

NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS

ENRIQUE CUBA BUSTINZA¹

Abogado UCSM, egresado de la Maestría en Derecho Empresarial de la Universidad de Lima, Profesor de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas - UPC y árbitro de la Cámara de Comercio de Lima - CCL.

Uno de los temas más polémicos en la aplicación de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, a los procedimientos trilaterales que se ventilan ante los Tribunales administrativos de servicios públicos es, que duda cabe, la figura procesal de la nulidad del acto administrativo. Mucho se ha escrito al respecto; sin embargo, se ha comentado muy poco desde el punto de vista netamente procesal, por ello más allá de los aportes de la doctrina, lo que pretendemos aquí es hacer un comentario de los artículos relacionados a la nulidad en la Ley N° 27444 y su aplicación en un caso concreto de jurisprudencia administrativa vinculada a los servicios públicos.

El caso es el siguiente: El reclamante solicitó la devolución de cobros indebidos por concepto de equipo terminal analógico y complementario (anexos telefónicos para comunicación interna), señalando que al adquirir su línea telefónica no se arrendó ningún equipo terminal adicional (anexos internos), por cuanto la central telefónica así como sus accesorios y equipos son y siguen siendo propiedad del reclamante.

La empresa operadora del servicio telefónico expresó que el reclamante al adquirir su línea telefónica, arrendó un equipo terminal adicional (anexos internos) y que en virtud de dicho arrendamiento es que se han efectuado los respectivos cobros.

Con anterioridad al reclamo que comentamos, la Gerencia General y el Consejo Directivo del organismo regulador emitieron dos resoluciones en las que ordenan la devolución de los cobros indebidos por equipo terminal en tres casos específicos que se consignan más adelante, pero a que juicio del Tribunal no tienen necesariamente carácter vinculante por la autonomía e independencia de este colegiado.

De conformidad con las resoluciones mencionadas, la devolución procede cuando:

- No exista título legal del cual derive el derecho de la empresa operadora de incluir estos conceptos en el recibo telefónico del usuario.
- La empresa operadora no otorgue una contraprestación cierta a cambio del pago de dichos conceptos.
- El usuario haya comunicado expresamente a la empresa operadora su voluntad de que esta empresa suspenda la facturación

de los referidos conceptos en el recibo del servicio y, ésta, a su vez, no haya accedido a lo solicitado por el usuario.

Ante ello, el Tribunal tenía una grave disyuntiva en la Directiva que establece las Normas aplicables a los Procedimientos de Atención de Reclamos de Usuarios de Servicios Públicos de Telecomunicaciones. Por un lado, lo dispuesto por el artículo 42º, en el que, el silencio, la respuesta evasiva o la negativa genérica o contradictoria, puede ser apreciado por el Tribunal como el reconocimiento de verdad de los hechos alegados por el usuario; y, de otro lado, lo dispuesto por el artículo 39º de la misma Directiva que establece que en vía de apelación este Tribunal examina la validez legal y la idoneidad técnica de los fundamentos y términos de la resolución recurrida. Además, este Tribunal, tenía al frente el artículo 10º, inciso 3º de la Ley N° 27444, a saber:

«Artículo 10º.- Causales de nulidad:

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

(...)

3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.(...)»

Como bien dice el profesor Morón Urbina², en nuestro ordenamiento administrativo se han incrementado las posibilidades de obtención de beneficios para los administrados, sin previamente haber pasado por las técnicas probatorias previas de la administración, por ello, se ha previsto esta causal como una forma de corregir vía nulidad posterior los actos que de mala fe puedan dar lugar a la adquisición indebida de facultades o derechos. La proliferación del silencio administrativo positivo, de procedimientos de aplicación automática, el empleo de documentos sucedáneos y la presunción de veracidad, han dado ocasión a las acciones indebidas que aquí se trata de contrarrestar. La buena fe es un principio de la actuación administrativa; pero nada autoriza a la obtención de ventajas indebidas, ni a que éstas puedan tomarse inmovibles cuando agravan justamente la buena fe. En tal sentido, por aplicación de esta causal se sanciona tanto el **acto expreso** como el acto tácito.

De acuerdo a la Ley N° 27444, los artículos de la Directiva de Reclamos que disponen que por errores, ineficiencias u omisiones de la empresa operadora los reclamos serán declarados fundados,

¹ El autor ha sido vocal titular de los Tribunales de Reclamos de OSIPTEL y SUNASS.

² Morón Urbina, Juan Carlos. *Comentarios a la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica, Primera Edición. Lima, 2001.

lamentablemente no son de aplicación general y automática, ya que hay excepciones que obligan a analizar caso por caso. De hecho el Tribunal ya tenía este criterio que es totalmente legal - el Reglamento de este colegiado faculta expresamente a declarar la nulidad de los actos administrativos expedidos por las empresas; cuando hayan incurrido en alguna de las causales señaladas por la Ley N° 27444 - Al respecto, tenemos varios ejemplos. Uno de ellos es el caso de un reclamo de algún usuario por la existencia del pago de la renta básica. Supongamos que la empresa operadora resuelve a través de una resolución sin motivación. ¿Tendríamos que declarar fundado el reclamo; es decir, el usuario no pagaría renta básica? Lo mismo sucede con los reclamos de mantenimiento, refinanciación de deudas, venta o alquiler de equipos, intereses, etc. Otro ejemplo, el caso de un reclamo por traslado de línea. Supongamos que no hay facilidades técnicas para ello y la empresa operadora resuelve a través de una resolución que carece de motivación y que no guarda relación con el objeto. ¿Podríamos declarar fundado el reclamo; es decir, la empresa operadora tendría que instalar facilidades técnicas para una sola persona? Por ello se aplicó la Ley N° 27444.

En este sentido, es preciso señalar que de conformidad con la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, el Objeto o Contenido y la Motivación, entre otros, son requisitos de validez de los actos administrativos, lo que significa que deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos y comprender las cuestiones surgidas de la motivación, la que a su vez estará en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico. Asimismo, el contenido debe comprender todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados y la motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado. El defecto o la omisión de estos dos requisitos de validez, así como la contravención a las leyes y normas reglamentarias, constituyen vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho.

En el presente caso, el reclamante señaló que en determinado período la empresa operadora les había facturado y cobrado los conceptos de «*Equipo Terminal Analógico*» y «*Equipo Complementario*», sin que exista contraprestación cierta ni título legal alguno que le permita tener derecho a incluir estos conceptos en el recibo correspondiente a su servicio.

Asimismo, la empresa operadora no se pronunció a través de una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, ni mediante la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifiquen el acto adoptado, simplemente se limitó a repetir una fórmula general y vacía de fundamentación y además de acuerdo al artículo 6° de la Ley N° 27444 constituía una fórmula oscura, vaga, contradictoria, insuficiente y lo que es peor se refería al rubro «*mantenimiento*» que ni siquiera fue reclamado por el usuario - este último argumento por sí solo hubiera acarreado la nulidad de pleno derecho - ; por estas razones adicionales a las ya mencionadas es que tampoco se pudo aplicar el artículo 14° de conservación del acto administrativo, máxime que esta norma, a nuestro parecer, es muy difícil de aplicar, porque tanto el inciso 2 del artículo 10° como el 14.2.2° de la Ley N° 27444 usan términos muy imprecisos y confusos para los operadores del derecho, pues el primero se refiere a defecto u omisión:

omisión es ausencia de motivación que no era el caso, y **defecto** es una insuficiente y parcial motivación que son justamente los términos que utiliza la segunda norma que comentamos. Esto en cuanto a la motivación. Sin embargo, con respecto al objeto de los actos administrativos, también existe una grave confusión en la Ley N° 27444 pues si revisamos el artículo 14.2.1° se dice que el acto puede ser conservado aún cuando el contenido u objeto sea incongruente con la motivación y, por otro lado, el inciso 2 del artículo 3° in fine establece que el **objeto** debe comprender las cuestiones surgidas de la **motivación** y el inciso 4 del mismo artículo dice que el acto administrativo debe estar debidamente **motivado** en proporción al **contenido**. De manera pues que las causales de nulidad estaban palmariamente presentes en la resolución de primera instancia.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 217.2° de la citada Ley N° 27444, constatada la existencia de una causal de nulidad, la autoridad, además de la declaración de nulidad, resolverá sobre el fondo del asunto, de contarse con los elementos suficientes para ello. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispondrá la reposición del procedimiento al momento en el que el vicio se produjo. En efecto, al no contarse en el expediente con información suficiente que hubiera permitido emitir un fallo respecto a la pretensión formulada por el reclamante, se ordenó a la empresa operadora volver a pronunciarse sobre el reclamo presentado, obviamente sin agotamiento de la vía administrativa como el usuario equivocadamente interpretó.

En ese orden de ideas y de conformidad con los artículos 3°, numerales 2 y 4; 5°, numeral 4; 6°, numeral 1; 10°, numerales 1 y 2; y 217°, numeral 2 de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General - norma supletoria - y con la Directiva que establece las normas aplicables para los procedimientos de atención a los reclamos de usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones; el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios declaró nula e insubsistente la resolución de primera instancia debiendo la empresa operadora pronunciarse nuevamente respecto al reclamo presentado.

Finalmente, quedan dos cuestiones por dilucidar:

- ¿Por qué aplicar la Ley N° 27444 si la Directiva es una norma especial?
- ¿Por qué un tema vinculado a la propiedad, cobros indebidos, enriquecimiento ilícito y prescripción en el caso de equipos telefónicos debe ser dilucidado en un Tribunal administrativo y no en el fuero común? ¿No se trataba de un reclamo a todas luces improcedente?

Con respecto a la primera interrogante, diremos simplemente que, se aplicó, entre otros, el artículo II del Título Preliminar de la Ley N° 27444 que establece que los procedimientos especiales creados y regulados como tales por ley expresa, se rigen supletoriamente por esta ley en **aqueellos aspectos no previstos**, y la figura de la nulidad no está regulada en ninguna directiva de atención de reclamos de servicios públicos en el Perú.

Y con respecto a la segunda interrogante, podemos afirmar que, se trata de un caso típico de demagogía política introducido lamentablemente por ciertas autoridades normativas de los organismos regu-

ladores en los procedimientos de reclamos de servicios públicos, que a la sazón fue incorporado dentro de la competencia del Tribunal con la finalidad de resolver los reclamos que versaran sobre devolución de cobros indebidos por equipo terminal y que para pasar de contrabando los temas de propiedad, cobros indebidos, enriquecimiento ilícito y prescripción se utilizó la caja de pandora que consiste en hacer una sutil diferenciación entre el cobro por equipo terminal en el recibo telefónico y cualquier aspecto referido a su contratación.

Consecuentemente, como la figura de la improcedencia no está regulada en la Ley N° 27444, de conformidad con el artículo 217° de la mencionada ley, sólo cabían cinco posibilidades para resolver dentro de un procedimiento recursal administrativo:

1. Estimar el recurso (fundado en todo o en parte).
2. Desestimar el recurso (infundado en todo o en parte).
3. Inadmitir (declarar la inadmisibilidad).
4. Declarar la nulidad de la resolución de primera instancia retrotrayendo la causa al estado en que se produjo el vicio.
5. Declarar la nulidad resolviendo el fondo de la controversia siempre que haya elementos para ello.

El Artículo 3° de la mencionada ley: Requisitos de validez de los actos administrativos dice: «*Son requisitos de validez de los actos administrativos entre otros la competencia: Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.*» El artículo 10° de causales de nulidad dice que son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, entre otros, el defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, como acabamos de ver, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14° que no es el caso.

Por lo tanto, el vicio se habría producido desde la primera instancia al resolver un reclamo para el que no se tiene competencia (materia contractual como se vio con anterioridad). Teniendo en consideración el carácter subsidiario y no supletorio del Código Procesal Civil y, que el presente caso no encajaba exactamente en alguna de las cinco posibilidades descritas (no se puede resolver el fondo ni retrotraer la causa por la falta de competencia) para resolver un procedimiento recursal, el Tribunal pudo revocar la resolución de

primera instancia y declarar la improcedencia de la apelación por no tener fundamento (caso de renta básica, interés por financiamiento, mantenimiento, convenio de financiamiento y materia contractual, entre otros) en aplicación subsidiaria del segundo párrafo del artículo 367° del CPC que se refiere a la improcedencia de la apelación; sin embargo, el Tribunal tuvo que apreciar que en la exposición de motivos de la modificatoria del artículo 18° de la Directiva de Reclamos en el párrafo octavo, se hace una diferenciación entre el cobro por equipo terminal en el recibo telefónico y cualquier aspecto referido a su contratación, ordenando al Tribunal que asumiera competencia en los reclamos vinculados a esta materia. Además, el noveno párrafo de la exposición de motivos expresa que las empresas operadoras no deben incluir en sus recibos servicios distintos a los servicios públicos de telecomunicaciones, con excepción de los equipos terminales, en tal sentido en el hipotético caso que esta disposición no se respetara, resultará razonable que los usuarios puedan reclamar por la facturación de estos conceptos. En consecuencia, la norma aprobada se convirtió en un mecanismo para exigir el cumplimiento de lo estipulado en las diversas condiciones de uso aprobadas por el organismo regulador.

Ahora bien, toda esta normativa especial no concuerda con el artículo 62° de la Constitución Política que a letra dice: «*La libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.*» Y tampoco concuerda con los artículos 1351°, 1354° y 1361° (principio de *pacta sunt servanda*: obligaciones de cumplimiento forzoso) de nuestro Código Civil; no obstante el Tribunal administrativo al no haber consenso sobre la posibilidad de aplicar el control difuso, por el principio de legalidad se avocó al conocimiento de la causa y resolvió como venimos comentando.

En conclusión, existía una resolución de la empresa operadora de telecomunicaciones que carecía de motivación y objeto, requisitos esenciales de todo acto administrativo y que por mandato del Reglamento del Tribunal Administrativo y de la Ley N° 27444, correspondía declarar su nulidad. No hacerlo hubiera con seguridad constituido responsabilidad administrativa y civil por parte de los vocales firmantes de la mencionada resolución por no aplicar la **supletoriedad** y el **principio de legalidad**.