

INFORME N° 119-04-GAL-OSITRAN

Para : Alejandro Chang Chiang
Presidente

C.c. : Jorge Alfaro Martijena
Gerente General

Asunto : Solicitud de interpretación del concepto Derecho de Vía - NORVIAL

Referencia : Carta N° NOR556-04

Fecha : 11 de noviembre de 2004

I. ANTECEDENTES:

Mediante carta N° NOR556-04 del 15 de octubre del presente año, el Gerente General de la empresa concesionaria Norvial, solicitó a OSITRAN que interprete algunos aspectos relacionados con el concepto de Derecho de Vía. Específicamente se solicita:

- (i) Interpretar el concepto de Derecho de Vía respecto de aquellos sectores del tramo Ancón-Huacho-Pativilca en los que las calzadas se separan una de la otra.
- (ii) Interpretar el dicho concepto de Derecho de Vía respecto las estaciones de peaje y pesaje de la Carretera Panamericana Norte.

II. OBJETO DEL PRESENTE INFORME:

El objeto del presente informe es emitir opinión legal respecto de la interpretación del concepto de Derecho de Vía a los supuestos mencionados en la comunicación de la empresa concesionaria.

III. ANÁLISIS:

III.1. Aspectos materia de consulta

1. La empresa concesionaria solicita interpretación respecto del concepto de Derecho de Vía respecto de:
 - a. Interpretación del Derecho de Vía en aquellos sectores del Tramo Ancón Huacho-Pativilca en los que las calzadas se separan una de otra

Sobre el particular, señalan que existen ciertos tramos en los que las dos vías se separan existiendo entre ambas porciones de terreno considerables. En tal

sentido se solicita determinar si las áreas entre ambas vías forma parte o no del Derecho de Vía, debiendo precisarse las reglas generales que permitirán determinar tal derecho en cualquier tramo de la carretera.

b. Interpretación del Derecho de Vía donde se ubican las estaciones de peaje y pesaje de la Carretera Panamericana Norte

Sobre este punto señalan que las estaciones de peaje y pesaje tienen una dimensión y ubicación que excede la extensión del Derecho de Vía, mientras que, de otra parte, el Contrato de Concesión define tal derecho señalando que es una faja de territorio dentro del cual se encuentran los servicios complementarios. En tal sentido, la empresa concesionaria solicita se determine si el área de las estaciones que excede el Derecho de Vía se encuentra incorporado a éste por tratarse de servicios complementarios.

III.2. Marco Normativo y Contrato de Concesión

2. Mediante Decreto Ley N° 20081 del 17 de julio de 1973, se estableció que la faja de dominio o derecho de vía comprendía el área de terreno en que se encontraba la carretera y sus obras complementarias, los servicios y zonas de seguridad para los usuarios y las previsiones para futuras obras de ensanche y mejoramiento. En efecto, en el artículo 3 de dicha norma se establece lo siguiente:

“Artículo 3.- La faja de dominio o derecho de vía, comprende el área de terreno en que se encuentra la carretera y sus obras complementarias, los servicios y zonas de seguridad para los usuarios y las previsiones para futuras obras de ensanche y mejoramiento.”

Asimismo, se confirió competencia al Ministerio de Transportes y Comunicaciones para determinar en cada caso el ámbito correspondiente al derecho de vía:

“Artículo 4.- El Ministerio de Transportes y Comunicaciones fijará el derecho de vía, en atención a la categoría y clasificación de las carreteras, así como las características topográficas de las regiones en las que se ejecuten los proyectos viales.”

3. Sobre la base del marco legal antes referido, existe una definición del Derecho de Vía respecto de las vías dadas en concesión a la empresa Norvial. Dicha definición se encuentra recogida en el Decreto Supremo N° 082-68-F0, la Resolución Suprema N° 177-2000-MT/15.02 y la Resolución Ministerial N° 726-2003-MTC/02
4. Por su parte, el Contrato de Concesión suscrito entre el MTC y Norvial, contiene las siguientes referencias al Derecho de Vía y que son relevantes a efecto de la solicitud de interpretación presentada:

“DEFINICIONES

1.5.- En este Contrato, los siguientes términos tendrán los significados que a continuación se indican:

Derecho de Vía

Es la faja de territorio de dominio público del Estado o en proceso de adquisición por parte de éste, dentro del cual se encuentra la carretera, sus accesos o servicios complementarios de la misma, tales como obras de arte, drenaje, muros de contención, señalización, veredas, puentes, los servicios y zonas de seguridad

y las provisiones para futuras obras de ensanche y Mejoramiento. Para efectos de la Concesión del Tramo Ancón Huacho Pativilca de la Carretera Panamericana Norte, deberá tenerse presente los Derechos de Vía de los sub-tramos Ancón-Huacho, Ancón-Puente Chancay y Huacho-Pativilca.”

De las Áreas de Terreno Comprendidas en el Derecho de Vía

“5.14.- (...)

El Derecho de Vía se regirá por las disposiciones previstas vigentes de la materia.

(...)

El Derecho de Vía establecido para el Sub-Tramo Huacho-Pativilca del Tramo Ancón-Huacho-Pativilca de la Carretera Panamericana Norte, es el que fuera precisado mediante Resolución Ministerial N° 177-2000-MT/15.02.

El Derecho de Vía establecido en el Sub-Tramo Ancón-Huacho del Tramo Ancón-Huacho-Pativilca de la Carretera Panamericana Norte, es el que fuera precisado mediante Decreto Supremo No. 082-68-FO.

De conformidad con lo establecido anteriormente, el Derecho de Vía para cada Sub-Tramo del Tramo Ancón-Huacho-Pativilca, es el que se señala en el siguiente cuadro:

TRAMO ANCÓN-HUACHO-PATIVILCA

<i>DERECHO DE VÍA</i>	<i>SUB-TRAMO</i>	<i>RUTA</i>	<i>KILOMETRAJE</i>
<i>52 mts.</i>	<i>Ancón-Huacho</i>	<i>1N</i>	<i>103.00 km</i>
<i>9.60 mts</i>	<i>Ancón – Chancay</i>	<i>1N</i>	<i>22.40 km</i>
<i>40 mts.</i>	<i>Huacho-Pativilca</i>	<i>1N</i>	<i>57.26 km.</i>

III.3. Derecho de Vía y calzadas que se separan una de otra

5. Tal como se señala tanto en la Ley N° 20081, como en el Contrato de Concesión, el Derecho de Vía es una faja de territorio dentro del cual se encuentra la carretera, sus accesos y servicios complementarios, entre los cuales se pueden mencionar los muros de contención, señalización, servicios y zonas de seguridad y previsión para ensanches o mejoramiento futuro. De otra parte, es importante también tener en consideración que la definición específica del Derecho de Vía en un determinado tramo corresponde al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.
6. A partir de la definición legal del Derecho de Vía queda en evidencia que se trata de una franja de terreno cuya existencia se justifica en la existencia de una carretera; ello queda en evidencia no solamente porque en el área del Derecho de Vía se ubica la carretera misma, sino también los referidos servicios complementarios y futuros ensanchamientos y mejoramientos de ésta. Por su parte, una carretera es un “camino público, ancho y espacioso, pavimentado y dispuesto para el tránsito de vehículos”¹.

¹ Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española.

7. Sobre la base de la definición de carretera, somos de la opinión que cuando se trate de carreteras de más de una vía, cada una de éstas genera un área de Derecho de Vía en el que se ubica tanto la vía misma como los demás elementos antes mencionados.
8. En tal sentido, tratándose de carreteras de, por ejemplo, doble vía en las que en algunos tramos las vías o calzadas se separen, consideramos que el Derecho de Vía establecido para ese tramo deberá calcularse respecto de cada una de ellas. Como consecuencia de ello, puede darse el caso de que existan franjas de terreno entre dos vías separadas que no estén incluidas en el Derecho de Vía de ese tramo.

Interpretar que en dicho supuesto de separación de vías o calzadas el Derecho de Vía abarque necesariamente toda la franja de terreno existente entre las vías podría ser contradictorio con la determinación específica del Derecho de Vía en tal zona a cargo del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, tal como queda en evidencia a partir del siguiente ejemplo:

Si el Ministerio de Transportes y Comunicaciones hubiese establecido que el Derecho de Vía en el tramo X es de 20 metros y en dicho tramo las vías se separan 70 metros una de la otra, interpretar que el área entre ambas forma parte del Derecho de Vía sería tener un Derecho de Vía que por lo menos es de 70 metros, contradiciendo la definición realizada por la autoridad competente (20 metros).

Ahora bien, descartada la primera opción, en dicho ejemplo cabrían dos posibilidades de interpretación: (i) se entiende que el Derecho de Vía debe dividirse entre las dos vías (10 metros por vía); o (ii) entendemos que cada vía tendrá un Derecho de Vía de 20 metros. Al respecto, consideramos que cada vía debería contar con los 20 metros de Derecho de Vía en atención a la definición legal del Derecho de Vía que, valga la redundancia, se establece en función de la vía misma.

9. Obviamente el Ministerio de Transportes y Comunicaciones podría establecer que en caso las vías de separación de vías, la sumatoria de ambas no deberá exceder el número de metros establecidos, pero entendemos que para llegar a esa conclusión, el Ministerio debería establecer expresamente este supuesto.
10. Finalmente, Norvial señala que una de las razones por las que solicita la interpretación es que “*el Derecho de Vía del tramo Ancon-Huacho-Pativilca es de uso exclusivo de la concesión (cláusula 5.14 del Contrato²) y, además, que Norvial sólo está autorizada para ejercer defensas posesorias en los casos en que se intente usurpar el área comprometida en el Derecho de Vía o cuando terceros lleven a cabo actividades incompatibles con el buen uso de dicha área (cláusula 5.17 del Contrato³)*”

² **Contrato de Concesión**

5.14.- (...)

El Derecho de Vía será de uso exclusivo de la concesión según señala la ley. Cualquier utilización que comprometa el Derecho de Vía deberá contar con la aprobación de EL CONCEDENTE, previa opinión del SUPERVISOR y la SOCIEDAD CONCESIONARIA.

³ **Contrato de Concesión**

5.17.- La SOCIEDAD CONCESIONARIA tiene la obligación de ejercitar las siguientes modalidades de defensa posesoria, tanto para el caso de intento de usurpación del área comprometida en el Derecho de Vía, como en el caso de actividades incompatibles con el buen uso de dicha área por parte de terceros:

11. Si bien es cierto que el Derecho de Vía es de uso exclusivo de la concesión y que el Contrato prevé las defensas posesorias respecto del Derecho de Vía, deberá tener en consideración que la responsabilidad de la empresa concesionaria no se agota únicamente respecto del Derecho de Vía, tal como lo establece el propio Contrato en sus cláusulas 5.3, 5.7, 5.10 y 5.11:

Clases de Bienes

5.3.- La clasificación de bienes involucrados en la ejecución del Contrato y que deberá ser considerada obligatoriamente por las Partes, es la siguiente:

- a) *Bienes reversibles.- Son los bienes muebles o inmuebles que de alguna u otra forma se encuentran incorporados, están afectados a la Concesión, o constituyen bienes accesorios inseparables del objeto de la misma, sea que hubieren sido entregados por EL CONCEDENTE al inicio o durante la Concesión, o los adquiridos o construidos por la SOCIEDAD CONCESIONARIA durante la vigencia de la Concesión. Dichos bienes son esenciales para la prestación del Servicio, y serán revertidos a EL CONCEDENTE al término de la Concesión. (...)*

De los Bienes Reversibles

(...)

5.7.- La SOCIEDAD CONCESIONARIA está obligada a realizar actividades destinadas a preservar, en el plazo fijado para la Concesión, la condición de los bienes reversibles utilizados en la Construcción, Mantenimiento y Explotación de la infraestructura vial. (...)

5.10.- La SOCIEDAD CONCESIONARIA será responsable por los daños, perjuicios o pérdidas ocasionados a los bienes reversibles desde la Toma de Posesión, adquisición o Construcción de los mismos.

5.11.- La SOCIEDAD CONCESIONARIA mantendrá indemne a EL CONCEDENTE respecto de y contra cualquier acción o excepción de naturaleza legal, administrativa, arbitral o contractual, o reclamo de cualquier naturaleza respecto de los bienes reversibles, siempre y cuando esta situación se hubiera presentado después de la entrega de Bienes.

La SOCIEDAD CONCESIONARIA será responsable ante EL CONCEDENTE y el SUPERVISOR y los terceros por la correcta administración y uso de los bienes reversibles, así como por el riesgo inherente a los mismos.

-
- a) Defensa posesoria extrajudicial, utilizada para repeler la fuerza que se emplee contra la SOCIEDAD CONCESIONARIA y poder recobrar el bien, sin intervalo de tiempo, si fuere desposeída, pero absteniéndose siempre del empleo de vías de hecho no justificadas por las circunstancias.
- b) Defensa posesoria judicial, para la que la SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá, en caso recaiga sobre la Concesión cualquier afectación, desposesión, ocupación, usurpación, etc., comunicar al SUPERVISOR dichos hechos y hacer uso de los mecanismos y recursos judiciales que le permitan mantener indemne el derecho de EL CONCEDENTE sobre los bienes de la Concesión.

El ejercicio de las defensas antes descritas no exime de responsabilidad a EL CONCEDENTE, el cual, ante un supuesto como los descritos en el párrafo precedente, deberá coordinar inmediatamente con la SOCIEDAD CONCESIONARIA la interposición de las acciones legales que ésta deberá entablar a fin de mantener indemne el derecho de EL CONCEDENTE sobre los bienes de la Concesión, siempre que estos reclamos se originen en hechos ocurridos después de la transferencia de dichos Bienes a la SOCIEDAD CONCESIONARIA.

12. En consecuencia, si bien la empresa concesionaria debe defender el Derecho de Vía en el que se desarrolla la concesión, su responsabilidad también abarca todo bien reversible que se le hubiese entregado y respecto de los cuales tiene título (el Contrato de Concesión) y posesión, estando facultada para utilizar las vías legales que su condición jurídica y responsabilidad suponen.

III.4. Derecho de Vía y estaciones de peaje y pesaje

13. Sobre este aspecto la empresa concesionaria busca que se defina si el área de las estaciones de peaje y pesaje que excede el Derecho de Vía, son o no partes de ésta última. Ello en atención a la definición del Derecho de Vía como aquél área en la que se ubican la carretera y los servicios complementarios. Al igual que respecto del primer punto, su preocupación también se centra en la posibilidad de ejercer defensas posesorias.
14. Al respecto, y tal como se mencionó respecto del punto precedente, el Derecho de Vía cuenta con una definición legal y con una determinación para el caso concreto realizada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones. El Derecho de Vía está definido como un área (faja territorial) en la que, entre otras cosas, se prestan servicios complementarios a la carretera.
15. En tal sentido entendemos que, respecto de los servicios complementarios, la finalidad de esta faja territorial es que en dicha área puedan prestarse tales servicios; sin embargo ello no quiere decir que si se prestaran servicios complementarios fueran de la franja, ésta debería automáticamente ampliarse. Entender que el hecho que las estaciones de peaje o pesaje excedan el área definida para el Derecho de Vía implique la ampliación de éste, supondría por vía de interpretación contradecir la definición específica que para ese tramo ha realizado el Ministerio.
16. Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, el área que ocupen las estaciones de peaje y pesaje excediendo el Derecho de Vía establecido por el Ministerio no se considera parte del Derecho de Vía.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, el Ministerio podría ampliar el Derecho de Vía en dichas zonas para incorporar íntegramente en éste a las estaciones de peaje y pesaje. Consideramos que es una opción adecuada y recomendable, en la medida en que de esa manera habría una estricta coherencia entre la definición legal del Derecho de Vía y su correlato específico en el tramo correspondiente.

17. Finalmente, respecto de las defensas posesorias de dichas áreas, reiteramos lo señalado en el punto anterior respecto de las cláusulas 5.3, 5.7, 5.10 y 5.11 del Contrato de Concesión, en el sentido en que si dichas estaciones son bienes reversibles que se le hubiesen entregado, la empresa concesionaria será responsable por los mismos, estando facultada para utilizar las vías legales que se deriven de su condición jurídica.

IV. CONCLUSIONES:

1. Interpretar que en el caso en que las calzadas se separen una de la otra, el Derecho de Vía establecido por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones para dicho tramo deberá calcularse respecto de cada vía o calzada.

2. Interpretar que en caso el área de estaciones de peaje o pesaje exceda el Derecho de Vía establecido por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones para dicho tramo, el mencionado exceso no se entenderá como parte del Derecho de Vía.
3. La empresa concesionaria es responsable por los bienes reversibles que se le hubiesen entregado (respecto de los cuales cuenta con título y posesión), estando facultada a utilizar las vías legales que su condición jurídica le permita.

V. RECOMENDACIONES:

1. Respecto de las estaciones de peaje y pesaje que excedan el Derecho de Vía, recomendar al Ministerio de Transportes y Comunicaciones que revise su definición en dichos tramos para que el área excedente de dichas estaciones se incorpore dentro del área del Derecho de Vía.
2. Poner en conocimiento del Consejo Directivo el presente informe para su conocimiento y aprobación.

Atentamente,

FELIX VASI ZEVALLOS
Gerente de Asesoría Legal

JM/ggs
REG-SAL-GAL-04-8572
MP: 7784