

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRÁN

Organismo Supervisor de la
Inversión en Infraestructura de
Transporte de Uso PúblicoFirmado por: MEJIA
CORNEJO Juan
Carlos FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 03/07/2023
18:07:17 -0500**RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL**

Lima, 03 de julio de 2023

N° 00091-2023-GG-OSITRAN**VISTO:**

El Memorando N° 0035-2023-PP-OSITRAN de la Procuraduría Pública del Ositrán, el Informe N° 00088-2023-GAJ-OSITRAN elaborado por la Gerencia de Asesoría Jurídica; y,

CONSIDERANDO:

Que, el numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, establece que es misión del Ositrán regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las entidades prestadoras, así como, el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios; con el fin de garantizar la eficiencia en la explotación de la infraestructura de transporte de uso público; asimismo, la citada ley dispone en el inciso ii, literal b de su artículo 7, que una de las funciones principales del Ositrán es velar por el cumplimiento de las cláusulas tarifarias y de reajuste tarifarios previstos en los Contratos de Concesión vinculados a la infraestructura pública nacional de transporte;

Que, el 25 de agosto de 2009 el Estado Peruano (en adelante, Concedente), representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), y la empresa Concesionaria Vial del Sol S.A. (en adelante, el Concesionario o COVISOL), suscribieron el Contrato de Concesión para la Construcción y Explotación de la Autopista del Sol, Tramo Vial Trujillo – Sullana (en adelante, Contrato de Concesión);

Que, el 15 de febrero de 2016, el Concesionario, a través de su Carta N° 0000187-2016-COVISOL, comunicó a este Organismo Regulador las tarifas a ser cobradas a partir del 27 de febrero de 2016, en las unidades de peaje Chicama, Pacanguilla, Mórrope y Bayóvar, en aplicación de lo previsto en el literal c) de la Cláusula 9.4 del Contrato de Concesión;

Que, mediante Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN, de fecha 26 de febrero de 2016, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos (GRE) de Ositrán solicitó a COVISOL, entre otros, modificar el tarifario publicado, debido a que en las unidades de peaje Chicama y Pacanguilla, correspondía cobrar las tarifas señaladas en la Tabla N° 4 de dicho oficio, en razón a que se debía considerar el tipo de cambio promedio del mes a la fecha de entrega de obras, en aplicación de la cláusula 9.5 del Contrato de Concesión;

Que, el 21 de marzo 2016, el Concesionario interpuso un Recurso de Reconsideración contra el Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN, solicitando revocarlo o modificarlo y, consecuentemente, establecer que COVISOL había efectuado correctamente el cálculo de la tarifa indicada en su Carta N° 0000187-2016-COVISOL;

Que, con fecha 11 de abril de 2016, mediante el Oficio N° 051-16-GRE-OSITRAN, sustentado en el Informe N° 009-16-GRE-OSITRAN, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos declaró infundado el Recurso de Reconsideración interpuesto por el Concesionario, advirtiéndose que el Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN debe ser declarado nulo de oficio en la parte relativa al ajuste tarifario en las unidades de peaje de Chicama y Pacanguilla;

Que, mediante Resolución de Gerencia General N° 127-2016-GG-OSITRAN de fecha 23 de septiembre de 2016, se declaró de oficio la nulidad parcial del Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN, en el extremo referido al cobro de tarifas en las unidades de peaje Chicama y Pacanguilla; ordenándose mantener las tarifas establecidas mediante Oficio N° 305-2012-GS-OSITRAN;

Visado por: SHEPUT STUCCHI
Humberto Luis FIR 07720411 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 03/07/2023 17:53:55 -0500Visado por: CHOCANO PORTILLO Javier
Eugenio Manuel Jose FAU 20420248645
soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 03/07/2023 15:21:34 -0500



Que, el 09 de marzo de 2017, el Octavo Juzgado Permanente Especializado en lo Contencioso Administrativo remite al Ositrán la Resolución N° 1, mediante la cual se admite la demanda interpuesta por COVISOL contra la Resolución de Gerencia General N° 127-2016-GG-OSITRAN; Que, mediante Resolución N° 7, de fecha 17 de septiembre de 2018, el Octavo Juzgado Permanente Especializado en lo Contencioso Administrativo emitió sentencia declarando infundada la demanda interpuesta por COVISOL;

Que, el 11 de octubre de 2018, COVISOL interpuso recurso de apelación contra la sentencia que declaró infundada su demanda. La apelación fue concedida por Resolución N° 8 de fecha 12 de noviembre de 2018;

Que, mediante Resolución N° 4 de fecha 16 de abril de 2021, la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Lima emitió sentencia revocando la Resolución N° 7, emitida por el Octavo Juzgado Permanente Especializado en lo Contencioso Administrativo, y reformándola declaró fundada en parte la demanda interpuesta por COVISOL, declarando nula la Resolución de Gerencia General N° 127-2016-GG-OSITRAN, con reenvío para que la entidad demandada retrotraiga el procedimiento hasta cometido el vicio (en adelante la Sentencia de Vista);

Que, el 08 de julio de 2022, el Ositrán interpuso recurso extraordinario de casación contra la Resolución N° 4 de fecha 16 de abril de 2021, emitida por la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Lima;

Que, mediante Auto Calificadorio del Recurso de Casación N° 3504-2022-LIMA de fecha 08 de noviembre de 2022, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de la República declaró improcedente el recurso de casación interpuesto por el Ositrán;

Que, a través del Memorando N° 0035-2023-PP-OSITRAN, el Procurador Público del Ositrán informa que la decisión emitida por el Poder Judicial es definitiva, puesto que no cabe medio impugnatorio alguno, habiendo adquirido la calidad de cosa juzgada; por lo que el Ositrán deberá dar cumplimiento a la sentencia de vista que declara fundada en parte la demanda interpuesta por COVISOL, declarándose nula la Resolución de Gerencia General N° 127-2016-GG-OSITRAN;

Que, mediante Memorando N° 0098-2023-GG-OSITRAN se solicitó la opinión de la Gerencia de Asesoría Jurídica sobre el cumplimiento de la decisión del Poder Judicial que declaró la nulidad de la Resolución de Gerencia General N° 127-2016-GG-OSITRAN; en atención a ello, dicha gerencia emitió el Informe N° 00027-2023-GAJ-OSITRAN, recomendado comunicar a COVISOL el inicio del procedimiento administrativo de nulidad parcial del Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN, toda vez que habría incurrido en causal de nulidad, de conformidad con el artículo 10 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante TUO de la LPAG);

Que, mediante el Oficio N° 00062-2023-GG-OSITRAN, de fecha 23 de febrero de 2023, se informó al Concesionario el inicio de un procedimiento de nulidad parcial de oficio del acto administrativo contenido en el Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN, por las razones expuestas en el Informe N° 00027-2023-GAJ-OSITRAN, el mismo que fue puesto en su conocimiento; y se le otorgó un plazo de cinco (5) días hábiles contados a partir del día siguiente de notificado el referido oficio para que pueda ejercer su derecho de defensa;

Que, a través de la Carta N° 00394-2023-COVISOL, de fecha 06 de marzo de 2023, el Concesionario absuelve lo comunicado mediante Oficio N° 00062-2023-GG-OSITRAN, presentando sus descargos respecto de la pretensión de declarar la nulidad parcial del Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN;

Que, a través del Informe N° 00088-2023-GAJ-OSITRAN del 11 de mayo de 2023, la Gerencia de Asesoría Jurídica emitió opinión sobre la validez del Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN, concluyendo lo siguiente:



- “83. El Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN en lo relativo al ajuste tarifario de las unidades de peaje de Chicama y Pacanguilla, incurre en la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 10° del TUO de la LPAG, debido a un defecto en su objeto o contenido, pues vulnera el ordenamiento jurídico al resultar contrario a lo estipulado en la cláusula 9.5 del Contrato de Concesión y por contravenir lo previsto en el inciso ii, literal b del artículo 7° de la Ley N° 26917. Adicionalmente, el Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN agravia el interés público porque se autorizó al Concesionario a cobrar en las unidades de peaje de Chicama y Pacanguilla una tarifa superior a la que realmente correspondía, perjudicando a los usuarios de la vía concesionada. Siendo así, de conformidad con el artículo 213 del TUO de la LPAG, corresponde declarar su nulidad parcial de oficio en sede administrativa, siendo el órgano competente para tal efecto la Gerencia General.
84. En cumplimiento de la Sentencia de Vista y de conformidad con el numeral 2 del artículo 40 del TUO de la LCA, la situación jurídica ha sido restablecida a un momento en el cual no había prescrito el plazo de un año que tiene el Ositrán para ejercer su potestad para declarar la nulidad parcial de oficio del acto administrativo contenido en el Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN. Igualmente, como consecuencia de la Sentencia de Vista, dicho plazo recién vencerá el 1 de agosto de 2023.
85. La declaración de nulidad parcial del Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN debe tener efectos declarativos y retroactivos a la fecha de emisión del acto administrativo, esto es al 26 de febrero de 2016, no habiéndose generado derechos de buena fe en favor de terceros que impliquen la necesidad de determinar efectos a futuro.
86. El extremo de la Resolución de Gerencia General N° 127-2016-GG-OSITRAN referido a la devolución a los usuarios afectados también se encuentra dentro del alcance de la nulidad declarada mediante la Sentencia de Vista; por tanto, en atención al principio de protección de usuarios recogido en el numeral 9.8 del artículo 9 del Reglamento General del Ositrán, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, corresponde emitir pronunciamiento en torno a dicho extremo. No obstante, el órgano competente para la imposición de medidas correctivas es la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, en aplicación de lo dispuesto por los artículos 52 y 53 del Reglamento de Organización y Funciones del Ositrán; siendo que la competencia de la Gerencia General -en tanto no se constituya el Tribunal en Asuntos Administrativos- se restringe a la impugnación de las decisiones de la referida gerencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 67 y 68 del mencionado reglamento.
87. Finalmente, en el presente caso resulta de aplicación el numeral 11.3 del artículo 11 del TUO de la LPAG, según el cual la resolución que declara la nulidad dispone lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad del emisor del acto inválido en los casos en que se advierta ilegalidad manifiesta.”

Que, luego de revisar el mencionado informe, esta Gerencia General manifiesta su conformidad con sus fundamentos y conclusiones, por lo que lo hace suyo íntegramente; en ese sentido, acorde con el numeral 6.2 del artículo 6 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, dicho informe constituye parte integrante de la presente resolución y de su motivación;

Por lo expuesto, en virtud de las facultades conferidas en el Reglamento de Organización y Funciones de Ositrán, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM y su modificatoria; y lo dispuesto en 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 1.- Declarar de oficio la **NULIDAD PARCIAL** del Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN de fecha 26 de febrero de 2016, emitido por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos, en el extremo referido al cobro de tarifas en las unidades de peaje de Chicama y Pacanguilla, por



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRÁN

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

las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución y el Informe N° 00088-2023-GAJ-OSITRAN que forma parte integrante de la misma.

Artículo 2.- Notificar la presente resolución y el Informe N° 00088-2023-GAJ-OSITRAN a la empresa Concesionaria Vial del Sol S.A. y a la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos.

Artículo 3.- Poner en conocimiento de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización y de la Secretaría Técnica de los Órganos Instructores del Procedimiento Administrativo Disciplinario del Ositrán, la presente resolución y el Informe N° 00088-2023-GAJ-OSITRAN para que actúen en el marco de sus competencias, según corresponda.

Artículo 4.- Disponer la publicación de la presente Resolución en el Portal Institucional del Ositrán, ubicado en la Plataforma Digital Única del Estado Peruano para la Orientación al Ciudadano (www.gob.pe/ositran).

Regístrese, publíquese y comuníquese,

Firmada por
JUAN CARLOS MEJIA CORNEJO
Gerente General
Gerencia General

Visada por
JAVIER CHOCANO PORTILLO
Gerente de Asesoría Jurídica
Gerencia de Asesoría Jurídica

Visada por
HUMBERTO SHEPUT STUCCHI
Asesor Legal Especializado en Concesiones y App
Gerencia General

NT 2023073614

Informe N° 00088-2023-GAJ-OSITRAN



Para : **JUAN CARLOS MEJÍA CORNEJO**
Gerente General

Asunto : Procedimiento de Nulidad de Oficio Parcial del Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN.

Referencia : a) Memorando N° 0098-2023-GG-OSITRAN del 13/02/2023
b) Carta N° 00394-2023-COVISOL del 06/03/2023

Fecha : 11 de mayo de 2023

I. OBJETIVO:

1. El presente informe tiene por objeto emitir pronunciamiento sobre la declaración de nulidad parcial de oficio del acto administrativo contenido en el Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN, en el extremo referido al cobro de tarifas en las unidades de peaje de Chicama y Pacanguilla; en el marco de la decisión del Poder Judicial que declaró la nulidad de la Resolución de Gerencia General N° 127-2016-GG-OSITRAN y ordenó retrotraer el procedimiento de nulidad de oficio.

II. ANTECEDENTES:

2. Con fecha 25 de agosto de 2009, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en representación del Estado Peruano y la empresa Concesionaria Vial del Sol S.A. suscribieron el Contrato de Concesión para la Construcción y Explotación de la Autopista del Sol, Tramo Vial Trujillo – Sullana (en adelante el Contrato de Concesión).
3. Mediante Oficio N° 305-2012-GS-OSITRAN, del 23 de enero de 2012, la Gerencia de Supervisión informó a la empresa Concesionaria Vial del Sol S.A. (en adelante, el Concesionario o COVISOL) las tarifas de peaje que debía cobrar en el Tramo Trujillo – Sullana, en el que se señaló que procedía el incremento de las tarifas a US\$ 1.50.
4. Mediante Carta N° 0000187-2016-COVISOL, recibida el 15 de febrero de 2016, el Concesionario comunicó a este Organismo Regulador las tarifas a ser cobradas a partir del 27 de febrero de 2016, en las unidades de peaje Chicama, Pacanguilla, Mórrope y Bayóvar, en aplicación de lo previsto en el literal c) de la Cláusula 9.4 del Contrato de Concesión.
5. Mediante Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN, de fecha 26 de febrero de 2016, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos (GRE) de Ositrán solicitó a COVISOL modificar el tarifario publicado, debido a que en las unidades de peaje Chicama y Pacanguilla, correspondía cobrar las tarifas señaladas en la Tabla N° 4 de dicho oficio, en razón a que se debía considerar el tipo de cambio promedio del mes a la fecha de entrega de obras, en aplicación de la cláusula 9.5 del Contrato de Concesión.
6. Con fecha 21 de marzo 2016, el Concesionario interpuso un Recurso de Reconsideración contra el Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN, solicitando revocarlo o modificarlo y, consecuentemente, establecer que COVISOL había efectuado correctamente el cálculo de la tarifa indicada en su Carta N° 0000187-2016-COVISOL.
7. Con fecha 11 de abril de 2016, mediante el Oficio N° 051-16-GRE-OSITRAN, sustentado en el Informe N° 009-16-GRE-OSITRAN, se declaró infundado el Recurso de Reconsideración interpuesto por el Concesionario, advirtiéndose que el Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN debe ser declarado nulo de oficio en la parte relativa al ajuste tarifario en las unidades de peaje de Chicama y Pacanguilla.

Visado por: ZAMORA BARBOZA
Martha Ysabel FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 11/05/2023 18:37:13 -0500

Visado por: ROSALES MAYO Christian
Juan FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 11/05/2023 18:30:09 -0500

Visado por: AQUINO SOTOMAYOR
Ingrid Del Pilar FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 11/05/2023 18:21:29 -0500

8. Mediante Resolución de Gerencia General N° 127-2016-GG-OSITRAN de fecha 23 de septiembre de 2016, se declaró de oficio la nulidad parcial del Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN, en el extremo referido al cobro de tarifas en las unidades de peaje Chicama y Pacanguilla; ordenándose mantener las tarifas establecidas mediante Oficio N° 305-2012-GS-OSITRAN.
9. Con fecha 09 de marzo de 2017, el Octavo Juzgado Permanente Especializado en lo Contencioso Administrativo remite al Ositrán la Resolución N° 1, mediante la cual se admite la demanda interpuesta por COVISOL contra la Resolución de Gerencia General N° 127-2016-GG-OSITRAN.
10. Mediante Resolución N° 7, de fecha 17 de septiembre de 2018, el Octavo Juzgado Permanente Especializado en lo Contencioso Administrativo emitió sentencia declarando infundada la demanda interpuesta por COVISOL.
11. Con fecha 11 de octubre de 2018, COVISOL interpuso recurso de apelación contra la sentencia que declaró infundada su demanda. La apelación fue concedida por Resolución N° 8 de fecha 12 de noviembre de 2018.
12. Mediante Resolución N° 4 de fecha 16 de abril de 2021, la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Lima emitió sentencia revocando la Resolución N° 7, emitida por el Octavo Juzgado Permanente Especializado en lo Contencioso Administrativo, y reformándola declaró fundada en parte la demanda interpuesta por COVISOL, declarando nula la Resolución de Gerencia General N° 127-2016-GG-OSITRAN, con reenvío para que la entidad demandada retrotraiga el procedimiento hasta cometido el vicio (en adelante la Sentencia de Vista).
13. Con fecha 08 de julio de 2022, el Ositrán interpuso recurso extraordinario de casación contra la Resolución N° 4 de fecha 16 de abril de 2021, emitida por la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Lima.
14. Mediante Auto Calificadorio del Recurso de Casación N° 3504-2022-LIMA de fecha 08 de noviembre de 2022, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de la República declaró improcedente el recurso de casación interpuesto por el Ositrán.
15. Mediante Memorando N° 0035-2023-PP-OSITRAN, el Procurador Público del Ositrán informa que la decisión emitida por el poder judicial es definitiva, puesto que no cabe medio impugnatorio alguno, habiendo adquirido la calidad de cosa juzgada; por lo que el Ositrán deberá dar cumplimiento a la sentencia de vista que declara fundada en parte la demanda interpuesta por COVISOL, declarándose nula la Resolución de Gerencia General N° 127-2016-GG-OSITRAN.
16. En mérito a ello, mediante Memorando N° 0098-2023-GG-OSITRAN, la Gerencia General, solicitó a la Gerencia de Asesoría Jurídica emitir opinión sobre el cumplimiento de la decisión del Poder Judicial que declaró la nulidad de la Resolución de Gerencia General N° 127-2016-GG-OSITRAN.
17. Mediante Oficio N° 00062-2023-GG-OSITRAN, se comunicó a COVISOL el inicio del procedimiento de nulidad parcial de oficio, otorgándole el plazo de cinco (05) días hábiles para que ejerza su derecho de defensa respecto de la pretensión de nulidad por las razones expuestas en el Informe N° 00027-2023-GAJ-OSITRAN, el mismo que fue puesto en su conocimiento.
18. Con fecha 06 de marzo de 2023 se recibió la Carta N° 00394-2023-COVISOL, a través de la cual COVISOL absuelve lo comunicado mediante Oficio N° 00062-2023-GG-OSITRAN, presentando sus descargos respecto de la pretensión de declarar la nulidad del Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN.

III. ANÁLISIS:

19. En el presente informe se analizarán los siguientes aspectos:

- III.1 Los vicios de nulidad del acto administrativo
- III.2 La prescripción del plazo para declarar la nulidad de oficio
- III.3 Los efectos retroactivos de la declaración de nulidad
- III.4 Sobre la medida de devolución a los usuarios
- III.5 La determinación de la responsabilidad funcional

III.1. Los vicios de nulidad del acto administrativo

20. El Concesionario mediante Carta N° 0000187-2016-COVISOL, recibida el 15 de febrero de 2016, comunicó al Ositrán que a partir del 27 de febrero de 2016 cobraría nuevas tarifas en las unidades de Chicama, Pacanguilla, Mórrope y Bayóvar, para lo cual había aplicado el reajuste tarifario previsto en el literal c) de la Cláusula 9.4 del Contrato de Concesión; así en dicha carta se encontraba el tarifario que había sido publicado en la edición del diario La República del 13 de febrero de 2016 y en la página web de COVISOL.
21. Mediante Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN, de fecha 26 de febrero de 2016, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos del Ositrán comunicó a COVISOL, las tarifas que debía publicar para el cobro en sus unidades de peaje, las cuales, para el caso de los peajes de Chicama y Pacanguilla, consideró el reajuste ordinario previsto en la cláusula 9.5. del Contrato de Concesión.
22. Posteriormente, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos a través de su Nota N° 021-16-GRE-OSITRAN, informó a la Gerencia General que el Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN, mediante el cual se establecieron las tarifas a cobrar en las unidades de peaje de Chicama y Pacanguilla debía ser declarado nulo en dicho extremo, debido a que no se encontraba acorde con lo establecido en la cláusula 9.5 del Contrato de Concesión, puesto que se autorizó al Concesionario a realizar el reajuste ordinario cuando este correspondía ser realizado recién en el año 2017.
23. En cuanto al reajuste ordinario de la tarifa, la cláusula 9.5. del Contrato de Concesión señala lo siguiente:

“9.5. Todos los Peajes serán reajustados en forma ordinaria por el CONCESIONARIO, a partir del 10 de enero del Año Calendario subsiguiente al de la aceptación de las Obras. Este reajuste ordinario se realizará cada doce (12) meses a partir de la fecha indicada anteriormente, y se llevará a cabo de acuerdo al siguiente método de ajuste de Peajes:

“a) En el caso de las unidades de peaje donde su base tarifaria sea de Un y 50/100 Dólares Americanos (US\$ 1,50):

$$Peaje_i = \left[(US\$ 1,50 * 50\%) \times \left(\frac{CPI_i}{CPI_0} \right) \times TC_i \right] + \left[(US\$ 1,50 * 50\%) \times \left(\frac{CPI_i}{CPI_0} \right) \times TC_0 \right]$$

(...)

Donde:

Peaje: Es el monto a cobrar en Nuevos Soles, sin incluir el Impuesto General a las Ventas y cualquier otro tributo aplicable, para Vehículos Ligeros o por eje para Vehículos Pesados.

I: Es el mes anterior al que se realiza el ajuste tarifario.

0: Es el mes de entrega de las Obras de Puesta a Punto por el Concedente.
(...)"

(subrayado añadido)

24. Conforme a lo dispuesto en la referida cláusula, los peajes que tienen como base \$1.5, serán reajustados en forma ordinaria por el Concesionario, a partir del 10 de enero del Año Calendario subsiguiente al de la aceptación de las obras, que se configura con la entrega de las Obras de Puesta a Punto a cargo del Concedente.
25. En el caso de los tramos correspondientes a las unidades de peaje de Chicama y Pachanguilla, las obras de puesta a punto fueron entregadas por el Concedente mediante Acta de Entrega Parcial de Bienes suscrita el 26 de enero de 2016; por lo que de conformidad con lo establecido en la cláusula 9.5 del Contrato de Concesión, el reajuste ordinario en estas unidades de peaje se debía producir a partir del año calendario subsiguiente a la entrega, es decir, en el 2017.
26. Por tal motivo, el Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN se encuentra viciado en el extremo que autoriza a COVISOL a publicar y aplicar un reajuste tarifario en las unidades de peaje de Chicama y Pacanguilla, por dos motivos que afectan el objeto mismo del acto administrativo. Por un lado, el referido oficio contraviene lo establecido en la cláusula 9.5 del Contrato de Concesión, porque autoriza indebidamente un reajuste ordinario cuando éste no correspondía según el Contrato; y por otro lado, el referido oficio transgrede la función de velar por el cumplimiento de las cláusulas tarifarias y de reajuste tarifarios previstos en los Contratos de Concesión, que debe cumplir el Ositran de conformidad con lo previsto en el inciso ii, literal b del artículo 7° de la Ley N° 26917¹.
27. Ahora bien, habiéndose advertido que el Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN evidencia vicios trascendentes en su contenido, corresponde que la administración haga uso de la potestad que tiene para nulificar la declaración emitida por ella misma; esta potestad se encuentra prevista en nuestro sistema jurídico, y actualmente está regulada en el artículo 213° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, TUO de la LPAG)². Dicho artículo señala lo siguiente:

“Artículo 213.- Nulidad de oficio

213.1 En cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10, 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.
(...)

(subrayado añadido)

28. Bajo la citada norma se tiene que los actos administrativos que incurran en alguna de las causales de nulidad contenidas en el artículo 10° del TUO de la LPAG, podrán declararse nulos de oficio cuando concorra uno de los siguientes presupuestos: que el

¹ ***“Artículo 7.- Funciones***

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

(...)

b) Operar el sistema tarifario de la infraestructura bajo su ámbito, dentro de los siguientes límites:

(...)

ii. En el caso que exista un contrato de concesión con el Estado, velar por el cumplimiento de las cláusulas tarifarias y de reajuste tarifario que éste contiene.

(...)"

² Cabe señalar, que si bien la norma vigente al momento de la emisión del Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN y la Resolución de Gerencia General N° 127-2016-GG-OSITRAN era la Ley del Procedimiento Administrativo General, modificada por el Decreto Legislativo N° 1029, a efectos de declarar de oficio la nulidad parcial del Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN nos remitiremos a las disposiciones contenidas en el TUO de la LPAG vigente, siempre que contenga disposiciones más favorables al administrado.

acto agravie el interés público o que lesione derechos fundamentales. Sobre las causales de nulidad, el citado artículo establece que:

“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 tramites esenciales para su adquisición.*
4. *Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma”.*

(subrayado añadido)

29. Como se ha expuesto previamente, el Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN evidencia vicios en su contenido, pues éste resulta contrario a lo previsto en el Contrato de Concesión y contraviene el artículo 7° de la Ley N° 26917, con lo cual se configura la causal prevista en el numeral 2 del artículo 10° antes citado, ya que presenta un defecto en su objeto o contenido, el cual constituye un requisito de validez del acto administrativo, conforme lo previsto en el artículo 3° de la LPAG, que señala lo siguiente:

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

Son requisitos de validez de los actos administrativos: (...)

2. *Objeto o contenido.- Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación. (...)*

(subrayado añadido)

30. Por los motivos expuestos, se concluye que el Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN, en lo relativo al ajuste tarifario de las unidades de peaje de Chicama y Pacanguilla, contiene una declaración que resulta contraria a lo estipulado en la cláusula 9.5 del Contrato de Concesión y que contraviene lo previsto en el inciso ii, literal b del artículo 7 de la Ley N° 26917; por lo que su existencia no se ajusta al ordenamiento jurídico, razón por la cual dicho acto administrativo incurre en un vicio de nulidad previsto en el inciso 2 del artículo 10°, concordado con el inciso 2 del artículo 3° del TUO de la LPAG.
31. Habiéndose incurrido en un vicio de nulidad, de acuerdo con el citado artículo 213° del TUO de la LPAG, para declarar la nulidad de oficio de un acto administrativo es necesario además que este afecte el interés público o lesione derechos fundamentales. En el presente caso, el Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN, al estar referido al establecimiento de tarifas de peaje que serán cobradas a los usuarios de la Autopista del Sol, Tramo Vial Trujillo – Sullana, genera una evidente afectación al interés público. Para determinar dicha afectación es necesario tener en cuenta qué entiende el Tribunal Constitucional por interés público, así, en el fundamento 11 de la sentencia recaída en el Expediente N.° 0090-2004-AA/TC, dicho tribunal describe lo siguiente:

“11. El interés público tiene que ver con aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa.

La administración estatal, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, asume el cumplimiento de los fines del Estado teniendo en cuenta la pronta y eficaz satisfacción del interés público.

El interés se expresa confluyentemente como el valor que una cosa posee en sí misma y como la consecuencia de la inclinación colectiva hacia algo que resulta atractivo, apreciable y útil. De allí que Fernando Sainz Moreno ["Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico", Revista española de Derecho Administrativo, disco compacto, Madrid, Civitas Ediciones, Revista N° 008, enero - marzo de 1976] plantee que la noción interés público se entienda como expresiones del valor público que en sí mismo tienen ciertas cosas; o bien como expresión de aquello que únicamente interesa al público.

Dicho interés es tan relevante que el Estado lo titulariza, incluyéndolo entre los fines que debe perseguir necesaria y permanentemente.

En ese aspecto, Emilio Fernández Vázquez ("Diccionario de derecho público". Buenos Aires: Astrea, 1981) enfatiza que "El Estado no puede tener más que intereses públicos"; razón por la cual éste está comprendido en un régimen de Derecho Público.

Consecuentemente, el interés público es simultáneamente un principio político de la organización estatal y un concepto jurídico. En el primer caso opera como una proposición ético-política fundamental que informa todas las decisiones gubernamentales; en tanto que en el segundo actúa como una idea que permite determinar en qué circunstancias el Estado debe prohibir, limitar, coactar, autorizar, permitir o anular algo.

Como bien refiere Fernando Sainz Moreno (vide supra), en sí misma, la noción de "interés público" se distingue, aunque no se opone, a la noción de "interés privado". Dicha distinción radica en que, por su capital importancia para la vida coexistencial, el interés público no puede ser objeto de disposición como si fuese privado.

(...)"

(subrayado añadido)

32. De lo señalado por el Tribunal Constitucional, el interés público equivale al interés general de la comunidad, entendido como un bien común de la sociedad en general; asimismo, en el campo jurídico permite al Estado determinar en qué circunstancias puede anular algo. Al respecto, es oportuno recordar que el régimen económico constitucional reserva al Estado un rol promotor en áreas como servicios públicos e infraestructura³, en cuyo ámbito ejercen sus funciones los organismos reguladores en el marco de su actuación en defensa del interés de los usuarios⁴. Bajo dicha consideración, la explotación de infraestructura de uso público por parte de las entidades prestadoras tiene como contraprestación la tarifa, cuya correcta aplicación está sujeta a la supervisión del organismo regulador competente en aras de cautelar los derechos de los usuarios; en el caso concreto, las disposiciones tarifarias se encuentran establecidas en el Contrato de Concesión de la Autopista del Sol, cuya supervisión corresponde al Ositrán.
33. En esa línea, es posible afirmar que la emisión del Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN afecta a los usuarios de la Autopista del Sol, al haber autorizado a COVISOL el cobro en las unidades de peaje de Chicama y Pacanguilla de una tarifa superior a la que realmente

³ Constitución Política del Perú:

"Economía Social de Mercado

Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura."

⁴ Ley N° 29158 - Ley Orgánica del Poder Ejecutivo:

"Artículo 32.- Organismos Reguladores

Los Organismos Reguladores:

1. Se crean para actuar en ámbitos especializados de regulación de mercados o para garantizar el adecuado funcionamiento de mercados no regulados, asegurando cobertura de atención en todo el territorio nacional.

(...)

7. Defienden el interés de los usuarios con arreglo a la Constitución Política del Perú y la ley."

correspondía, contraviniendo así lo previsto en la cláusula 9.5 del Contrato de Concesión; en consecuencia, lo dispuesto en el Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN, en lo relativo a dichas unidades de peaje, afecta el interés público correspondiendo que se declare la nulidad de oficio de este extremo, por ser esta una vía para la restitución de la legalidad afectada por un acto administrativo viciado, lo cual es un deber de la administración que está obligada a adecuar sus actos al ordenamiento jurídico.

34. Por otro lado, es preciso señalar que la nulidad planteada solo alcanza al extremo del Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN que declara un ajuste tarifario de las unidades de peaje de Chicama y Pacanguilla. Al respecto, sobre la nulidad parcial, el artículo 13° del T.U.O. de la Ley N° 27444 establece lo siguiente:

“Artículo 13.- Alcances de la nulidad
(...)

13.2 La nulidad parcial del acto administrativo no alcanza a las otras partes del acto que resulten independientes de la parte nula, salvo que sea su consecuencia, ni impide la producción de efectos para los cuales no obstante el acto pueda ser idóneo, salvo disposición legal en contrario.

13.3 Quien declara la nulidad, dispone la conservación de aquellas actuaciones o trámites cuyo contenido hubiere permanecido igual de no haberse incurrido en el vicio”.

35. En ese sentido, resulta procedente que en el presente caso se declare la nulidad parcial del Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN, únicamente en el extremo referido al reajuste ordinario de las tarifas a cobrarse en las unidades de peaje de Chicama y Pacanguilla.
36. Con relación al órgano competente para declarar la nulidad de oficio, de acuerdo con los artículos 11° y 213° del TUO de la LPAG, tal facultad recae en el funcionario jerárquico superior de quien dictó el acto viciado. Por tanto, de conformidad con la estructura orgánica contemplada en el artículo 5° del Reglamento de Organización y Funciones del Ositrán -aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-2015-PCM (en adelante, ROF del Ositrán)- la Gerencia General, como superior jerárquico, es el órgano competente para declarar la nulidad de oficio parcial de los actos administrativos emitidos por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos.

III.2. La prescripción del plazo para declarar la nulidad de oficio

37. A través de su Carta N° 00394-2023-COVISOL de fecha 06 de marzo de 2023, el Concesionario manifiesta que de acuerdo con el numeral 202.3 del artículo 202° de la Ley del Procedimiento Administrativo General vigente en el año 2016, la facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe al año, contado a partir de la fecha en que hubieren quedado consentidos.
38. A ello agrega que, siendo que el Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN quedó firme el 2 de mayo de 2016, el plazo máximo para su declaración de nulidad en la vía administrativa venció el 2 de mayo de 2017. Con relación a ello, COVISOL sostiene que no existe disposición legal que establezca que la tramitación de un proceso judicial suspenda o interrumpa el cómputo del plazo para declarar la nulidad de oficio, por lo que la facultad del Ositrán para declarar de oficio la nulidad parcial del Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN se encontraría legalmente prescrita.
39. Asimismo, señala que el plazo de prescripción no se habría visto interrumpido con la emisión de la Resolución de Gerencia General N° 127-2016-GG-OSITRAN, de fecha 23 de setiembre de 2016, argumentando que dicho acto administrativo ya no existe por haber sido declarado nulo por la Sentencia emitida por la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Lima, la cual habría ordenado que se cumpla con trasladar al Concesionario el inicio del procedimiento

de nulidad parcial del Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN, hecho que no se habría dado en su momento.

40. En ese sentido, estando a lo argumentado por el Concesionario, corresponde analizar si en el presente caso, la potestad para declarar la nulidad de oficio del acto administrativo contenido en el Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN ha prescrito o no. Sobre el particular, resulta pertinente señalar que el numeral 202.3 del artículo 202° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, norma vigente al momento de los hechos, establecía lo siguiente respecto del plazo de prescripción de la facultad anulatoria:

“Artículo 202.- Nulidad de oficio

(...)

202.3 La facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe al año, contado a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos.

(...)”

(Subrayado añadido)

41. Conforme se desprende del citado artículo, el plazo de prescripción para declarar la nulidad de oficio de un acto administrativo prescribía en el plazo de un año contado desde la fecha en que dicho acto queda consentido.
42. En el caso bajo análisis, el Oficio N° 037-2016-GRE-OSITRAN fue notificado a COVISOL el 29 de febrero de 2016, habiendo sido objeto de un recurso de reconsideración resuelto mediante Oficio N° 051-16-GRE-OSITRAN y notificado el 11 de abril de 2016; respecto de este último documento, el Concesionario no presentó apelación dentro del plazo correspondiente, que venció el 02 de mayo de 2016, quedando el acto administrativo consentido en dicha fecha; por lo que el plazo de un año para declarar la nulidad, según el marco normativo vigente a dicha fecha, vencía el 02 de mayo de 2017.
43. No obstante, mediante Resolución de Gerencia General N° 127-2016-GG-OSITRAN de fecha 23 de septiembre de 2016, se declaró la nulidad de oficio parcial del acto administrativo contenido en el Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN. Dicho acto administrativo fue emitido habiendo transcurrido tan solo 4 meses y 21 días del inicio del plazo prescriptorio.
44. Ahora bien, como se ha indicado anteriormente la Resolución de Gerencia General N° 127-2016-GG-OSITRAN ha sido declarada nula por la Sentencia de Vista emitida por la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Lima, en la que se resolvió lo siguiente:

“REVOCARON la resolución número N° SIETE, de fecha 17 de setiembre del 2018 (fojas 489 a 507), que declarara **infundada** la demanda, **REFORMÁNDOLA** la declararon **FUNDADA en parte la demanda**, en el extremo de lo solicitado en la primera pretensión autónoma; en consecuencia, **Nula la Resolución de Gerencia General N° 127-2016-GG-OSITRAN**, de fecha 23 de setiembre de 2016, con REENVÍO para que la entidad demandada retrotraiga el procedimiento hasta cometido el vicio y proceder conforme a lo descrito en el acápite 3.6 i) del Considerando Tercero precedente.”

(Subrayado añadido)

45. Al respecto, el acápite 3.6 i) del Considerando Tercero de la Sentencia de Vista, señala textualmente lo siguiente:

3.6 (...): i) Correspondiendo conforme al análisis anterior declarar fundada la primera pretensión postulada, de nulidad sustentada en defecto del debido procedimiento; la consecuencia de esta nulidad es el retrotraimiento del procedimiento administrativo al momento en el cual se configuró el defecto, que en el caso en concreto es la ausencia de notificación del inicio del procedimiento de nulidad de oficio con comunicación de los fundamentos sustanciales de los vicios que configurarían la nulidad parcial del

Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN, en el extremo referido al cobro de Tarifas en las Unidades de peaje de Chicama y Pacanguilla, poniendo en conocimiento la pretensión de invalidar dicho acto por presuntamente encontrarse inmerso en una de las causales detalladas en el artículo 10 de la norma precisada, indicándole cuales son los presuntos vicios en los que se incurre, así como el interés público que está siendo afectado; lo que ya estaría contenido en el Informe de la Gerencia de Asuntos Jurídicos N° 083-2016-GAJ-OSITRAN. (...).”

(subrayado y énfasis añadido)

46. Como se puede observar, la Sentencia de Vista no solo dispuso la nulidad de la Resolución de Gerencia General N° 127-2016-GG-OSITRAN, sino que determinó sus efectos señalando que “(...) *la consecuencia de esta nulidad es el retrotramiento del procedimiento administrativo al momento en el cual se configuró el defecto (...)*”, con la finalidad de corregir el vicio advertido consistente en la ausencia de notificación del inicio del procedimiento de nulidad de oficio. Es decir, el defecto configurado el día 23 de setiembre de 2016 -con la declaración de nulidad sin previa notificación a COVISOL- afectó la posibilidad del administrado de formular descargos y ejercer su derecho de defensa⁵; por tanto, en cumplimiento de la Sentencia de Vista, corresponde ahora a la administración actuar respetando tales garantías.
47. En efecto, el Texto Único Ordenado de la Ley que regula el proceso contencioso administrativo, aprobado por Decreto Supremo N° 011-2019-JUS (en adelante, TUO de LCA), precisa cuales pueden ser los alcances de una sentencia estimatoria en el marco de un proceso contencioso administrativo, indicando lo siguiente:

“Artículo 40.- Sentencias estimatorias

La sentencia que declare fundada la demanda podrá decidir en función de la pretensión planteada lo siguiente:

1. *La nulidad, total o parcial, o ineficacia del acto administrativo impugnado, de acuerdo a lo demandado.*
2. *El restablecimiento o reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para el restablecimiento o reconocimiento de la situación jurídica lesionada, aun cuando no hayan sido pretendidas en la demanda.*

(subrayado añadido)

48. En ese contexto, resulta pertinente citar lo que dice Ramón Huapaya⁶ respecto a los efectos que despliegan las sentencias emitidas en el marco de un procedimiento contencioso administrativo. Así dicho autor señala que:

“(...) los efectos de las sentencias también pueden ser directos o indirectos. Los efectos directos son efectos inmediatos o consecuencias que la sentencia produce directamente sobre la realidad jurídico-material. La sentencia crea, modifica o extingue alguna o algunas situaciones jurídicas extraprocesales. Por ejemplo, son efectos directos la declaración judicial de nulidad de un acto administrativo, o el restablecimiento o reconocimiento de una situación jurídica individualizada. Por su parte los efectos indirectos son las consecuencias mediatas que produce el fallo.”

(subrayado y énfasis añadidos)

49. En ese sentido, una sentencia estimatoria en un proceso contencioso administrativo tiene la potencialidad de crear o modificar una situación jurídica real con el objetivo restablecer la situación jurídica o el derecho afectado. En el caso particular, la Sentencia de Vista ha dispuesto retrotraer el procedimiento al momento en el que se configuró el defecto -esto es, al 23 de setiembre de 2016- con la finalidad de restituir el derecho del Concesionario a ejercer su legítima defensa frente a la pretensión de declarar la nulidad de oficio el acto administrativo contenido en el Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN, luego de lo cual el procedimiento debe continuar su curso. Siendo así, por efecto directo de la

⁵ De acuerdo con lo señalado en el numeral 3.5 de la Sentencia de Vista.

⁶ HUAPAYA TAPIA, Ramón. “El proceso contencioso-administrativo”. Fondo Editorial PUCP, Lima 2019. P. 152.

Sentencia de Vista y de conformidad con el numeral 2 del artículo 40º del TUO de la LCA, la situación jurídica ha sido restablecida a un momento en el cual solo habían transcurrido 4 meses y 21 días del plazo establecido para que prescriba la potestad para declarar la nulidad de oficio en sede administrativa.

50. Cabe señalar que la decisión judicial de retrotraer el procedimiento administrativo como consecuencia de la declaración de nulidad resulta concordante con lo previsto en el artículo 12 del TUO de la LPAG, que señala lo siguiente:

“Artículo 12.- Efectos de la declaración de nulidad

12.1 La declaración de nulidad tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha de acto, salvo derechos adquiridos de buena fe por terceros, en cuyo caso operará a futuro.”

(subrayado añadido)

51. Sobre los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de un acto administrativo Morón Urbina señala que⁷

“la declaración administrativa o judicial de nulidad del acto administrativo hace que desaparezca la presunción que lo cobijaba y se descorra el velo de su engañosa legalidad. En tal sentido, la declaración operará hasta el momento mismo de su emisión, sin favorecer, ni perjudicar a ningún administrado”.

(subrayado añadido)

52. Asimismo, en cuanto al alcance de la decisión judicial de *retrotraer* el procedimiento de nulidad de oficio; el diccionario jurídico del Poder Judicial señala que el término retrotraer se entiende como el “Efecto jurídico que surte un acto desde la fecha anterior a la real, ya sea por mandato de la ley o por acuerdo entre las partes”⁸.

53. En ese sentido, la retroacción dispuesta por la decisión judicial implica volver atrás en el tiempo para practicar una diligencia omitida y de esta manera restituir el derecho conculcado del administrado, tomando como referencia el momento en que se produjo el vicio que causó la nulidad.

54. En cuanto a las consecuencias que genera la retroacción sobre los plazos del procedimiento, a manera de ejemplo podemos citar lo indicado por la Sala Contencioso Administrativa del Tribunal Supremo Español, que en su Sentencia N° 2809/2020⁹, de manera clara e ilustrativa ha señalado que:

“OCTAVO.- En respuesta a la cuestión de interés casacional formulada, se contesta:

En un procedimiento administrativo, la retroacción de actuaciones acordada en la estimación de un recurso de reposición, consecuencia de la existencia de un vicio formal, al momento de la notificación de la resolución administrativa recurrida, significa que, en la vuelta atrás en el tiempo que es la retroacción, la Administración debe culminar el procedimiento retrotraído y notificar al interesado correctamente la resolución, en el plazo que reste desde que se realizó la actuación procedimental causante de la indefensión del interesado.

(subrayado añadido)

55. Bajo el razonamiento de dicho colegiado la retroacción de actuaciones por existencia de un vicio implica que la administración debe culminar el procedimiento en el plazo que

⁷ MORON URBINA, Juan Carlos. “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General” Tomo I. 14ta Edición. Editorial Gaceta Jurídica S.A., Lima 2019. P. 266.

⁸ Véase: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cortesuprema/s_cortes_suprema_home/as_servicios/as_enlaces_de_interes/as_orientacion_juridica_usuario/as_diccionario_juridico/r3

⁹Véase:<https://www.poderjudicial.es/search/TS/openCDocument/47c54a4d73e1a1963e53b57fc201cb1e1de4cf49f3829a8e>

reste desde que se afectó el debido procedimiento. En otras palabras, la retroacción genera como consecuencia la necesidad de reanudar el cómputo del plazo aplicable al procedimiento.

56. En el caso particular, la Sentencia de Vista tiene por efecto directo la retroacción del procedimiento hasta el momento de la emisión del acto viciado, cuando el plazo prescriptorio no había vencido; sin embargo, ello no significa que la potestad administrativa para declarar la nulidad de oficio ha quedado exenta de la aplicación del referido plazo sino que, por efecto indirecto de la Sentencia de Vista, su cómputo debe reanudarse a partir de la fecha en que la presunción de validez de la Resolución de Gerencia General N° 127-2016-GG-OSITRAN fue desvirtuada; lo cual se produjo cuando la decisión judicial que la declaró nula adquirió la calidad de cosa juzgada.
57. Así, teniendo en cuenta que hasta la emisión del acto viciado habrían transcurrido 4 meses y 21 días, el plazo restante era de 7 meses y 9 días para declarar la nulidad de oficio dentro del plazo de un año, de conformidad con la normativa entonces vigente. Al respecto, cabe recordar que la decisión judicial que puso fin al proceso, a saber, el Auto Calificadorio del Recurso de Casación N° 3504-2022-LIMA -emitido por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de la República- fue notificado al Ositrán el 23 de diciembre de 2022, reanudándose el plazo prescriptorio a partir del día siguiente de dicha notificación; con lo que, el plazo que tiene el Ositrán para ejercer su potestad de nulificación de oficio del acto administrativo contenido en el Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN recién vencerá el 1 de agosto de 2023.
58. En este punto, cabe acotar que el TUO de la LPAG solo regula la suspensión de los plazos de prescripción de la facultad para determinar la existencia de infracciones y de la facultad para exigir vía ejecución forzosa el pago de las multas impuestas por la comisión de una infracción administrativa. En ese sentido, queda claro que dicho cuerpo legal no ha regulado expresamente los escenarios en los cuales se suspende el plazo de prescripción de la potestad de la administración para declarar la nulidad de oficio de sus propios actos; sin embargo, ello no obsta para que los efectos de una sentencia estimatoria emitida en el marco de un proceso contencioso administrativo, acorde con el artículo 40 del TUO de la LCA, generen como consecuencia -en la práctica- la suspensión de dicho plazo.
59. Por consiguiente, el argumento del Concesionario -en el sentido que el plazo del Ositrán para ejercer su facultad anulatoria de oficio se encuentra vencido- carece de sustento y debe ser desestimado por cuanto, en aplicación de la Sentencia de Vista y de conformidad con el numeral 2 del artículo 40 del TUO de la LCA, la situación jurídica ha sido restablecida a un momento en el cual el referido plazo no había prescrito y, como consecuencia de la referida sentencia, dicho plazo vencerá el 1 de agosto de 2023.

III.3. Los efectos retroactivos de la declaración de nulidad

60. Al respecto, COVISOL en su Carta N° 00394-2023-COVISOL de fecha 06 de marzo de 2023, refiere que la declaración de nulidad del Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN debería surtir efectos desde su declaración en adelante, pues argumenta que habría actuado de buena fe, acatando las instrucciones del Ositrán; sostiene además que el reajuste ordinario de las tarifas de las estaciones de peaje de Chicama y Pacanguilla no se realizó por iniciativa suya, sino como consecuencia de una instrucción realizada por parte de la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos, en ejercicio de su labor de verificación y revisión del ajuste tarifario, y que realizó la publicación del tarifario siguiendo las instrucciones de dicho órgano.
61. Asimismo, señala el Concesionario que realizó la publicación de las tarifas a cobrar dejando constancia expresa de que se encontraba en desacuerdo con los parámetros

indicados por el Ositrán mediante Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN, y que dejaba a salvo su derecho de solicitar aclaraciones y/o correcciones.

62. Finalmente, el Concesionario solicita que se tenga en cuenta que si hubiera procedido en forma contraria a lo dispuesto en el Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN, se habría iniciado un procedimiento administrativo sancionador en su contra, debiendo considerarse que los hechos calificaban como infracción muy grave y pasible de multa; por ello, argumenta que carecía de capacidad legal para distanciarse de lo declarado en el Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN.
63. Al respecto, es preciso indicar que de conformidad con el artículo 12° del TUO de la LPAG, la declaratoria de oficio de la nulidad de un acto administrativo produce los siguientes efectos:

“Artículo 12.- Efectos de la declaración de nulidad

12.1 La declaración de nulidad tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha del acto, salvo derechos adquiridos de buena fe por terceros en cuyo caso operará a futuro.
(...)”

(subrayado añadido)

64. De la norma citada se colige que en nuestro sistema legal la regla general es que la declaración de nulidad de los actos administrativos surte efectos retroactivos; sin embargo, y solo en caso existiera derechos adquiridos de buena fe por parte de terceros, los efectos de la declaración de nulidad tendrían efectos a futuro.
65. Ahora bien, respecto de los derechos adquiridos de buena fe en el marco de un procedimiento de nulidad, Morón Urbina señala que:

“Solo si existiera terceros que de buena fe hubieren obtenido derechos al amparo de la apariencia de legalidad que el acto poseía, la nulidad para ellos se referirá únicamente a futuro. No debe entenderse que para ellos permanece ultractivo el acto nulo, ni que esta regla a futuro pueda favorecer a los administrados directamente partícipes en el procedimiento administrativo que constituyó el acto nulo”¹⁰

(subrayado añadido)

66. En ese sentido, de conformidad con el marco normativo en el caso de los derechos adquiridos de buena fe por terceros, estos no se verían perjudicados por el efecto retroactivo de la declaración de nulidad, siendo relevante destacar que conforme lo señala la doctrina citada, dichos terceros deben ser ajenos al procedimiento administrativo que conllevó a la emisión del acto nulo y además deben haber desconocido la existencia de los vicios en los que se encontraba incurso el acto administrativo. En ese contexto, para que se configure la salvedad prevista en el artículo 12° del TUO de la LPAG se requiere, en primer término, identificar a un tercero involucrado y, posteriormente, determinar que ostenta derechos adquiridos de buena fe.
67. Dicho esto, en el caso en cuestión se advierte que los argumentos vertidos por COVISOL están destinados a sustentar una supuesta actuación de buena fe, pese a su condición de administrado respecto del acto cuya nulidad se pretende declarar, el cual fue emitido en virtud de la Carta N° 000187-2016-COVISOL, con la que dicha empresa comunicó al Ositrán la implementación de reajustes tarifarios en las unidades de peaje de Chicama, Pacanguilla, Morrope y Bayovar a ser aplicados a partir del 27 de febrero de 2016. En consecuencia, de cara a la determinación de los efectos de la nulidad, resulta irrelevante si COVISOL actuó de buena fe o no, toda vez que dicha circunstancia solo puede ser valorada cuando recae en terceros ajenos al procedimiento.

¹⁰ MORON URBINA, Juan Carlos. “comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General” Tomo I. 14ta Edición. Editorial Gaceta Jurídica S.A., Lima 2019. P. 266.

68. Sin perjuicio de ello, es pertinente aclarar que, en el presente caso, COVISOL tenía pleno conocimiento de las cláusulas tarifarias previstas en el Contrato de Concesión, habiendo solicitado la implementación de reajustes a las tarifas de cuatro unidades de peaje, por lo que debía conocer las condiciones que se establecían en la cláusula 9.5 para el reajuste ordinario de las mismas.
69. Mas aún, sin perjuicio de que el vicio de nulidad en que habría incurrido el Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN, debió haber sido oportunamente advertido por el propio COVISOL, éste le fue expresamente comunicado por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos el 11 de abril de 2016, mediante Oficio N° 051-16-GRE-OSITRAN con el cual se resolvió su recurso de reconsideración.
70. En ese sentido, carece de fundamento el argumento de COVISOL de que en el presente caso habría actuado de buena fe acatando las instrucciones del Ositrán, pues conforme se desprende de lo indicado anteriormente, los vicios de nulidad en los que incurrió el citado oficio eran evidentes y fácilmente constatables por el Concesionario a partir de una simple lectura de la cláusula 9.5 del Contrato de Concesión, más aún los vicios en los que habría incurrido el acto administrativo le fueron comunicados a COVISOL de manera expresa; sin embargo, dicha empresa continuó cobrando a los usuarios tarifas indebidas que no se ajustaban al Contrato de Concesión.
71. Es preciso aclarar que si bien el Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN fue impugnado por COVISOL, a través de la presentación de un recurso de reconsideración, el contenido de dicho recurso estaba destinado a cuestionar el tipo de cambio aplicable a la determinación de la tarifa en soles y las reglas para el redondeo de las tarifas. El recurso de reconsideración no tuvo por finalidad cuestionar la incorrecta aplicación del reajuste ordinario de las tarifas aplicables a los peajes de Chicama y Pacanguilla; por lo que el argumento de COVISOL respecto de su desacuerdo con el contenido del Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN no resulta pertinente, en tanto no estuvo relacionado con la aplicación del reajuste antes indicado.
72. En cuanto al argumento de que el Concesionario se encontraba obligado a dar cumplimiento a las tarifas indicadas en el Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN, careciendo de capacidad legal para apartarse del mismo pues habría sido pasible de sanción, es preciso señalar que dicho argumento no implica que COVISOL haya actuado de buena fe; sino que se limita a evidenciar que, ante un acto administrativo contrario a lo establecido en su Contrato de Concesión, COVISOL optó por no interponer un recurso de apelación para que se declare su nulidad.
73. Considerando lo expuesto, COVISOL no es un tercero ajeno al procedimiento que conllevó a la emisión del acto viciado; además, como contraparte del Contrato de Concesión tuvo pleno conocimiento de las cláusulas tarifarias y se encontraba en la posibilidad de advertir que el Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN contenía una decisión que contravenía abiertamente la cláusula 9.5 del Contrato de Concesión.
74. En consecuencia, la declaración de nulidad parcial del Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN debe tener efectos declarativos y retroactivos a la fecha de emisión del acto administrativo, esto es al 26 de febrero de 2016, no habiéndose generado derechos adquiridos de buena fe por terceros que configuren la determinación de efectos a futuro.

III.4. Sobre la medida de devolución a los usuarios

75. Mediante la Resolución de Gerencia General N° 127-2016-GG-OSITRAN que fue objeto de nulidad por decisión de la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Lima, se dispuso, entre otros, que COVISOL devuelva a los usuarios afectados los montos cobrados en exceso, siguiendo un mecanismo específicamente establecido. Sobre el particular, en la medida que no se

trata de una declaración de nulidad parcial, la disposición vinculada con la devolución a los usuarios afectados también quedó sin efecto; por tanto, en atención al principio de protección de usuarios recogido en el numeral 9.8 del artículo 9 del Reglamento General del Ositrán, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM¹¹, corresponde emitir pronunciamiento en torno a dicho extremo.

76. Sobre el particular, la devolución de montos indebidos o en exceso cobrados a los usuarios constituye una medida correctiva que puede imponer el Ositrán en ejercicio de su función supervisora o sancionadora, conforme se desprende de lo previsto en los artículos 245¹² y 251¹³ del TUO de la LPAG.
77. En efecto, la potestad para imponer medidas correctivas se encuentra recogida en la Ley N° 26917, Ley de Creación del Ositrán, que en su artículo 7, numeral 7.1 inciso c), prescribe que es función del Ositrán, entre otras, “*Adoptar las medidas correctivas y aplicar las sanciones sobre las materias que son de su competencia o que le han sido delegadas*”. Asimismo, de manera específica, el vigente Reglamento de Incentivos, Infracciones y Sanciones del Ositrán, aprobado Resolución de Consejo Directivo N° 009-2018-CD-OSITRAN, prevé la posibilidad de imponer medidas correctivas durante los procedimientos sancionadores; precisando un listado de las medidas correctivas que pueden ser impuestas en el marco del procedimiento sancionador, entre las que se encuentra, la medida de devolución de pagos indebidos o en exceso, tal como se observa a continuación:

“Artículo 89.- Medidas correctivas

89.1 La Gerencia de Supervisión y Fiscalización o el Tribunal en Asuntos Administrativos pueden disponer las medidas correctivas que sean necesarias dentro de un procedimiento administrativo sancionador a fin de restablecer a su estado anterior las situaciones alteradas por una conducta infractora o resarcir las consecuencias de dicha conducta.

(...)

g) En los supuestos de pagos indebidos o en exceso, devolver estos montos, más los intereses correspondientes;”

(Subrayado añadido)

78. En consecuencia, el Ositrán se encuentra facultado para imponer medidas correctivas de devolución de pagos indebidos o en exceso, ya sea en ejercicio de su función supervisora o en el marco de un procedimiento sancionador, tal como lo prescriben las normas antes reseñadas.
79. Al respecto, cabe indicar que el órgano competente para imponer medidas correctivas en ejercicio de la función supervisora o sancionadora es la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, en aplicación de lo dispuesto por los artículos 52 y 53 del ROF del Ositrán; siendo que la competencia de la Gerencia General -en tanto no se constituya el Tribunal en Asuntos Administrativos- se restringe a la impugnación de las decisiones de la referida

¹¹ **9.8 Principio de Protección de Usuarios.-**

El OSITRAN vela por el bienestar de los usuarios de la infraestructura de transporte de uso público bajo el ámbito de su competencia, de acuerdo con lo establecido por la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.

¹² **“Artículo 245.- Conclusión de la actividad de Fiscalización**

245.1 Las actuaciones de fiscalización podrán concluir en:

(...)

5. La adopción de medidas correctivas”

¹³ **“Artículo 251. -Determinación de la responsabilidad**

251.1 Las sanciones administrativas que se impongan al administrado son compatibles con el dictado de medidas correctivas conducentes a ordenar la reposición o la reparación de la situación alterada por la infracción a su estado anterior, incluyendo la de los bienes afectados, así como con la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, las que son determinadas en el proceso judicial correspondiente. Las medidas correctivas deben estar previamente tipificadas, ser razonables y ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los bienes jurídicos tutelados que se pretenden garantizar en cada supuesto concreto.”

gerencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 67 y 68 del mencionado reglamento.

80. En ese sentido, corresponde poner en conocimiento de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización la resolución a ser emitida para que, luego de la evaluación respectiva, actúe en el marco de sus competencias.

III.5. La determinación de la responsabilidad funcional

81. El numeral 11.3 del artículo 11 de la LPAG, señala expresamente lo siguiente:

“Artículo 11. Instancia competente para declarar la nulidad

(...)

11.3 La resolución que declara la nulidad dispone, además, lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad del emisor del acto inválido, en los casos en que se advierta ilegalidad manifiesta, cuando sea conocida por el superior jerárquico.”

82. En aplicación del citado artículo, la resolución que declare la nulidad parcial de oficio del acto administrativo contenido del Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN debe disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad del emisor del acto inválido; en consecuencia, debe ser puesta en conocimiento de la Secretaría Técnica de los Órganos Instructores del Procedimiento Administrativo Disciplinario del Ositrán para que, luego de la evaluación respectiva, actúe en el marco de sus competencias.

IV. CONCLUSIONES:

83. El Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN en lo relativo al ajuste tarifario de las unidades de peaje de Chicama y Pacanguilla, incurre en la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 10° del TUO de la LPAG, debido a un defecto en su objeto o contenido, pues vulnera el ordenamiento jurídico al resultar contrario a lo estipulado en la cláusula 9.5 del Contrato de Concesión y por contravenir lo previsto en el inciso ii, literal b del artículo 7° de la Ley N° 26917. Adicionalmente, el Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN agrava el interés público porque se autorizó al Concesionario a cobrar en las unidades de peaje de Chicama y Pacanguilla una tarifa superior a la que realmente correspondía, perjudicando a los usuarios de la vía concesionada. Siendo así, de conformidad con el artículo 213 del TUO de la LPAG, corresponde declarar su nulidad parcial de oficio en sede administrativa, siendo el órgano competente para tal efecto la Gerencia General.
84. En cumplimiento de la Sentencia de Vista y de conformidad con el numeral 2 del artículo 40 del TUO de la LCA, la situación jurídica ha sido restablecida a un momento en el cual no había prescrito el plazo de un año que tiene el Ositrán para ejercer su potestad para declarar la nulidad parcial de oficio del acto administrativo contenido en el Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN. Igualmente, como consecuencia de la Sentencia de Vista, dicho plazo recién vencerá el 1 de agosto de 2023.
85. La declaración de nulidad parcial del Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN debe tener efectos declarativos y retroactivos a la fecha de emisión del acto administrativo, esto es al 26 de febrero de 2016, no habiéndose generado derechos de buena fe en favor de terceros que impliquen la necesidad de determinar efectos a futuro.
86. El extremo de la Resolución de Gerencia General N° 127-2016-GG-OSITRAN referido a la devolución a los usuarios afectados también se encuentra dentro del alcance de la nulidad declarada mediante la Sentencia de Vista; por tanto, en atención al principio de protección de usuarios recogido en el numeral 9.8 del artículo 9 del Reglamento General del Ositrán, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, corresponde emitir pronunciamiento en torno a dicho extremo. No obstante, el órgano competente para la imposición de medidas correctivas es la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, en

aplicación de lo dispuesto por los artículos 52 y 53 del Reglamento de Organización y Funciones del Ositrán; siendo que la competencia de la Gerencia General -en tanto no se constituya el Tribunal en Asuntos Administrativos- se restringe a la impugnación de las decisiones de la referida gerencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 67 y 68 del mencionado reglamento.

87. Finalmente, en el presente caso resulta de aplicación el numeral 11.3 del artículo 11 del TUO de la LPAG, según el cual la resolución que declara la nulidad dispone lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad del emisor del acto inválido en los casos en que se advierta ilegalidad manifiesta.

V. RECOMENDACIONES:

88. Se recomienda declarar la nulidad parcial de oficio del acto administrativo contenido en el Oficio N° 037-16-GRE-OSITRAN, en el extremo referido a las tarifas a cobrarse en las unidades de peaje Chicama y Pacanguilla.
89. Se recomienda poner en conocimiento de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización y de la Secretaría Técnica de los Órganos Instructores del Procedimiento Administrativo Disciplinario del Ositrán para que, luego de la evaluación respectiva, actúen en el marco de sus competencias.

Sin otro particular, quedo de usted.

Atentamente,

Firmado por
JAVIER CHOCANO PORTILLO
Gerente
Gerencia de Asesoría Jurídica

Visado por
Martha Zamora Barboza
Abogada Senior de la Gerencia de Asesoría
Jurídica

Visado por
Christian Rosales Mayo
Asesor Legal de la Gerencia de Asesoría
Jurídica

Visado por
Ingrid Aquino Sotomayor
Asistente legal de la Gerencia de Asesoría
Jurídica

NT 2023052868