTM ejecutados por las aerolíneas sucede porque estas aplican sus propios estándares dictadas por la norma IATA. Por lo tanto, es opinión de la JFI que lo señalado en ambos informes constituyen precedentes administrativos que han generado confianza legítima en LAP respecto a la responsabilidad del cumplimiento de los RTM, por lo que es correcto declarar la no existencia de infracción por el presunto incumplimiento de los RTM que son ejecutados por las aerolíneas por la existencia de precedentes administrativos que reconocen que el cumplimiento de los RTM es responsabilidad de las aerolíneas. En adición a lo anterior, señalan que también se ha corroborado que la GSF no se ha pronunciado al pedido hecho por la AETIA y LAP para la modificación de aquellos RTM que son ejecutados por las aerolíneas, por lo que ello suma a la decisión de archivar en ese extremo.

53. Respecto al RTM “Capacidad por punto de inspección internacional”, el cual es ejecutado directamente por LAP, la JFI señala que la medición hecha por la consultora Innova PUCP se basa en un promedio estadístico de tránsito de pasajeros en horas críticas donde se descarta aquellos pasajeros que tienen una demora atípica, por lo que es correcta en la determinación de su incumplimiento. Asimismo, de conformidad con el numeral 22.1 de la cláusula 22 del Contrato, LAP ha asumido todos los riesgos derivados de las operaciones bajo su responsabilidad, siendo que en el presente caso el cumplimiento de este RTM forma parte de las operaciones no principales que son de ejecución a cargo de LAP y que está incluido en el TUUA¹¹ que se le cobra a los usuarios.
54. En consideración al argumento de que es materialmente imposible que se pudiera planificar e implementar la ampliación del número de puestos de control de seguridad por un año antes del presunto incumplimiento, es válido recordar que el numeral 1.18 del Anexo 14 del Contrato exige que al menos con un año de anticipación, LAP deba implementar la ampliación del número de puestos de control de seguridad y del personal de atención en conformidad con la obligación de proveer la infraestructura aeroportuaria a efectos de que no se vea afectada el correcto cumplimiento del servicio aeroportuario. Esta es una obligación contractual que se debe cumplir en todo momento, no siendo necesario que se le tenga que notificar previamente su incumplimiento para que a partir de ese entonces se ejecute la obligación y/o adopte las medidas necesarias para evitar su incumplimiento. Tampoco es válido aplicar el eximente de subsanación voluntaria en el presente caso, porque al momento de la adoptarse las medidas necesarias para subsanar el incumplimiento, el mismo ya habría generado una afectación a los pasajeros durante ese periodo de tiempo.

5.2. Nuevos descargos presentados por la denunciada

55. Con fecha 09 de agosto de 2017, LAP formula nuevos descargos respecto al supuesto incumplimiento del RTM “Capacidad por punto de inspección internacional”, señalando que si bien es cierto que el numeral 1.18 del Anexo 14 del Contrato se obliga a LAP implementar, al menos con un año de anticipación, la ampliación del número de puestos de control de

¹¹La Tarifa Unificada de Uso de Aeropuerto (TUUA) permite contractualmente a LAP cobrar a los pasajeros por los diversos servicios prestados en las instalaciones del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, durante las formalidades de despacho de pasajeros, equipaje, carga y correo. La tarifa nacional es de US\$ 11.53 y la tarifa internacional es de US\$ 30.43.

seguridad y del personal de atención en conformidad con la obligación de proveer la infraestructura aeroportuaria a efectos de que no se vea afectada el correcto cumplimiento del servicio aeroportuario, la misma no es una obligación abstracta sino que se debe tener en cuenta todas las disposiciones contractuales como es el numeral 1.3 del Anexo 14 del Contrato, el cual se señala que el cumplimiento del numeral 1.18 del Anexo 14 del Contrato forma parte de una serie de obligaciones encaminadas para que exista un correcto cumplimiento del servicio aeroportuario al año 30 de la concesión; por lo que la JFI no ha demostrado porque considera al año 2012 como fecha de cumplimiento de la obligación señalada en el numeral 1.18 del Anexo 14 del Contrato cuando dicha obligación es exigible al año 30 según lo señalado en el numeral 1.3 del Anexo 14 del Contrato.

56. También reafirman que no es materialmente posible planificar con un año de anterioridad un incumplimiento acontecido en el año 2012) cuando recién se ha tomado conocimiento del mismo el 28 de febrero de 2013, fecha de recepción del informe de la consultora Innova PUCP; creer lo contrario nos llevaría al absurdo de querer realizar una planificación ante un eventual incumplimiento cuando no se ha tenido los datos concretos que permitan prever un eventual incumplimiento. Sin perjuicio de ello, señalan haber cumplido con implementar las medidas requeridas como fue el incremento de personal de atención y de equipos para evitar futuros incumplimientos. Por lo que se reafirman en que la JFI en su imputación estaría inobservando los principios de licitud y culpabilidad.

5.3 Resolución de la primera instancia administrativa

57. Con fecha 11 de setiembre de 2017, la GSF mediante la Resolución N° 091-2007-GSF-OSITRAN, en base al Informe N° 0103-2017-JFI-GSF-OSITRAN emitido por la JFI, resolvió lo siguiente:
- a) Responsabilidad de LAP en el incumplimiento del RTM “Capacidad por punto de inspección internacional” (control de seguridad) durante el año 2012; por lo que ha incumplido las obligaciones previstas en los numerales 1.21 y 2.22 del Anexo 14 del Contrato; así como, del literal h) del artículo 12, concordante con el literal f) del artículo 7 del RUTAP, configurándose la infracción prevista en el numeral 12.2 del artículo 12 del RIS.
 - b) No existe responsabilidad de LAP en el incumplimiento de los siguientes RTM: (i) Tiempo promedio de chequeo doméstico, (ii) Tiempo promedio de chequeo internacional, (iii) Tiempo máximo de espera doméstico, (iv) Tiempo máximo de espera internacional; durante los años 2012 y 2013; y (v) Tiempo de ocupación de la faja para recojo de equipaje por vuelo para B767 y aeronaves más pequeñas durante el año 2013. Lo anterior se sustenta en lo evaluado en el Informe N° 077-2017-JFI-GSF-OSITRAN
58. La resolución se fundamenta en que la obligación de cumplir el RTM se debe mantener en todo momento al ser de índole operativa y no recién al cumplimiento del año 30 de la concesión. De igual forma, señalan que es inexacto afirmar que LAP no haya tenido los elementos concretos para prever un eventual incumplimiento en el año 2012, toda vez que conforme al Plan de Negocio 2010 (remitido por LAP a la GSF en marzo de 2011) y al Plan de Negocio 2016 (remitido por LAP a la GSF en marzo de 2017), se muestra mediante grafica estadística el crecimiento anual y las proyecciones actualizadas en el tráfico de pasajeros a nivel nacional e internacional, constituyendo ello una herramienta concreta por la cual LAP

pudo prever que se iba a superar lo proyectado anteriormente, como es en el presente caso que al año 2012 el tráfico de pasajeros iba a superar lo que inicialmente se habría proyectado al año 2031 (año 30 de la concesión). Lo anterior requirió a LAP realizar las provisiones para que exista un correcto cumplimiento del servicio aeroportuario y sus RTM, ello es conforme al concepto “Mejoras Eventuales” señalado en la Resolución N° 063-2006-CD-OSITRAN, por la cual LAP debe hacer mejoras en función a la necesidad generada por el volumen en el tráfico de pasajeros. En ese sentido, ante la existencia de una obligación de cumplir los RTM en todo momento y al haber tenido la posibilidad de prever un incremento en el tráfico de pasajeros que conllevaría a la insuficiencia de equipos y de personal de atención, lo que generó el incumplimiento del presente RTM por no haber realizado con anticipación las mejoras eventuales que eran necesarias como la compra de equipos (rayos X) y la contratación de mayor personal, se entiende que LAP no ha actuado con la diligencia ordinaria requerida, por lo que resulta responsable por el incumplimiento de este RTM.

II. IDENTIFICACIÓN Y EVALUACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

6. Cuestión previa: Vulneración al principio de tipicidad por parte del RIS

59. Previo a analizar el presente expediente, se observa que el RIS como norma reglamentaria emitida por OSITRAN para regular los PAS bajo su competencia, no resulta compatible con el principio de tipicidad establecido en la LPAG en lo relativo a la tipificación del supuesto de hecho que se encontraría prohibido realizar una empresa concesionaria y que su incumplimiento implicaría como consecuencia jurídica una sanción administrativa a la empresa concesionaria infractora. Para entender ello, es necesario recordar que tanto el derecho administrativo sancionador como el derecho penal forman parte del ius puniendi del Estado, por lo que comparten los mismos principios, como en el caso del principio de tipicidad:

“En conclusión, es evidente la existencia del poder punitivo, el mismo que tiene sustento legal, y que independientemente de los criterios que debe adoptar el legislador al momento de determinar la atribución del ius puniendi en el orden penal o administrativo, es importante que tal como lo ha mencionado TORNOS MAS se tenga en cuenta por un lado que las medidas sancionadoras sean eficaces y por el otro que se respeten las libertades del ciudadano. Asimismo, el poder que le ha sido concedido al Estado, tanto en el ámbito penal como administrativo, se verá limitado por una serie de principios que se han ido desarrollando en el Derecho.

En resumen, es evidente que el Estado es el titular del ius puniendi, y este poder se verá reflejado tanto en el Derecho penal como en el Derecho administrativo sancionador, pero además este poder será limitado por una serie de principios (...)¹²

(Subrayado nuestro)

60. No obstante, el principio de tipicidad es diferente en su aplicación, debido a que en el derecho penal existe una estricta vinculación del tipo penal con la ley, la misma que exige

¹² GUEVARA-CORNEJO, Mayra - Análisis del principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Tesis de pregrado en Derecho. Universidad de Piura, Año 2016. Págs. 09-10.

que el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica solo puedan ser establecidas por una norma de rango legal como una ley o un decreto legislativo. Por su parte, en el derecho administrativo sancionador no existe esa estricta vinculación de la infracción administrativa con la ley, sino que se permite que pueda ser establecida en colaboración de una ley o un decreto legislativo con una norma de rango inferior como es un reglamento:

“La inviabilidad práctica de la tipificación de las infracciones y sanciones administrativas sin la colaboración de un reglamento, justifica la intervención de la Administración por razones ya expuestas como la tecnicidad del objeto legislado, por ejemplo. Sin embargo, partiendo de una posición estrictamente jurídica y formal, corresponde encontrar la justificación de esta en las propias normas que otorgan esta potestad a la Administración. Sin duda, estas se sustentarán en la posibilidad de “hacer factible la aplicación del respectivo ordenamiento legal por parte de la administración y los privados”. Siendo así, es evidente que la vinculación a la ley no desconoce el mecanismo de colaboración con normas de rango inferior, materializándose la potestad reglamentaria de la Administración en materia sancionadora.”¹³

(Subrayado nuestro)

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

La LPAG recoge, en los principios de tipicidad y legalidad, la denominada “cobertura legal”, en la medida que admite la posibilidad de tipificar infracciones por vía reglamentaria, siempre y cuando exista una disposición legal que le sirva de marco y que contemple tanto las conductas que podrán ser tipificadas (...)”¹⁴

(Subrayado nuestro)

61. Es pertinente señalar que estamos hablando de una colaboración entre la ley o el decreto legislativo con un reglamento; por lo tanto, se excluye a otras normas que emita la Entidad como son los reglamentos de administración interna, a las resoluciones emitidas mediante un acto administrativo y a los actos jurídicos que emita la Entidad como serían las obligaciones de carácter contractual que asume mediante un contrato de concesión. Asimismo, es la norma de rango legal la que establece los parámetros donde se tipifica las infracciones administrativas; en consecuencia, una Entidad no puede mediante un reglamento regular materias que escapa de su competencia ni incorporar elementos adicionales más onerosas a las que se ha establecido en las infracciones administrativas mediante la norma legal. En ese sentido, con el fin de evitar la arbitrariedad de la Entidad al

¹³ SERVA CARDENAS, Jimena Michelle - El principio de tipicidad como límite en la labor de tipificación de sanciones delegada a la administración pública. Trabajo Académico para optar el grado de segunda especialidad en Derecho Administrativo. Pontificia Universidad Católica del Perú, Año 2017. Págs. 09-10.

¹⁴ MANAYALLE CHIRINOS, Alejandro - Sanciones administrativas y penalidades en concesiones de infraestructura de transporte. En THĒMIS Revista de Derecho N° 69, Año 2016. Págs. 161-162.

sancionar, el principio de tipicidad exige que la norma legal y el reglamento sean exhaustivos en describir las conductas sancionables, proscribiendo la tipificación en blanco:

“De dichos requisitos, debemos centrar nuestra atención en el referido a la exigencia de certeza y exhaustividad en la descripción de las conductas sancionables. En efecto, dicho requisito es conocido como el de suficiencia en la tipicidad de las infracciones, y se entiende cumplido 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, dicho principio 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, pues la vaguedad y generalidad del hecho que se considera ilícito determinará que sea la autoridad administrativa la que se encargue de la aplicación de la sanción quien tipificará, en cada caso, el hecho sancionable.”¹⁵

(Subrayado nuestro)

62. Tomando en cuenta lo expresado en los párrafos precedentes, procedemos a analizar el cumplimiento del principio de tipicidad en el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica tipificada en el reglamento que sustenta el inicio del presente PAS, véase el numeral 12.2 artículo 12 del RIS:

<p>Artículo 12.- Incumplir las condiciones o especificaciones de operación La Entidad Prestadora que incumpla con las condiciones o especificaciones técnicas de operación estipulados en el respectivo Contrato de Concesión o contenidas en la normativa que sobre tales materias dicten las autoridades competentes, de manera tal que:</p> <p>12.2 Limite el uso de la infraestructura o la prestación del servicio, o su calidad, o ponga en menor riesgo la seguridad de las personas, incurrirá en infracción grave.</p>	<p>Supuesto de hecho: Incumplir con las condiciones o especificaciones técnicas de operación que limite el uso de la infraestructura o la prestación del servicio, o su calidad, o ponga en menor riesgo la seguridad de las personas, estipulados en:</p> <p>a) El respectivo contrato de concesión. b) La normativa que sobre tales materias dicten las autoridades competentes.</p> <p>Consecuencia jurídica: Incurrirá en infracción grave y se le sancionara con la multa correspondiente según a lo establecido en el artículo 61 del RIS.¹⁶</p>
--	---

Se observa que, en lo relativo a la consecuencia jurídica se cumple con el principio de tipicidad al estar estipulada apoyándose en el artículo 61 del RIS, siendo la misma muy precisa en su descripción, no dejando dudas ni vacíos en su redacción. Caso distinto ocurre con el supuesto de hecho, porque en la redacción se remite en principio al contrato de

¹⁵ GONZALEZ LA ROSA, Daniel - El principio de tipicidad y la cláusula de efecto equivalente en la legislación de libre competencia. En Revista de Derecho Administrativo N° 8, Año 2009. Pág. 366.

¹⁶ El artículo 61 del RIS establece una escala de sanciones, correspondiendo para las infracciones graves la imposición de una multa en base a los ingresos operativos anuales del Concesionario, pudiendo oscilar a una multa máxima de 60 UIT (si sus ingresos son menores a 20 mil UIT), 180 UIT (si sus ingresos son mayores a 20 mil UIT pero menores a 50 mil UIT) o 450 UIT (si sus ingresos superan los 50 mil UIT).

concesión y luego a la normativa que dicte las autoridades competentes. Respecto al contrato de concesión, ello va en contra del principio de tipicidad porque solo se admite para tipificar una infracción administrativa a la norma de rango legal y al reglamento para cooperar en su tipificación, no comprendiendo por lo tanto, los actos jurídicos celebrados por la Entidad. En consecuencia, ese fragmento de la norma no debe ser tomado en cuenta por contravenir con el principio de tipicidad.

63. Sobre la remisión a la normatividad dictada por las autoridades competente, debemos tener en cuenta que la autoridad competente en el presente caso es el propio OSITRAN en su calidad de organismo supervisor de las concesiones que operan la infraestructura de transporte aéreo y que el reglamento que había emitido para regularla era el RUTAP, siendo menester para el presente caso analizar el literal h) de su artículo 12:

<p>Artículo 12.- Obligaciones de toda Entidad Prestadora Son obligaciones de toda Entidad Prestadora aeroportuaria y portuaria:</p> <p>h) Prestar servicios con las especificaciones de calidad y cobertura establecidas en los respectivos contratos de concesión y, de ser el caso, en el marco legal vigente.</p>	<p>Supuesto de hecho: Cumplir con la obligación de prestar servicios con las especificaciones de calidad y cobertura establecidas en:</p> <p>a) El respectivo contrato de concesión. b) El marco legal vigente.</p>
--	--

Aquí encontramos una estructura similar a lo visto en el numeral 12.2 artículo 12 del RIS, donde el supuesto de hecho no ha sido tipificado el supuesto de hecho en el reglamento sino que se remite nuevamente al contrato de concesión primero y luego al marco legal vigente. Sobre la remisión al contrato de concesión, se aplica lo ya señalado en el párrafo precedente, por lo que no debe de ser tomado en cuenta a la hora de tipificar una infracción administrativa. Por su parte, la remisión al marco legal vigente, esta vez si encontramos un problema a diferencia del análisis realizado al numeral 12.2 artículo 12 del RIS, porque además del RUTAP no existe ninguna norma de rango legal u otro reglamento que establezca por ejemplos los índices mínimos de serviciabilidad o los RTM exigibles a todos los concesionarios. En resumen, ante la ausencia de un marco legal vigente que establezca normativamente las obligaciones contenidas en los RTM, la única obligación existente que sirva de supuesto de hecho son los RTM que encontramos en el anexo 14 del Contrato celebrado con LAP, los mismos que no pueden ser tomado en cuenta porque ello iría en contra del principio de tipicidad.

64. La aplicación de sanciones administrativas utilizando como supuesto de hecho a las obligaciones contractuales reflejaría un desconocimiento de la naturaleza mixta que tiene un contrato de concesión:

“el contrato de concesión tiene una naturaleza mixta; y es por ello que los concesionarios tiene una doble condición jurídico frente al Estado, la misma que los hace susceptibles de dos tratamientos diferenciados. Así, el concesionario es administrado y, a la vez, parte contractual; encontrándose, por tanto, sometido a las disposiciones públicas que le sean

aplicables como administrado, y también a las obligaciones y remedios contractuales establecidos en su respectivo contrato de concesión.

Ahora bien, esta doble condición jurídica del concesionario también el Estado, porque, de un lado, es Administración Pública, y de otro lado, es parte contractual de la concesión. En ese entendido, las relaciones entre concedente y concesionario implicaran una regulación jurídica asimétrica y simétrica, dependiendo del rol que asuman.

Así, será asimétrica cuando el concedente actúe como Administración Pública y someta al concesionario a todo el marco normativo expedido por aquel o por cualquiera de las entidades públicas que tengan competencia en el desarrollo de la actividad privada del concesionario. De este escenario, por ejemplo, son propias las normas que tipifican infracciones administrativas y las decisiones que imponen multas emitidas por las dependencias del Ejecutivo.

En cambio, la regulación será simétrica cuando el concedente actúe como parte contractual, puesto que en este caso se encuentra sometido, al igual que el concesionario a las cláusulas prescritas en el contrato de concesión. Es aquí donde frente a incumplimientos contractuales caben, por ejemplo, la aplicación de penalidades y/o las cláusulas de caducidad de la concesión.”¹⁷

(Subrayado nuestro)

Este cuestionable manejo, no ha sido exento de crítica por la doctrina nacional:

“En este contexto, es necesario puntualizar que el Reglamento tipifica administrativamente a lo largo de todo su texto infracciones y sanciones provenientes únicamente de fuente contractual y que no han sido recogidas de ninguna ley; es decir, que no existe una regulación sustantiva en la materia. Siendo insuficiente, al amparo de los principios antes señalados, la delegación de funciones normativas efectuada por la Ley Marco de Organismos Reguladores.”¹⁸

(Subrayado nuestro)

Las infracciones administrativas y los incumplimientos contractuales previstos en los contratos de concesión no pueden ni deben ser asimilables. En efecto, mientras que las primeras se originan únicamente por disposición de la ley, las segundas son producto del acuerdo de voluntades. El Reglamento de OSITRAN no cuenta con sustento legal para asimilar los incumplimientos previstos en el contrato de concesión como infracciones administrativas. Por lo tanto, la incorporación de los incumplimientos contractuales dentro del Reglamento debe revisarse.”¹⁹

(Subrayado nuestro)

¹⁷ ZÚÑIGA VELARDE, Landher Alejandro - Diseño de penalidades y sanciones administrativas en los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público en el Perú: lineamientos para su definición y aplicación. Tesis para optar el grado académico de Magíster en Regulación de los Servicios Públicos. Pontificia Universidad Católica del Perú, Año 2018. Pág. 21.

¹⁸ MANAYALLE CHIRINOS, Alejandro - Sanciones administrativas y penalidades en concesiones de infraestructura de transporte. En THĒMIS Revista de Derecho N° 69, Año 2016. Pág. 164.

¹⁹ Ídem. Pág. 169.

65. Sin perjuicio de lo señalado, de tomarse en cuenta una obligación de carácter contractual como supuesto de hecho de una obligación administrativa sujeta a una sanción administrativa en caso de su incumplimiento, también se vulneraría el principio de igualdad porque pueden existir obligaciones contractuales que le sean aplicables a todos los concesionarios en sus respectivos contratos; sin embargo, debido a las particularidades propias en cada contrato, también encontraríamos obligaciones contractuales que son exigibles solo a algunos concesionarios. En línea de lo anterior, podemos hacer una comparación entre los RTM de dos concesiones aeroportuarias que son muy similares entre sí, como lo son Aeropuertos del Perú (en adelante, AdP) que opera el Primer Grupo de Aeropuertos de provincia y Aeropuertos Andinos del Perú (en adelante, AAP) que opera el Segundo Grupo de Aeropuertos de provincia:

Aeropuertos del Perú	Aeropuertos Andinos del Perú
<p>Anexo 5 Operaciones que se llevan a cabo en los aeropuertos</p> <p>(...)</p> <p>b) Operaciones Secundarias</p> <p>Las Operaciones Secundarias serán llevadas a cabo por el CONCESIONARIO y/o por terceros, y se detallan a continuación</p> <ul style="list-style-type: none"> • Servicios Aeroportuarios relacionados al TUUA <p>Estos servicios son llevados a cabo en los Aeropuertos para ofrecer asistencia a los pasajeros antes de su embarque y en el momento posterior a su desembarque. Incluye los siguientes servicios:</p> <p>(...)</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Iluminación: Servicio de iluminación de los ambientes de los Aeropuertos para el desarrollo de actividades nocturnas y/o diurnas, en caso sea necesario.</u> • Salas de Embarque: Ambiente donde espera el pasajero de salida, luego de realizar los trámites de chequeo de embarque, controles migratorios y de seguridad aeroportuaria. • Chequeo de Pasajeros y Equipaje: Ambientes, ocupados por las líneas aéreas, destinados a realizar el 	<p>Anexo 5 Operaciones que se llevan a cabo en los aeropuertos</p> <p>(...)</p> <p>2. Operaciones Secundarias</p> <p>Las Operaciones Secundarias serán llevadas a cabo por el CONCESIONARIO y/o por terceros, y se detallan a continuación.</p> <p>2.1. Servicios Aeroportuarios relacionados al TUUA</p> <p>Estos servicios son llevados a cabo en los Aeropuertos para ofrecer asistencia a los pasajeros antes de su embarque y en el momento posterior a su desembarque. Incluye los siguientes servicios:</p> <p>(...)</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Iluminación y climatización de ambientes: Servicio de iluminación y climatización de los ambientes de los Aeropuertos para el desarrollo de actividades bajo distintas condiciones de luz y temperatura, en caso sea necesario.</u> • Salas de Embarque: Ambiente donde espera el pasajero de salida, luego de realizar los trámites de chequeo de embarque, controles migratorios y de seguridad aeroportuaria. • Chequeo de Pasajeros y Equipaje: Ambientes, ocupados por las líneas aéreas, destinados a realizar el correspondiente

<p>correspondiente chequeo del pasajero y su equipaje facturado.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Sala de Autoridades (protocolo). • Sala de Espera (Parte Pública): Ambiente donde el pasajero realiza los controles y chequeos correspondientes, asimismo es la zona de libre tránsito de otros usuarios. 	<p>chequeo del pasajero y su equipaje facturado.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Sala de Autoridades (protocolo). • Sala de Espera (Parte Pública): Ambiente donde el pasajero realiza los controles y chequeos correspondientes, asimismo es la zona de libre tránsito de otros usuarios. • <u>Servicio de Embarque y Desembarque de Pasajeros Mediante Puentes de Embarque (Mangas): es aquel que permite el traslado de los pasajeros y personal del transportador aéreo o autorizado por éste, entre el terminal y la aeronave mediante pasillos encapsulados. Este servicio será implementado tomando en consideración lo establecido en el Apéndice 2 del Anexo 8, así como los estudios de demanda y el incremento de pasajeros propuestos por el CONCESIONARIO, en el Plan Maestro de Desarrollo.</u>
---	--

(Subrayado y resaltado nuestro)

De la comparación entre los RTM de ambos concesionarios, se detecta que poseen idénticas obligaciones, sin embargo, existen dos RTM adicionales que asume AAP. El primero es que además de compartir ambos Concesionarios con la obligación de prestar el servicio de iluminación de los ambientes del aeropuerto, a AAP se le exige la climatización de los mismos. El segundo es la obligación de contar con un servicio de embarque y desembarque de pasajeros mediante puentes de embarque (mangas), siendo la misma una obligación que solo posee AAP. En ese sentido, en caso de que AdP incurra en el supuesto señalado en el numeral 12.2 del artículo 12 del RIS por no contar con un servicio de climatización de los ambientes del aeropuerto o por no contar con un servicio de embarque y desembarque de pasajeros mediante puentes de embarque (mangas) no podría ser sancionado administrativamente porque dicha obligación contractual no existe en su contrato a diferencia de AAP. Es evidente que dicho tratamiento vulnera con la noción de igualdad señalada por nuestro Tribunal Constitucional:

*“(…) la quiebra de la noción de igualdad (...) se consuma a través del establecimiento de derechos, facultades, atribuciones, deberes, responsabilidades o sanciones disímiles, a pesar de ser idénticas las conductas o situaciones de las personas involucradas en dicho proceso.”*²⁰

(Subrayado nuestro)

66. Tomando en cuenta todo lo anterior, al autorizarse que una obligación contractual sea utilizada como supuesto de hecho de una infracción administrativa ha generado como consecuencia una superposición de los conceptos de sanción administrativa y una penalidad contractual. Vale decir que se está utilizando a las sanciones administrativas para penalizar

²⁰ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL recaída en el Expediente N° 0261-2003-AA/TC de fecha 26 de marzo de 2003.

aquellos incumplimientos contractuales que no posean una penalidad establecida en los respectivos contratos. Al respecto, la doctrina nacional ha detectado este aparente desconocimiento de la naturaleza mixta del contrato de concesión, al equiparar una obligación de naturaleza contractual con una obligación de naturaleza administrativa como un intento de subsanar la deficiencia generada por la ausencia de la tipificación del supuesto de hecho en una norma de rango legal o en un reglamento:

“Por lo pronto, podemos señalar que las penalidades necesariamente deben ser pactadas, es decir, que las partes están de acuerdo en crearlas para garantizar el cumplimiento de una obligación. Esta situación supone, necesariamente que ninguna de las partes ejerce un poder para obligar a la otra a aceptar la penalidad, pues en caso contrario el acto jurídico (entiéndase, el contrato) sería objeto de un vicio de nulidad (por ejemplo, por intimidación). De ahí que las partes acuerden que sea un tercero, distintos a ellos, el que tenga la facultad de resolver cualquier discrepancia en la interpretación de los términos contractuales y decida sobre la visibilidad de que proceda el cobro de la penalidad y otras demandas que hayan sido solicitadas en el proceso correspondiente.

En cambio, en el caso de las sanciones administrativas, estas derivan de la potestad sancionadora que ostenta el Estado. No existe una relación de iguales para convenir que conductas califican o no como infracciones administrativas. Es el Estado el único que tiene la facultad de tipificar infracciones y de determinar cuáles son las sanciones que corresponden. En este tipo de relación, el administrado (sujeto privado) está subordinado a lo que establezca la Administración Pública. Por ello, al existir una discrepancia sobre la imputación de responsabilidad por la presunta comisión de una infracción administrativa, el Estado debe garantizar que se respeten los derechos del administrado en el procedimiento que lleve a cabo para determinar su responsabilidad.”²¹

(Subrayado nuestro)

“En nuestra opinión, dicha autorización no supone convertir todo incumplimiento contractual en infracción administrativa, sino únicamente sancionar aquellos incumplimientos que califiquen como infracción administrativa. Ello, toda vez que el incumplimiento contractual per se no tiene como fuente de origen la ley, sino el acuerdo de voluntades y, por tanto, su remedio debe ser aquel que el contrato correspondiente disponga (por ejemplo, imposición de penalidades). En otras palabras, para que un incumplimiento contractual pueda ser considerado dentro de la tipificación administrativa específica que establezca OSITRAN, primero deberá ser reconocido como tal a través de una norma con rango de ley. De lo contrario, se estará vulnerando el principio de legalidad anteriormente explicado. (...) En ese sentido, resulta ajeno al Derecho Administrativo Sancionador que se establezcan como infracciones administrativas los incumplimientos de obligaciones que únicamente tengan como respaldo un contrato. Las infracciones y sanciones administrativas previstas en el marco legal tienen como finalidad la protección de intereses públicos sustentados en el poder de policía del Estado. La Ley establece cuáles son los intereses públicos que debe proteger el Estado y, por ello, tipifica infracciones y sanciones. Los incumplimientos y penalidades

²¹ ZÚÑIGA VELARDE, Landher Alejandro - Diseño de penalidades y sanciones administrativas en los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público en el Perú: lineamientos para su definición y aplicación. Tesis para optar el grado académico de Magíster en Regulación de los Servicios Públicos. Pontificia Universidad Católica del Perú, Año 2018. Pág. 36.

contractuales tienen una naturaleza claramente distinta. (...) Por ello, un Reglamento encargado de regular sanciones administrativas no puede de manera alguna recoger su contenido de disposiciones contractuales.

En este contexto, es necesario puntualizar que el Reglamento tipifica administrativamente a lo largo de todo su texto infracciones y sanciones provenientes únicamente de fuente contractual y que no han sido recogidas de ninguna ley; es decir, que no existe una regulación sustantiva en la materia. Siendo insuficiente, al amparo de los principios antes señalados, la delegación de funciones normativas efectuada por la Ley Marco de Organismos Reguladores.”²²

(Subrayado nuestro)

67. En orden de lo señalado, consideramos que el RIS infringe gravemente al principio de tipicidad al incorporar como supuesto de hecho a lo señalado en los respectivos contratos de concesión, dado que se está sancionando administrativamente por el incumplimiento de obligaciones contractuales. En ese sentido, consideramos que este PAS no debió iniciarse porque la obligación de cumplir con los RTM no se encuentran en una norma legal ni reglamentaria sino en el anexo 14 del Contrato, siendo en todo caso aplicable una penalidad ante su eventual incumplimiento y no una sanción administrativa. No obstante, sin desconocer lo que hemos señalado en la presente cuestión previa, vamos a analizar los principales problemas jurídicos presentes en el expediente, a efectos de contradecir los argumentos esgrimidos en el presente PAS.

7. Primer problema jurídico identificado y evaluado

La GG declaró la nulidad parcial de la Resolución N° 0111-2006-GSF-OSITRAN, bajo el argumento que previo a la imputación de los cargos no se había determinado cuales serían los parámetros que LAP debe cumplir, véase los RTM establecido en el Contrato o la norma IATA, ya que el propio Contrato señala que el cumplimiento de los RTM debe realizarse teniendo en cuenta otras normas mínimas de operación como es la norma IATA, la misma que es de obligatorio cumplimiento por parte de las aerolíneas. No obstante, realiza el reenvío del procedimiento a la primera instancia a fin que evalúe continuar el procedimiento teniendo en cuenta lo anteriormente señalado. ¿Es correcta la actuación de la GG? ¿Contaba la GG con los elementos necesarios para resolver sobre el fondo de la apelación? ¿La actuación de la GG causa la indefensión por parte de LAP al dilatar el procedimiento o encuentra su justificación en que nos encontramos ante un recurso valido a fin de dotar de validez y ejecutividad al acto administrativo?

68. La Resolución N° 039-2017-GG-OSITRAN, de fecha 07 de marzo de 2017, que declaró fundada la apelación parcial presentada por LAP y, en consecuencia, la nulidad parcial de los artículos 1 y 2 de la Resolución N° 0111-2006-GSF-OSITRAN, se fundamentó en lo recomendado por la GAJ en el Informe N° 027-17-GAJ-OSITRAN, de fecha 07 de marzo de 2017. En el mencionado informe, GAJ analizó los argumentos planteados por LAP en el

²² MANAYALLE CHIRINOS, Alejandro - Sanciones administrativas y penalidades en concesiones de infraestructura de transporte. En THĒMIS Revista de Derecho N° 69, Año 2016. Págs. 163 – 164.

escrito presentado con fecha 03 de enero de 2017 y el escrito adicional presentado con fecha 07 de marzo de 2017, siendo este último relevante para responder la interrogante que planteamos.

69. Respecto a los argumentos planteados en el escrito presentado con fecha 03 de enero de 2017, la GAJ los desestima porque considera que, basado en la cláusula 22.1 del Contrato, LAP como Concesionario asume los riesgos asociados a la prestación de los servicios aeroportuarios y realización de las operaciones que se realizan en el interior del aeropuerto:

“CLÁUSULA 22

RIESGOS DE LA CONCESION

22.1. Asunción del Riesgo. *Salvo por aquellos casos en los que se establece en el presente Contrato responsabilidad para el Concedente o para cualquiera de sus organismos, el Concesionario asume por su propia cuenta los gastos y riesgos asociados con el desarrollo de cualquier Contrato de Operación, la prestación de los Servicios Aeroportuarios y servicios en general, la realización de las Mejoras, aquellos gastos y riesgos derivados del uso de tecnología y patentes propias del Concesionario, y todas aquellas materias u operaciones bajo su control o bajo su responsabilidad de acuerdo con el presente Contrato, salvo lo establecido en la Cláusula 26 del presente Contrato.”*

(Subrayado nuestro)

70. De este modo, en concordancia con la cláusula 2.1 y el Anexo 3, dicho riesgos no solo se limita a aquellas operaciones principales que son ejecutados directamente por LAP, sino se extiende a aquellas operaciones no principales que pueden ser ejecutados directamente o por un tercero.
71. Por su parte, los argumentos planteados en el escrito presentado con fecha 07 de marzo de 2017, son resumidos en el numeral 13 del Informe N° 027-17-GAJ-OSITRAN:
- Los indicadores establecidos en los numerales 1.21 y 1.22 del Anexo 14 del Contrato deber ser aplicados acorde con los estándares internacionales de la Asociación de Transporte Aéreo Internacional (IATA), de acuerdo a lo indicado en el numeral 3 del Anexo 14 del referido contrato.
 - Los indicadores de los RTM del Contrato son más restrictivos que los establecidos en la norma IATA, por lo que devienen en imposibles de cumplir.
72. Al respecto, la GAJ concluye en su numerales 102 y 104, en concordancia con el análisis de los argumentos de LAP realizado en los numerales 50, 51, 53, 54, 75 y 76, que, si bien LAP debe cumplir todos los RTM previstos en el Contrato, este último también señala en sus Anexos 3, 14 y 19, que dicho cumplimiento debe efectuarse tomando en cuenta otras normas mínimas de operación, entre las que se encuentra la norma IATA. De esta forma, se omitió en la imputación de cargos efectuado por la primera instancia, el oportuno y adecuado análisis de los parámetros que le era exigible, a fin de que pueda ejercer adecuadamente su derecho de defensa. Lo anterior se sustenta en lo afirmado por la primera instancia en el Memorando N° 0403-2017-GSF-OSITRAN, en respuesta al requerimiento efectuado por la GAJ, por el cual ha reconocido que el Anexo 14 del Contrato ha establecido como una norma mínima para las operaciones aeroportuarias a la norma IATA, la misma que ha sido omitida en el análisis previo a la determinación del grado de diligencia que ha tenido LAP en el ámbito operativo. De igual modo, es función de la GSF

identificar los casos que un RTM pueda no ser concordante con la norma IATA y, justificar cuál de esas dos reglas debe primar, a efectos de determinar la responsabilidad de LAP con relación al cumplimiento de sus obligaciones contractuales. De lo antes señalado, se infiere que no fue dilucidado ni puesto en conocimiento a LAP en la imputación de cargos, por lo que la GAJ encuentra un vicio en la resolución recurrida vinculada con una falta de motivación adecuada, lo cual es un requisito de validez del acto administrativo de conformidad con el numeral 4 del artículo 3 de la LPAG, incurriendo en un vicio insubsanable que acarrea su nulidad, de acuerdo con el artículo 10 de la LPAG.

73. Al respecto, previo a evaluar el análisis realizado por la GAJ, de la revisión del escrito presentado por LAP con fecha 07 de marzo de 2017, se observa que, contrario a lo afirmado por la GAJ en su numeral 13, en ningún momento LAP ha planteado que los indicadores establecidos en los numerales 1.21 y 1.22 del Anexo 14 del Contrato deber ser aplicados acorde con los estándares internacionales de la Asociación de Transporte Aéreo Internacional (IATA), de acuerdo a lo indicado en el numeral 3 del Anexo 14 del referido contrato. Tampoco se observa cuestionamiento respecto a que parámetros le son exigibles a LAP (si se toman en cuenta los establecidos en los RTM o los que la norma IATA exige a las aerolíneas durante su operación), con relación al cumplimiento de sus obligaciones contractuales y así determinar si se ha actuado con la diligencia requerida a la hora de establecer si ha existido responsabilidad en su incumplimiento. Con relación a lo anteriormente señalado, en el numeral 34 y 35 del presente informe, procedemos a resumir los argumentos que realmente ha planteado LAP en su escrito presentado con fecha 07 de marzo de 2017:

- Previo pronunciamiento sobre el fondo, LAP reconoce que, en efecto, el Decreto Legislativo N° 1272, en su Primera Disposición Complementaria Transitoria, hace referencia a un plazo de 60 días hábiles para la adecuación en los procedimientos especiales como es el presente PAS. Sin embargo, señala que ese plazo, en conformidad a los numerales 2 y 3 del artículo II del Título Preliminar de la LPAG, se refiere al deber de las autoridades administrativas de reglamentar los procedimientos especiales en conformidad con los principios administrativos establecidos en la ley. En ese sentido, y conforme al Principio de Irretroactividad, los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables en los establecidos en la LPAG; por lo que todos los principios han sido incorporados por el Decreto Legislativo N° 1272²³ entraron en vigencia de forma inmediata a partir de 22 de diciembre de 2016.²⁴ Asimismo, se resalta que dichos principios ya eran plenamente aceptados por la doctrina y la jurisprudencia antes de la promulgación del decreto, reafirmando su postura respecto a su aplicación inmediata.
- Sobre el fondo, reiteran lo señalado en su anterior escrito, respecto que los supuestos incumplimientos de los RTM, estos al formar parte de las obligaciones no principales,

²³ El Principio de Culpabilidad es uno de los principios que incorpora el Decreto Legislativo N° 1272, por la cual se dispone que la responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad objetiva. La aplicación del mencionado principio fue un argumento esgrimido por LAP en los numerales 5.1 al 5.13 de su escrito presentado con fecha 03 de enero de 2017, el mismo que no fue tomado en cuenta en el análisis efectuado por la GAJ.

²⁴ Día siguiente de la publicación del Decreto Legislativo N° 1272 en el diario oficial El Peruano.

no son de cargo de LAP sino de las aerolíneas como usuarios intermedios. De igual forma, las obligaciones de LAP se limitan a la provisión de equipamiento o infraestructura operativa para que estas puedan brindar sus servicios en conformidad a los parámetros establecidos en los RTM. Lo anterior se complementa con lo reconocido por el propio OSITRAN en su Oficio N° 3440-09-GS-OSITRAN,²⁵ por la cual acepta de manera expresa que el cumplimiento de los RTM que miden la calidad de los servicios objeto de sanción en el presente procedimiento son de exclusiva responsabilidad de las aerolíneas, en conformidad a lo señalado por la AETAI. En la misma línea, OSITRAN reproduce lo señalado por la AETAI respecto que los parámetros establecidos en los RTM son mucho más restrictivos que los contenidos en la norma IATA, haciéndolo impracticable su cumplimiento para las aerolíneas. En mérito a lo expuesto, mediante el Informe 864-09-GS-OSITRAN²⁶ se reconoce que los servicios a cargo directo de las aerolíneas se encuentran sujetos a procedimientos y parámetros distintos a los RTM, léase la norma IATA. En consecuencia, no solo se afectaría el principio de causalidad al imputar a LAP por incumplimiento de RTM que son cargo de un tercero (las aerolíneas), sino que sería materialmente imposible, ya que el propio OSITRAN ha reconocido que las aerolíneas se encuentran sujetas a una regulación distinta a los RTM, como es la norma IATA.

- Finalmente, señalan que han realizado constantes esfuerzos comunicándose con las aerolíneas a través de cartas y de la coordinación de sus funcionarios con el personal de las mismas a fin que puedan cumplir con los RTM. De hecho, no existe un modo eficaz de coaccionar a las aerolíneas, debido a que, si bien los Mandatos de Acceso faculta a LAP la suspensión del acceso, ello sería eficaz a la hora de desincentivar el incumplimiento por parte de las aerolíneas, el mismo implicaría un impacto negativo sobre el mercado de transporte aéreo, afectando no solo a las aerolíneas sino también a los pasajeros que utilizan la infraestructura al contar con una menor oferta en el transporte aéreo. Lo mismo se aplicaría en el caso de que LAP imponga sanciones a las aerolíneas, en tanto que podrían no pagarlas o no renovar sus fianzas, generando por el contrario la posibilidad que se vean afectados los pasajeros al ver trasladados en ellos tales sobrecostos como en el incremento del precio del pasaje o en la disminución de la calidad del servicio.

74. Es correcto afirmar que la GAJ ha evaluado un argumento que no fue planteado por LAP en ninguno de sus dos escritos presentados. No obstante, de la revisión del Informe N° 027-17-GAJ-OSITRAN en sus numerales 48 y 49, se observa que construye ese argumento de una lectura literal que realiza del numeral 3 del Anexo 14 y el Anexo 3 del Contrato:

“ANEXO 14
Requisitos Técnicos Mínimos

(...)

²⁵ Oficio notificado con fecha 9 de octubre de 2009, cuyo objeto era solicitar a LAP su opinión respecto de la solicitud para la modificación de los RTM que son de cumplimiento de las empresas integrantes de la AETAI, presentada por la AETAI en su comunicación 0086-2008-P/AETAI.

²⁶ Informe elaborado por la entonces Gerencia de Supervisión, hoy Gerencia de Supervisión y Fiscalización, en la cual se analizó la solicitud presentada por la AETAI respecto a la modificación de los RTM que son ejecutados por las aerolíneas, previo a su remisión a LAP mediante el Oficio N° 3440-09-GS-OSITRAN.

3. Normas Mínimas Requeridas para las Operaciones Aeroportuarias y el Desarrollo de la Infraestructura Aeroportuaria.

- 3.1 Normas y Reglamentos de la aviación peruana (...)
- 3.2 Anexos y Manuales de OACI (...)
- 3.3 Reglamentos de la Aviación Federal de los Estados Unidos – FAA (...)
- 3.4 Recomendaciones IATA
 - 4A Manual de Referencia de los Terminales Aeroportuarios
 - 4B Manual de Manejo del Aeropuerto (...)

**“ANEXO 3
OPERACIONES QUE SE LLEVAN A CABO EN EL AEROPUERTO**

Las Operaciones que se llevan a cabo en el Aeropuerto, han sido clasificadas para efectos del presente Contrato, en Operaciones Principales y Operaciones No Principales. Dichas Operaciones deberán ser llevadas a cabo de acuerdo con los Requisitos Técnicos Mínimos establecidos en el Anexo 14 del presente Contrato, debiendo llegar a la Categoría B de IATA o el que lo sustituya al octavo año de Vigencia de la Concesión, manteniéndose dicha categoría en todas las Operaciones durante toda la Vigencia de la Concesión.

(Subrayado nuestro)

75. Asimismo, se observa en el numeral 50 del Informe N° 027-17-GAJ-OSITRAN, que la GAJ considera que existen dos parámetros técnicos de medición de obligatorio cumplimiento para LAP (véase, los RTM establecidos en el Anexo 14 del Contrato y la norma IATA que regula a las actividades desarrolladas por las aerolíneas, la misma que el propio Contrato señala que también sea tomada en cuenta), los mismos que son parámetros distintos y que no pueden ser tomados como equivalentes. Al respecto, se le remite el Memorando N° 052-17-GAJ-OSITRAN a la GSF, para que se pronuncie sobre la existencia de estos dos parámetros técnicos de medición en aparente conflicto. Mediante el Memorando N° 403-2017-GSF-OSITRAN, la GSF, en su calidad de primera instancia, da respuesta a lo solicitado por la GAJ, señalando lo siguiente:

Respuesta 4: *El numeral 3 del Anexo 14 del Contrato de Concesión establece que como una Norma Mínima Requerida para las Operaciones Aeroportuarias y el Desarrollo de la Infraestructura Aeroportuaria, las recomendaciones IATA (Manual de Referencia de los Terminales Aeroportuarios y Manual de Manejo del Aeropuerto). Respecto al nivel de servicio exigible al AIJCH, el Anexo 3 y el Anexo 19 del Contrato de Concesión señalan que el nivel de servicio que deberá cumplir el Concesionario para el desarrollo y operación de AIJCH será la Categoría B de IATA o el que lo sustituya, la cual deberá tenerse en cuenta para su aplicación.*

(Subrayado nuestro)

76. Con la citada respuesta proporcionada por la GSF, se observa que en el numeral 51 del Informe N° 027-17-GAJ-OSITRAN, la GAJ reforzó su argumento planteado al corroborar que se aplican ambos parámetros técnicos de medición en el presente caso:

“51. Es claro entonces, que la verificación del cumplimiento de los RTMs debe ser efectuada no solo considerando el alcance de los RTMs, sino las reglas IATA, en lo que resulte aplicable. Tomando en cuenta ello, es imprescindible que las reglas para la evaluación del cumplimiento de los RTMs por parte del concesionario, deben considerar dichos aspectos

de evaluación, lo cual debe efectuarse, evidentemente, previo a la imputación de cualquier incumplimiento.”

77. Sustentándose en ello, GAJ en los numerales 105 y 106 del Informe N° 027-17-GAJ-OSITRAN, recomendó a la GG declarar fundada la apelación parcial presentada por LAP y en consecuencia, la nulidad parcial de los artículos 1 y 2 de la Resolución N° 0111-2006-GSF-OSITRAN al considerar que durante la imputación no se ha determinado que parámetro técnico le será aplicado al presente caso y no pronunciarse sobre los demás argumentos adicionales planteado por LAP al carecer de objeto con la nulidad de la resolución recurrida.
78. De esta manera, se observa que la GG en la resolución del recurso de apelación interpuesto por LAP, sustentándose en el informe elaborado por la GAJ, ha priorizado el autocontrol de legalidad respecto a la resolución emitida por la primera instancia en lo correspondiente a la validez de los actos administrativos que emite frente a la conservación del mismo, por lo que ante un supuesto defecto en la motivación ha declarado la nulidad de la resolución recurrida, atendiendo con ello lo solicitado por LAP.
79. Para entender mejor lo anteriormente señalado, respecto al recurso de apelación interpuesto por LAP es pertinente citar los siguientes artículos de la LPAG:

“Artículo 206. Facultad de contradicción

206.1 Conforme a lo señalado en el artículo 120, frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante los recursos administrativos señalados en el artículo siguiente, iniciándose el correspondiente procedimiento recursivo.

206.2 Sólo son impugnables los actos definitivos que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión. La contradicción a los restantes actos de trámite deberá alegarse por los interesados para su consideración en el acto que ponga fin al procedimiento y podrán impugnarse con el recurso administrativo que, en su caso, se interponga contra el acto definitivo.”

(Subrayado nuestro)

“Artículo 209 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.”

(Subrayado nuestro)

“Artículo 218- Agotamiento de la vía administrativa

218.1 Los actos administrativos que agotan la vía administrativa podrán ser impugnados ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso-administrativo a que se refiere el Artículo 148 de la Constitución Política del Estado.”

(Subrayado nuestro)

80. De la revisión de los artículos citados, se colige que la apelación es el recurso administrativo idóneo que tiene LAP para cuestionar la validez del acto administrativo emitido por la primera instancia y así solicitar la nulidad del mismo al superior jerárquico. Respecto a la

posibilidad de la segunda instancia de declarar nulo el acto administrativo al resolver la apelación, la doctrina nos otorga luces sobre el objetivo que persigue la Administración con los recursos administrativos:

“El recurso administrativo no constituye, como aparenta, una garantía en favor del administrado, sino una verdadera carga en su contra y un privilegio de la Administración. Debemos recordar que por la existencia de la regla de la prejudicialidad de la vía previa o el deber de agotar la vía previa, es que ningún administrado puede llevar a cuestionar una decisión administrativa directamente al Poder Judicial, sino que tiene que cumplir con el deber de promover una decisión que cause estado, para recién demandar a la Administración. Precisamente esa búsqueda de promover una decisión que cause estado, es que obliga al administrado a la interposición de los recursos administrativos pertinentes. Como vemos la institución del recurso administrativo no es un beneficio para el administrado, sino una virtual carga en su camino hacia el acceso a la justicia.”²⁷

(Subrayado nuestro)

“Ahora bien ¿en que se fundamentan los recursos administrativos? La respuesta es en la necesidad de favorecer el autocontrol de legalidad de la propia Administración respecto a las decisiones primarias de las entidades. Como ya hemos manifestado, la recurrencia administrativa no se sustenta en la necesidad de dar al administrado la oportunidad de contar con dos pareceres de la Administración emitidos por instancias diferentes, sino que en su búsqueda por acceder a la justicia ante el Poder Judicial tiene que travesar satisfactoriamente la gama de recursos necesarios para agotar la vía administrativa. En este sentido, el ciudadano cuando interpone un recurso actúa como un colaborador de la Administración permitiéndole – por defecto- volver a conocer de aquellas decisiones primarias que ha emitido y controlarlas en su legalidad o mérito.”²⁸

(Subrayado nuestro)

“La doctrina ha sostenido alternativa y/o concurrente que la exigencia del agotamiento de la vía previa persigue como finalidades producir una etapa conciliadora previa a la controversia judicial; da a la Administración Pública la posibilidad de revisar decisiones, subsanar errores y promover su autocontrol jerárquico de lo actuado por sus instancias inferiores, reforzar la presunción de legalidad de los actos administrativos, para que no lleguen al cuestionamiento judicial, actos irreflexivos o inmaduro,; y limitar la promoción de acciones judicial precitada contra el Estado.”²⁹

(Subrayado nuestro)

“Cuando el administrado interpone un recurso de apelación, lo que está haciendo es permitirle al superior jerárquico que revise la legalidad del proceder de su subordinado (control jerárquico).”³⁰

(Subrayado nuestro)

“Por otro lado, la obligación de agotar la vía administrativa, cuando esta se encuentra regulada, resulta ser una carga para el administrado, más que un privilegio en su favor, máxime si se establece como un requisito para acceder al contencioso administrativo.”

²⁷ MORON URBINA, Juan Carlos – Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica Novena Edición Año 2011. Pág. 603.

²⁸ MORON URBINA, Juan Carlos – Los recursos en el procedimiento administrativo general y en los procedimientos sectoriales. Gaceta Jurídica Año 2009. Pág. 19.

²⁹ Ídem Pág. 73.

³⁰ Ídem Pág. 20.

Lejos de ser un derecho potestativo, la facultad de contradicción debe ejecutarse obligatoriamente, ello a diferencia de otras legislaciones, en las cuales el particular puede optar por ejercer la facultad de contradicción administrativa o no, que resulta ser la posición de gran parte de la doctrina administrativa moderna. La necesidad de interponer un recurso administrativo supone para el particular, en la práctica, una demora en la posibilidad de acceder al proceso contencioso administrativa, máxime si, como lo hemos señalado, en la mayoría de los casos los recursos no resuelven de manera definitiva la pretensión del particular."³¹

(Subrayado nuestro)

La existencia del procedimiento recursal se justifica adicionalmente en la necesidad de la Administración de establecer la legalidad de sus propios actos, una posibilidad de control interno, que opera antes que dichos actos lleguen al Poder Judicial. Permite, en tal sentido, uniformizar las decisiones que toma la Administración, en especial ante la existencia de precedentes vinculantes. En tal sentido, los recursos administrativos operan como un mecanismo de replanteamiento adicional al de la revisión de oficio de oficio y se configuran como una especie de privilegio relacionado directamente con la autotutela administrativa. Ello implica además que la autoridad que conoce del recurso posee plena competencia sobre el tema recurrido, con la única limitación derivada del principio de congruencia y la prohibición de la reformatio in peius. Además, y como lo hemos señalado en los párrafos precedentes, los recursos administrativos se configuran, en nuestra legislación, más como una garantía a favor de la Administración que como una facultad a favor del administrado, puesto que le permite efectuar una revisión de sus propios actos. Como resultado, el recurso administrativo es, para el administrado, una carga para el acceso a la revisión jurisdiccional."³²

(Subrayado nuestro)

81. De tal manera, y conforme a lo señalado por la doctrina citada; el recurso de apelación, como recurso administrativo, no es en esencia una garantía para el administrado, sino que es entendido por la segunda instancia como la oportunidad que le otorga el administrado para verificar que el acto administrativo recurrido cumpla con todos los requisitos de validez con la finalidad de evitar que llegue a la vía contencioso administrativo un acto administrativo inválido. Es por ello que, la segunda instancia al encontrar que no se ha respetado algún requisito de validez puede declarar la nulidad del acto administrativo emitido por la primera instancia, tal y como está estipulado en la LPAG:

"Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

4. Motivación. - El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico."

"Artículo 6.- Motivación del acto administrativo

6.1 La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

6.2 Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a

³¹ GUZMAN NAPURI, Christian - Manual del procedimiento administrativo general. Primera Edición. Pacifico Editores Año 2013. Pág. 607

³² ídem Pág. 610.

condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto.

6.3 No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que, por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto.”

“Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

(...)

2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.”

“Artículo 14.- Conservación del acto

14.1 Cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez, no sea trascendente, prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora.

14.2 Son actos administrativos afectados por vicios no trascendentes, los siguientes:

(...)

14.2.2 El acto emitido con una motivación insuficiente o parcial.

(...)

14.2.4 Cuando se concluya indudablemente de cualquier otro modo que el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio.”

“Artículo 217.- Resolución

La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas en el mismo o declarará su inadmisión.

Constatada la existencia de una causal de nulidad, la autoridad, además de la declaración de nulidad, resolverá sobre el fondo del asunto, de contarse con los elementos suficientes para ello. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispondrá la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo. “

(Subrayado y resaltado nuestro)

“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:

(...)

1.9. **Principio de celeridad.** - Quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento.”

82. Por su parte, respecto a la obligación de resolver sobre el fondo del asunto en caso de declarar la nulidad del acto recurrido, la doctrina señala lo siguiente:

“Recapitulando: no siempre la consecuencia ordinaria de la invalidez de un acto administrativo es su declaratoria de nulidad, porque el artículo 10º de la LPAG sólo ha querido reservar esa consecuencia a los actos que incurren en vicios graves de legalidad, ya

que respecto de los actos que padecen de vicios considerados no trascendentes por el artículo 14º de la LPAG la regla es permitir su enmienda por la propia Administración.³³

(Subrayado nuestro)

“Respecto de a quién corresponde realizar la subsanación, esta es competencia primaria de la autoridad o funcionario que emitió el acto viciado, pero también del superior jerárquico administrativo en dos situaciones: cuando se ha formulado queja en los términos a que se refiere el artículo 158º de la LPAG respecto de vicios en la tramitación de un procedimiento administrativo, en segundo lugar cuando se ha interpuesto recurso para impugnar un acto administrativo, caso este último en el que de corresponder su tramitación al superior jerárquico este podrá corregir todos aquellos vicios o defectos incurridos de carácter no trascendente del acto impugnado.”³⁴

(Subrayado nuestro)

“Anteriormente, siguiendo las reglas procesales judiciales, la autoridad del recurso procedía a declarar la nulidad y devolver lo actuado al que conoció el proceso para reponer la causa al estado anterior. Esta situación tenía serios inconvenientes en el ámbito administrativo: primero, atentaba contra la celeridad del procedimiento, por cuanto probablemente habiéndose acogido el recurso al administrado, y estando la materia evidentemente clara, se posponía la resolución final del caso; en segundo orden, esta acción favorecía las conductas elusivas de las autoridades superiores que ante casos complejos, recarga de labores, o simplemente por evitar analizar completamente los casos, prefería identificar un error o casual aparente o real de nulidad, para determinarla, devolver el expediente y transferir la carga nuevamente al inferior.

Por ello, ahora la norma exige que la autoridad del recurso, cuando advierta la nulidad, la declare, pero además dicte resolución de fondo. Si para ello, requiera actuación de elementos probatorios complementarios, está habilitada para ello. La única excepción será cuando de la lectura del expediente alcanzado no pueda apreciarse íntegramente la información instruida como para resolver el caso.”³⁵

(Subrayado nuestro)

83. De la cita anterior, se puede apreciar que la motivación es un requisito de validez, cuya ausencia es causal de nulidad, tal y como ha ocurrido en el presente caso, donde la GAJ en su informe consideró que ha existido una motivación deficiente e imposible de subsanar al verificarse que la GSF no ha establecido previo a la imputación a LAP del supuesto incumplimiento que habría incurrido, que parámetros técnicos de medición le correspondía cumplir. Al respecto, consideró que no había los elementos necesarios para poder pronunciarse sobre el fondo del asunto.

84. Tomando en cuenta, lo expuesto hasta ahora, procedemos a evaluar el análisis realizado por la GAJ. En relación a lo anterior, la nulidad se fundamentó en un argumento que no fue planteado en la interposición del recurso de apelación ni en el escrito adicional presentado.

³³ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge – Régimen de la Nulidad de los Actos Administrativos en la Ley N° 27444 del Procedimiento Administrativo General. Pág. 7.
https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3409_ponenciaforonulidad_actos_administrativos.pdf (consulta realizada el 01 de noviembre de 2019).

³⁴ ídem Pág. 25.

³⁵ MORON URBINA, Juan Carlos – Los recursos en el procedimiento administrativo general y en los procedimientos sectoriales. Gaceta Jurídica. Año 2009. Págs. 68 y 69.

LAP en ningún momento discute que no le sean aplicables como el parámetro técnico a los RTM, ello en todas las operaciones que están bajo su directa ejecución, vale decir las denominadas Operaciones Principales. Lo anterior no ocurre con las Operaciones No Principales, en la cual coincide con la AETA, indicando que ello es una obligación que corresponde a las aerolíneas, siendo estas regidas por los parámetros técnicos establecidos en la norma IATA. No obstante, tal y como hemos señalado anteriormente, dicho argumento fue elaborado por la GAJ en base a una lectura literal que realiza del numeral 3 del Anexo 14 y el Anexo 3 del Contrato, por lo que para responder si, en efecto, existen dos parámetros técnicos aplicables a LAP, los cuales al no haberse determinado cual le sería aplicable previo a la imputación de cargos, determinara la nulidad del acto administrativo.

85. Para responder a la pregunta, es importante revisar el Contrato, el cual en su Anexo 3 señala lo siguiente:

**“ANEXO 3
OPERACIONES QUE SE LLEVAN A CABO EN EL AEROPUERTO**

Las Operaciones que se llevan a cabo en el Aeropuerto, han sido clasificadas para efectos del presente Contrato, en Operaciones Principales y Operaciones No Principales.

Dichas Operaciones deberán ser llevadas a cabo de acuerdo con los Requisitos Técnicos Mínimos establecidos en el Anexo 14 del presente Contrato, debiendo llegar a la Categoría B de IATA o el que lo sustituya al octavo año de Vigencia de la Concesión, manteniéndose dicha categoría en todas las Operaciones durante toda la Vigencia de la Concesión.”

Operaciones Principales.

Deben ser realizadas directamente por el Operador Principal y por cuenta del Concesionario. Estos servicios son los que se detallan a continuación:

(...)

Operaciones No Principales

Son aquellas operaciones no incluidas en las Operaciones Principales, y que podrán ser llevadas a cabo por el Operador Principal o por el Operador Secundario

(...)”

(Subrayado nuestro)

86. Según lo anteriormente citado, queda claro que los parámetros técnicos a la cual el Contrato obliga a LAP cumplir, son los establecidos en el Anexo 14. Por su parte, el Anexo 14 del Contrato señala que, para efectos de la operación de los Bienes de la Concesión, el Concesionario deberá cumplir con los RTM, establecidos en dicho anexo:

“ANEXO 14

2. Requisitos Técnicos Mínimos

1.1. Introducción a los Requisitos Técnicos Mínimos (RTM)

Para efectos del diseño, construcción, operación, mantenimiento y conservación de los Bienes de la Concesión, el Concesionario deberá cumplir con los “Requisitos Técnicos Mínimos” (RTM), establecidos en el presente anexo, así como con lo estipulado en la sección 1 del anexo 6 de las Bases, según sea modificado o actualizado periódicamente por el OSITRAN de ser necesario, contando con la opinión del Concedente y el Concesionario, o a requerimiento de éstos.”

(Subrayado nuestro)

87. Por lo que contractualmente no quedaría menor duda de los parámetros técnicos aplicables a las Operaciones No Principales son aquellos establecidos en los RTM. En adición a ello, mediante el Oficio N° 0094-2016-JFI-GSF-OSITRAN, oficio por la cual se da inicio al presente PAS, se adjunta el Informe N° 0297-2016-JCA-GSF-OSITRAN, en cuyo numeral 36 recoge lo establecido en la cláusula 1.51 del Contrato:

“1.51. “Requisitos Técnicos Mínimos” significa aquellos criterios mínimos de calidad consistente con estándares básicos, que el concesionario debe mantener para el diseño, construcción, reparación, mantenimiento y operación del Aeropuerto estipulados en la sección 1 del anexo 6 de las Bases, así como lo especificado en el Anexo 14 de este contrato, según sean modificados o complementados periódicamente por OSITRAN, contando con la opinión del concesionario, en el marco de las necesidades de las líneas aéreas y el transporte de pasajeros y carga, en la forma que al juicio razonable de OSITRAN sea necesario.”

(Subrayado nuestro)

88. En ese aspecto, contrario a lo indicado por la GAJ, se observa que, desde la imputación de los cargos e inicio del presente PAS, LAP ha tenido pleno conocimiento que se le estaba aplicando los parámetros técnicos establecidos en los RTM. En lo referente, de la revisión del expediente se observa que, en ningún momento LAP ha cuestionado que no le sea aplicable las obligaciones contenidas en los parámetros técnicos establecidos en los RTM, ello se vislumbra tanto en sus escritos remitidos ante la primera instancia y la segunda instancia, por lo que podemos colegir que ello nunca fue materia de discusión.
89. En lo mencionado anteriormente, es corroborado con el informe técnico elaborado por la consultora Innova PUCP, por encargo de LAP, el mismo que tenía como objeto ofrecer a OSITRAN, para su aprobación, una propuesta de determinación de la medición de los parámetros técnicos establecidos en los RTM del Anexo 14 del Contrato, al ser estos los exigibles a LAP, y no otros parámetros técnicos como los establecidos en la norma IATA.
90. De igual forma, en conformidad con el numeral 46 del Informe N° 027-17-GAJ-OSITRAN, la propia GAJ señala que, a través de las cartas remitidas por LAP a las aerolíneas, las mismas detalladas en el Cuadro N° 03 del Informe N° 0150-2016-JFI-OSITRAN, que sustenta la resolución recurrida, se reafirma ante estas que por obligación contractual tiene la responsabilidad del cumplimiento de los RTM, tal y como se le cita a continuación:

(...)

Ref.: Información referida al cumplimiento por parte de su aerolínea de los Requisitos Técnicos Mínimos (RTM) previstos en el Contrato de Concesión del AIJCh.

(...)

Nos dirigimos a ustedes con relación a proceso de Check-In llevado a cabo por vuestra representada en las instalaciones del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez.

Sobre el particular, es pertinente resaltar que nuestra representada, como parte de las obligaciones asumidas frente al Estado peruano en virtud del Contrato de Concesión del AIJCh, se encuentra obligada a garantizar el cumplimiento de diversos estándares de calidad. Dichos estándares están detallados en el Anexo 14 del referido Contrato de Concesión (Requisitos Técnicos Mínimos – RTM).

En ese sentido, dado que el cumplimiento de dichos RTM es una obligación recogida en el Contrato de Concesión, nuestra representada realiza – de manera periódica- mediciones destinadas a verificar el cumplimiento de los mismos. La más reciente de dichas mediciones fue realizada en el mes de diciembre de 2012, habiendo sido ejecutadas por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), para la cual se aplicó la metodología aprobada por OSITRAN.

Dado que algunos de dichos RTM están referidos a procesos ejecutados por vuestra empresa-concretamente al proceso de Check-In: Tiempo Promedio de Chequeo y Tiempo Máximo de Espera, adjunto al presente les remitimos los resultados de las mediciones realizadas respecto de dichos procesos en el mes de diciembre de 2012, así como su comparación con los RTM aplicables.

Aprovechamos la oportunidad para reiterar nuestra disposición a realizar todo esfuerzo necesario a efectos de mejorar la calidad de los servicios prestados en el AIJCh (...)

(Subrayado nuestro)

91. De la carta citada, queda claro que LAP reconoce expresamente que ha adquirido una obligación contractual referida al cumplimiento de los parámetros establecidos en los RTM en conformidad con el Anexo 14 del Contrato.
92. Finalmente, resulta interesante que en el numeral 51 del Informe N° 027-17-GAJ-OSITRAN, en base a la Respuesta 4 del Memorando N° 403-2017-GSF-OSITRAN, la GAJ señale el cumplimiento de los RTM debe ser efectuada no solo considerando el alcance de los RTM, sino también las reglas IATA y que sea imprescindible que las reglas para la evaluación del cumplimiento de los RTM por parte de LAP, deban considerarse dichos aspectos, ello previo a la imputación de cualquier incumplimiento. Sin embargo, no se toma en cuenta la Respuesta 5 del Memorando N° 403-2017-GSF-OSITRAN, ni toma en cuenta que la Respuesta 4 corresponde a la Pregunta 4 del Memorando N° 052-17-GAJ-OSITRAN, la misma que no va referida a la duda de la GAJ respecto a que indicadores debería de primar, a diferencia de la Pregunta 5. Para entender mejor ello, es necesario revisar la base legal por la cual se fundamenta esa comunicación ambas instancias, la misma que está en el numeral 1.3 del artículo IV de la 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:

(...)

*1.3. **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.*

(Subrayado nuestro)

93. Por su parte la doctrina profundiza más al respecto, señalando lo siguiente:

“El principio de impulso de oficio determina, precisamente, que el procedimiento continúe hasta que la solicitud del administrado se resuelva correcta y oportunamente. Los procedimientos administrativos especiales presentan etapas en las que se realizan actos

preparatorios, informes prerresolutivos, entre otros, por lo que es posible que el caso concreto presente algunas situaciones que no puedan ser resueltas por el funcionario a cargo del procedimiento en cuya instancia discurre el procedimiento. ¿Qué hacer en estos casos? El hecho concreto puede determinar que se recurra a una instancia interna de la cual se obtenga un informe o una opinión especializada y relacionada siempre con el tema o el hecho en cuestión. También podría ocurrir que sea necesario recibir la opinión especializada de otra entidad pública, la cual determine el encausamiento del procedimiento inicial. Como se podrá advertir, lo que menos se puede admitir en sede administrativa es la inacción. De por medio está el interés del administrado, la obligación de actuación de la administración pública y, en la mayoría de casos, el interés público.³⁶

(Subrayado nuestro)

“Entonces, en principio, es la administración la que tiene la obligación de probar por cuanto en ella recae el deber de encontrar la verdad, pero también porque además debe motivar con hechos sus resoluciones y porque el procedimiento administrativo sancionador es iniciado de oficio ante la existencia de una supuesta causal que es invocada por la administración y no por el administrado, lo cual obliga a la primera a demostrar y sustentar su accionar.”³⁷

(Subrayado nuestro)

94. Mediante el Principio de Impulso de Oficio, la segunda instancia tenía la posibilidad de consultar a la primera instancia respecto al interrogante que se tenga, en este caso tenemos la interrogante de que parámetros técnicos se debe tomar en cuenta (véase, los RTM establecidos en el Anexo 14 del Contrato y la norma IATA que regula a las actividades desarrolladas por las aerolíneas, la misma que el propio Contrato señala que también sea tomada en cuenta) en el presente caso a la hora de determinar si existió o no un incumplimiento de los mismos. Como se ha mencionado anteriormente, la GAJ hace uso de ese principio y luego de consultar con la primera instancia, toma en cuenta la Respuesta 4 del Memorando N° 403-2017-GSF-OSITRAN para concluir que ambos parámetros técnicos son aplicables y que, al no ser equivalentes, debería hacerse un análisis previo al inicio del PAS respecto a que parámetro técnico debe primar en el presente caso.
95. De la revisión del Memorando N° 403-2017-GSF-OSITRAN, se advierte que, la Respuesta 4 absuelve a la Pregunta 4 del Memorando N° 052-17-GAJ-OSITRAN, la misma que consulta sobre la existencia o no de los parámetros técnicos establecidos en los RTM en la norma IATA, tal y como se ve a continuación:

Pregunta 4: Si los indicadores establecidos en los Requisitos Técnicos Mínimos a través de los numerales 1.21 y 1.22 del Anexo 14 del Contrato de Concesión que son materia de análisis en el procedimiento administrativo sancionador indicado en la referencia –Tiempo promedio de chequeo Domestico, Tiempo Promedio de Chequeo Internacional, Tiempo Máximo de Espera Domestico, Tiempo Máximo de Espera Internacional, Capacidad por punto de Inspección Internacional (control de seguridad), Tiempo de Ocupación de Faja de Recojo de Equipaje Aeronave B 767; y, Tiempo de Ocupación de Faja de Recojo de Equipaje Aeronave Más Pequeña-, se encuentran establecidos en los estándares internacionales, IATA.

(Subrayado nuestro)

³⁶ JIMÉNEZ MURILLO, Roberto - Los principios de impulso de oficio y verdad material en el procedimiento administrativo. Revista Derecho PUCP. Año 2011. Pág. 193.

³⁷ PONCE RIVERA, Carlos Alexander – La actividad probatoria como parte del debido procedimiento en los procedimientos administrativos sancionadores. Revista LEX N° 20. Año 2017. Pág. 356.

96. Por su parte, tenemos a la Pregunta 5 del Memorando N° 052-17-GAJ-OSITRAN, la misma que si es una consulta directa sobre el interrogante que se plantea la GAJ, siendo absuelta con la Respuesta 5 del propio Memorando N° 403-2017-GSF-OSITRAN, tal y como, se observa a continuación:

Pregunta 5: *De ser afirmativa la consulta anterior, indique, en caso de incompatibilidad, ¿Cuál de los indicadores debe primar, los indicadores establecidos en el ¿Contrato de Concesión, o, los indicadores establecidos internacionalmente, a través del IATA?*

(Subrayado nuestro)

Respuesta 5: *Sin perjuicio de lo señalado en la Respuesta 4, debemos precisar que para el cumplimiento de los RTM prima lo establecido en el Contrato de Concesión toda vez que los numerales 1.21 y 1.22 del Anexo 14 del Contrato de Concesión detalla los valores específicos aplicables para el AIJCH. Tal es así, que fueron éstos los parámetros que LAP incluyó en su propuesta de Metodología.*

(Subrayado nuestro)

97. De la revisión de lo anteriormente citado, causa sorpresa que se tomara la Respuesta 4 y no la Respuesta 5, la misma que respondía la Pregunta 5, siendo esta última la pregunta que guarda directa relación con la interrogante que tenía la GAJ y ante la aparente falta de respuesta decidiera declarar la nulidad del acto administrativo. Es por ello, que la GAJ ha actuado correctamente al consultar a la GSF sobre las interrogantes que se tenía respecto al caso, consideramos que ha actuado contraviniendo el Principio de Impulso de Oficio al omitir y no tomar en cuenta la Respuesta 5, sea para tomar una posición a favor de dicha respuesta, o en su defecto cuestionarla en el análisis realizado. Por lo que se concluye que la GAJ si tenía los elementos necesarios para resolver sobre el fondo de la apelación, no justificándose la nulidad por una aparente falta de motivación, la misma que conlleva volver a evaluar el mismo tema, posponiéndose la resolución final del caso vulnerándose el Principio de Celeridad y lo mencionado en el segundo párrafo del artículo 217 de la LPAG.
98. Sin perjuicio de lo indicado anteriormente que la obligación de cumplir con los parámetros técnicos establecidos en la RTM le corresponde a LAP independientemente si aquellas Operaciones No Principales son ejecutados por LAP o por las aerolíneas, es necesario indicar que en el supuesto negado de que se comparta lo afirmado por LAP y la AETAI, que la obligación le corresponde a las aerolíneas y por ende deberían estas cumplir con los parámetros técnicos establecidos por la norma IATA, al ser estos aplicables a ellas en lo referente a su operación, se obtiene lo que expresamente señala la propia norma IATA (la misma que tanto LAP como la AETAI no discuten que sea de obligatorio cumplimiento para las aerolíneas) en su recomendación F.IR.4, en la cual expresamente señala que los estándares de espacio y tiempo de IATA deben usarse cuando no se disponga de estándares específicos de sitio:

"F9.11 IATA RECOMMENDATIONS

(...)
F9.ÍR.4

IATAs space and time standards should be used when site-specific standards are not available.”³⁸

99. En el presente caso nos encontramos, en concordancia con la cláusula 1.5.1, el Anexo 3 y el numeral 1.1 del Anexo 14 del Contrato, que los estándares específicos son aquellos criterios mínimo de calidad consistente con los estándares básicos establecidos en los RTM del Anexo 14 del Contrato, por lo que si consideramos que dicha obligación correspondiera a las aerolíneas como consideraba LAP y la AETAI, o en su defecto que corresponde a LAP como es de opinión de la GAJ, confirmando lo analizado por la GSF, los parámetros técnicos siempre serán determinados por los RTM establecidos en el Anexo 14 del Contrato.

8. Segundo problema jurídico identificado y evaluado

En caso que la GG se hubiera pronunciado sobre el fondo de la apelación, ¿se hubiera aplicado la norma vigente al momento de la comisión de la supuesto infracción o se aplicaría los principios que incorpora el Decreto Legislativo N° 1272? La Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1272 otorga un plazo de 60 días hábiles para que las entidades adecuen sus procedimientos, ¿tiene algún efecto a la hora de determinar la norma que se aplicara el presente caso? En ese aspecto, ¿se aplicará la responsabilidad objetiva o la subjetiva para evaluar la actuación de LAP?

100. Considerando que no correspondía aplicarse la nulidad, es menester pronunciarse sobre los argumentos presentados por LAP en los numerales 5.1 al 5.13 de su escrito presentado con fecha 03 de enero de 2017. En este escrito, como cuestión previa, se argumenta que mediante el Decreto Legislativo N° 1272, se ha modificado a la LPAG en varios artículos, incorporándose el Principio de Culpabilidad en el PAS. El Principio de Culpabilidad ha generado un cambio en la responsabilidad administrativa que afecta al administrado al momento de imputársele una infracción administrativa, pasando de la entonces vigente responsabilidad objetiva a una más garantista responsabilidad subjetiva, salvo los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad objetiva. Es pertinente señalar que la responsabilidad subjetiva no era un concepto novedoso, sino que el mismo ya ha sido previamente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia constitucional.
101. De esta manera, reconoce que, en efecto, el Decreto Legislativo N° 1272, en su Primera Disposición Complementaria Transitoria, hace referencia a un plazo de 60 días hábiles para la adecuación en los procedimientos especiales como es el presente PAS. No obstante, señala que ese plazo, debe ser interpretado en conformidad a los numerales 2 y 3 del artículo II del Título Preliminar de la LPAG, por el cual se refiere al deber de las autoridades administrativas de reglamentar los procedimientos especiales en conformidad con los principios administrativos establecidos en la ley.
102. De este modo, y conforme al Principio de Irretroactividad, los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables en los establecidos en la LPAG; por lo que todos los principios han sido incorporados por el Decreto Legislativo N° 1272

³⁸ International Air Transport Association - Airport Development Reference Manual 9th Edition. Año 2004. Pág. 216.

entraron en vigencia de forma inmediata a partir de 22 de diciembre de 2016, día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano. Igualmente, se resalta que dichos principios ya eran plenamente aceptados por la doctrina y la jurisprudencia antes de la promulgación del decreto, reafirmando su postura respecto a su aplicación inmediata.

103. Por su parte, durante el proceso, tanto la primera como la segunda instancia no han emitido pronunciamiento respecto a lo alegado por LAP. Sin embargo, podemos extraer la postura de ambas instancias gracias a un documento generado por la GAJ previo al 07 de marzo de 2017, fecha de emisión del Informe N° 027-17-GAJ-OSITRAN. Nos referimos al Memorando N° 046-17-GAJ-OSITRAN, de fecha 16 de febrero 2017, por el cual la GAJ absuelve la consulta remitida con Informe N° 0005-2017-JFI-GSF-OSITRAN, de fecha 19 de enero de 2017. En dicho informe, la JFI, en su calidad de órgano instructor de la primera instancia, emite una consulta por los cambios que incorpora el Decreto Legislativo N° 1272 a la LPAG, a fin de uniformizar la postura de OSITRAN. Esto también nos brinda su postura al respecto, sin perjuicio de lo que la GAJ, como órgano jurídico asesor de la instancia superior se pronuncie. De la consulta realizada, para el presente caso nos interesan estas dos preguntas formuladas:

- a) ¿Qué tipo de responsabilidad administrativa corresponde aplicar al OSITRAN?
- b) ¿Corresponde aplicar lo previsto en dicha modificación a los procedimientos en trámite?

104. Respecto a la primera pregunta, la JFI reconoce que el Decreto Legislativo N° 1272 ha incorporado el Principio de Culpabilidad y por ende la aplicación de la responsabilidad administrativa subjetiva en los PAS, no obstante, consideran que en el caso de OSITRAN se cumple la excepción dispuesta en el propio numeral 10 del artículo 230, que ha incorporado el mencionado principio en la LPAG:

"Artículo 230. Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

10. Culpabilidad. - *La responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva.*"

(Subrayado nuestro)

105. Para llegar a esa conclusión, argumenta que los artículos 6° y 7° de la Ley N° 26917 -Ley de OSITRAN; y, el artículo 3 de la Ley N° 27332 -Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, han otorgado a OSITRAN la atribución de dictar los reglamentos y las normas que regulen en los procedimientos a su cargo, específicamente a lo relacionado la tipificación de las infracciones como parte de su función sancionadora, como es en el caso de un PAS:

"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.

6.2. Las atribuciones reguladoras y normativas de OSITRAN comprenden la potestad exclusiva de dictar, en el ámbito de su competencia, reglamentos autónomos y otras normas referidas a intereses, obligaciones, o derechos de las Entidades Prestadoras o de los usuarios.

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

(Subrayado nuestro)

"Artículo 7.- Funciones

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

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

"Artículo 3.- Funciones

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

(...)

c) **Función Normativa:** *comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios;”*

(Subrayado nuestro)

106. En ese sentido, y en aplicación de las funciones y atribuciones otorgadas legalmente, OSITRAN mediante el artículo 5 del RIS y el artículo 74 del REGO, han establecido expresamente la responsabilidad administrativa objetiva:

"Artículo 5.- Responsabilidad del infractor

La responsabilidad administrativa es objetiva e independiente de la responsabilidad civil o penal que se origine por los hechos u omisiones que configure la infracción administrativa”

(Subrayado nuestro)

"Artículo 74.- Responsabilidad del Infractor

La responsabilidad del infractor en caso de procedimientos administrativos sancionadores que se sigan ante el OSITRAN, debe distinguirse de la responsabilidad civil o penal que se origine, de los hechos u omisiones que configuren infracción administrativa. La responsabilidad administrativa es objetiva.”

(Subrayado nuestro)

107. En efecto, la JFI argumenta que se cumple con lo señalado en el numeral 10 del artículo 230, debido a que, si bien la responsabilidad administrativa objetiva ha sido determinada por decretos supremos, ello forma parte de las funciones y las atribuciones que le han sido asignadas legalmente al OSITRAN, por lo tanto, calzarían en la excepción dispuesta que permite mediante una ley o decreto legislativo pueda no tomarse en cuenta

la responsabilidad administrativa subjetiva incorporado pro el Principio de culpabilidad. Respecto a la siguiente pregunta, tal y como lo advierte la GAJ, no pronuncian opinión y ello tiene sentido ya que la primera instancia niega la aplicación de la responsabilidad administrativa subjetiva tanto para los procesos en trámite como en los procesos a iniciarse.

108. Al respecto, la GAJ mediante el Memorando N° 046-17-GAJ-OSITRAN, absuelve ambas consultas y emite expone su posición al respecto. Respecto a la primera interrogante, señala que para interpretar correctamente al numeral 10 del artículo 230, numeral incorporado por el Decreto Legislativo N° 1272, es imprescindible revisar en la Exposición de Motivos, que lo siguiente:

"/.11.3.2.5 La referencia a un nuevo principio: culpabilidad (Numeral 10 del Artículo 230)
(...)

Frente a este tema, de suyo polémico, se ha optado hoy por reconocerle una entidad propia al principio de culpabilidad independientemente del ámbito penal. En base a las diferencias y dificultades prácticas para materializar una posición alternativa, se pasa a un reconocimiento del concepto de culpabilidad, como uno a tomar en cuenta dentro de un prisma en el cual, a diferencia de lo que muchos desprendían del texto original de la LPAG, la comprensión de que la responsabilidad, en estos procedimientos, únicamente será objetiva cuando un Decreto una Ley o Legislativo de manera expresa (y no implícitamente) así lo establezca."

(Subrayado nuestro)

109. De la lectura del fragmento de la Exposición de Motivos relativo a la incorporación del Principio de Culpabilidad, la GAJ advierte que, se ha establecido de manera expresa que sólo a través de una ley o decreto legislativo se puede disponer la aplicación de la responsabilidad administrativa objetiva y, en consecuencia, con la expedición del Decreto Legislativo N° 1272, se debe aplicar la responsabilidad subjetiva en los PAS a iniciarse. Consideran que, si bien la JFI afirma lo contrario, esto es que pueda aplicarse la responsabilidad objetiva, sustentándose en el artículo 74 del REGO y el artículo 5 del RIS, estas normas son de inferior jerarquía a la LPAG y que además no cumplen el requisito previsto en el numeral 10 del artículo 230 de la LPAG, vale decir, que sean norma de rango legal, véase mediante una ley o un decreto legislativo. Siendo pertinente indicar además que, ni la de la Ley N° 26917 -Ley de OSITRAN ni la Ley N° 27332 -Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, establecen expresamente que la responsabilidad administrativa en materia sancionadora sea objetiva.

110. Con relación a la segunda pregunta, la GAJ resalta que la JFI no indicó su posición al respecto, sin embargo, ello no enerva a que no se pronuncien al respecto y emitan su opinión. Sobre este extremo señalan es correcto que, el Decreto Legislativo N° 1272 ha establecido en su Primera Disposición Complementaria Transitoria que las Entidades cuentan con un plazo de sesenta (60) días, desde la vigencia del mencionado Decreto Legislativo, para adecuar sus procedimientos especiales³⁹ (como corresponde en el presente

³⁹ Es pertinente señalar que, si bien la denominación del Título IV de la LPAG "Procedimientos Especiales" ha sido variada por "Del procedimiento trilateral, del procedimiento sancionador y la actividad administrativa de fiscalización", dicho cambio de denominación no implica una variación ni desnaturaliza la esencia de

caso a la normativa de los PAS bajo su competencia) según lo previsto en el numeral 2 del artículo II del Título Preliminar de la Ley N° 27444:

“DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS

PRIMERA. - Las entidades tendrán un plazo de sesenta (60) días, contado desde la vigencia del presente Decreto Legislativo, para adecuar sus procedimientos especiales según lo previsto en el numeral 2 del artículo II del Título Preliminar de la Ley N° 27444.”

(Subrayado nuestro)

111. No obstante, consideran que no se puede interpretar dicha disposición de forma aislada, sino que se debe tomarse en consideración lo indicado expresamente en la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1311, emitido el 30 de diciembre de 2016, que indica lo siguiente:

“DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

(...)

“CUARTA. - **Aplicación del Decreto Legislativo N° 1272, que modifica la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y deroga la Ley N° 29060, Ley del silencio administrativo**

Durante el plazo de sesenta (60) días a que se refiere la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1272 que modifica la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General y deroga la Ley N° 29060, Ley del silencio administrativo, no serán aplicables las disposiciones del mencionado Decreto Legislativo a los procedimientos especiales, incluidos los tributarios.

(Subrayado nuestro)

112. Resulta claro, siguiendo el razonamiento de la GAJ, mediante la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1311 se ha determinado que el plazo de sesenta (60) días indicado en el Decreto Legislativo N° 1272, no solo sirve para que las Entidades adecuen la normativa de los PAS de su competencia, sino que, también en ese plazo no se aplicaran las modificaciones e incorporaciones realizadas por dicho decreto legislativo en la LPAG. Por lo tanto, hasta el vencimiento de dicho plazo computado desde su publicación, véase hasta el 15 de marzo de 2017, continua vigente la responsabilidad administrativa objetiva tipificada en el artículo 5 del RIS y el artículo 74 del REGO, para aquellos procedimientos en trámite y aquellos que se den inicio previo a la fecha de vencimiento del plazo.

113. Previo a analizar los argumentos presentados, es importante señalar que se entiende por responsabilidad administrativa objetiva y a su vez por responsabilidad administrativa subjetiva, incorporada por el Decreto Legislativo N° 1272, y que modifica la

procedimiento especial a los mencionados procedimientos, siendo relevante en el presente caso el procedimiento sancionador.

evaluación a seguir a fin de determinar la responsabilidad de LAP al incorporarse el elemento subjetivo en la misma.

114. La responsabilidad administrativa objetiva indica que para la configuración de una infracción imputable al administrado solo es necesario establecer si este fue quien realizó materialmente la infracción sin considerar un elemento subjetivo, como la existencia de dolo o la culpa que haya tenido el administrado a la hora de cometer dicha infracción, lo anterior encuentra justificación en la concepción de justicia distributiva, a decir de FACUNDO NIÑO DE GUZMÁN:

“Por otro lado, la responsabilidad objetiva, se apoyaría en la concepción de justicia distributiva, que considera justa la norma jurídica cuando la misma tiende a una asignación proporcional de los beneficios y cargas entre los miembros de una sociedad, siendo que el parámetro de justicia se sustenta en la igualdad.”⁴⁰

115. Previo a la publicación del Decreto Legislativo N° 1272, la aplicación de la responsabilidad administrativa objetiva era defendida por un sector minoritario de la doctrina:

“(…) la responsabilidad administrativa es eminentemente objetiva, siendo innecesario efectuar el análisis de la existencia de dolo o culpa.”⁴¹

116. La justificación se halla ante la existencia de personas jurídicas que puedan eximirse de responsabilidad a la hora de afectar a un tercero y en que si bien es cierto que existe una relación entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador a la hora de trasladar principios, como es el principio de culpabilidad que establece la responsabilidad administrativa subjetiva; no puede desconocerse que ambas disciplinas persiguen distintas finalidades por lo que dicho traslado no puede ser inmediato sino en concordancia con la finalidad que el derecho administrativo sancionador persigue:

“Asimismo, el carácter objetivo de la responsabilidad cobra vital importancia, como ya se ha sostenido antes, en aquellos casos en los cuales la responsabilidad recae sobre un grupo empresarial puesto que si bien existen sujetos o empresas que no contratan directamente con el consumidor son responsables al participar de esa actividad económica y comparten el mismo interés económico, ello porque generalmente precisamente tratan de formarse grandes grupos empresariales y de esta manera poderse eximir de responsabilidad ante el consumidor cuando el mismo se vea afectado”⁴²

(Subrayado nuestro)

⁴⁰ FACUNDO NIÑO DE GUZMÁN, Luis Miguel - Responsabilidad objetiva relativa a propósito de la reforma administrativa constitucional. VOX JURIS N° 37, Año 2019. Pág. 100.

⁴¹ GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Los Procedimientos Administrativos Sancionadores en las Entidades de la Administración. Gaceta Jurídica. 2016. Pág.24.

⁴² GUEVARA-CORNEJO, Mayra - Análisis del principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Tesis de pregrado en Derecho. Universidad de Piura, Año 2016. Pág. 107.

“Tercera.- La finalidad del Derecho administrativo sancionador es mantener el funcionamiento global del sector social administrativamente regulado, por lo que sus sanciones tienen como función que ese sector no colapse con una generalización de conductas contrarias al orden impuesto, sin embargo, no debe desconocerse que dicha finalidad, al ser un Derecho administrativo, le viene atribuida por la actividad constrictiva que persigue la Administración, puesto que esta última lo que busca es establecer las garantías para poder ejercer el orden y la seguridad que es necesaria para el mantenimiento del interés público.”⁴³

(Subrayado nuestro)

117. Es importante mencionar que previo a la publicación del Decreto legislativo N° 1272, la LPAG nunca había establecido que tipo de responsabilidad se aplicaría, relegando ello a las normas sectoriales quienes mayoritariamente se han decantado incorporando la responsabilidad administrativa objetiva mediante reglamentos como el caso del RIS en OSITRAN o leyes en materia ambiental como la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA).

118. La responsabilidad administrativa subjetiva en el derecho administrativo sancionador tiene su origen en la aplicación del principio de culpabilidad en el derecho penal, es por ello que de acuerdo a esta afirmación es indispensable la concurrencia del dolo o culpa para que se imponga una sanción administrativa; lo anterior encuentra justificación en la concepción de justicia distributiva, a decir de FACUNDO NIÑO DE GUZMÁN:

“(…) la responsabilidad subjetiva considera lo justo está en función a la voluntad de la persona (o de la presunción de libertad frente al reto de la neurociencia), se apoyaría en la concepción de justicia conmutativa, que considera justa la norma jurídica cuando la misma tiene su base en la convención o pacto es decir la voluntad, siendo que el parámetro de justicia se sustenta en la libertad.”⁴⁴

119. Previo a la publicación del Decreto Legislativo N° 1272, la aplicación de la responsabilidad administrativa subjetiva era defendida por un sector mayoritaria de la doctrina al considerar que el derecho administrativo sancionador y el derecho penal forman parte del *ius puniendi* único del Estado, por lo que resulta valido que tengan los mismos principios reguladores, siendo ello compartido por la jurisprudencia constitucional y posteriormente incorporado a la LPAG:

“(…) generalmente, cuando se exige «culpabilidad», la doctrina y la jurisprudencia se refieren a la exigencia de dolo o cuando menos culpa para poder sancionar una conducta ilícita, excluyendo cualquier sanción de carácter objetivo. La culpabilidad sería el reproche que se dirige a una persona porque debió actuar de modo distinto a como lo hizo, para lo cual debió

⁴³ GUEVARA-CORNEJO, Mayra - Análisis del principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Tesis de pregrado en Derecho. Universidad de Piura, Año 2016. Págs. 109-100.

⁴⁴ Ídem. Pág. 100.

tener la posibilidad de actuar de otro modo (es decir, no puede castigarse por no haber realizado un comportamiento imposible)".⁴⁵

(Subrayado nuestro)

"(...) si la potestad sancionadora administrativa y la penal son expresión del ius puniendi único del Estado, los principios reguladores tienen que ser los mismos. Sin perjuicio de la lógica adaptación de dichos principios en el ámbito penal o en el ámbito administrativo, existe una básica identidad, reconducible, en último extremo, a los principios constitucionales aplicables al régimen jurídico-penal".⁴⁶

(Subrayado nuestro)

"Sinceramente, lo que ha hecho la norma ha sido positivizar este principio, pero ya existía en reiterada y uniforme jurisprudencia del Tribunal Constitucional en asuntos administrativos (...)"⁴⁷

(Subrayado nuestro)

120. Por su parte, respecto a la problemática de la aplicación de la responsabilidad administrativa subjetiva a las personas jurídicas, la doctrina propone lo siguiente:

"Al respecto, lo que proponemos es entender que una persona jurídica será culpable cuando exista un déficit de organización, de modo que no se impida o incluso se favorezca la comisión de la infracción. No es necesario, por tanto, identificar a una persona natural que haya actuado con dolo o culpa, sino que esta se presumirá si existe un incumplimiento que le sea atribuible a la persona jurídica imputada, salvo que ésta pueda probar su actuar diligente."⁴⁸

(Subrayado nuestro)

121. La jurisprudencia constitucional, a través de nuestro Tribunal Constitucional, en efecto ha coincidido con ese sector mayoritario de la doctrina al señalar que aunque no estaba incorporado expresamente en la LPAG, el principio de culpabilidad si forma parte de los principios aplicables al derecho administrativo sancionador:

"(...) los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador."⁴⁹

"(...) conviene precisar que el objeto del procedimiento administrativo sancionador es investigar y, de ser el caso, sancionar supuestas infracciones cometidas como consecuencia de una conducta ilegal por parte de los administrados. Si bien la potestad de dictar sanciones administrativas al igual que la potestad de imponer sanciones penales, derivan del ius

⁴⁵ BACA ONETO, Víctor Sebastián - ¿Responsabilidad Subjetiva u Objetiva en Materia Sancionadora? Una Respuesta a Partir del Ordenamiento Peruano. Actualidad Jurídica. Tomo 204. Lima: Gaceta Jurídica. Año 2010. Pág. 158.

⁴⁶ Ídem. Pág.160.

⁴⁷ MORON URBINA, Juan Carlos – Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Décimo Segunda Edición. Año 2017. Pág. 444.

⁴⁸ BACA ONETO, Víctor Sebastián - El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, con especial mirada al caso peruano. En Revista digital de Derecho Administrativo N° 21. Primer semestre 2019. Pág. 340.

⁴⁹ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL recaída en el Expediente N° 2050-2002-AA/TC de fecha 16 de abril de 2003.

puniendi del Estado, no pueden equipararse ambas, dado que no sólo las sanciones penales son distintas a las administrativas, sino que los fines en cada caso son distintos (reeducación y reinserción social en el caso de las sanciones penales y represiva en el caso de las administrativas). A ello hay que agregar que, en el caso del derecho administrativo sancionador, la intervención jurisdiccional es posterior, a través del proceso contencioso administrativo o del proceso de amparo, según corresponda.

No obstante, la existencia de estas diferencias, existen puntos en común, pero tal vez el más importante sea el de que los principios generales del derecho penal son de recibo, con ciertos matices, en el derecho administrativo sancionador. Sin agotar el tema, conviene tener en cuenta cuando menos algunos de los que son de recibo, protección y tutela en sede administrativa:

(...)

c. Principio de culpabilidad, que establece que la acción sancionable debe ser imputada a título de dolo o culpa, lo que importa la prohibición de la responsabilidad objetiva; esto es, que solo se puede imponer una sanción si es que la conducta prohibida y su consecuencia están previstas legalmente.

En el caso del derecho penal, es más sencillo apreciar cómo opera este principio, puesto que además de la tipificación realizada en el Código Penal y de indicarse las sanciones que se pueden imponer a título de culpa o dolo, se establecen los parámetros necesarios para que la sanción no resulte arbitraria o desproporcionada (mínimos y máximos).⁵⁰

(Subrayado nuestro)

122. Es pertinente señalar que, lo señalado por el Tribunal Constitucional forma parte de la jurisprudencia constitucional, la misma que a pesar de no tener el carácter de precedente vinculante, es de obligatorio cumplimiento como fuente de derecho para los tribunales jerárquicamente inferiores en ejercicio de su función jurisdiccional, ello en concordancia con lo señalado expresamente por el propio Tribunal Constitucional:

“12. Este Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente 00047-2004-AI/TC, ha sostenido que jurisprudencia es la interpretación judicial del Derecho efectuada por los más altos tribunales en relación con los asuntos que a ellos corresponde, en un determinado contexto histórico. Esa interpretación tiene la virtualidad de vincular al tribunal que los efectuó (efecto horizontal), a los jerárquicamente inferiores (efecto vertical), y a otras entidades (efecto interinstitucional), cuando se discutan casos fáctica y jurídicamente análogos, siempre que tal interpretación sea jurídicamente correcta. Consecuentemente, en nuestro sistema jurídico la jurisprudencia también es fuente de Derecho para la solución de los casos concretos, obviamente dentro del marco de la Constitución y de la normatividad vigente. Es pues inherente a la función jurisdiccional la creación de Derecho a través de la jurisprudencia.”⁵¹

(Subrayado nuestro)

123. En concordancia con lo señalado en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 01873-2009-PA/TC, de fecha 03 de septiembre de 2010, se observa en la jurisprudencia constitucional una inclinación a la postura defendida por la mayoritaria doctrina respecto a la aplicación de la responsabilidad administrativa subjetiva en el PAS. La

⁵⁰ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL recaída en el Expediente N° 01873-2009-PA/TC de fecha 03 de septiembre de 2010.

⁵¹ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL recaída en el Expediente N° 00859-2013-PA/TC de fecha 31 de octubre de 2017.

aplicación de esta jurisprudencia constitucional nos llevaría a aplicar el principio de culpabilidad en el presente procedimiento y en consecuencia a aplicar la responsabilidad administrativa subjetiva e inaplicar la responsabilidad objetiva que estaba expresamente tipificada en el artículo 5 del RIS y el artículo 74 del REGO. Sin embargo, dicha interpretación presenta dos inconvenientes para la GG como tribunal administrativo, la primera es que lo señalado por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia constitucional no ha implicado en la proscripción de la responsabilidad administrativa objetiva en el derecho administrativo sancionador como en efecto si ha ocurrido en el derecho penal, lo anterior ha sido observado por FACUNDO NIÑO DE GUZMÁN:

“En el ámbito administrativo sancionador, si bien el máximo intérprete de la constitución, ha considerado que el principio de culpabilidad le es aplicable, asumiendo la tesis de la unidad del derecho sancionador, sin embargo luego precisa que la aplicación de diversos principios del derecho penal puede aplicarse con matices en el derecho administrativo sancionador, dentro de los cuales se menciona de manera referencial al principio de culpabilidad y la proscripción de la responsabilidad objetiva, y respecto al mismo solo señala que la dificultad de aplicarla, estaría en función de que en el derecho penal existiría predictibilidad de las sanciones a título de dolo o culpa.

*Por lo que, considero que nuestro Tribunal Constitucional, no ha sido categórico ni ha podido evaluar la constitucionalidad de la responsabilidad objetiva en el derecho administrativo sancionador (no disciplinario), ya que la proscripción de responsabilidad objetiva solo es mencionada de manera referencial al concepto de culpabilidad, a diferencia de que, si es categórico respecto a la inconstitucionalidad de la responsabilidad objetiva en el ámbito penal yéndose más allá de lo establecido en el Código Penal (...)*⁵²

(Subrayado nuestro)

124. Por su parte, un sector mayoritario de la doctrina nacional considera que con la incorporación del principio de culpabilidad por parte de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha quedado proscriba la responsabilidad administrativa objetiva. Coincidimos con ese sector mayoritario de la doctrina porque en el derecho administrativo sancionador, la Entidad hace uso de su *ius imperium* y tiene la capacidad de variar unilateralmente las normas, por lo que se justifica la responsabilidad administrativa subjetiva en el marco del carácter garantista que caracteriza nuestro derecho administrativo sancionador al incorporar principios que puedan proteger a los administrados y equiparar esa situación ventajosa que posee la Entidad. Ello se ha visto reflejado con la inclusión expresa de la responsabilidad administrativa subjetiva en el Decreto Legislativo N° 1272, aunque ello no implica que se encuentre exento de crítica:

“Sin embargo, cuando el Tribunal Constitucional había proclamado que la responsabilidad en materia sancionadora no podía ser objetiva, no lo hacía porque la exigencia de dolo o culpa se desprendiera de una ley, sino porque se trata de una exigencia constitucional. Por tanto, nada habría cambiado respecto de la inconstitucionalidad de la responsabilidad

⁵² FACUNDO NIÑO DE GUZMÁN, Luis Miguel - Responsabilidad objetiva relativa a propósito de la reforma administrativa constitucional. VOX JURIS N° 37. Año 2019. Pág. 102.

objetiva: antes lo era cuando la Administración pretendía aplicarla, sin base legal, y ahora lo sigue siendo, cuando una ley pretende establecerla.⁵³

(Subrayado nuestro)

“Sin embargo, consideramos que a efectos de poder aplicar la responsabilidad administrativa objetiva, además de lo señalado anteriormente, se requiere contar con una norma con rango de Ley que establezca dicha posibilidad, no siendo viable que por mecanismos de colaboración reglamentaria, se establezca dicha desviación del régimen general en atención a los intereses en juego; siendo igualmente deseable que esta norma con rango de Ley no sólo se limite a establecer la regla de la responsabilidad administrativa objetiva, sino delimite los supuestos en que ésta corresponde, pues el tema no es baladí.”⁵⁴

(Subrayado nuestro)

125. El segundo inconveniente deriva en una disyuntiva que tiene la GG como tribunal administrativo al existir en el ordenamiento jurídico administrativo dos disposiciones que son contradictorias entre sí pero que ambas son de obligatorio cumplimiento para la GG. Por un lado, tenemos el artículo 5 del RIS y el artículo 74 del REGO que como hemos visto, se establece la aplicación de la responsabilidad objetiva en los PAS que en conformidad con el numeral 2.5 del Artículo V de la LPAG es fuente del procedimiento administrativo y de otro lado, la jurisprudencia constitucional que incorpora al principio de culpabilidad y por ende se establece la aplicación de la responsabilidad subjetiva en el procedimiento administrativo sancionador, que en conformidad con el numeral 2.7 del Artículo V de la LPAG es también fuente del procedimiento administrativo. La presente disyuntiva se agrava con el hecho que a diferencia del Poder Judicial que posee la figura del control difuso, la GG como tribunal administrativo no tiene entre sus funciones el realizar una evaluación entre ambas fuentes e inaplicar una norma de rango reglamentario en favor de una jurisprudencia constitucional que ha referido el principio de culpabilidad sin proscribir expresamente la responsabilidad objetiva en los procedimientos administrativos, ello en conformidad a una lectura conjunta entre el principio de legalidad estipulado en el numeral 1.1 del artículo IV de la LPAG y el artículo 138 de la Constitución Política del Perú que regula el control difuso:

“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.”

(Subrayado nuestro)

⁵³ BACA ONETO, Víctor Sebastián - El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, con especial mirada al caso peruano. En Revista digital de Derecho Administrativo N° 21. Primer semestre 2019. Pág. 329.

⁵⁴ SHIMABUKURO MAKIKADO, Roberto - Reflexiones sobre el principio de culpabilidad y la responsabilidad administrativa objetiva. En Congreso Internacional de Derecho Administrativo - Derecho Administrativo en el Siglo XXI. . LIMA. ADRUS D&I. Año 2013. Págs. 759 – 760.

“Artículo 138.- Administración de Justicia. Control difuso

La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

(Subrayado nuestro)

126. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha variado su postura a través del tiempo respecto a la posibilidad de que los tribunales administrativos puedan aplicar el control difuso en los procedimientos a su cargo. En principio, se había mostrado favorable y mediante un precedente constitucional vinculante señaló lo siguiente:

“Todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38. °, 51. ° y 138. ° de la Constitución.”⁵⁵

(Subrayado nuestro)

No obstante, el propio Tribunal Constitucional cambia de postura y mediante un nuevo precedente vinculante de observancia obligatoria que deja sin efecto el precedente vinculante previo, cambia de postura y considera que no es constitucional extender el control difuso a los tribunales administrativos, proscribiéndolo expresamente:

“(…) permitir que los tribunales administrativos u órganos colegiados realicen control de difuso de constitucionalidad, afecta el sistema de control dual de jurisdicción constitucional establecido en la Constitución y reservado para el Poder Judicial y/o el Tribunal Constitucional, según corresponda, conforme a los artículos 138° y 201° de la Constitución, respectivamente.

En ese sentido, incluso afecta al principio de división de poderes, dado que se permite que un tribunal administrativo, que forma parte del Poder Ejecutivo, controle las normas dictadas por el Poder Legislativo, lo que, conforme a la Constitución, solo puede ocurrir en un proceso jurisdiccional y no en uno de naturaleza administrativa.

Conviene resaltar también que el artículo 118.8° de la Constitución establece que al Presidente de la República le corresponde "ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredir/as ni desnaturalizar/as; y, dentro de tales límites, dicta decretos y resoluciones". De modo que no solo se permitiría que el Poder Ejecutivo ejerza una potestad reglamentaria,

⁵⁵ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL recaída en el Expediente N° 3741-2004-AA/TC de fecha 14 de noviembre de 2005.

sino que también realice la labor de controlar la constitucionalidad de una ley, cuando conforme a la Constitución, no le corresponde cuestionarla, sino únicamente acatarla.

34. Atendiendo a lo expuesto, el Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que tal precedente desnaturaliza una competencia otorgada por la Constitución al extender su ejercicio a quienes no están incursos en la función jurisdiccional y que, conforme a la Constitución, carecen de competencia para ejercer el control difuso de constitucionalidad. En consecuencia, en ningún caso, los tribunales administrativos tienen la competencia, facultad o potestad de ejercer tal atribución, por lo que corresponde dejar sin efecto el precedente vinculante citado. En consecuencia, el Tribunal Constitucional considera que conceder facultades a los tribunales administrativos para ejercer el control difuso lleva a quebrar el equilibrio entre democracia y constitucionalismo, al permitir que quien por imperio de la Constitución no posee legitimidad directa y expresa pueda hacer ineficaces las normas jurídicas vigentes, a lo que se añade que puede ocurrir que muchas de tales actuaciones no sean objeto de revisión por órgano jurisdiccional alguno, en caso no se cuestione el resultado de un procedimiento administrativo.⁵⁶

(Subrayado nuestro)

En conformidad a lo anteriormente señalado, resulta evidente que tanto la GSF como la GG al ser tribunales administrativos no cuentan entre sus funciones realizar el control difuso para inaplicar una norma de carácter reglamentario como es lo dispuesto en el artículo 5 del RIS y el artículo 74 del REGO, encontrándose Obligados a aplicar la responsabilidad administrativa objetiva tipificada en ambos reglamentos mientras no exista un norma de carácter legal o reglamentaria que modifique el tipo de responsabilidad aplicable como en efecto ocurriría con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1272, por el cual incorporaría el principio de culpabilidad que modificaría el tipo de responsabilidad administrativa en el PAS en conformidad con lo que ya había venido señalando el Tribunal Constitucional. Sin perjuicio a lo anterior, es importante señalar que aun previo a la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1272, en caso que el presente procedimiento administrativo cause estado y sea discutido en el Poder Judicial mediante la acción contencioso administrativa prevista en el artículo 148 de la Constitución Política del Perú, el juez competente si puede preferir bajo su criterio lo señalado por el Tribunal Constitucional e inaplicar mediante el control difuso lo dispuesto en el artículo 5 del RIS y el artículo 74 del REGO prefiriendo la responsabilidad administrativa subjetiva señalada por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia constitucional.

127. Tomando en cuenta lo expuesto hasta ahora, procedemos a evaluar el análisis realizado por la JFI, la GAJ y LAP. Se puede observar que tanto la JFI como la GAJ abogan por la aplicación de la responsabilidad administrativa objetiva, aunque ambos se sustentan en diferentes argumentos, mientras LAP se decanta por la aplicación de la responsabilidad administrativa subjetiva. En principio, discrepamos con la postura de la JFI, porque de tomar

⁵⁶ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL recaída en el Expediente N° 04293-2012-PA/TC de fecha 18 de marzo de 2014.

partido con dicha interpretación, significaría ir en contra de lo señalado expresamente en el numeral 10 del artículo 230 de la LPAG, que ha incorporado la responsabilidad administrativa subjetiva en el PAS, estableciendo como única excepción para la aplicación de la responsabilidad administrativa objetiva en caso que esta sea establecida expresamente por una ley o un decreto legislativo. Por otro lado, se observa que para cumplirse dicha excepción es necesario el cumplimiento conjunto de dos requisitos:

- a) Que nos encontremos ante una ley o un decreto legislativo que establezca el tipo de responsabilidad administrativa en el procedimiento administrativo.
- b) Que en esta ley o decreto legislativo señale expresamente la aplicación de la responsabilidad administrativa objetiva.

128. Por su parte, coincidimos con el razonamiento de la GAJ al indicar que es evidente que tanto el REGO como el RIS, normas por la cual se ha establecido la responsabilidad administrativa objetiva no cumplen con la excepción señalada al no ser una ley o un decreto legislativo, no cumpliéndose la excepción establecida. Tampoco se cumple respecto a las citadas Ley N° 26917 - Ley de OSITRAN y Ley N° 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, porque en ambas leyes no establecen expresamente que la responsabilidad administrativa en materia sancionadora sea objetiva como si ocurre en otras normas como por ejemplo la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA), en su artículo 18:

“Artículo 18. Responsabilidad Objetiva

Los administrados son responsables objetivamente por el incumplimiento de obligaciones derivadas de los instrumentos de gestión ambiental, así como de las normas ambientales y de los mandatos o disposiciones emitidas por el OEFA.”

(Subrayado nuestro)

129. De esta manera coincidimos también con la opinión la LAP, respecto que no existe ley o decreto legislativo que establezca expresamente la responsabilidad administrativa objetiva, por lo que en principio se debe aplicar la responsabilidad administrativa subjetiva establecida en la LPAG e inaplicar lo que se le contradiga en el RIS y en el REGO por no cumplir con los requisito para aplicarse la excepción establecida en la propia LPAG, así como por jerarquía normativa al enfrentarse una ley como es la LPAG con sendos reglamentos como el RIS y el REGO. Finalmente, considerando que en el PAS la administración ejerce su facultad sancionadora, es necesario que en su interior se otorguen garantías especiales para el ejercicio de defensa de los administrados, tal y como había sido plenamente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia constitucional diversas sentencias previas a su positivización mediante el Decreto Legislativo N° 1272.

130. De esta forma, hasta este momento, coincidimos con la postura esgrimida por LAP respecto a que debería aplicarse la responsabilidad administrativa subjetiva en el presente PAS, ello guardando relación con el carácter garantista de la LPAG que sigue lo dispuesto

previamente tanto por la doctrina mayoritaria como por el propio Tribunal Constitucional en su jurisprudencia constitucional.

No obstante, la GAJ nos ofrece un elemento que modifica nuestra opinión y es que mediante la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1311, se ha determinado que durante el plazo de sesenta (60) días mencionado en el Decreto Legislativo N° 1272, no se aplicaran las modificaciones e incorporaciones realizadas por dicho decreto legislativo en la LPAG, entre ellas la incorporación del principio de culpabilidad que establece la responsabilidad administrativa subjetiva. Por tal razón, hasta el vencimiento de dicho plazo computado desde su publicación, véase hasta el 15 de marzo de 2017, continúa vigente para la GG la responsabilidad administrativa objetiva tipificada en el artículo 5 del RIS y el artículo 74 del REGO, para aquellos procedimientos en trámite y aquellos que se den inicio previo a la fecha de vencimiento del plazo. En ese sentido, se retorna a la situación descrita previa a la publicación del Decreto Legislativo N° 1272; viéndose forzada la GG, en contra de lo señalado por el Tribunal Constitucional, a aplicar la responsabilidad administrativa objetiva tipificada en el RIS porque, al ser un tribunal administrativo, no cuenta con la posibilidad de hacer uso de un control difuso a diferencia de los jueces durante el proceso contencioso administrativo.

131. Es pertinente indicar que LAP interpuso el recurso de apelación el 03 de enero de 2017 y que la GG, en base al informe de GAJ, resolvió con fecha 07 de marzo de 2017, es decir, en ambos casos se encontraba vigente el plazo de sesenta (60) días indicado por el Decreto Legislativo N° 1311, por lo que se seguiría el mismo razonamiento desarrollado en el numeral 117 del presente informe, siendo correcto que durante ese plazo se continúe aplicando la responsabilidad administrativa objetiva tipificada en el artículo 5 del RIS y el artículo 74 del REGO.

Finalmente, respecto a la nueva evaluación realizada por la GSF en aplicación a lo resuelto en el artículo 1 de la Resolución N° 039-2017-GG-OSITRAN, se observa que se ha aplicado la responsabilidad administrativa subjetiva en el PAS. Al respecto, consideramos correcta su aplicación porque la notificación del Oficio N° 0036-2017-JFI-GSF-OSITRAN, en el cual se le informa a LAP del reinicio del PAS, fue con fecha 26 de abril de 2017, es decir posterior al 15 de marzo del 2017, fecha en que se cumple el plazo de sesenta (60) días indicado por el Decreto Legislativo N° 1311 y cobrando plena vigencia lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1272.

9. Tercer problema jurídico identificado y evaluado

¿Corresponde la calificación de precedente administrativo la opinión realizada por la GSF en los Informes N° 1094-13-GSF-OSITRAN y N° 905-2014-GSF-OSITRAN? ¿Qué elementos debe contener un precedente administrativo para que generen una legítima confianza en LAP respecto a la responsabilidad en el cumplimiento de los RTM que son ejecutados por las aerolíneas? ¿Un precedente administrativo puede modificar el modo de evaluar un

incumplimiento contractual respecto a la responsabilidad en el cumplimiento de los parámetros establecidos en los RTM, máxime si existen contractualmente mecanismos para su modificación?

132. Al respecto, LAP cuestiona la existencia de un repentino cambio de interpretación, el mismo que vulnera el principio de predictibilidad. Para entender lo anterior, es importante repasar los hechos por la cual la entonces GS primero y la GSF, después han llevado a LAP que ha existido una constante línea de interpretación que ha variado en el presente procedimiento sin sustentar este repentino cambio, vulnerando el principio de predictibilidad o de confianza legítima.

133. Con fecha 03 de enero de 2017, LAP interpone el recurso de apelación y entre sus argumentos señala, en sus numerales 2.1 al 2.29, que se ha presentado un arbitrario cambio de interpretación por parte de OSITRAN y con ello se ha vulnerado el principio de predictibilidad. Se sustenta primer lugar en la opinión que ha venido dando OSITRAN a través de la entonces GS (hoy GSF) mediante el Informe Especial N° 085 elaborado por la consultora TYPASA y que fue remitido mediante Oficio N° 2105-09-GS-OSITRAN:

“6.3 Consideraciones generales

Reiteramos que en determinados RTMs como es el caso del cumplimiento de los tiempos en el Check-in y migraciones donde el Concesionario no es el responsable directo, sino la aerolínea, también sucede con migraciones, donde las áreas asignadas para su funcionamiento pueden tener la infraestructura requerida y el número de mostradores previsto para satisfacer la demanda de pasajeros, sin embargo, migraciones puede o no controlar con el número de personal requerido e idóneo. Es por ello que debería estudiarse como resolver en el futuro la falta de cumplimiento de los mismos, no imputables al concesionario.”

(Resaltado y subrayado agregado por LAP)

“7. CONCLUSIONES

Generales

LAP debería proponer las medidas para mitigar el incumplimiento de los RTMs 1.21 y 1.22 para los casos que son imputables a terceros, como, son los casos de las aerolíneas, migraciones y aduanas.”

(Resaltado agregado por LAP)

“Para el caso del cumplimiento de RTMs relacionado(s) a terceros, se debe exigir al Concesionario que la infraestructura, la cual es de su responsabilidad, sea la adecuada para dar cumplimiento a los RTMs”

(Resaltado y subrayado agregado por LAP)

134. En segundo lugar, se cita al Informe N° 864-09-GS-OSITRAN, por el cual se concluye que puede ser atendida la propuesta de modificación de los RTM que son ejecutados por

las aerolíneas, presentado por la AETAI, del mismo resaltan que el pedido del mismo se resume en lo siguiente:

“(i) liberar a las Aerolíneas de la responsabilidad del cumplimiento de las partes del Requisito Técnico 1.21 que son de su competencia y que, dadas las condiciones actuales referidas al control de pasajeros, equipaje y otras medidas de seguridad no son factibles de cumplir, (ii) evitar llegar a la situación en que LAP sea sancionada por el incumplimiento de las aerolíneas (...)”

(Resaltado nuestro)

135. Asimismo, se incorpora la opinión mostrada en el Informe N° 1094-13-GS-OSITRAN, de fecha 5 de mayo de 2013:

“(...) algunos incumplimientos de RTM’s (los descritos anteriormente) son de competencia de terceros (caso líneas aéreas, Migraciones y Aduanas)”

136. Finalmente, sobre la confianza legítima, doctrinariamente cita a lo siguiente:

“el ordenamiento busca proteger la confianza fundada generada en los administrado por la propia conducta administrativa, al haber generado la confianza razonable o legítima respecto a su pretensión o situación jurídica. En ese sentido, si se asumen que los administrados actúan en base al principio de buena fe, confiando en los demás, si la autoridad instructora actúa de tal manera que su conducta genera alguna apariencia legítima sobre su status, no puede luego pretender actuar contra quien confió en esa apariencia.

(...)

En ese sentido, por la confianza legítima se impone el deber de tener un comportamiento coherente en la instrucción de los procedimientos por parte de las autoridades administrativas, protegiendo la creencia y confianza que se despertó en el administrado por la declaración, actuación o comportamiento de la Administración.”⁵⁷

(Resaltado y subrayado agregado por LAP)

137. Por consiguiente, concluye que el principio de confianza legítima atribuye responsabilidad al poder público cuando, mediante su actuación, desconoce la confianza que los ciudadanos depositan en la estabilidad de su actuación. Por lo demás, se garantiza al privado una expectativa de previsibilidad sobre la actuación del poder público, por lo que, el presente procedimiento debería ser archivado.

138. Sin embargo, en los descargos presentados mediante el escrito de fecha 18 de mayo de 2017, LAP cuestiona en sus descargos lo argumentado por la JFI respecto a que, la opinión

⁵⁷ MORON URBINA, Juan Carlos – Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General Los recursos en el procedimiento administrativo general y en los procedimientos sectoriales. Gaceta Jurídica Novena Edición. Año 2009 Pág. 79.

señalada en el Informe Especial N° 047, remitido con Oficio N° 1339-09-GS-OSITRAN, de fecha 22 de abril de 2009, y el Informe Especial N° 085, remitido con Oficio N° 2105-09-GS-OSITRAN, de fecha 23 de junio de 2009, constituye una opinión particular de la consultora TYPESA y no de la propia GSF, debido a que dicha opinión hasta la fecha de la imputación por parte de la JFI no había sido cuestionado, ello luego de varios años. A su vez, cita nuevos documentos en donde se observa que, a lo largo del tiempo la entonces GS ha mantenido su opinión respecto a que el cumplimiento de los RTM debe ser responsabilidad de las aerolíneas, limitando LAP a prestar la infraestructura necesaria para que las aerolíneas puedan cumplir los RTM:

Documento	Fecha	Opinión realizada
Oficio Circular N° 2018-08-GS-OSITRAN	23 de abril de 2008	Ratifica la obligación de LAP en cumplir los RTM pero exhorta a las aerolíneas tener precaución a los RTM en lo que le sean aplicables
Oficio N° 777-09-GS-OSITRAN	06 de marzo de 2009	De la evaluación del informe técnico de la consultora INNOVA-PUCP, se observa que los RTM no son cumplidos por las aerolíneas, por lo que se sugiere a LAP coordinar con ellas
Informe N° 864-09-GS-OSITRAN	28 de setiembre de 2009	Se da respuesta a la solicitud de modificación de los RTM por parte de la AETAI, en la misma señala que los RTM son de cumplimiento de parte de las aerolíneas y que LAP solo debería tener el deber de proporcionar la infraestructura requerida para que estas puedan llevar a cabo su cumplimiento.
Carta AUC-CA-TYO-000724-E01	20 de diciembre de 2012	La consultora TYPESA señala que LAP no interviene directamente en el cumplimiento de los RTM.
Oficio N° 1969-2013-GS-OSITRAN	02 de mayo de 2013	Concluye que el incumplimiento de algunos RTM es de parte de las líneas aéreas nacionales e internacionales, otorgándosele a LAP un plazo de 5 días útiles para corregir incumplimientos y mejoras la calidad de los servicios que presta en el aeropuerto.

139. Ante ese argumento, la GAJ mediante el Informe N° 027-17-GAJ-OSITRAN, informe que dio sustento a la resolución de la GG que declaro fundado el recurso de apelación parcial interpuesto por LAP, se le da la razón a lo solicitado utilizando otra línea de razonamiento, evitando pronunciarse específicamente sobre este argumento planteado.
140. Caso distinto es respecto a la JFI, que mediante el Oficio N° 0036-2017-JFI-GSF-OSITRAN, da inicio un nuevo procedimiento en contra de LAP, en su nueva evaluación si marca una posición al respecto, indicando lo siguiente:

“Con relación a lo señalado por la empresa TYPESA mediante los informes Especiales N° 047 y N° 085, referido a que existen RTMs que no dependen directamente del Concesionario; aclara la JCA que ello constituye una opinión propia de dicho Consorcio, que no se encontraba enmarcado dentro la materia de análisis, que era la definición de la Metodología, ni mucho

menos dentro del análisis de las responsabilidades asumidas por el Concesionario en el Contrato de Concesión.

Se advierte que la Metodología propuesta por LAP (elaborada por PUCP) y aprobada mediante Oficio N° 2105-09-GS-OSITRAN, que contiene la forma de medición de los RTM referidos al servicio Check in, Seguridad, Migraciones, Recojo de equipaje y Aduanas, no hace distinción o señala que los RTM deben ser cumplidos por el Concesionario o por las aerolíneas, toda vez que constituyen una obligación contractual, por lo que corresponde a LAP intensificar con las aerolíneas, Migraciones y Aduanas, las coordinaciones necesarias para su cumplimiento.”

(Subrayado nuestro)

“Respecto a su modificación, señala que las comunicaciones de la AETAI y de las aerolíneas citadas en el Informe N° 864-09-GS-OSITRAN, fueron puestas a conocimiento del concesionario LAP mediante Oficio N° 3440-09-GS-OSITRAN; ello, a fin de evaluar una solicitud de modificación de RTM tiempo de proceso y tiempo máximo de espera en el servicio Check in en el marco del procedimiento descrito en el numeral 1.51 del Contrato de Concesión.

De haberse emitido opinión favorable respecto a la eliminación del RTM, se hubiera realizado a través del procedimiento descrito en el numeral 1.51 del Contrato de Concesión, el cual establece que cualquier modificación o actualización de los RTM es competencia de OSITRAN, la cual de haberse realizado se encontraría en una Resolución de Consejo Directivo. Por lo tanto, al no haberse eliminado ni modificado dichos RTM conforme lo propuso AETAI, son de obligatorio cumplimiento por parte del Concesionario LAP.”

141. Sin embargo, la JFI en el Informe N° 0077-2017-JFI-GSF-OSITRAN, de fecha 17 de julio de 2017, se evalúa los descargos presentados por LAP y presenta un cambio en la postura reconociendo que desde el 15 de marzo de 2017 es de aplicación el principio de predictibilidad o de confianza legítima, por lo tanto le da la razón a lo señalado por LAP al considerar que en efecto existen antecedentes administrativos de la GSF que establecieron que los incumplimientos de los RTM estaban relacionados al servicio que prestan las aerolíneas que operan en el aeropuerto:

46. "Sobre el particular, debemos señalar que el principio de predictibilidad al incorporar la confianza legítima ahora señala que las actuaciones de la autoridad deben ser congruentes con los antecedentes administrativos; caso contrario, se deben dar las razones que expliciten el apartamiento, las que deben ser realizadas por escrito.

47. En ese sentido, se advierte de la revisión de la documentación emitida en los periodos materia de imputación 2012 y 2013, que se dieron pronunciamientos en donde se concluye que, entre otros, existían incumplimientos de algunos RTM por parte de las líneas aéreas nacionales e internacionales. Asimismo, se señala que: "si bien es cierto, algunos incumplimientos de RTM son competencia de terceros (caso líneas aéreas, Migraciones y Aduana), el RTM referido al Control de Seguridad – Rayos X Internacional es de competencia directa de LAP. En tal sentido, se debe solicitar a dicho concesionario, informe las medidas que ha tomado para corregir dicho incumplimiento"; ello conforme se

aprecia del Informe N° 1094-13-GS-OSITRAN mediante el cual se informa sobre los resultados de las mediciones de los RTM del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, efectuadas por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), en el periodo del 01 al 31 de diciembre de 2012, por encargo de LAP; el mismo que se notificó al Concesionario el 02 de mayo de 2013.

48. *En igual sentido que el Informe N° 1094-13-GS-OSITRAN, tenemos el Informe N° 905-2014-GSF-OSITRAN, mediante el cual la entonces Jefatura de Aeropuertos verificó la consultoría para la medición del cumplimiento de los RTM efectuada por TYPESA, para el período 1 de diciembre y 31 de diciembre de 2013, en el cual se concluye que las "Aerolíneas: la mayoría no cumple con los tiempos de espera y los tiempos de proceso en el check-in. Anteriores mediciones arrojan resultados similares. Las aerolíneas expresaron en su oportunidad que los tiempos empleados en sus particulares procesos de check-in responden a sus propios estándares".*
49. *El análisis efectuado de la documentación que obra en el expediente, permite señalar que los antecedentes administrativos de la GSF emitidos al momento de la comisión de la infracción (2012 y 2013) establecieron que los incumplimientos de los RTM: (A) Tiempo promedio de chequeo doméstico; (B) Tiempo promedio de chequeo internacional; (C) Tiempo máximo de espera doméstico; (D) Tiempo máximo de espera internacional; y, (E) Tiempo de ocupación de la faja para recojo de equipaje por vuelo (para B767 y aeronaves más pequeñas), estaban relacionados al servicio que prestan las aerolíneas que operan en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez.*
50. *En consecuencia, corresponde amparar las alegaciones del Concesionario; es decir, la conducta infractora respecto de los siguientes RTM detallados en el Informe N° 0406-2017-JCA-GSF-OSITRAN elaborado por la Jefatura de Contratos Aeroportuarios, no es sancionable; ello, en el marco del principio de predictibilidad o confianza legítima, con lo cual se cancela la posibilidad legal de sancionar al Concesionario por la comisión de la infracción tipificada en el numeral 12.2 artículo 12° del RIS,"*

(Subrayado nuestro)

142. Tomando en cuenta lo ya mencionado hasta ahora podemos observar que la GAJ tenía dos posibles respuestas para abordar lo argumentado por LAP. Por una parte, aun cuando el Tribunal Constitucional habría reconocido la vigencia del Principio de Seguridad Jurídica (el mismo que forma parte de la Confianza Legítima), previo a las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo N° 1272, no existía un reconocimiento legal del mencionado principio:

"El principio de la seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predictibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad. Tal como estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone "la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho."⁵⁸

⁵⁸ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL recaída en el Expediente N° 0016-2002-AIITC de fecha 30 de abril de 2003.

143. Con todo, en lo que respecta a los procedimientos que ya han sido iniciados, como ocurre en el presente procedimiento, la GAJ al momento de evaluar este argumento que forma parte de la solicitud de apelación interpuesto por LAP, podría utilizar el mismo razonamiento aplicado en la evaluación del problema jurídico precedente, y es que en base a la mediante la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1311, aun no se cumplía el plazo de sesenta (60) días señalado en el Decreto Legislativo N° 1272 para que se aplique en el presente procedimiento las modificaciones que han incorporadas, como es el caso de la confianza legítima incorporada al principio de predictibilidad:

Principio de predictibilidad sin las modificaciones hechas por el Decreto Legislativo N° 1272	Principio de predictibilidad con las modificaciones hechas por el Decreto Legislativo N° 1272
<p>1.15. Principio de predictibilidad. -</p> <p><i>La autoridad administrativa deberá brindar a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que a su inicio, el administrado pueda tener una conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que se obtendrá.</i></p>	<p>1.15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima. -</p> <p><i>La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener.</i></p> <p><u><i>Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos.</i></u></p> <p><u><i>La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables.</i></u></p> <p>(Subrayado nuestro)</p>

144. De otro lado, se podría evaluar si en efecto, las opiniones emitidas por la consultora TYPESA y que ha sido compartida por la GSF, cumple con los requisitos señalados para ser considerado un antecedente administrativo que ha generado una confianza legítima en LAP respecto a que el cumplimiento de los RTM es responsabilidad de las aerolíneas, siendo

necesario que por escrito se expliciten los motivos que desvirtúen ese antecedente administrativo.

145. Respecto a la confianza legítima, coincidimos con la definición dada por MORON:

*“para el individuo constituye una garantía por la que se da valor jurídico a la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cual ha de ser la futura actuación del poder en aplicación del Derecho. Obviamente no se trata de dar valor a meras expectativas subjetivas, sino aquellas que surgen a partir de signos externos o bases objetivas suficientemente concluyentes dadas dentro de la ley por la autoridad, para que los administrados se orienten hacia determinada posición, tales como antecedentes, absolución de consultas, publicación de normas, difusión de requisitos, procedimientos, trámites, autoridades, etc.”*⁵⁹

(Subrayado nuestro)

146. Antes bien, se entiende por confianza legítima en el presente procedimiento al deber que se impone OSITRAN mediante sus órganos sancionadores en primera (la GSF) y segunda (la GAJ) instancia de tener un comportamiento coherente en su instrucción y resolución, protegiendo la creencia y confianza generada a LAP por declaraciones, opiniones y resoluciones previamente emitidas. Sin embargo, esta confianza es legítima porque confluyen en la misma, elemento que hace que deje de ser una mera convicción psicológica a una motivada por un legítimo actuar previo:

“Para la protección de la confianza legítima en el derecho administrativo, deben concurrir copulativamente los siguientes elementos:

[i] Una conducta originaria de la Administración: conducta constante y reiterada a fin de conformar una situación estable.

*[ii] Una expectativa o confianza legítima: generada en que la Administración actúa correctamente, de forma lícita y que las expectativas son razonables.”*⁶⁰

(Subrayado nuestro)

147. De lo citado anteriormente, se puede observar que el argumento de LAP se basa en una serie de opiniones que ha emitido OSITRAN mediante la GS (hoy. GSF), por el cual reconoce que los RTM que son materia del presente procediendo son ejecutados directamente por las aerolíneas y por ende es de la opinión que su cumplimiento sea responsabilidad de las mismas, librando a LAP de dicha obligación bajo el argumento que no tiene como garantizar su correcto cumplimiento al no tener un control directo en su ejecución.

⁵⁹ MORON URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Tomo I, Lima: Gaceta Jurídica. 2018. Pág. 126.

⁶⁰ Ídem. Pág. 131.

148. De los documentos presentados, se observa que, en efecto la GS (hoy, GSF) ha emitido una opinión favorable a lo que ahora alega LAP. Lo argumentado respecto a que dichas opiniones son exclusivamente de la consultora TYPASA en su Informe Especial N° 085, y que no es algo que comparta la GSF; queda desvirtuado porque en la evaluación que fue remitida a LAP con Oficio N° 2105-09-GS-OSITRAN, en ningún momento tomaron distancias respecto a dicha opinión. Las opiniones posteriores, en la cual se resalta el Informe N° 864-09-GS-OSITRAN, por el cual se concluye que puede ser atendida la propuesta presentada por la AETAI y por lo tanto dar su aprobación para que se dé inicio un procedimiento para la modificación de los RTM en lo relativo a trasladar la responsabilidad de LAP en su cumplimiento hacia las aerolíneas. Es importante señalar que este fue el razonamiento que tomo la JFI para recomendar a la GSF el archivo del procedimiento una vez finalizada la nueva evaluación realizada en aplicación a lo resuelto en el artículo 1 de la Resolución N° 039-2017-GG-OSITRAN

149. Al respecto, es fundamental tener claro que se señalan los RTM respecto a quien se le obliga su cumplimiento y cuál es el mecanismo para su modificación; por lo que nos basaremos en lo que se encuentra regulado en la cláusula 1.51 del Contrato, que es donde se define que son los RTM y en el Anexo 14 del Contrato, que es donde se detallan los RTM que forman parte de las obligaciones a cumplir:

“1.51. Requisitos Técnicos Mínimos significa aquellos criterios mínimos de calidad consistente con estándares básicos, que el concesionario debe mantener para el diseño, construcción, reparación, mantenimiento y operación del Aeropuerto estipulados en la sección 1 del Anexo 6 de las Bases, así como lo especificado en el Anexo 14 de este contrato, según sean modificados o completados periódicamente por OSITRAN, contando con la opinión del concesionario, en el marco de las necesidades de las líneas aéreas y el transporte de pasajeros y carga, en la forma que al juicio razonable de OSITRAN sea necesario.”

(Subrayado nuestro)

**“ANEXO 14
Requisitos Técnicos Mínimos**

1. Requisitos Técnicos Mínimos

1.1. Introducción a los Requisitos Técnicos Mínimos (RTM)

Para efectos del diseño, construcción, operación, mantenimiento y conservación de los Bienes de la Concesión, el Concesionario deberá cumplir con los “Requisitos Técnicos Mínimos” (RTM), establecidos en el presente anexo, así como con lo estipulado en la sección 1 del anexo 6 de las Bases, según sea modificado o actualizado periódicamente por el OSITRAN de ser necesario, contando con la opinión del Concedente y el Concesionario, o a requerimiento de éstos.

(...)

(Subrayado nuestro)

150. De lo citado, se puede extraer indudablemente dos conclusiones:

- a) Sin perjuicio de lo evaluado en el primer problema jurídico, nos encontramos ante una obligación contractual, por el cual LAP como Concesionario se ha obligado al cumplimiento de todos los RTM, sin distinción ni excepción alguna.
- b) El propio Contrato no es estático respecto a los RTM, sino que establece un mecanismo para su modificación o actualización periódica. Este mecanismo por disposición contractual es llevado a cabo por OSITRAN pero requiere previamente la opinión de LAP como Concesionario para que se pueda activar dicho mecanismo.

151. En línea con lo anterior, encontramos dos inconsistencias en el argumento de LAP que fue tomado en cuenta por la JFI y que motivo el archivamiento del procedimiento respecto a aquellos RTM que son ejecutados por las aerolíneas. En primer lugar, si bien es cierto que la GS en varias ocasiones ha manifestado una opinión favorable respecto al atribuir la responsabilidad en la ejecución de los RTM a las aerolíneas, siendo dicha opinión es respecto a la conveniencia de modificar una obligación de carácter contractual que ha asumido LAP mediante el Contrato. No obstante, la misma que no calificaría en el supuesto del principio de Predictibilidad o de Confianza Legítima, porque dicho principio se aplica a la función administrativa de las Entidades del Estado como sería en el caso de las opiniones o antecedentes administrativos en el marco de un procedimiento administrativo previo o en la interpretación y/o aplicación de las normas administrativas como es en el caso de la aplicación de la LPAG, del RIS o el RUTAP dentro del procedimiento. Lo anterior resulta más claro al tomar nota que el mecanismo para modificar los RTM no forma parte de la función administrativa del OSITRAN sino que esta le ha sido encomendada contractualmente, por lo tanto a estas opiniones no le serían aplicables este principio.

152. Por otra parte, en el supuesto negado que consideremos que en efecto, nos encontramos ante la aplicación del principio Predictibilidad o de Confianza Legítima, es importante señalar que para que esto ocurra no basta con señalar que existe opiniones o antecedentes administrativos, sino que el mismo debe generar una certeza indubitable en LAP que en efecto, se encuentra motivada la confianza de que la responsabilidad en el cumplimiento de los RTM ha sido modificada con estas opiniones o antecedentes administrativos, no siendo ya responsable de las mismas sino que ahora estas recaen en las aerolíneas. Esta interpretación sería errónea porque el Contrato es preciso al establecer expresamente un mecanismo destinado a la interpretación de una cláusula, establecido en la cláusula 24.12 del Contrato, ni mucho menos que se ha modificado la cláusula porque para ello es necesaria una adenda siguiendo el procedimiento establecido en la cláusula 24.7 del Contrato. Por lo tanto, en ambos casos no se incluyen a las opiniones unilaterales del OSITRAN entre la documentación válida para interpretar las cláusulas dentro del Contrato, ni mucho menos para modificarlas:

“24.12. Interpretación del Contrato. *El presente Contrato deberá interpretarse como una unidad y en ningún caso cada una de sus cláusulas de manera independiente. Las sumillas*

de las Cláusulas de este contrato servirán como referencia y, en ningún caso afectarán la interpretación de su texto. En caso de discrepancia en la interpretación de los alcances del presente Contrato, la prelación de la documentación será la siguiente:

- 1. El presente Contrato que incluye sus anexos*
- 2. Las circulares*
- 3. Las Bases*
- 4. Los anexos a las Bases”*

(Subrayado nuestro)

***“24.7 Modificaciones** Toda solicitud de enmienda, adición o modificación del presente Contrato deberá ser presentada a OSITRAN, con copia al Concedente, con el debido sustento técnico. El Concedente resolverá la solicitud contando con la opinión técnica de OSITRAN y comunicación previa a los Acreedores Permitidos en tanto se mantenga cualquier Endeudamiento Garantizado Permitido aprobado íntegramente por el Concedente. El acuerdo de modificación será obligatorio para las Partes solamente si consta por escrito y es firmada por los representantes debidamente autorizados de las Partes. (...)”*

(Subrayado nuestro)

153. Como podemos observar, las cláusulas son precisas respecto a la modificación o actualización periódica de los RTM, el mismo que como hemos visto le fue contractualmente asignado a OSITRAN previa opinión favorable de LAP como Concesionario. Es importante señalar que dichas cláusulas han sido firmadas por los contratantes, entre ellos LAP, por lo que le es de su pleno conocimiento que existe un mecanismo establecido para modificar los RTM, no siendo razonable que se haya generado una legítima confianza de su parte, máxime si es de su conocimiento que las opiniones de la entonces GS no pueden modificar o no aplicar lo establecido contractualmente.

154. Finalmente, se observa que la entonces GS, ante la solicitud de modificación presentada por la AETAI no podía modificar dicha obligación unilateralmente a pesar que mostrara su conformidad por lo que en correcto cumplimiento con lo establecido en el Contrato, remitió mediante el Informe N° 864-09-GS-OSITRAN, una comunicación a LAP para que en el caso de contar con la opinión favorable de LAP, iniciar el mecanismo establecido contractualmente para modificar los RTN. Sin embargo, hasta la fecha no ha recibido respuesta favorable de LAP, por lo que nunca se pudo modificar la responsabilidad en el cumplimiento de los RTM solicitado por la AETAI, quedando plenamente vigente la responsabilidad de LAP establecida en el Contrato.

10. Conclusiones

155. En el presente expediente se desvela un problema que va más allá del propio desarrollo de un PAS y es que el RIS, marco normativo en que se sustenta la apertura del procedimiento y la sanción aplicable al administrado en caso de determinarse culpable, infringe gravemente al principio de tipicidad al incorporar como supuesto de hecho a lo señalado en los respectivos contratos de concesión, dado que se está sancionando administrativamente por el incumplimiento de obligaciones contractuales. En ese sentido, consideramos que este PAS no debió iniciarse porque la obligación de cumplir con los RTM es de carácter contractual y no se encuentran en una norma legal ni reglamentaria sino en el anexo 14 del Contrato. En consecuencia, en caso de que el propio contrato lo establezca, se le debe aplicar una penalidad ante su eventual incumplimiento y no una sanción administrativa. No obstante, sin desconocer lo anteriormente señalado, se identificó y evaluó los principales problemas jurídicos seleccionados en el expediente.
156. Como primer problema jurídico identificado a evaluar se tomó en cuenta lo argumentado por la GAJ relativo a la existencia de dos estándares de medición de espacio y tiempo, ambas obligatorias para LAP según el Contrato y que las mismas terminarían siendo incompatibles entre sí, siendo estas los RTM del Anexo 14 del Contrato y la norma IATA. Al respecto, en concordancia con la cláusula 1.5.1, el Anexo 3 y el numeral 1.1 del Anexo 14 del Contrato, se ha establecido contractualmente que los estándares específicos son aquellos criterios mínimo de calidad consistente con los estándares básicos establecidos en los RTM del Anexo 14 del Contrato. Sin perjuicio de lo indicado anteriormente, la propia norma IATA en su recomendación F.IR.4 señala que sus estándares son solo aplicable en caso de no existir en la cual expresamente estándares de espacio y tiempo, hecho que no ocurre en el presente caso al existir los mismos en los RTM del Anexo 14 del Contrato.
157. Como segundo problema jurídico identificado a evaluar se tomó en cuenta lo argumentado por LAP respecto a que debería aplicarse la responsabilidad administrativa subjetiva en el presente PAS, ello guardando relación con el carácter garantista de la LPAG, la misma que se le ha incorporado el principio de culpabilidad como parte de las modificaciones realizadas por el Decreto Legislativo N° 1272, siguiendo lo previamente dispuesto tanto por la doctrina mayoritaria como por el propio Tribunal Constitucional en su jurisprudencia constitucional. Sobre lo anterior, consideramos acertada la postura del sector mayoritario de la doctrina nacional que considera que con la incorporación del principio de culpabilidad por parte de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha quedado proscrita la responsabilidad administrativa objetiva. Coincidimos que la Entidad hace uso de su *ius imperium* y tiene la capacidad de variar unilateralmente las normas, por lo que se justifica la responsabilidad administrativa subjetiva en el marco del carácter garantista que caracteriza nuestro derecho administrativo sancionador al incorporar principios que puedan proteger a los administrados y equiparar esa situación ventajosa que posee la Entidad. Ello se ha visto reflejado con su inclusión expresa en el Decreto Legislativo N° 1272, la misma que derogaría tácitamente a todas las normas reglamentarias que establezcan la responsabilidad administrativa objetiva como es el caso del RIS y el REGO. Sin

embargo, es correcto lo señalado por la GAJ que, mediante la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1311, se ha determinado que durante el plazo de sesenta (60) días mencionado en el Decreto Legislativo N° 1272, no se aplicaran las modificaciones e incorporaciones realizadas por dicho decreto legislativo en la LPAG, entre ellas la incorporación del principio de culpabilidad que establece la responsabilidad administrativa subjetiva. En ese sentido, se retorna a la situación descrita previa a la publicación del Decreto Legislativo N° 1272. Por tal razón, hasta el vencimiento de dicho plazo computado desde su publicación, véase hasta el 15 de marzo de 2017, continua vigente para la GG la responsabilidad administrativa objetiva tipificada en el RIS y en el REGO, para aquellos procedimientos en trámite y aquellos que se den inicio previo a la fecha de vencimiento del plazo.; viéndose forzada la GG, en contra de lo señalado por el Tribunal Constitucional, a aplicar la responsabilidad administrativa objetiva tipificada en el RIS porque, al ser un tribunal administrativo, no cuenta con la posibilidad de hacer uso de un control difuso a diferencia de los jueces durante el proceso contencioso administrativo.

158. Como tercer problema jurídico identificado a evaluar se tomó en cuenta lo argumentado por LAP respecto a la existencia de un antecedente administrativo respecto a la opinión de la consultora TYPASA, la misma que es compartida por la entonces GS (hoy GSF), relativo a que los RTM que son ejecutados por las aerolíneas deben ser atribuibles a estas la responsabilidad de su cumplimiento y no a LAP. Aquí encontramos dos inconsistencias; en primer lugar, si bien es cierto que la GS en varias ocasiones ha manifestado una opinión favorable respecto al atribuir la responsabilidad en la ejecución de los RTM a las aerolíneas, siendo dicha opinión es respecto a la conveniencia de modificar una obligación de carácter contractual que ha asumido LAP mediante el Contrato. No obstante, la misma que no calificaría en el supuesto del principio de Predictibilidad o de Confianza Legítima, porque dicho principio se aplica a la función administrativa de las Entidades del Estado como sería en el caso de las opiniones o antecedentes administrativos en el marco de un procedimiento administrativo previo o en la interpretación y/o aplicación de las normas administrativas como es en el caso de la aplicación de la LPAG, del RIS o el RUTAP dentro del procedimiento. Lo anterior resulta más claro al tomar nota que el mecanismo para modificar los RTM no forma parte de la función administrativa del OSITRAN sino que esta le ha sido encomendada contractualmente, por lo tanto a estas opiniones no le serían aplicables este principio. Por otra parte, para la aplicación del principio Predictibilidad o de Confianza Legítima, no basta con señalar que existe opiniones o antecedentes administrativos, sino que el mismo debe generar una certeza indubitable en LAP que en efecto, se encuentra motivada la confianza de que la responsabilidad en el cumplimiento de los RTM ha sido modificada con estas opiniones o antecedentes administrativos, no siendo ya responsable de las mismas sino que ahora estas recaen en las aerolíneas. En este punto, el Contrato es preciso al establecer expresamente un mecanismo destinado a la interpretación en la cláusula 24.12 del Contrato, y a la modificación mediante una adenda siguiendo el procedimiento establecido en la cláusula 24.7 del Contrato. Por lo tanto, en ambos casos no se incluyen a las opiniones

unilaterales del OSITRAN entre la documentación válida para interpretar las cláusulas dentro del Contrato, ni mucho menos para modificarlas.

159. Finalmente, , se recomienda en base a la primera conclusión, que se haga una revisión al marco normativo en que se sustenta los PAS iniciados por OSITRAN a efectos de eliminarse esa deficiencia detectada respecto a la ausencia de una norma de rango legal o un reglamento que establezca los supuestos de hecho que son sancionables a todos los concesionarios. Lo anterior es importante porque al utilizarse como supuestos de hecho a las obligaciones contractuales genera una confusión entre la diferencia existente entre una obligación contractual respecto a una obligación administrativa, ello vulnerando el principio de tipicidad y la igualdad que debe existir entre todos los administrados respecto a las normas legales y/o reglamentarias.



11. Bibliografía

- Constitución Política del Perú
- Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General
- Decreto Legislativo N° 1272
- Decreto Legislativo N° 1311
- Ley N° 27332 – Ley Marco de los Organismo Reguladores de la Inversión Privada
- Reglamento General del OSITRAN – REGO
- Reglamento General de Supervisión - RGS
- Reglamento de Infracciones y Sanciones - RIS
- Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios – RUTAP
- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL recaída en el Expediente N° 0261-2003-AA/TC de fecha 26 de marzo de 2003.
- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL recaída en el Expediente N° 2050-2002-AA/TC de fecha 16 de abril de 2003.
- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL recaída en el Expediente N° 0016-2002-AI/TC de fecha 30 de abril de 2003.
- Contrato de Concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (actualizado al 15 de setiembre de 2017).
- Airport Development Reference Manual - 9th Edition.
- BACA ONETO, Víctor Sebastián - ¿Responsabilidad Subjetiva u Objetiva en Materia Sancionadora? Una Respuesta a Partir del Ordenamiento Peruano. Actualidad Jurídica. Tomo 204. Lima: Gaceta Jurídica. Año 2010.
- BACA ONETO, Víctor Sebastián - El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, con especial mirada al caso peruano. En Revista digital de Derecho Administrativo N° 21. Primer semestre 2019.
- DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge – Régimen de la Nulidad de los Actos Administrativos en la Ley N° 27444 del Procedimiento Administrativo General. https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3409_ponenciaforonulidad_actos_administrativos.pdf (consulta realizada el 01 de noviembre de 2019).
- FACUNDO NIÑO DE GUZMÁN, Luis Miguel - Responsabilidad objetiva relativa a propósito de la reforma administrativa constitucional. VOX JURIS N° 37. Año 2019.
- GONZALEZ LA ROSA, Daniel - El principio de tipicidad y la cláusula de efecto equivalente en la legislación de libre competencia. En Revista de Derecho Administrativo N° 8. Año 2009.
- GUEVARA-CORNEJO, Mayra - Análisis del principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Tesis de pregrado en Derecho. Universidad de Piura. Año 2016.
- GUZMAN NAPURI, Christian - Manual del procedimiento administrativo general. Primera Edición. Pacifico Editores. Año 2013.

- GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Los Procedimientos Administrativos Sancionadores en las Entidades de la Administración. Gaceta Jurídica. Año 2016.
- JIMÉNEZ MURILLO, Roberto - Los principios de impulso de oficio y verdad material en el procedimiento administrativo. Revista Derecho PUCP. Año 2011.
- MANAYALLE CHIRINOS, Alejandro - Sanciones administrativas y penalidades en concesiones de infraestructura de transporte. En THĒMIS Revista de Derecho N° 69, Año 2016.
- MORON URBINA, Juan Carlos – Los recursos en el procedimiento administrativo general y en los procedimientos sectoriales. Gaceta Jurídica. Año 2009.
- MORON URBINA, Juan Carlos – Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica Novena Edición. Año 2011.
- MORON URBINA, Juan Carlos – Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Décimo Segunda Edición. Año 2017.
- MORON URBINA, Juan Carlos – Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Tomo I, Lima: Gaceta Jurídica. Año 2018.
- PONCE RIVERA, Carlos Alexander – La actividad probatoria como parte del debido procedimiento en los procedimientos administrativos sancionadores. Revista LEX N° 20. Año 2017.
- SERVA CARDENAS, Jimena Michelle - El principio de tipicidad como límite en la labor de tipificación de sanciones delegada a la administración pública. Trabajo Académico para optar el grado de segunda especialidad en Derecho Administrativo. Pontificia Universidad Católica del Perú, Año 2017.
- SHIMABUKURO MAKIKADO, Roberto - Reflexiones sobre el principio de culpabilidad y la responsabilidad administrativa objetiva. En Congreso Internacional de Derecho Administrativo - Derecho Administrativo en el Siglo XXI. . LIMA. ADRUS D&I. Año 2013.
- ZÚÑIGA VELARDE, Landher Alejandro - Diseño de penalidades y sanciones administrativas en los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público en el Perú: lineamientos para su definición y aplicación. Tesis para optar el grado académico de Magíster en Regulación de los Servicios Públicos. Pontificia Universidad Católica del Perú, Año 2018.

11. Anexos

- Informe N° 005-2017-JFI-GSF-OSITRAN
- Informe N° 0103-2017-JFI-GSF-OSITRAN
- Informe N° 0077-2017-JFI-GSF-OSITRAN
- Escrito de fecha 18 de mayo de 2017
- Oficio N° 0036-2017-JFI-GSF-OSITRAN
- Informe N° 027-17-GAJ-OSITRAN
- Memorando N° 0403-2017-GSF-OSITRAN
- Escrito de fecha 07 de marzo de 2017
- Informe N° 0150-2016-JFI-GSF-OSITRAN
- Escrito de fecha 06 de junio de 2016
- Oficio N° 0094-2016-JFI-GSF-OSITRAN

