



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

RESOLUCION DE PRESIDENCIA

N°0024-2023-PD-OSITRAN

Lima, 08 de mayo de 2023

VISTOS:

El Informe N°0007-2023-PD-OSITRAN, que evalúa si el Oficio N°00054-2023-GG-OSITRAN emitido por la Gerencia General de OSITRAN de fecha 20 de febrero de 2023 se encuentra incurso en un supuesto de nulidad de oficio y el Proyecto de Resolución de Presidencia del Consejo Directivo.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Que, con fecha 14 de febrero del 2001, el Estado de la República del Perú, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, Concedente o MTC) y la empresa concesionaria Lima Airport Partners S.R.L. (en adelante, Concesionario o LAP), suscribieron el Contrato de Concesión para la Construcción, Mejora, Conservación y Explotación del Aeropuerto Internacional "Jorge Chávez" (en adelante, Contrato de Concesión o Contrato).

Que, con fecha 05 de febrero de 2021, el MTC y LAP (en adelante, las Partes) suscribieron el "Acta de acuerdos de apoyo del Concedente por el evento de fuerza mayor" (en adelante, Acta de Acuerdos), en el marco de la cláusula 13.3 del Contrato.

Que, el evento de fuerza mayor estuvo constituido por la pandemia del COVID-19, a causa de la cual, en marzo del año 2020, el Estado Peruano declaró el Estado de Emergencia Nacional estableciendo el aislamiento social obligatorio y entre otras medidas, la paralización de las operaciones en el aeropuerto internacional Jorge Chávez durante los meses siguientes.

Que, con la finalidad de garantizar la continuidad de la prestación de los servicios públicos de transporte aéreo en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, se acordó diferir la oportunidad de pago de 10 trimestres de la Retribución al Estado, del Primer Trimestre de 2020 hasta el Segundo Trimestre de 2022.

Que, de acuerdo con la referida Acta de Acuerdos, el pago de la Retribución al Estado correspondiente al Cuarto Trimestre de 2020 específicamente vencía el último día útil del mes de octubre de 2022; esto es, el 28 de octubre de 2022

Que, mediante la Carta N°C-LAP-GCF-2022-0676, presentada el 24 de octubre de 2022, el Concesionario acreditó el pago de USD 9,494,785, correspondiente a la Retribución al Estado del Cuarto Trimestre de 2020.

Que, posteriormente, a través de la Carta N°C-LAP-GCF-2022-0812, presentada el 12 de diciembre de 2022, el Concesionario informó del pago de USD 2,580, también correspondiente a la Retribución al Estado del Cuarto Trimestre de 2020.

Que, con fecha 02 de enero de 2023, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (en adelante, GSF) notificó al Concesionario el Oficio N°12342-2022-GSF-OSITRAN e Informe N° 02464-2022-JCA-GSF-OSITRAN, comunicando lo siguiente:

"- Realizada la supervisión anual a la determinación de la Retribución al Estado del año 2020 por un monto de USD 55,975,684, la concesionaria no tenía deuda pendiente de pago por Retribución al Estado.



– No obstante ello, la concesionaria debía de efectuar el pago de la compensación de USD 442.03, al haber incumplido con el pago oportuno de la Retribución al Estado del Cuarto Trimestre de 2020.”

Que, en el Informe N°02464-2022-JCA-GSF-OSITRAN citado en el párrafo anterior se indica lo siguiente:

“71 Según lo informado por la Gerencia de Administración, LAP no pagó el monto total por Retribución al Estado del IV Trimestre-2020 conforme al plazo previsto en el Anexo N°1 del acta antes citada, **por lo que debe aplicarse lo dispuesto por el numeral 7.2 del Acta de Acuerdos, que establece que el incumplimiento en el pago de la Retribución al Estado obliga al concesionario al pago de una compensación al Concedente como reconocimiento al costo de oportunidad la cual debe ser depositado en la Cuenta Recaudadora del Fideicomiso en calidad de aporte adicional.**

72. Por tanto, y toda vez que la GA no informó que LAP haya pagado el monto de la compensación, el Concesionario debe efectuar el pago de la compensación indicada en el numeral 7.2 del Acta de Acuerdos por el pago retrasado de la Retribución al Estado del IV Trimestre-2020, debidamente actualizado.”

Que, con fecha 10 de enero de 2023, el Concesionario presentó el escrito denominado “recurso de reconsideración” contra el Oficio N°12342-2022-GSF-OSITRAN e Informe N°02464-2022-JCA-GSF-OSITRAN; solicitando que se precisaran los párrafos 59 y siguientes del referido informe, determinando que no se había configurado un incumplimiento del pago de la Retribución; y como consecuencia de ello, tampoco se habría configurado un incumplimiento en los términos previstos en el Acta de Acuerdo.

Que, a través del Memorando N°00084-2023-GSF-OSITRAN del 17 de enero de 2023, la GSF elevó a la Gerencia General la impugnación del 10 de enero de 2023 presentada por el Concesionario contra el Oficio N°12342-2022-GSF-OSITRAN e Informe N°02464-2022-JCA-GSF-OSITRAN, enmarcándola en la cláusula 1.26 del Contrato de Concesión. Mediante Proveído de la misma fecha, la Gerencia General remitió la impugnación a la Gerencia de Asesoría Jurídica (GAJ) para la opinión correspondiente.

Que, mediante Escrito S/N de fecha 25 de enero de 2023, el Concesionario presentó argumentos complementarios a su escrito presentado el 10 de enero de 2023.

Que, mediante Oficio 00054-2023-GG-OSITRAN de fecha 20 de febrero de 2023, y el Informe 00029-2023-GAJ-OSITRAN de fecha 20 de febrero de 2023, la Gerencia General de OSITRAN decidió (i) encauzar un recurso de reconsideración interpuesto por LAP como uno de apelación y (ii) declarar que dicha apelación resultaba improcedente por haberse presentado fuera de plazo.

Que, mediante Carta MP - S/N del 8 de marzo de 2023, en virtud de lo establecido en el artículo 213° del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, (“TUO de la LPAG”), LAP presentó un pedido de NULIDAD DE OFICIO respecto a los siguientes actos administrativos emitidos por la Gerencia General del OSITRAN: a) El Oficio 00054-2023-GG-OSITRAN de fecha 20 de febrero de 2023, y b) el Informe 00029-2023-GAJ-OSITRAN de fecha 20 de febrero de 2023.

II. ANALISIS DE LA SOLICITUD DEL CONCESIONARIO

Que, esta Presidencia, considera que, en el presente caso, la comunicación Carta MP - S/N del 8 de marzo de 2023 del Concesionario no califica como un recurso administrativo pues la vía administrativa ya se agotó. No obstante, en consideración a lo expuesto en dicho documento se puede hacer la revisión de oficio del pronunciamiento de la Gerencia General fundamentalmente porque podrían haberse afectado derechos del administrado.



Que, de conformidad con el artículo 213 de la LPAG, en cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10 de dicha ley puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público o lesionen derechos fundamentales.

Que, por consiguiente, para que el OSITRAN revise de oficio la validez de sus propios actos administrativos no basta con que el acto evaluado (i) contravenga la Constitución, las leyes o las normas reglamentarias; (ii) presente un defecto u omisión de alguno o algunos de sus requisitos de validez; (iii) sea acto expreso o resulten de una aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquieren derechos o facultades contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumple con los requisitos, documentos o trámites esenciales para su adquisición; o (iv) sea constitutivo de infracción penal o se hayan dictado como consecuencia de la misma. Adicionalmente a ello, cuando se va a revisar de oficio la validez de un acto administrativo, es necesario verificar que haya un agravio concreto y real al interés público o una lesión a algún derecho fundamental;

Que, en el presente caso sí corresponde que se analice la validez del Oficio 00054-2023-GG-OSITRAN y del Informe 00029-2023-GAJ-OSITRAN que forma parte del citado oficio, para lo cual, es preciso revisar el procedimiento seguido para su emisión;

Que, en respeto del principio de legalidad que rige los actos de la Administración Pública, la facultad para declarar la nulidad de oficio de un acto administrativo se encuentra sometida a reglas, previstas en el artículo 213° del TUO de la LPAG, que deben ser respetadas por la Administración Pública en el ejercicio de dicha facultad, las cuales se detallan a continuación:

- a) Competencia: es ejercida por el funcionario superior jerárquico al que emitió el acto a invalidar o en caso de no estar sometida a subordinación, por el mismo órgano emisor.
- b) Plazo: dos (2) años, contados a partir de la fecha en que el acto administrativo haya quedado consentido.
- c) Causal: los actos administrativos que contengan vicios de nulidad contemplados en el artículo 10° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público o lesionen derechos fundamentales.
- d) Pronunciamiento sobre el fondo: además de declararse la nulidad, en caso de contar con los elementos suficientes, se podrá emitir una decisión sobre el fondo del asunto.

III. ANALISIS DE FORMA

3.1 Competencia de la Presidencia del Consejo Directivo de OSITRAN

Que, el numeral 1.1 del artículo IV del TUO de la LPAG "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";

Que, en virtud de ello, existe la obligación de que el actuar de las autoridades administrativas se ciña al marco de la Constitución, las leyes y en general del derecho; justificando su intervención o actuación en una norma previa que la justifique y establezca las facultades con las que cuenta para actuar en cada caso particular;



Que, de acuerdo a la estructura organizacional del Ositrán, la Presidencia del Consejo Directivo es la funcionaria jerárquicamente superior respecto de la Gerencia General; por lo que es la funcionaria competente de ejercer la facultad de declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos emitidos por la Gerencia General y, por ende, para evaluar la solicitud de nulidad de oficio presentada por el Concesionario contenida en la CARTA MP - S/N del 8 de marzo de 2023;

Que, la Presidencia del Consejo Directivo de OSITRAN tiene competencia para realizar la revisión de oficio de los actos administrativos, en virtud de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 213° del TUO de la LPAG así como de lo establecido en el artículo 5 del Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN;

Que, en ejercicio de las atribuciones citadas en el numeral precedente, esta Presidencia decide iniciar de oficio la revisión del Oficio 00054-2023-GG-OSITRAN emitido por la Gerencia General así como del Informe 00029-2023-GAJ-OSITRAN que forma parte del citado oficio;

Ahora bien, considerando que el Oficio N°00054-2023-GG-OSITRAN emitido por la Gerencia General no ha sido favorable para el administrado y que este ha presentado argumentos en pro de la declaratoria de nulidad de oficio, no es necesario que la decisión de la revisión de oficio de dicho acto administrativo sea trasladado a LAP;

3.2 Plazo para declarar de oficio la nulidad del acto administrativo

Que, el numeral 213.3 del artículo 213° del TUO de la LPAG, establece que la facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe en el plazo de dos (2) años, contados a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos;

Que teniendo en cuenta que el Oficio N° 00054-2022-GG-OSITRAN emitido por la Gerencia General fue notificado LAP el 3 enero de 2023; entonces, no ha vencido el plazo de dos (2) años establecido en el numeral 213.3 del artículo 213° del TUO de la LPAG, para que se pueda declarar, en caso corresponda, la nulidad de oficio del citado pronunciamiento;

IV. ANÁLISIS DE FONDO

4.1 Respecto a la causal de la nulidad de oficio del acto administrativo

Que, ahora bien, habiéndose determinado la competencia legal y que el presente caso está dentro del plazo previsto en el TUO de la LPAG, corresponde evaluar si el Oficio N° 00054-2022-GG-OSITRAN contiene algún vicio que cause su nulidad de pleno derecho. Sobre el particular, el artículo 10° del TUO de la LPAG señala lo siguiente:

"Artículo 10.- Causales de nulidad son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

- 1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.*
- 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.*
- 3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.*
- 4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de esta."*



Que, adicionalmente, el numeral 213.1 del artículo 213° del citado TEO establece que, en cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10° de dicha norma, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, **siempre que agraven el interés público o lesionen derechos fundamentales.**

Que, habiéndose determinado la competencia legal y que el presente caso está dentro del plazo previsto en el TEO de la LPAG, corresponde analizar si se ha incurrido en algunas de las causales de nulidad previstas en el Artículo 10° del TEO de la LPAG.

Que, de los Antecedentes se aprecia que la Gerencia General emitió el Oficio N° 00054-2023-GSF-OSITRAN, de fecha 20 de febrero de 2023 y forma parte del mismo el Informe 00029-2023-GAJ-OSITRAN de fecha 20 de febrero de 2023 emitido por la Gerencia de Asesoría Jurídica. Mediante el citado acto administrativo, la Gerencia General decidió:

- (i) Encauzar un recurso de reconsideración interpuesto por LAP como uno de apelación; y,
- (ii) Declarar que dicha apelación resultaba improcedente por haberse presentado fuera de plazo, de acuerdo a los supuestamente previsto en el Contrato de Concesión;

Que, sin embargo, es necesario que esta Presidencia evalúe la validez del acto administrativo emitido por la Gerencia General, en cuanto a si el recurso interpuesto por el Concesionario se interpuso de forma extemporánea;

Que, a partir de la revisión de los documentos que obran en el expediente se verifica lo siguiente:

- Luego de seguir el correspondiente procedimiento de supervisión de la Retribución al Estado a cargo de LAP, mediante el Oficio N° 12342-2022-GSF-OSITRAN e Informe N° 02464-2022-JCA- GSF-OSITRAN, la GSF llegó a la conclusión que el Concesionario no tenía deuda pendiente de pago por Retribución al Estado del año 2020, y comunicó al concesionario que debía efectuar el pago de una compensación por incumplir con el pago oportuno de la Retribución al Estado del Cuarto Trimestre de 2020, de acuerdo con la cláusula 7.2 del Acta de Acuerdos.
- Mediante el Escrito S/N notificado el 10 de febrero de 2023, el Concesionario presentó un escrito denominado “recurso de reconsideración” contra el Oficio N°12342-2022-GSF-OSITRAN e Informe N° 02464-2022-JCA-GSF-OSITRAN, **solicitando que dicha instancia revise su pronunciamiento y se precisaran los párrafos 59 y siguientes del referido informe, determinando que no se había configurado un incumplimiento del pago de la Retribución; esto es, un incumplimiento en los términos previstos en el Acta de Acuerdo**
- La GSF, a través del Memorando N° 00084-2023-GSF-OSITRAN del 17 de enero de 2023, elevó a la Gerencia General la citada impugnación por considerar que el procedimiento para su atención estaba regulado en la cláusula 1.26 del Contrato de Concesión y que en la misma no se había previsto la posibilidad de interponer un recurso de reconsideración y, por tanto, debía ser encausado como un recurso de apelación. Dicha decisión no fue comunicada a LAP por ninguna de las dos instancias.

Que, luego de la elevación por parte de la GSF, se advierte que la Gerencia General también asumió que el procedimiento para atención de la impugnación de LAP estaba regulado en la cláusula 1.26 del Contrato de Concesión. En base a dicha premisa es que aplica la citada cláusula y ha declarado improcedente el recurso interpuesto por LAP. Al respecto, la cláusula 1.26 del Contrato de Concesión dispone lo siguiente:

“1.26. "Ingresos Brutos" (...)

OSITRAN podrá revisar y objetar los ingresos consignados por el Concesionario para el cómputo de los Ingresos Brutos, dentro de un plazo de dos (2) años, posteriores al 31 de diciembre del año al que corresponda el período por el cual se efectúe cada oportunidad de pago de la Retribución, o en la auditoría del OSITRAN que cubra el período al que dicha oportunidad de pago de la retribución corresponda, lo que ocurra primero; no siendo aplicable para este caso lo dispuesto en la Cláusula 19.2 del presente contrato.

El procedimiento para la impugnación, a estas objeciones por parte del Concesionario, será el siguiente:

En un plazo de tres (3) Días Útiles, siguientes a la recepción de las objeciones formuladas por la Gerencia de Supervisión de OSITRAN o la que lo sustituya, el Concesionario presentará su apelación ante dicho órgano, o si lo prefiere el Concesionario, podrá optar por presentar el informe de un perito experto en la materia, independiente y de reconocido prestigio internacional, el mismo que será seleccionado por el Concesionario de una lista proporcionada por OSITRAN. La selección del perito deberá ser comunicada al OSITRAN, en un plazo de diez (10) días calendario, siguientes a la recepción de las objeciones. (...)
[Énfasis y subrayado agregado]

Que, sin embargo, se advierte que la Gerencia General ha aplicado el procedimiento previsto en la cláusula 1.26 del Contrato de Concesión sin realizar el análisis de lo que regula dicha cláusula y el contenido de la impugnación interpuesta por LAP. En virtud de ello, es necesario analizar la materia sobre la cual versaba el recurso interpuesto por LAP y concretamente si lo que estaba impugnando mediante su denominado “recurso de reconsideración” era una materia cuyo procedimiento de impugnación es el previsto en la citada cláusula;

Que, sobre el particular, la cláusula 1.26 del Contrato de Concesión establece un plazo de 3 días hábiles para que el Concesionario apele **los resultados de la revisión y objeción que realiza OSITRAN de los ingresos consignados por el Concesionario para el cómputo de los Ingresos Brutos;**

Que, para determinar si dicho procedimiento impugnatorio previsto en la cláusula 1.26 del Contrato de Concesión era el aplicable, resulta necesario identificar si el recurso interpuesto por LAP cuestionaba las objeciones realizadas por la GSF respecto a los ingresos que ella había consignado para el cómputo de los Ingresos Brutos;

Que, de la revisión del recurso de reconsideración de LAP, se advierte que el mismo se presenta **al amparo del artículo 219 del TUO de la LPAG y solicitan que la GSF precise los párrafos 59 y siguientes del Informe N° 02464-2022-JCA- GSF-OSITRAN y se declare que no ha existido un incumplimiento de pago por parte de LAP en los términos del numeral 7.1 del Acta de Acuerdos.** Por lo tanto, **su recurso no cuestionaba los resultados de la revisión y objeción que realiza OSITRAN de los ingresos consignados para el cómputo de los Ingresos Brutos;**

Que, adicionalmente, de la revisión del pronunciamiento de la GSF, se advierte que dicha instancia no realizó objeciones a los ingresos consignados por el Concesionario para el cómputo de los Ingresos Brutos;

Que, en efecto, en base a lo declarado por LAP, los resultados informados por la Empresa Supervisora en su Tercer Entregable (Informe Final), lo señalado en el Informe de auditores externos contratados por LAP, lo previsto en el Contrato de Concesión y en el Reglamento de Retribución; la GSF mediante el Informe N°02464-2022-JCA- GSF-OSITRAN verificó respecto de la Retribución al Estado del I al IV Trimestres de 2020 lo siguiente:



- i. la base de cálculo,
- ii. la cuantía y
- iii. el importe pagado por el Concesionario

Que, los ingresos consignados por LAP para el cómputo de los ingresos brutos correspondientes al I Trimestre-2020 al IV Trimestre-2020 se da en las declaraciones juradas presentadas por la concesionaria y que luego son verificadas por los auditores externos contratados por ella y posteriormente supervisados por OSITRAN;

Que, como se puede advertir de la revisión del Informe N°02464-2022-JCA- GSF-OSITRAN, en la sección c. del mismo que se titula “Verificación de la base de cálculo de la Retribución del Estado” (numerales 32 al 35), la GSF llega a la conclusión que no se deben realizar objeciones a los ingresos consignados por LAP pues no encontraron diferencias entre la base de cálculo consignada en las correspondientes declaraciones juradas, las auditadas y las supervisadas;

Que, en efecto, la base de cálculo determinada por el auditor externo coincide con los importes que constan en las declaraciones juradas del I al IV Trimestres del 2020 presentadas por el Concesionario;

Que, además, en atención a los resultados a la supervisión anual informados por la Empresa Supervisora por el I Trimestre-2020 al IV Trimestre-2020, establecida en base a los ingresos trimestrales obtenidos, esto es, a los que tiene derecho a percibir con arreglo al Contrato de Concesión, no se formuló objeción alguna en los documentos revisados;

Que, en ese sentido, como se dijo previamente, los ingresos consignados por LAP para el cómputo de los Ingresos Brutos no han sido materia de objeción por parte de la GSF de OSITRAN en los documentos impugnados. Por consiguiente, tampoco han sido materia de impugnación de parte de LAP;

Que, ahora bien, luego de haberse determinado por parte de la GSF la Retribución al Estado y, por ende, luego de haberse supervisado sin objeciones los ingresos para el cómputo de los brutos declarados por LAP, se procedió a verificar la aplicación de los pagos en exceso de ejercicios anteriores (2018 y 2019) que tenía registrados LAP y no aplicados previamente contra la Retribución al Estado ya determinada.

Que, en efecto, ello se puede advertir del numeral 57 del del Informe N°02464-2022-JCA- GSF-OSITRAN

Retribución al Estado del IV Trimestre-2020

57. De la tabla anterior se observa que **LAP**, luego de imputar el pago comunicado por la Gerencia de Administración y aplicar el pago en exceso, tiene una deuda pendiente de US\$ 2,580.00.

Que, es en este momento de la evaluación que, con base a la información brindada por la Gerencia de Administración, con Memorandos N° 0218-2022-GA-OSITRAN y N° 01203-2022-GA-OSITRAN y correo electrónico de fecha 29/12/2022, respecto de los pagos efectuados por Retribución al Estado del I al IV Trimestres del 2020 por LAP, la GSF observa que LAP, luego de imputar el pago comunicado por la Gerencia de Administración y aplicar el pago en exceso, si bien LAP realizó el pago de la Retribución al Estado dentro del mes de octubre de 2022, este no fue por el importe total adeudado, resultando a dicha fecha una deuda pendiente de pago por Retribución al Estado por dicho trimestre de US\$ 2,580.00;



Que, este pago incompleto como consecuencia de la aplicación no debida de los pagos en excesos de ejercicios anteriores es lo que ha sido materia de objeción por parte de la GSF y materia de impugnación por parte de LAP;

Que, ello también ha sido reconocido por la Gerencia General y la Gerencia de Asesoría Jurídica cuando, en el Informe 00029-2023-GAJ-OSITRAN, se detalla los temas sobre los cuales versaba la impugnación presentada por LAP; ninguno de los cuales estaba referido a objeciones a los ingresos consignados por el Concesionario para el cómputo de sus ingresos brutos, conforme se puede advertir de la siguiente cita textual:

“31. Cabe precisar que la impugnación de dichas objeciones incluían supuestos tales como:

- i) Que la GSF observara que no se había pagado el total de la retribución respectiva,*
- ii) Que la GSF observara que se había realizado el pago total de la Retribución pero fuera del plazo previsto; y/o,*
- iii) Que la GSF exigiera al concesionario el pago de una compensación por no realizar el pago de la retribución al Estado oportunamente, como ocurrió en el presente caso.”*

Que, no obstante, el procedimiento para impugnar dichas materias no está regulado expresamente en el numeral 1.26 del Contrato de Concesión por lo que el plazo previsto en dicha cláusula no le resulta aplicable;

Que, por consiguiente, en primer lugar, la GSF no realizó objeción alguna a los ingresos consignados por el Concesionario para el cómputo de sus ingresos brutos. En segundo lugar y como consecuencia de ello, LAP no ha cuestionado dichas inexistentes objeciones. Lo que ha cuestionado LAP en su impugnación es la declaración de la GSF prevista en el párrafo 59 del Informe que hace referencia al incumplimiento del pago de la Retribución diferida de IV Trimestre 2020. En ese sentido, LAP concretamente solicita que la GSF precise que no se ha cometido un incumplimiento en los términos del Acta de Acuerdos;

Que, teniendo en cuenta lo expuesto se puede advertir que, en el presente caso, se ha declarado improcedente el recurso interpuesto por LAP en aplicación de la cláusula 1.26 del Contrato de Concesión que regula específicamente un plazo perentorio de 3 días para impugnar las objeciones que realice el OSITRAN a los ingresos consignados por el concesionario para el cómputo de los ingresos brutos;

Que, el procedimiento para impugnar las materias cuestionadas en el recurso de LAP no está regulado expresamente en el numeral 1.26 del Contrato de Concesión por lo que el plazo previsto en dicha cláusula no le resulta aplicable;

Que, en principio, en diversos contratos de concesión, una de las obligaciones asumidas por los concesionarios es el pago de una Retribución al Estado por el derecho de explotar la concesión. Esta obligación de carácter contractual es una cuyo cumplimiento debe ser supervisado por este Regulador, conforme a lo establecido en los contratos de concesión y, de manera supletoria, por la normativa aplicable;

Que, el Ositrán, al supervisar una obligación contractual ejerce una función que le ha sido asignada a los 4 reguladores peruanos en el artículo 3, numeral 3.1 de la Ley 27332, Ley Marco de Organismo Reguladores, conforme se puede apreciar del texto de la norma que a continuación se cita:



“Artículo 3.- Funciones

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

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

Que, en efecto, el regulador, ejerce función supervisora respecto a la verificación del cumplimiento de obligaciones contractuales de las empresas concesionarias bajo su ámbito de acción; obligaciones contractuales como lo es el pago de una Retribución al Estado;

Que, cabe resaltar que los Contratos de Concesión de Infraestructuras, al caracterizarse por ostentar contenidos extensos y de larga duración, son pasibles de no prever todas las circunstancias que puedan ocurrir, ni todos los significados que puedan otorgarse a sus términos. No obstante, ello no implica que se pueda aplicar el procedimiento y, en específico, el plazo de 3 días pactados por las partes a todo el procedimiento de supervisión del pago de retribución;

Que, en el caso del Contrato de Concesión de LAP, se evidencia que, ni en sus estipulaciones contractuales, ni en la Directiva de Penalidades, se ha determinado el plazo específico que tiene el Concesionario para impugnar aspectos como los planteados por LAP en su denominado “recurso de reconsideración”. Sin embargo, ello no puede implicar que pueda aplicarse el plazo previsto en la cláusula 1.26 del Contrato de Concesión a cualquier cuestionamiento e impugnación respecto a la Retribución al Estado;

Que, la Gerencia General, sin entrar a analizar sobre qué versaba el recurso interpuesto por LAP y si encajaba en lo previsto en la cláusula 1.26 del Contrato de Concesión, aplica el procedimiento previsto en dicha cláusula para tramitar el recurso que le correspondía evaluar. Es en base a ello que concluye que el plazo de 3 días útiles con el supuestamente contaba LAP para presentar su recurso venció el 05 de enero de 2023;

Que, dicha afirmación no es exacta pues el texto de la citada cláusula no establece el procedimiento para apelar cualquier objeción de la GSF, sino que, como se han indicado previamente, la cláusula regula expresamente el procedimiento para impugnar objeciones vinculadas a los ingresos declarados por el concesionario.

Que, esta Presidencia considera en la medida que ni el Contrato de Concesión de LAP ni en sus estipulaciones contractuales, ni en la Directiva de Penalidades, se ha determinado el plazo específico que tiene el Concesionario para impugnar los aspectos impugnados por LAP se debe recurrir a las normas del ordenamiento jurídico administrativo general en base a la Directiva de Penalidades, en concreto, para que resulte aplicable el artículo 218 del TUO de la LPAG, norma que regula el plazo máximo de quince (15) días hábiles para impugnar un acto administrativo, como lo es el oficio impugnado;

Que, en efecto, la GSF como la Gerencia General en el presente procedimiento ejercen la función supervisora de Ositrán y, por ende, una función pública a la que le resulta aplicable las reglas previstas en el TUO de la LPAG, conforme lo establece el Artículo I de la citada norma:



“TUO de la LPAG

Artículo I. Ámbito de aplicación de la ley

La presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública.

Para los fines de la presente Ley, se entenderá por “entidad” o “entidades” de la Administración Pública:

- 1. El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos;*
- 2. El Poder Legislativo;*
- 3. El Poder Judicial;*
- 4. Los Gobiernos Regionales;*
- 5. Los Gobiernos Locales;*
- 6. Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía.*
- 7. Las demás entidades, organismos, proyectos especiales, y programas estatales, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto, se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen; y,*
- 8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia. Los procedimientos que tramitan las personas jurídicas mencionadas en el párrafo anterior se rigen por lo dispuesto en la presente Ley, en lo que fuera aplicable de acuerdo a su naturaleza privada.”*

Que, el artículo 144 del TUO de la LPAG considera a la notificación como un condicionante para el inicio del cómputo de los plazos y, específicamente, indica que este empezará a computarse a partir del día siguiente de realizada la notificación;

Que, conforme obra en el expediente, con fecha 02 de enero de 2023, la GSF notificó al Concesionario el Oficio N°12342-2022-GSF-OSITRAN e Informe N°02464-2022-JCA-GSF-OSITRAN y el Concesionario presentó su impugnación el día 10 de enero de 2021, esto es, dentro del plazo previsto en el artículo 218 del TUO de la LPAG, norma que regula el plazo máximo de quince (15) días hábiles para impugnar un acto administrativo.

Que, en virtud a ello, el recurso interpuesto por LAP resultaba procedente, en cuanto al plazo para impugnar, por estar dentro del plazo legalmente previsto y, por tanto, dicho aspecto no era impedimento legal dar trámite al dicho recurso;

Que, de acuerdo con los considerandos anteriores, se aprecia que el recurso interpuesto por LAP fue interpuesto dentro del plazo de los 15 días hábiles previsto en el TUO de la LPAG, computándose a partir del Día Hábil siguiente al que se realizó la notificación; por lo que la Gerencia General, al declarar la improcedencia del recurso incumplió el procedimiento administrativo previsto para la generación del acto administrativo, incurriendo así en el defecto de uno de los requisitos de validez del mismo (numeral 5 del Artículo 3º del TUO de la LPAG) y, por ende, en el supuesto previsto en el numeral 2 del Artículo 10º del TUO de la LPAG que indica que resulta vicio del acto administrativo que causan su nulidad “el defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez (...)”;

Que, asimismo, como consecuencia de haberse incurrido en la causal de nulidad a que se hace referencia en el párrafo anterior, se advierte que se han lesionado derechos fundamentales, en particular, el derecho de defensa como una garantía procesal que se encuentra íntimamente ligado con la noción de debido procedimiento que contiene a su vez el derecho a impugnar decisiones administrativas;



Que, en efecto, en los hechos, no se permitió al administrado emplear los recursos impugnativos previstos para el procedimiento administrativo y se generaron las siguientes situaciones para el administrado:

- Desde la interposición de su recurso, LAP no tuvo conocimiento ni tuvo posibilidad de cuestionar que se haya aplicado la cláusula 1.26 del Contrato de Concesión para tramitar el recurso interpuesto, hasta que se notifica la decisión final de la Gerencia General.
- Desde la interposición de su recurso, LAP no tuvo conocimiento de que el mismo estaba siendo analizado por la Gerencia General y no por GSF, ni pudo cuestionar ello.
- Desde la interposición de su recurso, LAP no tuvo conocimiento ni tuvo posibilidad de cuestionar que su recurso había sido reconducido como uno de apelación hasta que se notifica la decisión final de la Gerencia General.
- Desde la interposición de su recurso, no se le respondió a su pedido de informe oral hasta que se notifica la decisión final de la Gerencia General.
- LAP se entera de la improcedencia de su recurso sin posibilidad de cuestionamiento en sede administrativa.

Que, en ese sentido se cumple el requisito previsto en el numeral 213.1 del artículo 213° del citado TUO de la LPAG que establece que, en cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10° de dicha norma, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, **siempre que agraven el interés público o lesionen derechos fundamentales**

Que, esta Presidencia considera que se debe reconducir el procedimiento seguido en el presente caso, única y exclusivamente, para garantizar el derecho de defensa, de petición y la facultad de contradecir actos administrativos del Concesionario, y que el Concesionario pueda obtener un pronunciamiento respecto del fondo de su pretensión; de tal manera que el transcurso del plazo no restrinja su facultad de impugnar y no se afecte el debido procedimiento administrativo en el ejercicio de la potestad de OSITRAN y la posibilidad de contradecirlas;

Que, además es necesario que la Gerencia General reconduzca el procedimiento, considerando que fue interpuesto dentro del plazo, con la finalidad de que el Concesionario obtenga un pronunciamiento respecto del fondo del recurso interpuesto el 10 de enero de 2023 en el que cuestiona que se haya imputado un incumplimiento por pago extemporáneo

Que, en ese sentido, corresponde declarar la nulidad de oficio del Oficio N°00054-2023-GG-OSITRAN y del Informe 00029-2023-GAJ-OSITRAN que es parte integrante del primero, ambos de fecha 20 de febrero de 2023; debiendo la Gerencia General reconducir el procedimiento recursivo planteado por LAP, y disponer lo que corresponda para que se emita pronunciamiento respecto del fondo del recurso interpuesto por el Concesionario;

4.2 Sobre la posibilidad de pronunciamiento sobre el fondo

Que, no corresponde emitir pronunciamiento sobre el fondo por parte de esta instancia al no contar con los elementos suficientes pues estos deben ser evaluados al analizar el recurso planteado y que fue declarado improcedente.

Que, finalmente, cabe señalar de la revisión de la complejidad del presente procedimiento, no se advierte que la Gerencia General haya incurrido en una ilegalidad manifiesta que conlleve responsabilidad administrativa; por lo que corresponde tan solo disponer la nulidad de oficio, de conformidad con lo previsto en el numeral 3 del artículo 11 del TUO de la LPAG;



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

Que, mediante derivación del Sistema de Gestión Documentaria (SGD), de fecha 5 de mayo de 2023, se remitió el proyecto de acto resolutivo a la Presidencia, en atención a lo sustentado en el Informe N°0007-2023-PD-OSITRAN;

Que, luego de revisar el Informe N°007-2023-PD-2023-PD-OSITRAN, esta Presidencia manifiesta su conformidad con los fundamentos y conclusiones del mismo, razón por la cual lo hace suyo y lo constituye como parte integrante de la presente resolución, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 6.2 del artículo 6 del TUO de la LPAG;

Por lo expuesto, en virtud a las facultades conferidas en el numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, el Reglamento General del Ositrán, aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, el Reglamento de Organización y Funciones del Ositrán, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM y su modificatoria; y lo dispuesto por el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS;

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar la nulidad de oficio del acto administrativo contenido en el Oficio N°00054-2023-GG-OSITRAN y el Informe 00029-2023-GAJ-OSITRAN; en base a lo expuesto en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo Segundo.- Disponer que la Gerencia General disponga lo que corresponda a fin de que se admita el recurso interpuesto por Lima Airport Partners S.R.L. y se emita pronunciamiento respecto del fondo.

Artículo Tercero.- Notificar a la empresa Lima Airport Partners S.R.L. la presente resolución así como el Informe N°0007-2023-PD-OSITRAN.

Artículo Cuarto.- Disponer la publicación de la presente Resolución en la página web institucional (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.

Firmada por:

VERÓNICA ZAMBRANO COPELLO
Presidente del Consejo Directivo
Presidencia Ejecutiva

Visada por:

GLORIA CADILLO ÁNGELES
Asesora en Dirección Estratégica
Presidencia Ejecutiva

NT. 2023050975

Documento electrónico firmado digitalmente en el marco de la Ley N°27269, Ley de Firmas y Certificados Digitales, su Reglamento y modificatorias. La integridad del documento y la autoría de la(s) firma(s) pueden ser verificadas en: <https://apps.firmaperu.gob.pe/web/validador.xhtml>

INFORME N°0007-2023-PD-OSITRAN

Para : **VERÓNICA ZAMBRANO COPELLO**
Presidente del Consejo Directivo

Asunto : Evaluación de la Nulidad del Oficio N° 00054-2023-GG-OSITRAN emitido por la Gerencia General de OSITRAN, con relación al Contrato de Concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez.

Referencias : a) Escrito S/N del 8 de marzo de 2023
b) Oficio N° 00054-2023-GG-OSITRAN
c) Informe N° 029-2023-GAJ-OSITRAN

Fecha : 05 de mayo de 2023

 Firmado por:
CADILLO ANGELES
Gloria Zola FAU
20420249845 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 05/05/2023
18:17:01 -0500

I. OBJETO

El presente informe tiene como objeto evaluar si el Oficio N° 00054-2023-GG-OSITRAN emitido por la Gerencia General de OSITRAN, así como el Informe N° 029-2023-GAJ-OSITRAN que forma parte del mismo, se encuentran incursos en un supuesto de nulidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 213 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, (“TUO de la LPAG”).

II. ANTECEDENTES

- 2.1 Con fecha 14 de febrero del 2001, el Estado de la República del Perú, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, Concedente o MTC) y la empresa concesionaria Lima Airport Partners S.R.L. (en adelante, Concesionario o LAP), suscribieron el Contrato de Concesión para la Construcción, Mejora, Conservación y Explotación del Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez” (en adelante, Contrato de Concesión o Contrato).
- 2.2 Con fecha 05 de febrero de 2021, el MTC y LAP (en adelante, las Partes) suscribieron el “Acta de acuerdos de apoyo del Concedente por el evento de fuerza mayor” (en adelante, Acta de Acuerdos), en el marco de la cláusula 13.3 del Contrato.
- 2.3 El evento de fuerza mayor estuvo constituido por la pandemia del COVID-19, a causa de la cual, en marzo del año 2020, el Estado Peruano declaró el Estado de Emergencia Nacional estableciendo el aislamiento social obligatorio y entre otras medidas, la paralización de las operaciones en el aeropuerto internacional Jorge Chávez durante los meses siguientes.
- 2.4 Con la finalidad de garantizar la continuidad de la prestación de los servicios públicos de transporte aéreo en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, en el Acta de Acuerdos, se acordó diferir la oportunidad de pago de 10 trimestres de la Retribución al Estado, del Primer Trimestre de 2020 hasta el Segundo Trimestre de 2022.
- 2.5 De acuerdo con la referida Acta de Acuerdos, el pago de la Retribución al Estado correspondiente al Cuarto Trimestre de 2020 específicamente vencía el último día útil del mes de octubre de 2022; esto es, el 28 de octubre de 2022
- 2.6 Mediante la Carta N° C-LAP-GCF-2022-0676, presentada el 24 de octubre de 2022, el Concesionario acreditó el pago de USD 9,494,785, correspondiente a la Retribución al Estado del Cuarto Trimestre de 2020.

- 2.7 A través de la Carta N° C-LAP-GCF-2022-0812, presentada el 12 de diciembre de 2022, el Concesionario informó del pago de USD 2,580, también correspondiente a la Retribución al Estado del Cuarto Trimestre de 2020.
- 2.8 Con fecha 02 de enero de 2023, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (en adelante, GSF) notificó al Concesionario el Oficio N° 12342-2022-GSF-OSITRAN e Informe N° 02464-2022-JCA-GSF-OSITRAN, comunicando lo siguiente:
- “– Realizada la supervisión anual a la determinación de la Retribución al Estado del año 2020 por un monto de USD 55,975,684, la concesionaria no tenía deuda pendiente de pago por Retribución al Estado.*
- No obstante ello, la concesionaria debía de efectuar el pago de la compensación de USD 442.03, al haber incumplido con el pago oportuno de la Retribución al Estado del Cuarto Trimestre de 2020.”*
- 2.9 En el Informe N° 02464-2022-JCA-GSF-OSITRAN citado en el párrafo anterior se indica lo siguiente:
- “71 Según lo informado por la Gerencia de Administración, LAP no pagó el monto total por Retribución al Estado del IV Trimestre-2020 conforme al plazo previsto en el Anexo N°1 del acta antes citada, **por lo que debe aplicarse lo dispuesto por el numeral 7.2 del Acta de Acuerdos, que establece que el incumplimiento en el pago de la Retribución al Estado** obliga al concesionario al pago de una compensación al Concedente como reconocimiento al costo de oportunidad la cual debe ser depositado en la Cuenta Recaudadora del Fideicomiso en calidad de aporte adicional.*
- 72. Por tanto, y toda vez que la GA no informó que LAP haya pagado el monto de la compensación, el Concesionario debe efectuar el pago de la compensación indicada en el numeral 7.2 del Acta de Acuerdos por el pago retrasado de la Retribución al Estado del IV Trimestre-2020, debidamente actualizado.”*
- 2.10 Con fecha 10 de enero de 2023, el Concesionario presentó el escrito denominado “recurso de reconsideración” contra el Oficio N° 12342-2022-GSF-OSITRAN e Informe N° 02464-2022-JCA-GSF-OSITRAN; solicitando que se precisaran los párrafos 59 y siguientes del referido informe, determinando que no se había configurado un incumplimiento del pago de la Retribución; y como consecuencia de ello, tampoco se habría configurado un incumplimiento en los términos previstos en el Acta de Acuerdo.
- 2.11 A través del Memorando N° 00084-2023-GSF-OSITRAN del 17 de enero de 2023, la GSF elevó a la Gerencia General la impugnación del 10 de enero de 2023 presentada por el Concesionario contra el Oficio N° 12342-2022-GSF-OSITRAN e Informe N° 02464-2022-JCA-GSF-OSITRAN, enmarcándola en la cláusula 1.26 del Contrato de Concesión. Mediante Proveído de la misma fecha, la Gerencia General remitió la impugnación a la Gerencia de Asesoría Jurídica (GAJ) para la opinión correspondiente.
- 2.12 Mediante Escrito S/N de fecha 25 de enero de 2023, el Concesionario presentó argumentos complementarios a su escrito presentado el 10 de enero de 2023.
- 2.13 Mediante Oficio 00054-2023-GG-OSITRAN de fecha 20 de febrero de 2023, y el Informe 00029-2023-GAJ-OSITRAN de fecha 20 de febrero de 2023, la Gerencia General de OSITRAN decidió (i) encauzar un recurso de reconsideración interpuesto por LAP como uno de apelación y (ii) declarar que dicha apelación resultaba improcedente por haberse presentado fuera de plazo.
- 2.14 Mediante Carta MP - S/N del 8 de marzo de 2023, en virtud de lo establecido en el artículo 213° del TUO de la LPAG, LAP presentó un pedido de NULIDAD DE OFICIO respecto a los siguientes actos administrativos emitidos por la Gerencia General del OSITRAN: a) El Oficio 00054-2023-GG-OSITRAN de fecha 20 de febrero de 2023, y b) el Informe 00029-2023-GAJ-OSITRAN de fecha 20 de febrero de 2023.

III. MARCO CONTRACTUAL

- 3.1 El Concesionario está obligado a pagar la Retribución al Estado a Ositran, quien a su vez se la entregará a la entidad del Estado que el Concedente determine, conforme lo establece la cláusula 4.1 del Contrato de Concesión:

“CLÁUSULA 4

CONDICIONES DE PAGO DE LA CONCESION

Página 3 de 8

4.1. **Retribución.** **El Concesionario pagará la Retribución a OSITRAN**, quien a su vez la entregará a la entidad del Estado que el Concedente determine, de conformidad con las Leyes Aplicables.

La Retribución será pagadera trimestralmente a más tardar el último Día Útil del mes inmediato siguiente, comenzando después del final del primer trimestre del primer Año de Concesión y terminando el último Día Útil del mes inmediatamente siguiente al final del último Año de Concesión o las prórrogas de la Concesión.”

[Énfasis y subrayado agregado]

- 3.2 Dicha obligación contractual a cargo de LAP es supervisada por OSITRAN, para lo cual puede revisar y objetar los ingresos consignados por el Concesionario, conforme lo establece la cláusula 1.26 del Contrato:

“1.26. "Ingresos Brutos" (...)

OSITRAN podrá revisar y objetar los ingresos consignados por el Concesionario para el cómputo de los Ingresos Brutos, dentro de un plazo de dos (2) años, posteriores al 31 de diciembre del año al que corresponda el período **por el cual se efectúe cada oportunidad de pago de la Retribución**, o en la auditoría del OSITRAN que cubra el período al que dicha oportunidad de pago de la retribución corresponda, lo que ocurra primero; no siendo aplicable para este caso lo dispuesto en la Cláusula 19.2 del presente contrato. (...)”

[Énfasis y subrayado agregado]

- 3.3 A través del Acta de Acuerdos, las Partes acordaron diferir el cumplimiento de la obligación de pago de la Retribución conforme al Cronograma previsto en el Anexo N° 1 de dicha Acta:

“CLÁUSULA TERCERA: OBJETO

El presente acuerdo tiene como objeto cumplir con la obligación contractual del CONCEDENTE establecida en la Cláusula 13.3 del CONTRATO DE CONCESIÓN frente al CONCESIONARIO, respecto al apoyo como consecuencia del Evento de Fuerza Mayor, que le permita al CONCESIONARIO garantizar la continuidad de la prestación de los servicios públicos de transporte aéreo en el Aeropuerto Internacional Jorge Chavez y el cumplimiento de la puesta en operación de la segunda pista de aterrizaje y del nuevo terminal, sin perjuicio de los derechos y obligaciones del CONCESIONARIO previstos en el CONTRATO DE CONCESIÓN.”

“CLÁUSULA CUARTA: TÉRMINOS DEL ACUERDO

Las PARTES acuerdan diferir temporalmente el cumplimiento de la obligación de la oportunidad de pago de la Retribución al Estado, prevista en la Cláusula 4.1 del CONTRATO DE CONCESIÓN, que corresponden desde el primer trimestre de 2020 hasta el segundo trimestre de 2022, según el cronograma del Anexo N° 01 de la Cláusula Décimo Tercera de la Presente Acta.”

IV. ANÁLISIS

- 4.1 De la revisión de la Carta MP - S/N del 8 de marzo de 2023 del Concesionario se advierte que este no califica como un recurso administrativo, pues la vía administrativa ya se agotó. No obstante, en consideración a lo encargado por la Presidencia del Consejo Directivo y lo expuesto en dicho documento se procede a hacer la revisión del pronunciamiento de la Gerencia General pues podrían haberse afectado derechos del administrado.

- 4.2 De conformidad con el artículo 213 de la LPAG, en cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10 de dicha ley puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público o lesionen derechos fundamentales.
- 4.3 Por consiguiente, para que la OSITRAN revise de oficio la validez de sus propios actos administrativos no basta con que el acto evaluado (i) contravenga la Constitución, las leyes o las normas reglamentarias; (ii) presente un defecto u omisión de alguno o algunos de sus requisitos de validez; (iii) sea acto expreso o resulten de una aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquieren derechos o facultades contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumple con los requisitos, documentos o trámites esenciales para su adquisición; o (iv) sea constitutivo de infracción penal o se hayan dictado como consecuencia de la misma. Adicionalmente a ello, cuando se va a revisar de oficio la validez de un acto administrativo, es necesario verificar que haya un agravio concreto y real al interés público o una lesión a algún derecho fundamental.
- 4.4 En el presente caso sí corresponde que se analice la validez del Oficio 00054-2023-GG-OSITRAN y del Informe 00029-2023-GAJ-OSITRAN que forma parte del citado oficio, para lo cual, es preciso revisar el procedimiento seguido para su emisión.
- 4.5 Ahora bien, en respeto del principio de legalidad que rige los actos de la Administración Pública, la facultad para declarar la nulidad de oficio de un acto administrativo se encuentra sometida a reglas, previstas en el artículo 213° del TULO de la LPAG, que deben ser respetadas por la Administración Pública en el ejercicio de dicha facultad, las cuales se detallan a continuación:
- a) **Competencia:** es ejercida por el funcionario superior jerárquico al que emitió el acto a invalidar o en caso de no estar sometida a subordinación, por el mismo órgano emisor.
 - b) **Plazo:** dos (2) años, contados a partir de la fecha en que el acto administrativo haya quedado consentido.
 - c) **Causal:** los actos administrativos que contengan vicios de nulidad contemplados en el artículo 10° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público o lesionen derechos fundamentales.
 - d) **Pronunciamiento sobre el fondo:** además de declararse la nulidad, en caso de contar con los elementos suficientes, se podrá emitir una decisión sobre el fondo del asunto.

A. ANALISIS DE FORMA

Competencia de la Presidencia del Consejo Directivo de OSITRAN

- 4.6 El numeral 1.1 del artículo IV del TULO de la LPAG *"Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la Ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas"*.
- 4.7 En virtud de ello, existe la obligación de que el actuar de las autoridades administrativas se ciña al marco de la Constitución, las leyes y en general del derecho; justificando su intervención o actuación en una norma previa que la justifique y establezca las facultades con las que cuenta para actuar en cada caso particular.
- 4.8 De acuerdo a la estructura organizacional del Ositrán, la Presidente del Consejo Directivo es la funcionaria jerárquicamente superior respecto de la Gerencia General; por lo que es la funcionaria competente de ejercer la facultad de declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos emitidos por la Gerencia General y, por ende, para evaluar la solicitud de nulidad de oficio presentada por el Concesionario contenida en la CARTA MP - S/N del 8 de marzo de 2023.

- 4.9 En ese sentido, en virtud de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 213° del TUO de la LPAG así como de lo establecido en el artículo 5 del Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN y de la revisión de los hechos materia de evaluación, se considera que la Presidencia del Consejo Directivo puede iniciar de oficio la revisión del Oficio 00054-2023-GG-OSITRAN emitido por la Gerencia General, así como del Informe 00029-2023-GAJ-OSITRAN que forma parte del citado oficio.
- 4.10 Ahora bien, considerando que el Oficio N° 00054-2023-GG-OSITRAN emitido por la Gerencia General no ha sido favorable para el administrado y que este ha presentado, a través de la Carta MP - S/N del 8 de marzo de 2023, argumentos en pro de la declaratoria de nulidad de oficio, no es necesario que la decisión de la revisión de oficio de dicho acto administrativo sea trasladado a LAPⁱ.

Plazo para declarar de oficio la nulidad del acto administrativo

- 4.11 Respecto al plazo con el que la Presidencia cuenta para declarar de oficio la nulidad, se debe indicar que el numeral 213.3 del artículo 213° del TUO de la LPAG establece que la facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe en el plazo de dos (2) años, contados a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos.
- 4.12 En ese sentido, teniendo en cuenta que el Oficio N° 00054-2022-GG-OSITRAN emitido por la Gerencia General fue notificado LAP el 3 enero de 2023 y que la decisión de la Gerencia General fue emitida el 20 de febrero de 2023; entonces, se advierte que no ha vencido el plazo de dos (2) años establecido en el numeral 213.3 del artículo 213° del TUO de la LPAG, para que la Presidencia pueda declarar, en caso corresponda, la nulidad de oficio del citado pronunciamiento.

B. ANÁLISIS DE FONDO

Respecto a la causal de la nulidad de oficio del acto administrativo

- 4.13 Ahora bien, habiéndose determinado la competencia legal y que el presente caso está dentro del plazo previsto en el TUO de la LPAG, corresponde evaluar si el Oficio N° 00054-2022-GG-OSITRAN contiene algún vicio que cause su nulidad de pleno derecho. Sobre el particular, el artículo 10° del TUO de la LPAG señala lo siguiente:

"Artículo 10.- Causales de nulidad Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. *La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.*
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.*
3. *Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.*
4. *Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de esta."*

- 4.14 Adicionalmente, el numeral 213.1 del artículo 213° del citado TUO establece que, en cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10° de dicha norma, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, **siempre que agraven el interés público o lesionen derechos fundamentales.**
- 4.15 De los Antecedentes se aprecia que la Gerencia General emitió el Oficio N° 00054-2023-GSF-OSITRAN, de fecha 20 de febrero de 2023 y forma parte de este el Informe 00029-2023-GAJ-OSITRAN de fecha 20 de febrero de 2023 emitido por la Gerencia de Asesoría Jurídica. Mediante el citado acto administrativo, la Gerencia General decidió:
- (i) Encauzar un recurso de reconsideración interpuesto por LAP como uno de apelación; y,

- (ii) Declarar que dicha apelación resultaba improcedente por haberse presentado fuera de plazo, de acuerdo a los supuestamente previsto en el Contrato de Concesión.

4.16 Teniendo en cuenta ello, se procede a evaluar la validez del acto administrativo emitido por la Gerencia General, en cuanto a si el recurso interpuesto por el Concesionario se interpuso de forma extemporánea.

4.17 A partir de la revisión de los documentos que obran en el expediente se verifica lo siguiente:

- Luego de seguir el correspondiente procedimiento de supervisión de la Retribución al Estado a cargo de LAP, mediante el Oficio N° 12342-2022-GSF-OSITRAN e Informe N° 02464-2022-JCA- GSF-OSITRAN, la GSF llegó a la conclusión que el Concesionario no tenía deuda pendiente de pago por Retribución al Estado del año 2020, y comunicó al concesionario que debía efectuar el pago de una compensación por incumplir con el pago oportuno de la Retribución al Estado del Cuarto Trimestre de 2020, de acuerdo con la cláusula 7.2 del Acta de Acuerdos.
- Mediante el Escrito S/N notificado el 10 de febrero de 2023, el Concesionario presentó un escrito denominado “recurso de reconsideración” contra el Oficio N° 12342-2022-GSF-OSITRAN e Informe N° 02464-2022-JCA-GSF-OSITRAN, **solicitando que dicha instancia revise su pronunciamiento y se precisaran los párrafos 59 y siguientes del referido informe, determinando que no se había configurado un incumplimiento del pago de la Retribución; esto es, un incumplimiento en los términos previstos en el Acta de Acuerdo.**
- La GSF, a través del Memorando N° 00084-2023-GSF-OSITRAN del 17 de enero de 2023, elevó a la Gerencia General la citada impugnación por considerar que el procedimiento para su atención estaba regulado en la cláusula 1.26 del Contrato de Concesión y que en la misma no se había previsto la posibilidad de interponer un recurso de reconsideración y, por tanto, debía ser encausado como un recurso de apelación. Dicha decisión no fue comunicada a LAP por ninguna de las dos instancias.

4.18 Luego de la elevación por parte de la GSF, se advierte que la Gerencia General también asumió que el procedimiento para atención de la impugnación de LAP estaba regulado en la cláusula 1.26 del Contrato de Concesión. En base a dicha premisa es que aplica la citada cláusula y ha declarado improcedente el recurso interpuesto por LAP. Al respecto, la cláusula 1.26 del Contrato de Concesión dispone lo siguiente:

“1.26. “Ingresos Brutos” (...)

OSITRAN podrá revisar y objetar los ingresos consignados por el Concesionario para el cómputo de los Ingresos Brutos, dentro de un plazo de dos (2) años, posteriores al 31 de diciembre del año al que corresponda el período por el cual se efectúe cada oportunidad de pago de la Retribución, o en la auditoría del OSITRAN que cubra el período al que dicha oportunidad de pago de la retribución corresponda, lo que ocurra primero; no siendo aplicable para este caso lo dispuesto en la Cláusula 19.2 del presente contrato.

El procedimiento para la impugnación, a estas objeciones por parte del Concesionario, será el siguiente:

En un plazo de tres (3) Días Útiles, siguientes a la recepción de las objeciones formuladas por la Gerencia de Supervisión de OSITRAN o la que lo sustituya, el Concesionario presentará su apelación ante dicho órgano, o si lo prefiere el Concesionario, podrá optar por presentar el informe de un perito experto en la materia, independiente y de reconocido prestigio internacional, el mismo que será seleccionado por el Concesionario de una lista proporcionada por OSITRAN. La selección del perito deberá ser comunicada al OSITRAN, en un plazo de diez (10) días calendario, siguientes a la recepción de las objeciones. (...)

[Énfasis y subrayado agregado]

- 4.19 Sin embargo, de la revisión del Oficio N° 00054-2023-GSF-OSITRAN y del Informe 00029-2023-GAJ-OSITRAN, se advierte que la Gerencia General ha aplicado el procedimiento previsto en la cláusula 1.26 del Contrato de Concesión sin realizar el análisis de lo que regula dicha cláusula y el contenido de la impugnación interpuesta por LAP. En virtud de ello, es necesario analizar la materia sobre la cual versaba el recurso interpuesto por LAP y concretamente si lo que estaba impugnando mediante su denominado “recurso de reconsideración” era una materia cuyo procedimiento de impugnación es el previsto en la citada cláusula.
- 4.20 Sobre el particular, la cláusula 1.26 del Contrato de Concesión establece un plazo de 3 días hábiles para que el Concesionario apele **los resultados de la revisión y objeción que realiza OSITRAN de los ingresos consignados por el Concesionario para el cómputo de los Ingresos Brutos.**
- 4.21 Para determinar si dicho procedimiento impugnatorio previsto en la cláusula 1.26 del Contrato de Concesión era el aplicable, resulta necesario identificar si el recurso interpuesto por LAP cuestionaba las objeciones realizadas por la GSF respecto a los ingresos que ella había consignado para el cómputo de los Ingresos Brutos.
- 4.22 De la revisión del recurso de reconsideración de LAP, se advierte que el mismo se presenta **al amparo del artículo 219 del TUO de la LPAG y solicitan que la GSF precise los párrafos 59 y siguientes del Informe N° 02464-2022-JCA- GSF-OSITRAN y se declare que no ha existido un incumplimiento de pago por parte de LAP en los términos del numeral 7.1 del Acta de Acuerdos.** Por lo tanto, **su recurso no cuestionaba los resultados de la revisión y objeción que realiza OSITRAN de los ingresos consignados para el cómputo de los Ingresos Brutos.**
- 4.23 Además, de la revisión del pronunciamiento de la GSF, se advierte que dicha instancia no realizó objeciones a los ingresos consignados por el Concesionario para el cómputo de los Ingresos Brutos.
- 4.24 En efecto, en base a lo declarado por LAP, los resultados informados por la Empresa Supervisora en su Tercer Entregable (Informe Final), lo señalado en el Informe de auditores externos contratados por LAP, lo previsto en el Contrato de Concesión y en el Reglamento de Retribución; la GSF mediante el Informe N° 02464-2022-JCA- GSF-OSITRAN verificó respecto de la Retribución al Estado del I al IV Trimestres de 2020 lo siguiente:
- i. la base de cálculo,
 - ii. la cuantía y
 - iii. el importe pagado por el Concesionario
- 4.25 Los ingresos consignados por LAP para el cómputo de los ingresos brutos correspondientes al I Trimestre-2020 al IV Trimestre-2020 se da en las declaraciones juradas presentadas por la concesionaria y que luego son verificadas por los auditores externos contratados por ella y posteriormente supervisados por OSITRAN.
- 4.26 Como se puede advertir de la revisión del Informe N° 02464-2022-JCA- GSF-OSITRAN, en la sección c. de este que se titula “Verificación de la base de cálculo de la Retribución del Estado” (numerales 32 al 35), la GSF llega a la conclusión que no se deben realizar objeciones a los ingresos consignados por LAP pues no encontraron diferencias entre la base de cálculo consignada en las correspondientes declaraciones juradas, las auditadas y las supervisadas.
- 4.27 En efecto, la base de cálculo determinada por el auditor externo coincide con los importes que constan en las declaraciones juradas del I al IV Trimestres del 2020 presentadas por el Concesionario.

- 4.28 Además, en atención a los resultados a la supervisión anual informados por la Empresa Supervisora por el I Trimestre-2020 al IV Trimestre-2020, establecida en base a los ingresos trimestrales obtenidos, esto es, a los que tiene derecho a percibir con arreglo al Contrato de Concesión, no se formuló objeción alguna en los documentos revisados.
- 4.29 En ese sentido, como se dijo previamente, los ingresos consignados por LAP para el cómputo de los Ingresos Brutos no han sido materia de objeción por parte de la GSF de OSITRAN en los documentos impugnados. Por consiguiente, tampoco han sido materia de impugnación de parte de LAP.
- 4.30 Ahora bien, luego de haberse determinado por parte de la GSF la Retribución al Estado y, por ende, luego de haberse supervisado sin objeciones los ingresos para el cómputo de los brutos declarados por LAP, se procedió a verificar la aplicación de los pagos en exceso de ejercicios anteriores (2018 y 2019) que tenía registrados LAP y no aplicados previamente contra la Retribución al Estado ya determinada.
- 4.31 En efecto, ello se puede advertir del numeral 57 del del Informe N° 02464-2022-JCA- GSF- OSITRAN

Retribución al Estado del IV Trimestre-2020

57. De la tabla anterior se observa que LAP, luego de imputar el pago comunicado por la Gerencia de Administración y aplicar el pago en exceso, tiene una deuda pendiente de US\$ 2,580.00.
- 4.32 Es en este momento de la evaluación que, con base a la información brindada por la Gerencia de Administración, con Memorandos N° 0218-2022-GA-OSITRAN y N° 01203-2022-GA-OSITRAN y correo electrónico de fecha 29/12/2022, respecto de los pagos efectuados por Retribución al Estado del I al IV Trimestres del 2020 por LAP, la GSF observa que LAP, luego de imputar el pago comunicado por la Gerencia de Administración y aplicar el pago en exceso, si bien LAP realizó el pago de la Retribución al Estado dentro del mes de octubre de 2022, este no fue por el importe total adeudado, resultando a dicha fecha una deuda pendiente de pago por Retribución al Estado por dicho trimestre de US\$ 2,580.00.
- 4.33 Este pago incompleto como consecuencia de la aplicación no debida de los pagos en excesos de ejercicios anteriores es lo que ha sido materia de objeción por parte de la GSF y materia de impugnación por parte de LAP.
- 4.34 Ello también ha sido reconocido por la Gerencia General y la Gerencia de Asesoría Jurídica cuando, en el Informe 00029-2023-GAJ-OSITRAN, se detalla los temas sobre los cuales versaba la impugnación presentada por LAP; ninguno de los cuales estaba referido a objeciones a los ingresos consignados por el Concesionario para el cómputo de sus ingresos brutos, conforme se puede advertir de la siguiente cita textual:
- “31. Cabe precisar que la impugnación de dichas objeciones incluían supuestos tales como:*
- i) Que la GSF observara que no se había pagado el total de la retribución respectiva,*
- ii) Que la GSF observara que se había realizado el pago total de la Retribución pero fuera del plazo previsto; y/o,*
- iii) Que la GSF exigiera al concesionario el pago de una compensación por no realizar el pago de la retribución al Estado oportunamente, como ocurrió en el presente caso.”*
- 4.35 No obstante, el procedimiento para impugnar dichas materias no está regulado expresamente en el numeral 1.26 del Contrato de Concesión por lo que el plazo previsto en dicha cláusula no le resulta aplicable.
- 4.36 Por consiguiente, en primer lugar, la GSF no realizó objeción alguna a los ingresos consignados por el Concesionario para el cómputo de sus ingresos brutos. En segundo lugar y como consecuencia de ello, LAP no ha cuestionado dichas inexistentes objeciones. Lo que ha cuestionado LAP en su impugnación es la declaración de la GSF prevista en el párrafo 59 del Informe que hace referencia al incumplimiento del pago de la Retribución diferida de IV Trimestre 2020. En ese sentido, LAP concretamente solicita que la GSF precise que no se ha cometido un incumplimiento en los términos del Acta de Acuerdos.

- 4.37 Teniendo en cuenta lo expuesto se puede advertir que, en el presente caso, se ha declarado improcedente el recurso interpuesto por LAP en aplicación de la cláusula 1.26 del Contrato de Concesión que regula específicamente un plazo perentorio de 3 días para impugnar las objeciones que realice el OSITRAN a los ingresos consignados por el concesionario para el cómputo de los ingresos brutos.
- 4.38 Sobre el particular, en diversos contratos de concesión, una de las obligaciones asumidas por los concesionarios es el pago de una Retribución al Estado por el derecho de explotar la concesión. Esta obligación de carácter contractual es una cuyo cumplimiento debe ser supervisado por este Regulador, conforme a lo establecido en los contratos de concesión y, de manera supletoria, por la normativa aplicable.
- 4.39 Cabe recordar que OSITRAN, al supervisar una obligación contractual ejerce una función que le ha sido asignada a los 4 reguladores peruanos en el artículo 3, numeral 3.1 de la Ley 27332, Ley Marco de Organismo Reguladores, conforme se puede apreciar del texto de la norma que a continuación se cita:

“Artículo 3.- Funciones 3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:

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

- 4.40 En efecto, el regulador, ejerce función supervisora respecto a la verificación del cumplimiento de obligaciones contractuales de las empresas concesionarias bajo su ámbito de acción; obligaciones contractuales como lo es el pago de una Retribución al Estado.
- 4.41 Cabe resaltar que los Contratos de Concesión de Infraestructuras, al caracterizarse por ostentar contenidos extensos y de larga duración, son pasibles de no prever todas las circunstancias que puedan ocurrir, ni todos los significados que puedan otorgarse a sus términos. No obstante, ello no implica que se pueda aplicar el procedimiento y, en específico, el plazo de 3 días pactados por las partes a todo el procedimiento de supervisión del pago de retribución.
- 4.42 En el caso del Contrato de Concesión de LAP, se evidencia que, ni en sus estipulaciones contractuales, ni en la Directiva de Penalidades, se ha determinado el plazo específico que tiene el Concesionario para impugnar aspectos como los planteados por LAP en su denominado “recurso de reconsideración”. Sin embargo, ello no puede implicar que pueda aplicarse el plazo previsto en la cláusula 1.26 del Contrato de Concesión a cualquier cuestionamiento e impugnación respecto a la Retribución al Estado.
- 4.43 La Gerencia General, sin entrar a analizar sobre qué versaba el recurso interpuesto por LAP y si encajaba en lo previsto en la cláusula 1.26 del Contrato de Concesión, aplica el procedimiento previsto en dicha cláusula para tramitar el recurso que le correspondía evaluar. Es en base a ello que concluye que el plazo de 3 días útiles con el supuestamente contaba LAP para presentar su recurso venció el 05 de enero de 2023.
- 4.44 Dicha afirmación no es exacta pues el texto de la citada cláusula no establece el procedimiento para apelar cualquier objeción de la GSF, sino que, como se han indicado previamente, la cláusula regula expresamente el procedimiento para impugnar objeciones vinculadas a los ingresos declarados por el concesionario.
- 4.45 Ahora bien, en la medida que ni el Contrato de Concesión de LAP ni en sus estipulaciones contractuales, ni en la Directiva de Penalidades, se ha determinado el plazo específico que tiene el Concesionario para impugnar los aspectos impugnados por LAP se debe recurrir a las normas del ordenamiento jurídico administrativo general en base a la Directiva de Penalidades, en concreto, para que resulte aplicable el artículo 218 del TUO de la LPAG, norma que regula el plazo máximo de quince (15) días hábiles para impugnar un acto administrativo, como lo es el oficio impugnado;

- 4.46 En efecto, la GSF como la Gerencia General en el presente procedimiento ejercen la función supervisora de OSITRAN y, por ende, una función pública a la que le resulta aplicable las reglas previstas en el TUO de la LPAG, conforme lo establece el Artículo I de la citada norma:

“TUO de la LPAG

Artículo I. Ámbito de aplicación de la ley

La presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública. Para los fines de la presente Ley, se entenderá por “entidad” o “entidades” de la Administración Pública:

- 1. El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos;*
- 2. El Poder Legislativo;*
- 3. El Poder Judicial;*
- 4. Los Gobiernos Regionales;*
- 5. Los Gobiernos Locales;*
- 6. Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía.*
- 7. Las demás entidades, organismos, proyectos especiales, y programas estatales, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto, se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen; y,*
- 8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia. Los procedimientos que tramitan las personas jurídicas mencionadas en el párrafo anterior se rigen por lo dispuesto en la presente Ley, en lo que fuera aplicable de acuerdo a su naturaleza privada.”*

- 4.47 El artículo 144 del TUO de la LPAG considera a la notificación como un condicionante para el inicio del cómputo de los plazos y, específicamente, indica que este empezará a computarse a partir del día siguiente de realizada la notificación;
- 4.48 Conforme obra en el expediente, con fecha 02 de enero de 2023, la GSF notificó al Concesionario el Oficio N° 12342-2022-GSF-OSITRAN e Informe N° 02464-2022-JCAGSF-OSITRAN y el Concesionario presentó su impugnación el día 10 de enero de 2021, esto es, dentro del plazo previsto en el artículo 218 del TUO de la LPAG, norma que regula el plazo máximo de quince (15) días hábiles para impugnar un acto administrativo.
- 4.49 En virtud de ello, el recurso interpuesto por LAP resultaba procedente, en cuanto al plazo para impugnar, por estar dentro del plazo legalmente previsto y, por tanto, dicho aspecto no era impedimento legal dar trámite al dicho recurso.
- 4.50 De acuerdo con los considerandos anteriores, se aprecia que el recurso interpuesto por LAP fue interpuesto dentro del plazo de los 15 días hábiles previsto en el TUO de la LPAG, computándose a partir del Día Hábil siguiente al que se realizó la notificación; por lo que la Gerencia General, al declarar la improcedencia del recurso incumplió el procedimiento administrativo previsto para la generación del acto administrativo, incurriendo así en el defecto de uno de los requisitos de validez del mismo (numeral 5 del Artículo 3° del TUO de la LPAG) y, por ende, en el supuesto previsto en el numeral 2 del Artículo 10° del TUO de la LPAG que indica que resulta vicio del acto administrativo que causan su nulidad “el defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez (...)”.
- 4.51 Asimismo, como consecuencia de haberse incurrido en la causal de nulidad a que se hace referencia en el párrafo anterior, se advierte que se han lesionado derechos fundamentales, en particular, el derecho de defensa como una garantía procesal que se encuentra íntimamente ligado con la noción de debido procedimiento que contiene a su vez el derecho a impugnar decisiones administrativas. En efecto, en los hechos, no se permitió al administrado emplear los recursos impugnativos previstos para el procedimiento administrativo y se generaron las siguientes situaciones para el administrado:
- Desde la interposición de su recurso, LAP no tuvo conocimiento ni tuvo posibilidad de cuestionar que se haya aplicado la cláusula 1.26 del Contrato de Concesión para tramitar el recurso interpuesto, hasta que se notifica la decisión final de la Gerencia General.

- Desde la interposición de su recurso, LAP no tuvo conocimiento de que el mismo estaba siendo analizado por la Gerencia General y no por GSF, ni pudo cuestionar ello.
 - Desde la interposición de su recurso, LAP no tuvo conocimiento ni tuvo posibilidad de cuestionar que su recurso había sido reconducido como uno de apelación hasta que se notifica la decisión final de la Gerencia General.
 - Desde la interposición de su recurso, no se le respondió a su pedido de informe oral hasta que se notifica la decisión final de la Gerencia General.
 - LAP se entera de la improcedencia de su recurso sin posibilidad de cuestionamiento en sede administrativa.
- 4.52 En ese sentido, se cumple el requisito previsto en el numeral 213.1 del artículo 213° del citado TUE de la LPAG que establece que, en cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10° de dicha norma, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, **siempre que agraven el interés público o lesionen derechos fundamentales**
- 4.53 Se considera que se debe reconducir el procedimiento seguido en el presente caso, única y exclusivamente, para garantizar el derecho de defensa, de petición y la facultad de contradecir actos administrativos del Concesionario, y que el Concesionario pueda obtener un pronunciamiento respecto del fondo de su pretensión; de tal manera que el transcurso del plazo no restrinja su facultad de impugnar y no se afecte el debido procedimiento administrativo en el ejercicio de la potestad de OSITRAN y la posibilidad de contradecirlas.
- 4.54 Es además necesario que la Gerencia General reconduzca el procedimiento, considerando que fue interpuesto dentro del plazo, con la finalidad de que el Concesionario obtenga un pronunciamiento respecto del fondo del recurso interpuesto el 10 de enero de 2023 en el que cuestiona que se haya imputado un incumplimiento por pago extemporáneo.
- 4.55 En ese sentido, corresponde que declarar la nulidad de oficio del Oficio N° 00054-2023-GG-OSITRAN y del el Informe 00029-2023-GAJ-OSITRAN que es parte integrante del primero, ambos de fecha 20 de febrero de 2023; debiendo la Gerencia General reconducir el procedimiento recursivo planteado por LAP, y disponer lo que corresponda para que se emita pronunciamiento respecto del fondo del recurso interpuesto por el Concesionario;

Sobre la posibilidad de pronunciamiento sobre el fondo

- 4.56 De la revisión de los antecedentes, no corresponde que la Presidencia emita pronunciamiento sobre el fondo al no contar con los elementos suficientes pues estos deben ser evaluados al analizar el recurso planteado y que fue declarado improcedente.
- 4.57 Finalmente, cabe señalar de la revisión de la complejidad del presente procedimiento, no se advierte que la Gerencia General haya incurrido en una ilegalidad manifiesta que conlleve responsabilidad administrativa; por lo que corresponde tan solo disponer la nulidad de oficio, de conformidad con lo previsto en el numeral 3 del artículo 11° del TUE de la LPAG;

V. CONCLUSIONES

- 5.1 En cumplimiento de lo establecido en el artículo 213° del TUE de la LPAG, la Presidente del Consejo Directivo es la funcionaria jerárquicamente superior respecto de la Gerencia General; por lo que está legalmente facultada para declarar la nulidad de oficio del Oficio N° 00054-2023-GG-OSITRAN.
- 5.2 En cumplimiento de lo establecido en el artículo 213° del TUE de la LPAG, la Presidente del Consejo Directivo se encuentra dentro del plazo de dos (2) años, contados a partir de la fecha en que el Oficio N° 00054-2023-GG-OSITRAN quedó consentido.
- 5.3 En cumplimiento de lo establecido en el tercer párrafo del artículo 223.2 del TUE de la LPAG, no resulta necesario que la decisión de la revisión de oficio del Oficio N° 00054-2023-GG-OSITRAN sea trasladado a LAP.

- 5.4 El Oficio N° 00054-2023-GG-OSITRAN incumplió el procedimiento administrativo previsto para la generación del acto administrativo, incurriendo así en el defecto de uno de los requisitos de validez del mismo (numeral 5 del Artículo 3° del TUO de la LPAG) y, por ende, en el supuesto previsto en el numeral 2 del Artículo 10° del TUO de la LPAG.
- 5.5 Asimismo, como consecuencia de haberse incurrido la causal de nulidad, se advierte que se han lesionado derechos fundamentales, en particular, el derecho de defensa; por lo que corresponde declarar la nulidad Oficio N° 00054-2023-GG-OSITRAN y el Informe 00029-2023-GAJ-OSITRAN que forma parte del mismo.
- 5.6 No corresponde que la Presidencia del Consejo Directivo emita pronunciamiento sobre el fondo al no contar con los elementos suficientes pues estos deben ser evaluados al analizar el recurso planteado y que fue declarado improcedente.
- 5.7 No se advierte que la Gerencia General haya incurrido en una ilegalidad manifiesta que conlleve responsabilidad administrativa; por lo que corresponde tan solo disponer la nulidad de oficio, de conformidad con lo previsto en el numeral 3 del artículo 11 del TUO de la LPAG;

Se adjunta el proyecto de Resolución de Presidencia del Consejo Directivo correspondiente.

Atentamente,

Firmado por:

GLORIA CADILLO ANGELES
Asesora en Dirección Estratégica
Presidencia Ejecutiva

NT 2023050400

ⁱ TUO de la LPAG

Art. 213

“(…)

En caso de declaración de nulidad de oficio de un acto administrativo favorable al administrado, la autoridad, previamente al pronunciamiento, le corre traslado, otorgándole un plazo no menor de cinco (5) días para ejercer su derecho de defensa. (…)”