

PROCEDENCIA : GERENCIA GENERAL
SOLICITANTE : FERROCARRIL TRANSANDINO S.A. – FETRANS
MATERIA : EJERCICIO DE DERECHO DE PETICIÓN
NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO DE OFICIO

SUMILLA: Se confirma la Resolución N° 006 -2001-GG-OSITRAN de fecha 20 de marzo del 2001, que declara inadmisibile la solicitud presentada por FERROCARRIL TRANSANDINO S.A. por escrito de fecha 6 de febrero del 2001.

Se decreta de Oficio, la nulidad del acto administrativo contenido en la Carta N° 001 -2001-GG/OSITRAN de fecha 2 de enero del 2001, en el extremo contenido en su numeral 2, dejando subsistente la misma en lo demás que contiene.

Se dispone que se practique una nueva liquidación de los intereses, conforme a los criterios establecidos en la parte considerativa de la presente resolución.

Lima, 15 de mayo del 2001.

I ANTECEDENTES

El 6 de febrero del 2001, FETRANS presentó un escrito solicitando que se deje sin efecto la Carta N° 001-GG/OSITRAN en el extremo en el que la Gerencia General requirió a FETRANS la reliquidación de intereses compensatorios correspondientes a la Retribución Especial del semestre septiembre 1999 – marzo 2000.

Efectuado el análisis correspondiente, por Resolución de Gerencia General N° 006-2001-GG-OSITRAN de fecha 20 de marzo del 2001, se declaró inadmisibile la solicitud presentada por FETRANS, dejando a salvo su derecho para que lo haga valer en la vía correspondiente.

El 26 de marzo del 2001, FETRANS interpuso recurso de apelación contra dicha resolución, el mismo que fue concedido por Resolución de Gerencia General N° 009-2001-GG-OSITRAN de fecha 28 de marzo, elevándose los autos al Consejo Directivo.

El Consejo Directivo solicitó a la División Técnica la documentación relativa a la determinación de la Retribución Principal del ejercicio 99, de la Retribución Especial del semestre septiembre 1999 – marzo 2000, y la correspondiente al reconocimiento de inversiones susceptibles de ser opuestas contra las retribuciones correspondientes a los períodos señalados, la misma que fue alcanzada a este Cuerpo Colegiado con la debida nota de atención.

No habiendo actuaciones pendientes, el expediente se encuentra expedito para su resolución.

En su solicitud FETRANS afirmó lo siguiente:

1. Se ampara en lo dispuesto por el numeral 20) del artículo 2º de la Constitución Política del Perú y el literal d) del artículo 1º del Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos¹, aprobado por Decreto Supremo N° 002-94-JUS;
2. La cláusula 5.2 del Contrato de Concesión únicamente prevé la aplicación de intereses compensatorios en los casos en que no se ha producido el pago oportuno de la Retribución Especial, y únicamente por la suma pendiente de pago, y que en su caso, no se presentó ese supuesto ya que no existió obligación pendiente de pago tal como lo reconoció la Resolución de Gerencia General N° 008-2000-GG-OSITRAN, que en su página 11 señaló:

“Que, en el presente caso, el incumplimiento de la cláusula 5.2 no está en la falta de pago, sino en la deducción indebida efectuada por la empresa concesionaria para efectuar el mismo, que en su momento pudo determinar el supuesto de la caducidad.”

3. FETRANS dejó de pagar la Retribución Especial en ejercicio del beneficio de liberación de pago previsto en la Cláusula 10.1.1, es decir, no hubo obligación de pago alguno por haber realizado Inversiones en la Línea Férrea en monto superior al correspondiente a la Retribución Especial, tanto en la primera liquidación, como en la liquidación presentada mediante la Carta N° 083-2000-FETRANS.
4. Al haber ejercido el beneficio previsto en la Cláusula 10.1.1, la disposición que en realidad corresponde aplicar es la Cláusula 10.1.5 del Contrato de Concesión, conforme a la cual únicamente procede la aplicación de intereses en aquellos casos en los que, luego de ejercer el beneficio previsto en la cláusula 10.1.1 del Contrato, existe un saldo pendiente que no es cancelado oportunamente;
5. La Gerencia General no podía obligarlos a pagar intereses por una supuesta falta de pago que en realidad no existió y cuya inexistencia, el propio OSITRAN ha reconocido. En ese sentido, los importes liquidados por concepto de intereses compensatorios y que fueran aplicados contra las inversiones en la Línea Férrea, resultan improcedentes.

¹ En adelante, nos referiremos a ella como “TUO de la LNGPA”.

6. En atención a ello, solicitan que se deje sin efecto la carta N° 001-2001-GG/OSITRAN en la parte correspondiente a la reliquidación de intereses y, como consecuencia de ello, se proceda a considerar los importes aplicados por la empresa al cumplimiento de dicho requerimiento como saldo susceptible de ser aplicado a las futuras liquidaciones de las retribuciones establecidas en el Contrato de Concesión;
7. En el supuesto negado que procediera la aplicación de intereses sobre la diferencia determinada a través de la presentación de la reliquidación, ello respondería al artículo 1247° del Código Civil que regula la aplicación de intereses en obligaciones no pecuniarias y no a las disposiciones del Contrato de Concesión, el cual únicamente prevé la aplicación de intereses en los casos en que no se ha efectuado el pago de manera oportuna, supuesto que no se ha dado en el presente caso;
8. Al tratarse de un supuesto no previsto por el Contrato de Concesión, no resulta aplicable la mora automática prevista por éste para los casos de falta de pago, razón por la cual la aplicación de intereses deberá sujetarse a lo dispuesto por el artículo 1333° del Código Civil de modo que sólo se devengarán intereses a partir de la fecha de requerimiento de pago, es decir de la notificación de la Carta N° 001-2001-GG/OSITRAN, y no desde el 7 de junio como pretende OSITRAN.

En la resolución apelada, la Gerencia General declaró inadmisible la solicitud de FETRANS, dejando a salvo su derecho para que lo haga valer en la vía correspondiente, por los siguientes fundamentos:

1. Conforme a lo dispuesto en la Primera Disposición Complementaria del Decreto Supremo N° 002-94-JUS, *“el derecho de petición, en lo que atañe a las entidades a que se refiere el último párrafo del artículo 1° de la presente Ley, es el derecho que tiene toda persona a solicitar un pronunciamiento de la Administración Pública sobre asuntos cuya tramitación no está específicamente regulada en la presente Ley ni en los Textos Únicos de Procedimientos Administrativos – TUPA”*;
2. El requerimiento contenido en la Carta N° 001-2001-GG/OSITRAN que pretende dejar sin efecto FETRANS fue expedido en ejecución de la Resolución de Gerencia N° 008-2000-GG-OSITRAN de 29 de septiembre del 2000, es decir, en ejecución de lo resuelto en el procedimiento administrativo sancionador iniciado de oficio contra el solicitante, por el incumplimiento de la cláusula 5.2 del contrato de concesión;
3. De lo expuesto por FETRANS se desprende que la razón por la que se pretende que se deje sin efecto el requerimiento de la administración contenido en la Carta N° 001-2001-GG/OSITRAN, es que considera que el mismo excede

el mandato contenido en la Resolución de Gerencia General N° 008-2000-GG-OSITRAN y se contrapone a lo dispuesto por el contrato de concesión y las leyes;

4. El TUO de la LNGPA, contiene normas específicas distintas a las que regulan el derecho de petición para cuestionar la validez de los actos administrativos materia de controversia en el presente caso;
5. El requerimiento impugnado se encuentra contenido en un acto administrativo, por lo que la vía para cuestionarlo está específicamente regulada en el TUO de la LNGPA;
6. Al existir un procedimiento particular distinto al que se establece para el derecho de petición, no corresponde en el presente caso el ejercicio de este último, y en consecuencia, no corresponde que la Gerencia General analice el fondo del asunto;

En su escrito de apelación, FETRANS solicitó que el propósito de la misma era que en cumplimiento del artículo 99° del TUO de la LNGPA eleve los autos al superior jerárquico para que, de oficio, proceda a declarar la nulidad de la Carta N° 001-2001-GG-OSITRAN, por los siguientes argumentos:

1. La solicitud presentada no constituyó un recurso impugnativo toda vez que no tenía como finalidad impugnar la decisión de la administración expresada en la Resolución de Consejo Directivo N° 10-2000-CD-OSITRAN y ejecutada a través del requerimiento efectuado por la Carta N° 001-2001-GG. Dicha impugnación se ha efectuado a través de la interposición de una demanda contencioso administrativa;
2. La solicitud tiene por finalidad que la Administración: (i) reconozca que la Carta N° 001-2001-GG/OSITRAN excedió los alcances de la Resolución que pretendía ejecutar; (ii) como consecuencia de ello, declare la nulidad de oficio de la misma al amparo de lo dispuesto por el artículo 109° del TUO de la LNGPA; (iii) procediendo a su vez a reconocer que FETRANS ha efectuado un “pago indebido” de los intereses de la Retribución Especial; y (iv) por lo tanto, reconozca el derecho de FETRANS a aplicar el importe reliquidado bajo protesta contra las futuras obligaciones de pago que se devenguen respecto de las retribuciones especial y/o principal previstas en el Contrato de Concesión;
3. En el supuesto que el escrito tuviera un error u omisión al momento de su presentación, la Gerencia se encontraba obligada a encausar el procedimiento por la vía correspondiente y darle trámite, tal y como lo señala el Artículo IV del TUO de la LNGPA², elevando el escrito al superior jerárquico para que le dé el

² **Artículo IV.-** Toda autoridad del Estado que advierta un error u omisión en el procedimiento administrativo deberá encausarlo de oficio o a pedido de parte.

trámite correspondiente y declare de oficio, la nulidad del requerimiento de pago contenido en la Carta N° 001-2001-GG/OSITRAN.

4. Reiteran luego, todos los argumentos señalados en su escrito presentado con fecha 6 de febrero del 2001.

Por comunicación de fecha 9 de mayo, este Cuerpo Colegiado solicitó a la División Técnica de Infraestructura Vial, la documentación relativa a la determinación de la Retribución Principal del ejercicio 99, de la Retribución Especial del semestre septiembre 1999 – marzo 2000, y la correspondiente al reconocimiento de inversiones susceptibles de ser opuestas contra las retribuciones correspondientes a los períodos señalados, la misma que fue alcanzada a este Cuerpo Colegiado con la Nota de Atención de fecha 10 de mayo del 2001.

Habiéndose realizado las actuaciones necesarias, el expediente se encuentra expedito para ser resuelto.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

De los antecedentes expuestos y del análisis efectuado, a criterio de este cuerpo colegiado, las cuestiones en discusión consisten en determinar lo siguiente:

1. Si la Carta N° 001-2001-GG/OSITRAN, era inimpugnable conforme a las normas del TUO de la LNGPA y en consecuencia resultaba procedente el derecho de petición;
2. Si la Gerencia General, a través de la Carta N° 001-2001-GG/OSITRAN, excedió los alcances de la Resolución de Consejo Directivo N° 10-2000-CD-OSITRAN que pretendía ejecutar;
3. Si corresponde que este cuerpo colegiado decrete de oficio la nulidad de la Carta N° 001-2001-GG/OSITRAN en el extremo relativo al pago de intereses compensatorios;
4. Si corresponde que este cuerpo colegiado reconozca el derecho de FETRANS a aplicar el importe reliquidado bajo protesta contra las futuras obligaciones de pago que se devenguen respecto de las retribuciones especial y/o principal previstas en el Contrato de Concesión.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

Inimpugnabilidad de la Carta N° 001 -2001-GG/OSITRAN

En su escrito de apelación, FETRANS señala que:

1. La solicitud presentada no constituyó un recurso impugnativo toda vez que no tenía como finalidad impugnar la decisión de la administración expresada en la Resolución de Consejo Directivo N° 10-2000-CD-OSITRAN y ejecutada a través del requerimiento efectuado por la Carta N° 001-2001-GG. Dicha impugnación se ha efectuado a través de la interposición de una demanda contencioso administrativa;
2. La solicitud presentada con fecha 6 de febrero por FETRANS no constituyó un recurso impugnativo sino que la solicitud tenía por finalidad que la Administración reconozca que la Carta N° 001-2001-GG/OSITRAN excedió los alcances de la Resolución que pretendía ejecutar;
3. Que, como consecuencia de lo anterior declare la nulidad de oficio de la misma al amparo de lo dispuesto por el artículo 109° del TUO de la LNGPA.
4. En el supuesto que el escrito tuviera un error u omisión al momento de su presentación, la Gerencia se encontraba obligada a encausar el procedimiento por la vía correspondiente y darle trámite, tal y como lo señala el Artículo IV del TUO de la LNGPA³, elevando el escrito al superior jerárquico para que le dé el trámite correspondiente y declare de oficio, la nulidad del requerimiento de pago contenido en la Carta N° 001-2001-GG/OSITRAN.

A continuación se analizan los referidos argumentos:

FETRANS sugiere que, a su criterio, lo único susceptible de ser impugnado es la resolución que pone fin al procedimiento, y que contra requerimientos como los formulados a través de la Carta N° 001-2001-GG/OSITRAN, sólo corresponde que se declare la nulidad.

Este cuerpo colegiado considera que para efectos de determinar si el requerimiento contenido en la carta era impugnable o no, corresponde analizar cuál es la naturaleza del mismo.

Antes de realizar el análisis de este tema y para comprender la real importancia de la doctrina española en materia de Derecho Administrativo (a la que referiremos con mucha frecuencia), cabe transcribir una cita que hace Bartra Cervero en relación al proceso de creación de nuestro antiguo Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos (que con algunas modificaciones, se ha convertido en el TUO de la LNGPA):

“Baste transcribir algunos párrafos de la Introducción de los “Comentarios de la Normas Generales de Procedimientos Administrativos”, cuyo autor es el

³ **Artículo IV.-** Toda autoridad del Estado que advierta un error u omisión en el procedimiento administrativo deberá encausarlo de oficio o a pedido de parte.

Doctor Valdez Calle, que a su vez fue miembro coordinador de la Comisión que lo elaboró, para conocer la fuente principal:

*“La fuente inmediata de nuestras normas de procedimientos administrativos es la **Ley de Procedimientos Administrativos de España del 17 de Julio de 1958**. El borrador de trabajo necesario para el mejor desenvolvimiento de las labores de la Comisión fue preparado por el autor de este libro utilizando la citada ley española. Como se puede apreciar en las actas de las sesiones de la Comisión, las fórmulas adoptadas fueron el fruto no sólo del estudio de la fuente española sino, sobre todo, creación de la propia Comisión de Trabajo, a base de ponencias y sustitutorios preparados por los diversos integrantes de la Comisión, como por ejemplo sucedió con el Título Preliminar.- Debe considerarse que las Normas es una obra de juristas peruanos y no una simple adaptación de la ley española. La Comisión introdujo figuras nuevas, desechó otras y dio propio tratamiento y redacción para hacer accesible a nuestro medio sus disposiciones”.*⁴ (el subrayado es nuestro)

A continuación, procederemos al análisis de la naturaleza del acto materia de discusión.

El artículo 113º de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, que sirvió de base para la elaboración de nuestro RNGPA y actual TUO de la LNGPA, señala que:

“113. 1. Contra las resoluciones administrativas y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión podrán utilizarse por los titulares de un derecho subjetivo o de un interés directo, personal y legítimo en el asunto, los recursos de alzada y de reposición previo a la vía contenciosa y, con carácter extraordinario, el de revisión.” (el subrayado es nuestro)

Por su parte, el Capítulo I del Título IV del TUO de la LNGPA, al regular los “Recursos Impugnativos” en los artículos 96º, 97º, 98º y 99º ⁵, habla de la interposición de los mismos contra resoluciones, lo que en principio, nos haría pensar que la interposición de recursos impugnativos sólo procede contra resoluciones finales, tal como sugiere FETRANS.

⁴ BARTRA CAVERO, José. *Procedimiento Administrativo*. Lima: Huallaga, 1999. 5ª ed. P. 41.

⁵ **Artículo 96º.**- El error material de una **Resolución** (...)

Artículo 97º.- Los recursos impugnativos contra las **resoluciones** (...)

Artículo 98º.- El recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó la primera **resolución** (...).

Artículo 99º.- El recurso de apelación se interpondrá (...) debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió la **resolución** (...).

Si continuamos revisando el TUO de la LNGPA podemos ver en el Capítulo IV del Título III, los siguientes artículos:

“Artículo 84° - Pondrán fin al proceso, la *resolución* (...).

Artículo 85° - La *resolución* decidirá sobre todas las cuestiones planteadas en el proceso y deberá ser obligatoriamente motivada (...).”

En consecuencia, parecería estar en lo correcto FETRANS cuando señala que lo que correspondía impugnar era únicamente la Resolución del Consejo Directivo ante el Poder Judicial y nos los actos de ejecución como el contenido en la carta materia de discusión.

Sin embargo, y sin perjuicio de que no sólo se expide resolución para finalizar la instancia o el procedimiento ⁶, cabe recordar que dentro del mismo Título IV, en el artículo 101° se hace referencia a “acto” y no “resolución”.

Asimismo, resulta aún más difícil de entender que en un mismo artículo: el artículo 104° del mismo título, se utilizó la palabra “acto” y la palabra “resolución”.

Este Cuerpo Colegiado, considera que la razón por la que se utiliza la palabra acto, se debe a un error del legislador peruano, quien transcribió el artículo original en algunos casos variándolo y en otros reformándolo, tal y como a continuación señalamos:

	Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 (España)	Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos
1	114. 1. El escrito de interposición del recurso deberá expresar: (...) b) El <u>acto</u> que se recurra y la razón de su impugnación.	Artículo 101°.- El escrito de interposición del recurso deberá expresar: (...) c) El <u>acto</u> del que se recurre y la razón de su impugnación (...).”
2	116. La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del <u>acto</u> impugnado, pero la autoridad a quien compete resolverlo podrá suspender de oficio o a instancia de parte la ejecución del <u>acuerdo</u> recurrido, en el caso de que dicha ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación (9), o cuando la impugnación se fundamente en	Artículo 104°.- La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición legal establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del <u>acto</u> impugnado, pero la autoridad a quien compete resolverlo podrá suspender de oficio o a instancia de parte, la ejecución de la <u>resolución</u> recurrida, si existen razones atendibles para ello.

⁶ Los artículos 16°, 20° y 67° del TUO de la LNGPA establecen que el pronunciamiento sobre el conflicto de competencia, la abstención y la acumulación será por resolución.

alguna de las causales de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 47 de esta Ley (10).	
---	--

A criterio de este Cuerpo Colegiado, en este caso lo que ocurrió fue que el legislador no realizó todas las modificaciones que debió realizar, y por ello permaneció la palabra “**acto**” en el literal c) del artículo 101º cuando debió cambiarla por la palabra “**resolución**”, y asimismo mantuvo la palabra “**acto**” en el artículo 104º cambiando la palabra “**acuerdo**”⁷ por la palabra resolución (que en este caso sí fue utilizada correctamente).

Creemos que esto va de acuerdo con la lógica del procedimiento administrativo.

Así lo señalan García de Enterría y Fernández:

*“La regla de la irrecurribilidad de los actos de trámite (...) es una simple regla de orden, no es una regla material absoluta. No quiere decirse con ella, en efecto, que los actos de trámite no sean impugnables, que constituyan una suerte de dominio soberano de la Administración que resulte absolutamente infiscalizable por los recursos. Quiere decirse, más simplemente, que los actos de trámite no son impugnables separadamente. Expresa pues, un principio de concentración procedimental: habrá que esperar a que se produzca la resolución final del procedimiento para, a través de la impugnación de la misma, poder plantear todas las eventuales discrepancias que el recurrente pueda tener sobre el modo en que el procedimiento se ha tramitado, sobre la legalidad de todos y cada uno de los actos de trámite”.*⁸

En el mismo sentido De Arcenegui, señala:

*“las actuaciones procedimentales no resolutorias del fondo del asunto no son impugnables separadamente, lo que no significa ausencia de revisión de las mismas o indefensión, sino que quedan inmersas en la resolución definitiva, cuya impugnación permitirá, a través de lo que nuestra jurisprudencia llama <<vicios de forma>>, plantear la legalidad de todos y cada uno de los actos de trámite no individualizados procesalmente”.*⁹

De La Morena justifica esta regulación en los términos siguientes:

“Lo que con semejante distinción y regulación de actos se pretende es que el procedimiento pueda avanzar, sin paralizaciones o suspensiones

⁷ Bacacorzo, define la palabra acuerdo como “Resolución adoptada por el tribunal en asuntos de su competencia”. Con lo que parecería contraponerse la palabra acuerdo a aquella decisión adoptada por un órgano unipersonal y no colegiado. BACACORZO, Gustavo. *Diccionario de la Administración Pública*. Tomo I. Lima: Grijley, 1997. P. 48.

⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Madrid: Civitas, 1991 . 5ª ed. P.555.

⁹ DE ARCENEGUI, Isidro E. *Modalidades el Acto Administrativo*. En: *Revista de Administración Pública*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Septiembre-diciembre, 1977. N° 84. P. 17.

inconvenientes, hasta su resolución final, tal como lo exige el principio de economía, celeridad y eficacia (art. 29 L.P.A.).”¹⁰

En el Perú, tenemos un ejemplo claro de este razonamiento, que encontramos en el artículo 38° del Decreto Legislativo 807 (modificado por el artículo 4° de la Ley N° 27311) que se ubica dentro del Título IV (Procedimiento Único de la Comisión de Protección al Consumidor y de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal), y que a la letra dice:

“Artículo 38°.- El único recurso impugnativo que puede interponerse durante la tramitación del procedimiento es el de apelación, que procede únicamente contra la resolución que pone fin a la instancia, contra la resolución que impone las multas y contra la resolución que dicta una medida cautelar. (...)”

Es decir, no procede la impugnación de recursos contra los actos de trámite dictados en el seno del procedimiento.

En consecuencia, parecería que FETRANS tuvo razón y que el acto contenido en la carta materia de discusión, no resultaba impugnabile.

Sin embargo, García Trevijano señala un aspecto importante que debe tenerse en cuenta:

“se dice que es acto de trámite el que se limita a ejecutar otro anterior, que sería propiamente el acto final, el que tendría contenido propio. Así, como actos de trámite, se han calificado en ocasiones por el Tribunal Supremo los actos de ejecución: por ejemplo, Sentencia de 15 de febrero de 1963 (Ar. 349) (326)¹¹.

A continuación, el autor se pregunta si:

“¿Cabe impugnar un acto de ejecución y al mismo tiempo un acto anterior final del que trae causa?”

y se responde a sí mismo, señalando que:

“Si el acto de ejecución no aparece demorado suficientemente en el tiempo como para que haya transcurrido el plazo de impugnación del acto final del que trae causa, lo que en realidad se produce no es una impugnación concentrada, sino una doble impugnación (aunque no aparezca clara en el escrito de recurso, que habría que calificar debidamente conforme al artículo 110.2 de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento). Esta doble impugnación sólo tiene obviamente lugar en el caso que el recurrente impute vicios al acto que trata de

¹⁰ DE LA MORENA Y DE LA MORENA, Luis. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. Madrid: 1988. P. 40.

¹¹ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, José Antonio. *La impugnación de los actos administrativos de trámite*. Madrid: Montecorvo, 1993. p. 334.

ejecutarse, pues **si únicamente se ataca el acto de ejecución, éste será el único objeto de recurso** 344."¹² (el subrayado es nuestro)

La duda que plantea García Trevijano, es qué es lo que pasa cuando el acto no se dictó en el seno del procedimiento sino con posterioridad a la resolución que pone fin al mismo, y que este acto al ejecutar la resolución excede lo dispuesto en la misma?

Este cuerpo colegiado considera que esos actos, a pesar de no ser resoluciones, sí son susceptibles de impugnación y debe asimilarse su tratamiento al de una resolución. Sin embargo, debe precisarse que al hablar de actos de ejecución no nos referimos a los actos de ejecución material, sino simplemente al requerimiento que se hace para que el administrado cumpla de manera "espontánea" (es decir sin ejecución material), con el mandato contenido en la resolución final.

Desde la perspectiva de García-Trevijano el requerimiento contenido en la carta referida, sería un acto de ejecución de la resolución de Consejo Directivo, y en consecuencia resulta igualmente impugnable, tesis que este cuerpo colegiado adopta.

En consecuencia, al tratarse de un acto impugnable, FETRANS tenía la posibilidad de interponer un recurso de apelación para lo cual, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 99º del TUO de la LNGPA tenía un plazo de 15 días. Al haberse notificado el acto el día 3 de enero del 2001, el plazo para que FETRANS impugne el mismo, venció el día 24 de enero del 2001 sin que se haya interpuesto recurso alguno, por lo que el acto quedó consentido.

En atención a que el acto contenido en la Carta materia de litis era impugnable por los procedimientos que establece el TUO de la LNGPA, no correspondía que FETRANS haga uso del derecho de petición.

Sin perjuicio de que el tema de la nulidad será resuelto más adelante, este cuerpo colegiado debe evaluar si lo señalado por FETRANS en el sentido que en el supuesto que el escrito tuviera un error u omisión al momento de su presentación, la Gerencia se encontraba obligada a encausar el procedimiento por la vía correspondiente y darle trámite, tal y como lo señala el Artículo IV del TUO de la LNGPA¹³, elevando el escrito al superior jerárquico para que le dé el trámite correspondiente y declare de oficio, la nulidad del requerimiento de pago contenido en la Carta N° 001-2001-GG/OSITRAN.

Este cuerpo colegiado considera que esta afirmación es incorrecta. Si bien es cierto que lo que correspondía es que FETRANS hubiese interpuesto el recurso de

¹² Op. Cit. p. 351.

¹³ **Artículo IV.-** Toda autoridad del Estado que advierta un error u omisión en el procedimiento administrativo deberá encausarlo de oficio o a pedido de parte.

apelación correspondiente y al momento en que resolvió la Gerencia General, ya se había vencido el plazo para la interposición del mismo, ello no significa que el concesionario tenga un derecho a que se decreta de oficio la nulidad del acto contenido en la carta en cuestión. Si bien es cierto que la única posibilidad que existía era la de la nulidad que debía ser declarada de oficio por la autoridad competente, ello no significa que FETRANS tenía derecho a solicitarla pues el plazo para apelar y solicitar la nulidad en el referido recurso ¹⁴ ya se había vencido.

En consecuencia, este cuerpo colegiado considera que es incorrecto lo señalado por FETRANS en el sentido que la Gerencia General tenía la obligación de darle el curso correcto a su recurso, cuando no tenía recurso alguno por haber permitido que el acto administrativo quede consentido.

Sin embargo, este cuerpo colegiado, sí considera que en el caso que se haya incurrido en nulidad al dictar un acto administrativo, es su obligación rectificar dicha situación (lo que no tiene como contrapartida el derecho de FETRANS que responde a un interés particular) siempre y cuando se cumplan los requisitos contenidos en el artículo 109° del TUO de la LNGPA, y entre ellos el del agravio al interés público.

En cuanto a este punto se refiere, este cuerpo colegiado considera conveniente citar a Lavilla Alsina quien señala que:

*“las denuncias, peticiones o instancias de los particulares, **cuando no cabe la admisión de un recurso, no tienen por sí solas virtualidad impulsora del procedimiento revisorio, cuya significación jurídica no es más que la de poner en conocimiento de la Administración la eventual existencia de un vicio de legitimidad,** cuya potencial trascendencia jurídica, para privar de efectos al acto administrativo así viciado, se halla en la posibilidad de que funde una revisión formal promovida por el órgano competente”.*¹⁵ (el subrayado es nuestro)

En el mismo sentido se pronuncia Danós, quien señala:

“Los casos de nulidad de oficio reservan sin embargo un papel menor a los ciudadanos y limitado a poner en conocimiento de la administración la existencia de un vicio capaz de invalidar un acto administrativo. En el Perú la nulidad de oficio –una de las formas en que se manifiesta la potestad de la administración de revisar sus propios actos – no tiene el mismo carácter que el trámite de un recurso de impugnación, aunque la administración haya

¹⁴ El TUO de la LNGPA señala que:

Artículo 44°.- La nulidad será declarada por la autoridad superior que conozca de la apelación interpuesta por el interesado.

¹⁵ LAVILLA ALSINA, L. La revisión de oficio de los actos administrativos. En: *Revista de Administración Pública*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, enero-abril 1961. Año XII. No. 34. P. 67.

*tomado conocimiento del vicio que aqueja a un acto administrativo a través de la comunicación de un particular. La potestad de invalidar un acto es siempre una actuación de oficio que difícilmente puede reconocerle al denunciante la calidad de interesado*¹⁶.

La Carta N° 001 -2001-GG/OSITRAN excedió los alcances de la Resolución de Consejo Directivo N° 10 -2000-CD-OSITRAN

FETRANS sustenta su afirmación en los siguientes argumentos:

1. La cláusula 5.2 del Contrato de Concesión únicamente prevé la aplicación de intereses compensatorios en los casos en que no se ha producido el pago oportuno de la Retribución Especial, y únicamente por la suma pendiente de pago¹⁷, y que en su caso, no se presentó ese supuesto ya que no existió obligación pendiente de pago tal como lo reconoció la Resolución de Gerencia General N° 008-2000-GG-OSITRAN;
2. FETRANS dejó de pagar la Retribución Especial en ejercicio del beneficio de liberación de pago previsto en la Cláusula 10.1.1¹⁸, es decir, no hubo obligación de pago alguno por haber realizado Inversiones en la Línea Férrea en monto superior al correspondiente a la Retribución Especial, tanto en la primera liquidación, como en la liquidación presentada mediante la Carta N° 083-2000-FETRANS;
3. Al haber ejercido el beneficio previsto en la Cláusula 10.1.1, la disposición que en realidad corresponde aplicar es la Cláusula 10.1.5¹⁹ del Contrato de

¹⁶ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. II. La Responsabilidad Administrativa por Daño Ambiental. SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO AMBIENTAL: *La Responsabilidad por el Daño Ambiental en el Perú*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, 2000. Pp. 62-63.

¹⁷ El último párrafo de la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión establece que:

En cualquier caso, de no efectuarse el pago oportunamente y sin perjuicio de lo previsto en los numerales 20.2. y 20.3 de este Contrato, el Concesionario quedará automáticamente obligado a pagar adicionalmente y a favor del Concedente el interés compensatorio que resulte de aplicar la tasa activa de mercado promedio ponderado efectiva (TAMN) que publique la Superintendencia de Banca y Seguros, a la suma pendiente de pago y hasta su efectiva cancelación.

¹⁸ El Contrato de Concesión señala que:

10.1.1. *Durante los cinco primeros Años de Concesión, hasta la totalidad de los pagos que correspondan por la Retribución Principal y la Retribución Especial podrán ser dejados de pagar por el Concesionario en la medida que realice Inversiones. El Concesionario quedará liberado de su obligación de pagar cada S/1.00 (Un Nuevo Sol) que corresponda por la Retribución Principal y la Retribución Especial a favor del Concedente por cada S/1.00 (Un Nuevo Sol) que el Concesionario efectivamente acredite que invirtió para la rehabilitación o mantenimiento de la Línea Férrea. Las Inversiones del Concesionario se considerarán efectuadas en el momento en que efectivamente se instalen bienes o se reciban servicios en la Línea Férrea.*

¹⁹ El segundo párrafo de la cláusula 10.1.5 del Contrato de Concesión señala que:

Si al emplearse el mecanismo resultara que existe un saldo de la Retribución Especial o la Retribución Principal no cubierto por las Inversiones, conforme a lo previsto en los numerales 10.1.1. y 10.1.2. de este Contrato, el Concesionario deberá pagar en ese mismo momento la diferencia a favor del Concedente. Si el Concesionario no cumpliera con pagar oportunamente esta diferencia y sin perjuicio de lo previsto en la Cláusula Vigésima de este Contrato, dicha diferencia deberá ajustarse según las normas vigentes para el ajuste de estados financieros por inflación para efectos contables, hasta su efectiva cancelación; además y sin perjuicio de la actualización antes señalada, dicha diferencia

Concesión, conforme a la cual únicamente procede la aplicación de intereses en aquellos casos en los que, luego de ejercer el beneficio previsto en la cláusula 10.1.1 del Contrato, existe un saldo pendiente que no es cancelado oportunamente;

4. En el supuesto negado que procediera la aplicación de intereses sobre la diferencia determinada a través de la presentación de la reliquidación, ello respondería al artículo 1247° del Código Civil que regula la aplicación de intereses en obligaciones no pecuniarias y no a las disposiciones del Contrato de Concesión, el cual únicamente prevé la aplicación de intereses en casos en los que no se ha efectuado el pago de manera oportuna, supuesto que no se ha dado en el presente caso;
5. Al tratarse de un supuesto no previsto por el Contrato de Concesión, no resulta aplicable la mora automática prevista por éste para los casos de falta de pago, razón por la cual, la aplicación de intereses deberá sujetarse a lo dispuesto por el artículo 1333° del Código Civil de modo que sólo se devengarán intereses a partir de la fecha de requerimiento de pago, es decir de la notificación de la Carta N° 001-2001-GG/OSITRAN, y no desde el 7 de junio como pretende OSITRAN.

A continuación, analizaremos los argumentos de FETRANS.

FETRANS considera que al oponer el mecanismo de liberación de pago de retribución especial por haber realizado inversiones en la vía, se cumplió con la obligación de pago y en consecuencia poco importa que las inversiones realizadas finalmente no sean reconocidas o no lo sean en la magnitud propuesta.

Este cuerpo colegiado considera que es conveniente precisar que el hecho que en el momento en que la Gerencia General ²⁰y el Consejo Directivo²¹, se emitieron sus resoluciones²² no contaban con los elementos necesarios para pronunciarse sobre el cumplimiento de la actuación o deber jurídico de pago de la Retribución Especial por parte de FETRANS, sino sólo respecto a las actuaciones o deberes jurídicos adicionales; **no significa que se haya dado por válida la actuación o deber jurídico de pago.**

Este punto ha sido desarrollado en la Resolución N° 010-2001-CD/OSITRAN de fecha 27 de abril del 2001, de la manera siguiente:

devengará automáticamente un interés moratorio equivalente a la máxima tasa de interés legal efectiva publicada por la Superintendencia de Banca y Seguros, hasta la fecha de su cancelación.

²⁰ Mediante la Resolución de Gerencia General N° 008-2000-GG-OSITRAN de fecha 29 de septiembre del 2000.

²¹ Mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 010-2000-CD/OSITRAN de fecha 11 de diciembre del 2000

²² En relación al procedimiento administrativo sancionador por incumplimiento de la cláusula 5.2 del Contrato de Concesión iniciado contra FETRANS.

“En relación a la afirmación del concesionario, en el sentido que para determinar si se incumplió o no con lo establecido en el numeral 5.1²³ del contrato, debe esperarse hasta el momento en que se proceda a la comprobación de la existencia de las inversiones y los montos de las mismas, este Cuerpo Colegiado considera que dicha afirmación es sólo parcialmente correcta.

En efecto, conforme lo señalado anteriormente, la cláusula 5.1²⁴ del Contrato de Concesión comprende varias actuaciones o deberes jurídicos, cuyo cumplimiento es verificable al 20 de enero de cada año o al día hábil siguiente de ser el caso²⁵.

Sin embargo, si bien es cierto que esta regla consiste en que el cumplimiento de los deberes o actuaciones debe verificarse al 20 de enero de cada año²⁶, al oponerse el mecanismo de liberación de pago, una de las actuaciones o deberes no es susceptible de verificarse al 20 de enero²⁷ sino que la oportunidad de verificación de su cumplimiento se diferirá a la fecha en que OSITRAN efectivamente esté en condiciones de verificar la existencia y el monto de las inversiones.

Este Cuerpo Colegiado igualmente considera que el hecho que se oponga el mecanismo de liberación de pago no enerva en lo absoluto las facultades de OSITRAN a efectos de verificar al 21 de enero de cada año²⁸, las actuaciones o deberes jurídicos restantes que se encuentran contenidos en la Cláusula 5.1²⁹ del Contrato de Concesión.”

Por otro lado, el mecanismo de liberación de pago de la Retribución Especial contenido en la cláusula 10.1.1 sólo opera en la medida en que el Concesionario acredite que las inversiones hayan sido efectivamente realizadas

10.1.1. Durante los cinco primeros Años de Concesión, hasta la totalidad de los pagos que correspondan por la Retribución Principal y la Retribución Especial podrán ser dejados de pagar por el Concesionario en la medida que realice Inversiones. El Concesionario quedará liberado de su obligación de pagar cada S/.1.00 (Un Nuevo Sol) que corresponda por la Retribución Principal y la Retribución Especial a favor del Concedente por cada S/.1.00 (Un Nuevo Sol) que el Concesionario efectivamente acredite que invirtió para la rehabilitación o mantenimiento de la Línea Férrea. Las Inversiones del Concesionario se considerarán efectuadas en el momento en

²³ Léase 5.2.

²⁴ Léase 5.2.

²⁵ Léase para el presente caso, los días 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29 y 30 de marzo del 2000.

²⁶ Léase para el presente caso, los días 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29 y 30 de marzo del 2000.

²⁷ Léase para el presente caso, los días 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29 y 30 de marzo del 2000.

²⁸ Léase para el presente caso, los días 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29 y 30 de marzo del 2000.

²⁹ Léase 5.2.

que efectivamente se instalen bienes o se reciban servicios en la Línea Férrea.

Conforme puede apreciarse de la referida cláusula contractual, para efectos de que opere la liberación de pago no basta que el concesionario lo oponga sino que debe quedar acreditado que las mismas han sido realmente efectuadas. Para dichos efectos los funcionarios de OSITRAN deberán trasladarse a la zona en donde se han realizado las inversiones, para verificar que las mismas se hayan efectuado.

En el presente caso, los hechos se produjeron de la forma siguiente:

1. La Resolución de Consejo Directivo N° 010-2000-CD/OSITRAN por la que se determinó de manera definitiva a cuánto ascendía la Retribución Especial fue emitida con fecha 11 de diciembre del 2000.
2. La Carta de Gerencia General N° 001-2001-GG/OSITRAN fue emitida el día 2 de enero del 2001. A través de dicha carta se daba cumplimiento a la Resolución de Consejo Directivo fue notificada al concesionario el día 3 de enero del 2001.
3. Por Carta N° 008-01-DTIV-OSITRAN de fecha 16 de enero del 2001, notificada a FETRANS con fecha 19 de enero del 2001, se le comunicó el monto que le fue reconocido por inversiones.

A la fecha en que la Gerencia General notificó la Carta N° 001-2001-GG/OSITRAN, aún desconocía el monto real de las inversiones que fueron reconocidas en la vía, por lo que aún no había posibilidad de determinar si se había cumplido con la actuación o deber jurídico de pago y en consecuencia tampoco había posibilidad de determinar si se habían generado intereses compensatorios.

Este es el criterio determinado por la Resolución de Consejo Directivo N° 010-2001-CD/OSITRAN, que estableció que:

“sí resulta correcto sostener que cuando se ha opuesto el mecanismo de liberación de pago de la retribución principal³⁰ y concurren las siguientes circunstancias:

- a) *Determinación correcta de la retribución principal³¹, inicialmente (al 20 de enero de cada año o al siguiente día hábil) o con posterioridad a dicha fecha³²;*

³⁰ Léase retribución especial.

³¹ Léase retribución especial.

³² Léase para el presente caso, los días 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29 y 30 de marzo del 2000.

- b) *Comprobación de la existencia de las inversiones conforme a los criterios establecidos en el Contrato de Concesión;*
- c) *Que el monto de las inversiones debidamente acreditadas sea igual o exceda al monto determinado por retribución principal³³;*
- d) *El monto de las inversiones debidamente acreditadas no haya sido aplicada al pago de la retribución especial³⁴;*

se considerará cumplida la actuación o deber jurídico de pago y no se generarán intereses.

- 3. *En el caso de que se haga un uso incorrecto del mecanismo de liberación de pago, se generarán intereses a partir de la fecha de vencimiento del pago de la Retribución Principal³⁵*

En efecto, este Cuerpo Colegiado considera que si no se cumplen las condiciones anteriormente señaladas, se considerará que no hubo un pago válido y en consecuencia los intereses se generarán a partir de la fecha de vencimiento de pago de la retribución principal (20 de enero de cada ejercicio o siguiente día hábil)³⁶."

En consecuencia, a criterio de este cuerpo colegiado la Gerencia General excedió los alcances de la Resolución de Consejo Directivo N° 010-2000-CD/OSITRAN, conforme lo señalado por FETRANS.

En cuanto al argumento de FETRANS en el sentido que lo que correspondía era la aplicación de lo dispuesto en la cláusula 10.1.5, este tema ya ha quedado suficientemente desarrollado por el precedente antes citado, cuando señala los efectos que tiene la aplicación incorrecta del mecanismo de liberación de pago.

En cuanto al argumento de FETRANS en el sentido que al no haberse producido un incumplimiento del pago, lo que corresponde son los intereses a que alude el artículo 1247° del Código Civil; este cuerpo colegiado considera que dicho argumento ha sido refutado líneas arriba, con lo que claramente se determina que se trata de una obligación pecuniaria a la que se le aplican las reglas del Contrato de Concesión.

Finalmente, en cuanto al argumento en el sentido que se trata de un supuesto no regulado en el Contrato de Concesión y en consecuencia resulta aplicable el régimen de la mora convencional (es decir no corresponde la mora automática), este cuerpo colegiado considera que del desarrollo realizado, queda claro que el Contrato de Concesión tiene reglas claras en el último párrafo de la cláusula 5.2 ³⁷

³³ Léase retribución especial.

³⁴ Léase retribución principal.

³⁵ Léase retribución especial.

³⁶ Léase para el presente caso, los días 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29 y 30 de marzo del 2000

³⁷ El último párrafo de la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión establece que:

que establecen la mora automática, por lo que igualmente debe desestimarse lo señalado por FETRANS en este punto.

Nulidad de oficio de la Carta N° 001 -2001-GG/OSITRAN en el extremo relativo a intereses compensatorios

FETRANS sustenta su afirmación, señalando que

1. En atención a que la Carta N° 001-2001-GG/OSITRAN excedió los alcances de la Resolución que pretendía ejecutar, corresponde que el superior jerárquico declare de oficio, la nulidad del requerimiento de pago contenido en la referida carta.

A continuación desarrollaremos los argumentos de FETRANS:

Conforme al artículo 109° del TUO de la LNGPA “En cualquiera de los casos enumerados en el artículo 43°; podrá declararse de oficio la nulidad de resoluciones administrativas, aún cuando hayan quedado consentidas, siempre que agravién el interés público.”

Analicemos los requisitos establecidos por la ley a efectos de determinar si la Administración Pública puede declarar la nulidad del acto administrativo cuestionado.

- a) El artículo 109° se refiere a la nulidad de resoluciones.
- b) Deben estar incursas dentro de uno de los supuestos del artículo 43°.
- c) No es necesario que las mismas no hayan quedado consentidas.
- d) Debe agraviar el interés público.

a) Nulidad de resoluciones

Conforme lo desarrollado anteriormente, si bien es cierto que el artículo 109° se refiere a nulidad de resoluciones, es criterio de este cuerpo colegiado que el régimen de recursos impugnativos y de nulidades, se aplica también a los actos de ejecución, por lo que consideramos que este requisito se encuentra cumplido.

b) Deben estar incursas en los supuestos del artículo 43°

El TUO de la LNGPA establece que:

Artículo 43°. -Son nulos de pleno derecho los actos administrativos:

En cualquier caso, de no efectuarse el pago oportunamente y sin perjuicio de lo previsto en los numerales 20.2. y 20.3 de este Contrato, el Concesionario quedará automáticamente obligado a pagar adicionalmente y a favor del Concedente el interés compensatorio que resulte de aplicar la tasa activa de mercado promedio ponderado efectiva (TAMN) que publique la Superintendencia de Banca y Seguros, a la suma pendiente de pago y hasta su efectiva cancelación.

- a) *Dictados por órgano incompetente.*
- b) *Contrarios a la Constitución y a las leyes y los que contengan un imposible jurídico.*
- c) *Dictados prescindiendo de las normas esenciales del procedimiento, y de la forma prescrita por la ley.*

Este cuerpo colegiado considera que el acto contenido en la carta, al haber excedido lo dispuesto en la Resolución de Consejo Directivo ha incurrido en la causal de nulidad contemplada en el literal b) del artículo 43° del TUO de la LNGPA.

Si bien, el propio TUO de la LNGPA no regula específicamente el tema, el mismo establece que:

Artículo 2º. - Las autoridades administrativas no podrán dejar de resolver, por deficiencia de las leyes, las cuestiones que se les proponga; en este caso acudirán a las fuentes supletorias del derecho administrativo.

Este cuerpo colegiado, considera como fuente supletoria del derecho administrativo lo dispuesto por el Texto Unico Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS, que establece:

Artículo 4º - Carácter vinculante de las decisiones judiciales. Principios de la administración de justicia.

Toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial³⁸ competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo la responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señala.

En atención a que la Gerencia General excedió los alcances de la Resolución de Consejo Directivo N° 010-2000-CD/OSITRAN incurrió en causal de nulidad establecida en el literal b) del artículo 43° del TUO de la LNGPA.

c) No es requisito que el acto aún no haya quedado consentido.

Conforme lo desarrollado anteriormente, el acto recurrido ya ha quedado consentido, lo que no obsta para su declaratoria de nulidad.

d) La nulidad debe agravar el interés público.

El Diccionario Espasa Jurídico se refiere al “interés público” señalando que:

³⁸ Léase administrativa.

“Es un concepto indeterminado que fundamenta y justifica la actuación de las Administraciones públicas. La intervención administrativa en los campos diversos de la vida social y económica debe estar basada en que con tal intervención se busca el interés público, o es exigida por tal interés”.

Es la traducción jurídico-administrativa del concepto jurídico-político de bien común, que integra gran parte de la teoría de los fines del Estado.”³⁹

Bacacorzo, señala lo siguiente respecto al mismo concepto:

“Conviene precisar solamente el concepto que aquí tiene la expresión interés público. “Es la utilidad, conveniencia o bien de los más antes los menos, de la sociedad ante los particulares, del Estado sobre los súbditos o los ciudadanos (Res. N° 1692-88-TSC 1ª Sala, de 11 -10-1988. No habiendo agravio al interés público, las resoluciones administrativas consentidas no pueden quedar sin efecto por un posterior acto administrativo).”⁴⁰

Corresponde entonces, evaluar si se está agravando el interés público en el presente caso.

En el extremo de la Carta N° 001-2001-GG/OSITRAN que FETRANS solicita dejar si efecto, se señala:

“Volver a liquidar la Retribución Especial teniendo en consideración lo siguiente:

- a) El monto que debe añadirse a la reliquidación presentada con carta 83-2000/FETRANS S.A., recibida el 07 de Junio del presente, es de S/.18,644.21³, ya que al no considerar los intereses compensatorios a dicha fecha por la cantidad de S/.349,419.98 (que equivale a S/.383,8999.98 de retribución especial al 30 de marzo menos S/.34,480 que el concesionario presentó en su liquidación), el saldo que correspondió a la Retribución Especial fue sólo de S/.330,775.77. De esta manera, queda pendiente un saldo por liquidar de dicha retribución de S/.18,644.21.*
- b) Los intereses compensatorios aplicables sobre el saldo mencionado de la Retribución Especial (S/.18.644.21), se debe calcular desde el 07 de Junio, hasta la fecha en que sea recibida la reliquidación de la Retribución Especial.”*

Este cuerpo colegiado considera incorrecto el requerimiento de la Gerencia General en atención a lo siguiente:

³⁹ FUNDACIÓN TOMÁS MORO. *Diccionario Jurídico Espasa*. Madrid: Espasa, 1991.

⁴⁰ BACACORZO, Gustavo. *Comentarios a la Ley de Procedimientos Administrativos*. Lima: Gaceta Jurídica, 1999. 13ª ed. P. 187.

Por Carta N° 83-2000FETRANS S.A. de fecha 5 de junio del 2000, FETRANS señala que:

“el monto reliquidado de Retribución Especial correspondiente al semestre corrido entre el 21 de septiembre de 1999 y el 20 de marzo del 2000 ascendería a la cifra de S/.383 899,98 (TRESCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y NUEVE 00/100 Nuevos Soles).

Ejerciendo la facultad que como concesionario nos reconoce el numeral 10.1.1 del Contrato de Concesión, dejaremos de pagar la cifra reliquidada en el numeral antecedente como Retribución Especial por el primer semestre vencido, sustentando el ejercicio de esta facultad contractual en que las inversiones realizadas por nuestra empresa para el mantenimiento y rehabilitación de la Vía Férrea al 31 de diciembre de 1999, ascendieron a la suma de S/.5 870 685 según sustento de inversiones adjuntado a la liquidación de la Retribución Principal y presentado a ustedes el 20 de enero último, cuyas cifras establecen un remanente en nuestro favor, de S/.2 040 460 para ser aplicado contra retribuciones futuras. Justamente contra ese excedente ejercemos nuestro derecho de deducción respecto de la Retribución Especial derivada de la reliquidación materia del numeral precedente”.

De lo expuesto, puede apreciarse que FETRANS nunca señaló que aplicaba el beneficio de liberación de pago por inversiones contra la suma de intereses, lo que resulta conceptualmente correcto. En efecto, el mecanismo contemplado en el Contrato de Concesión establece que:

*10.1.1. Durante los cinco primeros Años de Concesión, hasta la totalidad de los **pagos que correspondan por la Retribución Principal y la Retribución Especial** podrán ser dejados de pagar por el Concesionario en la medida que realice Inversiones.*

De la cláusula transcrita, se desprende claramente que el mecanismo de liberación por la realización de inversiones, sólo es oponible contra los montos adeudados por Retribución Principal y Retribución Especial, pero no contra sus accesorios (como son los intereses). En efecto, este mecanismo tiene el propósito de incentivar la inversión permitiendo que se deje de pagar los referidos conceptos, es decir premia la inversión del concesionario. Sin embargo, extender el beneficio al pago de intereses sería ir en contra del texto del Contrato de Concesión, en atención a que ello constituiría un premio al concesionario que deja de pagar en la debida oportunidad la Retribución Principal o Especial.

Queda entonces claro que al reputar válido el pago de intereses con el beneficio de liberación por inversiones, la Gerencia General no actuó de forma correcta lo que generó un agravio al interés público, ya que la única forma de pagar los intereses generados es con efectivo.

En segundo lugar, conforme a lo señalado por el extremo de la carta cuestionado, no se generan intereses sobre la suma de S/.34 480,00, es decir, sobre la suma que el concesionario presentó en su liquidación al 30 de marzo del 2000.

Conforme el precedente citado anteriormente, no se atribuyen efectos de pago a la simple oposición del mecanismo de liberación por realización de inversiones. Para efectos de que el Concesionario se considere liberado, OSITRAN deberá reconocer que las inversiones efectivamente se han realizado y sólo en dicha medida podrá reputarse válido el pago.

Esto resulta más importante, en la medida en que por Carta N° 015-01-DTIV-OSITRAN de fecha 19 de enero del 2001, recibida por FETRANS, con fecha 22 de enero del 2001, se señaló:

“hacemos referencia a su comunicación N° GFIN-001/2001 recibida el 09 de enero del presente, la cual declara que la Retribución Especial del mencionado período asciende a S/.405,353.53. Asimismo, hacemos referencia a su comunicación s/n del 27 de marzo de 2000 en la cual manifiestan su decisión de ejercer la facultad conferida en la mencionada cláusula 10.1 aplicando las inversiones efectuadas al 31 de diciembre de 1999.

Sin embargo, considerando que conforme a nuestra comunicación N° 014-01-DTIV-OSITRAN, el íntegro de las inversiones efectuadas al 31 de diciembre de 1999 han sido aplicadas a la Retribución Principal correspondiente al ejercicio 1999, Ferrocarril Transandino S.A. debe proceder al pago de la mencionada Retribución Especial que asciende a S/.405,353.53, a favor del concedente”

De lo expuesto, se desprende que no había monto de inversiones libre para ser aplicado contra la Retribución Especial por el mecanismo de liberación de pago.

A continuación, transcribimos nuevamente el precedente citado anteriormente:

“sí resulta correcto sostener que cuando se ha opuesto el mecanismo de liberación de pago de la retribución principal⁴¹ y concurren las siguientes circunstancias:

- a) Determinación correcta de la retribución principal⁴², inicialmente (al 20 de enero de cada año o al siguiente día hábil) o con posterioridad a dicha fecha⁴³;*
- b) Comprobación de la existencia de las inversiones conforme a los criterios establecidos en el Contrato de Concesión;*

⁴¹ Léase retribución especial.

⁴² Léase retribución especial.

⁴³ Léase para el presente caso, los días 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29 y 30 de marzo del 2000.

- c) Que el monto de las inversiones debidamente acreditadas sea igual o exceda al monto determinado por retribución principal⁴⁴;
- d) *El monto de las inversiones debidamente acreditadas no haya sido aplicada al pago de la retribución especial⁴⁵;*

se considerará cumplida la actuación o deber jurídico de pago y no se generarán intereses.

- 4. **En el caso de que se haga un uso incorrecto del mecanismo de liberación de pago, se generarán intereses a partir de la fecha de vencimiento del pago de la Retribución Principal⁴⁶**

En efecto, este Cuerpo Colegiado considera que si no se cumplen las condiciones anteriormente señaladas, se considerará que no hubo un pago válido y en consecuencia los intereses se generarán a partir de la fecha de vencimiento de pago de la retribución principal (20 de enero de cada ejercicio o siguiente día hábil)⁴⁷."

Del precedente citado, se desprende claramente del literal c), "contrario sensu", que cuando el monto de las inversiones es inferior a la Retribución Especial, no se considerará cumplida la actuación o deber jurídico de pago, y en consecuencia los intereses se generarán a partir de la fecha del vencimiento del pago de la Retribución Especial, es decir el día 30 de marzo del 2000, y obviamente sólo por el monto de la retribución especial no cubierto por las inversiones.

En el caso de la infraestructura de uso público administrada por sociedades concesionarias, es claro que el interés público radica en que la debida interpretación de los alcances de los contratos de concesión resulta indispensable para otorgar certeza a los inversionistas respecto a las reglas de juego que rigen su relación con el Estado. La interpretación correcta de los contratos de concesión respetando estrictamente los términos del contrato y el ordenamiento legal, y en particular en un ámbito tan neurálgico como para el desarrollo del país como es el de la infraestructura, resulta incuestionablemente de interés público.

En efecto, este cuerpo colegiado considera que es importante para la inversión privada en el desarrollo de infraestructura de transporte de uso público no sólo el otorgar tasas de retorno adecuadas en el marco del proceso de promoción de la inversión privada, sino garantizar que la autonomía e independencia de la que está investido legalmente OSITRAN se plasme en interpretaciones correctas de los contratos de concesión y en una actuación que pondere adecuadamente los intereses del Estado, los inversionistas y los usuarios, con un mecanismo de concesión que remunere de forma equitativa la inversión se atraerá al inversionista

⁴⁴ Léase retribución especial.

⁴⁵ Léase retribución principal.

⁴⁶ Léase retribución especial.

⁴⁷ Léase para el presente caso, los días 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29 y 30 de marzo del 2000

nacional y/o extranjero. Este cuerpo colegiado considera que es tan fundamental o quizá hasta más importante que el aspecto anteriormente mencionado, el que un organismo **autónomo e independiente del poder político**, como lo es el OSITRAN efectúe una interpretación adecuada a ley de los contratos de concesión.

Este cuerpo colegiado considera que es de interés público garantizar mediante una actuación correcta del OSITRAN las condiciones institucionales que favorecen la inversión privada nacional y extranjera en la infraestructura de transporte de uso público.

En consecuencia, a criterio de este cuerpo colegiado, con el acto administrativo discutido, se agravia el interés público, además de cumplirse con los requisitos anteriormente señalados, por lo que corresponde que su nulidad sea declarada de oficio.

Aplicación de los intereses liquidados respecto a las futuras obligaciones de pago que se devenguen respecto de las retribuciones especial y/o principal.

FETRANS sustenta esta afirmación, de la manera siguiente:

1. En atención a la solicitud de dejar sin efecto la carta N° 001-2001-GG/OSITRAN en la parte correspondiente a la reliquidación de intereses, solicitan que se proceda a considerar los importes aplicados por la empresa al cumplimiento de dicho requerimiento como saldo susceptible de ser aplicado a las futuras liquidaciones de las retribuciones establecidas en el Contrato de Concesión.

Conforme los criterios establecidos tanto en el precedente citado, como en esta resolución, no corresponde aceptar la imputación efectuada por la Gerencia General contra intereses. Sin embargo, conforme a lo señalado anteriormente, deberá procederse a efectuar una nueva liquidación que considere que los intereses se han devengado a partir de la fecha de vencimiento de la obligación, y en consecuencia son mayores que los calculados inicialmente, por lo que la solicitud del concesionario carece de objeto.

Por lo expuesto se **RESUELVE**:

PRIMERO: Confirmar la Resolución N° 006-2001-GG-OSITRAN de fecha 20 de marzo del 2001, que declara inadmisile la solicitud presentada por FERROCARRIL TRANSANDINO S.A. por escrito de fecha 6 de febrero del 2001.

SEGUNDO: Decretar de Oficio, la nulidad de la Carta N° 001-2001-GG/OSITRAN de fecha 2 de enero del 2001, en el extremo contenido en su numeral 2, dejando subsistente el acto en lo demás que contiene.

TERCERO: Disponer que se practique una nueva liquidación de los intereses, conforme a los criterios establecidos en la parte considerativa de la presente resolución.

CUARTO: Poner la presente resolución en conocimiento del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción en su calidad de concedente.

QUINTO: Encargar a la Gerencia General adoptar las acciones necesarias para el cumplimiento de lo dispuesto en la presente resolución.

LEONIE ROCA VOTO-BERNALES
Presidenta