OSITRAN
Firmado por: ZAMBRANO COPELLO Rosa Veronica FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 21/02/2020 10:10:48 -0500

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

N° 0014-2020-CD-OSITRAN

Lima, 19 de febrero de 2020

VISTOS:

El Informe Conjunto Nº 0023-2020-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), de fecha 07 de febrero del 2020, emitido por la Gerencia de Asesoría Jurídica y la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del OSITRAN; y,

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 4 de agosto de 2005, el Estado de la República del Perú, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, "Concedente" o "MTC"), y la empresa Concesionaria Interoceánica Sur – Tramo 3 S.A. (en adelante, "Concesionario") suscribieron el Contrato de Concesión del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil, Tramo 3: Inambari – Iñapari (en adelante, "Contrato de Concesión");

Que, con fecha 9 de julio de 2019, el MTC remitió el Oficio N° 3190-2019-MTC/19 al OSITRAN, adjuntando el Informe N° 1023-2019-MTC/19, mediante el cual solicitó que este Regulador se pronuncie respecto del alcance de las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión, referidas al ejercicio de las Defensas Posesorias, a fin de determinar a cuál de las partes le corresponde ejercer las Defensas Posesorias Judiciales;

Que, con fecha 8 de agosto de 2019, el Concesionario remitió la Carta N° 3683-CIST3-OSITRAN, a través de la cual emitió opinión respecto de lo solicitado por el Concedente;

Que, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 040-2019-CD-OSITRAN de fecha 18 de septiembre de 2019, se resolvió, entre otros aspectos, disponer el inicio de oficio del procedimiento de interpretación de las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión referidas al ejercicio de las Defensas Posesorias, de conformidad con los fundamentos y conclusiones del Informe Conjunto N° 120-2019-IC-OSITRAN (GSF-GAJ);

Que, con fecha 15 de octubre de 2019, el Concesionario presentó recurso de reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2019-CD-OSITRAN, a fin de que el Consejo Directivo del OSITRAN reevalúe su decisión y disponga que no corresponde iniciar ningún procedimiento de interpretación sobre las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión;

Que, por encargo del Consejo Directivo, y a fin de dar respuesta al escrito presentado el 15 de octubre del 2019, mediante Oficio N° 0201-2019-SCD-OSITRAN, notificado el 08 de noviembre de 2019, se remitió al Concesionario una copia del Informe N° 0140-2019-IC-OSITRAN (GSF-GAJ) que concluyó que, de conformidad con lo establecido en el párrafo 217.2 del artículo 217 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (TUO de la LPAG), la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2019-CD-OSITRAN deviene en inimpugnable;

Que, el 18 de diciembre de 2019, el Consejo Directivo emitió la Resolución N° 0055-2019-CD-OSITRAN a través de la cual interpretó de oficio las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión, en el siguiente sentido:

"El Concesionario es el responsable del ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial.

La presente interpretación se establece debido a que, la lectura conjunta de las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión, no era clara en torno a si las "acciones legales" que debe ejercer el Concedente (cláusula 5.39), incluye el ejercicio de la defensa posesoria judicial (regulada en el literal b de la cláusula 5.38)

Visado por: MEJIA CORNEJO Juan Carlos FIR 08271955 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 21/02/2020 09:50:43 -0500

Visado por: JARAMILLO TARAZONA Francisco FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 20/02/2020 18:54:04 -0500

Visado por: SHEPUT STUCCHI Humberto Luis FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 20/02/2020 14:34:09 -0500

Al respecto, se ha advertido que nos encontramos frente a conceptos vinculados pero que no implican lo mismo, en la medida que frase "acciones legales" corresponde a un término general cuyo ejercicio está asignado al Concedente, y la otra, "Defensa Posesoria Judicial" (como acción civil), a una de sus categorías, cuyo ejercicio corresponde al Concesionario.

Asimismo, de conformidad con lo establecido en el párrafo 21.1 del artículo 21 del Decreto Legislativo N° 1362, los Contratos que se celebran para desarrollar un proyecto de APP constituyen título suficiente para que el inversionista pueda hacer valer los derechos y obligaciones que dicho instrumento le otorgan, en este caso vinculados a las actividades de construcción, conservación y explotación de la infraestructura pública objeto de Concesión, lo cual implica que este se encuentre en poder de los bienes que le permitan ejercer los referidos derechos.

Consecuentemente, en aplicación de dicha norma, ninguna entidad del Estado podría denegar o limitar el ejercicio de dichos derechos y obligaciones al Concesionario, en la medida que mediante el Contrato de Concesión se le ha facultado a ejercerlos válidamente".

Que, con fecha 17 de enero del 2020, el Concesionario interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 0055-2019-CD-OSITRAN, y solicitó una medida cautelar por la que se suspendan los efectos de la referida resolución en tanto se emita un pronunciamiento definitivo por parte del Consejo Directivo del OSITRAN;

Que, mediante Informe Conjunto N° 0023-2020-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), de fecha 07 de febrero del 2020, la Gerencia de Asesoría Jurídica y la Gerencia de Supervisión y Fiscalización opinaron que corresponde desestimar la solicitud de suspensión de la ejecución de la Resolución de Consejo Directivo N° 0055-2019-CD-OSITRAN, toda vez que: (i) El Concesionario no acreditó que la ejecución de la resolución impugnada pudiera causar perjuicio de imposible o difícil reparación; (ii) La resolución impugnada no incurre en un vicio de nulidad trascendente; y, (iii) La suspensión de la ejecución de la resolución impugnada acarrearía perjuicios graves al interés público;

Que, luego de revisar y discutir el Informe de Vistos, el Consejo Directivo manifiesta su conformidad con los fundamentos y conclusiones de dicho Informe, razón por la cual lo constituye como parte integrante de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.2 del TUO de la LPAG;

Por lo expuesto, y en virtud a lo dispuesto en el artículo 226 del TUO de la LPAG, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión Ordinaria N° 695-2020-CD-OSITRAN de fecha 19 de febrero del 2020, y sobre la base del Informe Conjunto N° 0023-2020-IC-OSITRAN (GAJ-GSF);

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Desestimar la solicitud de suspensión de la ejecución de la Resolución N° 0055-2019-CD-OSITRAN presentada por la empresa Concesionaria Interoceánica Sur – Tramo 3 S.A.

Artículo 2°.- Notificar la presente Resolución y el Informe Conjunto N° 0023-2020-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de Concedente, así como a la empresa Concesionaria Interoceánica Sur – Tramo 3 S.A., en calidad de Concesionario.

Artículo 3°.- Autorizar la difusión de la presente Resolución y del Informe Conjunto N° 0023-2020-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), en la página web institucional (**www.ositran.gob.pe**).

Regístrese, comuníquese.

VERONICA ZAMBRANO COPELLO
Presidenta del Consejo Directivo

NT: 2020017372

INFORME CONJUNTO N° 0023-2020-IC-OSITRAN
(GAJ-GSF)

Firmado por: SHEPUT STUCCHI Humberto Luis FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 10/02/2020 10:17:27 -0500

Firmado por: JARAMILLO TARAZONA Francisco FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 10/02/2020 13:19:16 -0500

Para	:	**JUAN CARLOS MEJÍA CORNEJO** Gerente General
De	:	**FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA** Gerente de Supervisión y Fiscalización
		HUMBERTO SHEPUT STUCCHI Gerente de Asesoría Jurídica
Asunto	:	Suspensión de ejecución de las Resoluciones de Consejo Directivo N° 0051-2019-CD-OSITRAN, N° 0055-2019-CD-OSITRAN y N° 0058-2019-CD-OSITRAN
Referencia	:	a) Escrito S/N presentado el 17.01.2020 (NT 2020005702) b) Escrito S/N presentado el 17.01.2020 (NT 2020005703) c) Escrito S/N presentado el 17.01.2020 (NT 2020005700)
Fecha	:	07 de febrero de 2020

I. OBJETO

1. El presente informe tiene por objeto emitir opinión respecto de las solicitudes de suspensión de ejecución de las Resoluciones de Consejo Directivo N° 0051-2019-CD-OSITRAN, N° 0055-2019-CD-OSITRAN y N° 0058-2019-CD-OSITRAN que interpretaron las cláusulas de Defensas Posesorias de los Contratos de Concesión de la IIRSA Sur – Tramo 2, IIRSA Sur - Tramo 3 e IIRSA Norte, respectivamente; presentadas por las empresas Concesionaria Interoceánica Sur - Tramo 2 S.A., Concesionaria Interoceánica Sur - Tramo 3 S.A. y Concesionaria IIRSA Norte S.A.

II. ANTECEDENTES

2. El 09 de julio de 2019, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) remitió el Oficio N° 3190-2019-MTC/19 al OSITRAN, adjuntando el Informe N° 1023-2019-MTC/19, mediante el cual solicitó su pronunciamiento respecto del alcance de las cláusulas de nueve (09) Contratos de Concesión (entre ellos, los Contratos de la IIRSA Norte, IIRSA Sur Tramo 2 e IIRSA Sur Tramo 3), referidas al ejercicio de las Defensas Posesorias, a fin de determinar, en cada caso, a cuál de las partes le corresponde ejercer las Defensas Posesorias Judiciales.

3. Los días 07 y 08 de agosto de 2019, las empresas Concesionaria IIRSA Norte S.A., Concesionaria Interoceánica Sur - Tramo II S.A., y Concesionaria Interoceánica Sur – Tramo III S.A. (en adelante, los Concesionarios); remitieron las Cartas N° 8011-CINSA-OSITRAN, N° 3287-CIST2-OSITRAN y N° 3683-CIST3-OSITRAN, respectivamente, a través de las cuales emitieron opinión respecto de la solicitud del MTC.

4. Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 040-2019-CD-OSITRAN de fecha 18 de septiembre de 2019, se resolvió, entre otros aspectos, disponer el inicio de oficio del procedimiento de interpretación de las cláusulas de los Contratos de Concesión referidas al ejercicio de las Defensas Posesorias, de conformidad con los fundamentos y conclusiones del Informe Conjunto N° 120-2019-IC-OSITRAN (GSF-GAJ).

Visado por: RODRIGUEZ MARTINEZ Antonio Michael FIR 09461356 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 07/02/2020 13:26:42 -0500

5. Los días 14 y 15 de octubre de 2019, los Concesionarios presentaron recurso de reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2019-CD-OSITRAN, a fin de que el Consejo Directivo del OSITRAN reevalúe su decisión y disponga que no corresponde iniciar ningún procedimiento de Interpretación.

Visado por: VENEGAS DELGADO Claudia Elizabeth FIR 41187575 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 07/02/2020 12:17:40 -0500

Visado por: ESTRADA FLORES Nohelia Estefania FIR 71984336 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 07/02/2020 12:07:29 -0500

6. Por encargo del Consejo Directivo, mediante Oficios N° 0199-2019-SCD-OSITRAN, 0200-2019-SCD-OSITRAN y N° 0201-2019-SCD-OSITRAN, notificados el 08 de noviembre de 2019, y a fin de dar respuesta a los escritos presentados el 14 y 15 de octubre de 2019, se remitió a los Concesionarios una copia del Informe N° 0140-2019-IC-OSITRAN (GSF-GAJ), que concluyó lo siguiente: *"(…) de conformidad con lo establecido en el párrafo 217.2 del artículo 217 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (TUO de la LPAG), la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2019-CD-OSITRAN deviene en inimpugnable, por tratarse de un acto de trámite que únicamente dispone el inicio del procedimiento, no siendo un acto definitivo que ponga fin a la instancia y que, adicionalmente, no imposibilita la continuidad del procedimiento, ni genera indefensión en los administrados debido a que durante el transcurso del procedimiento de interpretación tienen la oportunidad de exponer sus argumentos*".

7. El 18 de diciembre de 2019, el Consejo Directivo emitió las Resoluciones N° 0051-2019-CD-OSITRAN, N° 0055-2019-CD-OSITRAN y N° 0058-2019-CD-OSITRAN (en adelante, las Resoluciones impugnadas), a través de las cuales interpretó de oficio las cláusulas 5.38 y 5.39 de los Contratos de Concesión de la IIRSA Norte, IIRSA Sur Tramo 2 e IIRSA Sur Tramo 3 (en adelante, los Contratos de Concesión), respectivamente, en el siguiente sentido:

> *"El Concesionario es el responsable del ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial.*
>
> *La presente interpretación se establece debido a que, la lectura conjunta de las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión, no era clara en torno a si las "acciones legales" que debe ejercer el Concedente (cláusula 5.39), incluye el ejercicio de la defensa posesoria judicial (regulada en el literal b de la cláusula 5.38)*
>
> *Al respecto, se ha advertido que nos encontramos frente a conceptos vinculados pero que no implican lo mismo, en la medida que frase "acciones legales" corresponde a un término general cuyo ejercicio está asignado al Concedente, y la otra, "Defensa Posesoria Judicial" (como acción civil), a una de sus categorías, cuyo ejercicio corresponde al Concesionario.*
>
> *Asimismo, de conformidad con lo establecido en el párrafo 21.1 del artículo 21 del Decreto Legislativo N° 1362, los Contratos que se celebran para desarrollar un proyecto de APP constituyen título suficiente para que el inversionista pueda hacer valer los derechos y obligaciones que dicho instrumento le otorgan, en este caso vinculados a las actividades de construcción, conservación y explotación de la infraestructura pública objeto de Concesión, lo cual implica que este se encuentre en poder de los bienes que le permitan ejercer los referidos derechos.*
>
> *Consecuentemente, en aplicación de dicha norma, ninguna entidad del Estado podría denegar o limitar el ejercicio de dichos derechos y obligaciones al Concesionario, en la medida que mediante el Contrato de Concesión se le ha facultado a ejercerlos válidamente".*

8. Las Resoluciones N° 0051-2019-CD-OSITRAN, N° 0055-2019-CD-OSITRAN y N° 0058-2019-CD-OSITRAN fueron notificadas el 24 de diciembre de 2019 al Concedente y el 26 de diciembre de 2019 a los Concesionarios.

9. El 17 de enero de 2020, los Concesionarios presentaron escritos S/N, a través de los cuales interpusieron Recurso de Reconsideración contra las Resoluciones de Consejo Directivo N° 0051-2019-CD-OSITRAN, N° 0055-2019-CD-OSITRAN y N° 0058-2019-CD-OSITRAN, y, solicitaron una medida cautelar por la que se suspendan los efectos de las referidas resoluciones en tanto se emita un pronunciamiento definitivo por parte del Consejo Directivo del OSITRAN al resolver las reconsideraciones presentadas.

10. El 5 de febrero de 2020, los Concesionarios presentaron escritos S/N reiterando las solicitudes de medida cautelar, señalando que, a dicha fecha, no habían obtenido respuesta del Consejo Directivo.

III. ANÁLISIS

11. A través del presente Informe se abordarán y evaluarán los siguientes puntos:

    A. Análisis de admisibilidad y procedencia de los recursos.
    B. Argumentos de los Concesionarios.
    C. Análisis de las solicitudes de medidas cautelares.

A. Análisis de admisibilidad y procedencia de los recursos.

12. De la revisión de los recursos presentados, se advierte que los mismos cumplen con los requisitos de admisibilidad exigidos por los artículos 124[1], 219[2] y 221[3] del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS ("TUO de la LPAG").

13. Cabe señalar que, en el presente caso, no es exigible el requisito de nueva prueba, conforme lo contempla la parte final del artículo 219 del TUO de la LPAG, dado que las Resoluciones impugnadas han sido emitidas por el Consejo Directivo de OSITRAN, órgano que constituye instancia única administrativa que interpreta los Contratos de Concesión.

14. De otro lado, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 218 del TUO de la LPAG[4], el plazo para la interposición de los recursos administrativos es de quince (15) días hábiles perentorios. Al respecto, las Resoluciones impugnadas fueron notificadas a los Concesionarios el 26 de diciembre de 2019, por lo que el plazo máximo para interponer los recursos de reconsideración venció el 17 de enero de 2020.

15. En tal sentido, dado que los Concesionarios interpusieron sus recursos de reconsideración el 17 de enero de 2020, han cumplido con interponerlos dentro del plazo legal, correspondiendo que se evalúen los argumentos de las medidas cautelares planteadas, debiendo indicarse que la presente evaluación no condiciona en modo alguno el sentido del pronunciamiento que el OSITRAN emitirá posteriormente sobre las pretensiones y cuestionamientos de fondo planteados por los Concesionarios en sus recursos de reconsideración, según los plazos y el procedimiento establecidos en el TUO de la LPAG.

16. Cabe indicar que, el TUO de la LPAG no ha regulado de manera expresa un plazo para la atención de las medidas cautelares, sin embargo, considerando que, de acuerdo con

---

[1] **TUO de la LPAG**
"Artículo 124.- Requisitos de los escritos
Todo escrito que se presente ante cualquier entidad debe contener lo siguiente:
1. Nombres y apellidos completos, domicilio y número de Documento Nacional de Identidad o carné de extranjería del administrado, y en su caso, la calidad de representante y de la persona a quien represente.
2. La expresión concreta de lo pedido, los fundamentos de hecho que lo apoye y, cuando le sea posible, los de derecho.
3. Lugar, fecha, firma o huella digital, en caso de no saber firmar o estar impedido.
4. La indicación del órgano, la entidad o la autoridad a la cual es dirigida, entendiéndose por tal, en lo posible, a la autoridad de grado más cercano al usuario, según la jerarquía, con competencia para conocerlo y resolverlo.
5. La dirección del lugar donde se desea recibir las notificaciones del procedimiento, cuando sea diferente al domicilio real expuesto en virtud del numeral 1. Este señalamiento de domicilio surte sus efectos desde su indicación y es presumido subsistente, mientras no sea comunicado expresamente su cambio.
6. La relación de los documentos y anexos que acompaña, indicados en el TUPA.
7. La identificación del expediente de la materia, tratándose de procedimientos ya iniciados."

[2] **TUO de la LPAG**
"Artículo 219.- Recurso de reconsideración
El recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba. En los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia no se requiere nueva prueba. Este recurso es opcional y su no interposición no impide el ejercicio del recurso de apelación."

[3] **TUO de la LPAG**
"Artículo 221.- Requisitos del recurso
El escrito del recurso deberá señalar el acto del que se recurre y cumplirá los demás requisitos previstos en el artículo 124."

[4] **TUO de la LPAG**
"Artículo 218.- Recursos administrativos
218.1 Los recursos administrativos son:
a) Recurso de reconsideración
b) Recurso de apelación
Solo en caso que por ley o decreto legislativo se establezca expresamente, cabe la interposición del recurso administrativo de revisión.
218.2 El término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, y deberán resolverse en el plazo de treinta (30) días."

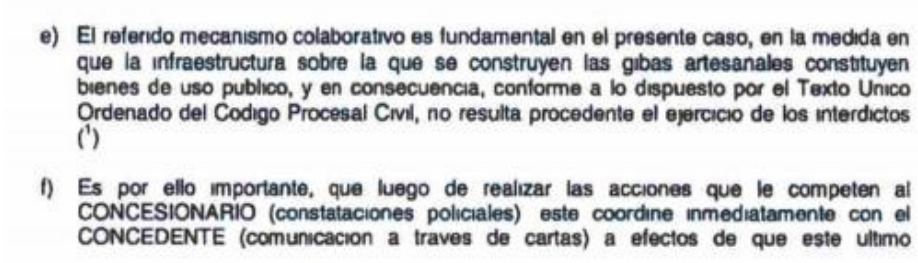
el artículo 153 del mismo cuerpo normativo[5] el plazo máximo de los procedimientos administrativos es de treinta (30) días hábiles, corresponde que este Regulador resuelva las solicitudes de suspensión presentadas por los Concesionarios hasta el 28 de febrero de 2020, como plazo máximo.

B. Argumentos de los Concesionarios

17. Los Concesionarios han sustentado sus solicitudes de medida cautelar en lo siguiente: *"(i) peligro en la demora: la interpretación adoptada por el Consejo Directivo exigiría al Concesionario a ejercer obligaciones inmediatas sin mediar Resolución definitiva, generando excesiva onerosidad en la ejecución del Contrato; (ii) verosimilitud en el derecho: presupuesto que se encuentra desarrollado en los argumentos del numeral III.4 – 3.8 al 3.18 del presente escrito de reconsideración, los cuales acreditan que las defensas posesorias deben estar a cargo del Concedente".*

18. A fin de dar claridad a los argumentos presentados por los Concesionarios respecto a la alegada "verosimilitud en el derecho", cabe indicar que los recurrentes hacen referencia al numeral III.4; sin embargo, dicho numeral no existe. No obstante ello, a continuación, se detallan los argumentos contenidos entre los numerales *"3.8 al 3.18*" de los referidos escritos, que, según los Concesionarios, acreditarían que las defensas posesorias deben ser ejercidas por el Concedente:

> *"3.8. Al respecto, debemos indicar que, en ningún momento nos hemos sentido en la necesidad de discutir sobre la defensa posesoria extrajudicial, pues nunca se propuso como ítem de discusión. Y que el hecho de que nosotros hayamos realizado acciones para defender la Concesión, no implica necesariamente que estemos ejecutando en puridad jurídica, la defensa posesoria extrajudicial, pues, al Igual que la judicial, se construye sobre la base de la existencia de un derecho real de posesión, derecho que -como reconoce el OSITRAN- no existe, y en ningún momento ha pretendido señalar que sea ostentado por el Concesionario.*
>
> *3.9. En atención a lo anteriormente señalado, debe tenerse por no puesta esa conclusión sobre el acuerdo de las partes en el sentido que en estricto el Concesionario ejerce la defensa posesoria extrajudicial, ya que, aunque no se encuentre en la parte resolutiva, constituye un pronunciamiento extrapetita y nulo en consecuencia. En efecto, no era parte del procedimiento de Interpretación la defensa posesoria extrajudicial, por lo cual, no requería de ningún tipo de pronunciamiento de parte del organismo regulador, lo que comprende a sus gerencias.*
>
> ***C) SOBRE LA IMPROCEDENCIA DEL PROCEDIMIENTO DE INTERPRETACIÓN POR EL OSITRAN EN RAZÓN DE QUE LAS PARTES HAN SOSTENIDO DURANTE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO Y DE MANERA EXPLÍCITA LAS RAZONES POR LAS QUE NO CORRESPONDE QUE LA DEFENSA POSESORIA LA REALICE EL CONCESIONARIO:***
>
> *3.10. En la Carta N° 3287-CIST2-OSITRAN del 8 de agosto de 2019 [Carta N° 3684-CIST3-OSITRAN del 7 de agosto de 2019 y Carta N° 8011-CINSA-OSITRAN del 7 de agosto de 2019] recaudamos como Anexo M la Copia del Informe N° 531-2013-MTC/25 de fecha 12 de setiembre de 2013, el que se obtuvo por el trámite de acceso a la información pública, el mismo que señaló, a la letra, lo siguiente:*



e) El referido mecanismo colaborativo es fundamental en el presente caso, en la medida en que la infraestructura sobre la que se construyen las gibas artesanales constituyen bienes de uso publico, y en consecuencia, conforme a lo dispuesto por el Texto Unico Ordenado del Codigo Procesal Civil, no resulta procedente el ejercicio de los interdictos ([1])

f) Es por ello importante, que luego de realizar las acciones que le competen al CONCESIONARIO (constataciones policiales) este coordine inmediatamente con el CONCEDENTE (comunicacion a traves de cartas) a efectos de que este ultimo

[1] El referido cuerpo legal señala
"Articulo 599 El interdicto procede respecto de inmuebles asi como de bien mueble inscrito siempre que no sea de uso publico
( )"

---

[5] **TUO de la LPAG**
"Artículo 153.- Plazo máximo del procedimiento administrativo
No puede exceder de treinta días el plazo que transcurra desde que es iniciado un procedimiento administrativo de evaluación previa hasta aquel en que sea dictada la resolución respectiva, salvo que la ley establezca trámites cuyo cumplimiento requiera una duración mayor."

3.11. Asimismo, conforme se aprecia del Oficio N° 2743-2014-MTC/07 de fecha 6 de mayo de 2014 remitido por el Procurador Público del Ministerio de Transportes a Intersur Concesionares S.A. (concesionario que también se encuentra involucrado en el presente procedimiento de interpretación), se le manifestó lo siguiente:

> *"Al respecto, las carreteras como en el presente caso el Corredor Vial Interoceánico Sur, son bienes estatales de uso público y por lo tanto NO ES POSIBLE EJERCER DOMINIO ALGUNO sobre las mismas, correspondiendo al Estado el ejercicio tutitivo y público de dichos bienes (...)".*

3.12. En vista de los dos documentos antes mencionados, cabe preguntarse, en la medida en que en dichas oportunidades las partes, de buena fe, ejecutaron fielmente los acuerdos contenidos en sus contratos de concesión y, además, adecuados a la normatividad vigente ¿puede ahora la Procuraduría Pública del Concedente señalar que no le corresponde el ejercicio de la defensa posesoria Judicial? ¿ha cambiado el marco jurídico para que el Concedente, de manera justificada, cambie su posición sobre el ejercicio de la defensa posesoria judicial? ¿era necesario que se inicie un procedimiento de interpretación sobre cláusulas contractuales cuyo entendimiento era compartido por el Concesionario y el Concedente y que ahora está último pretende desconocer?

Por lo expuesto en la Carta N° 3287-CIST2-OSITRAN del 8 de agosto de 2019 [Carta N° 3684-CIST3-OSITRAN del 7 de agosto de 2019 y Carta N° 8011-CINSA-OSITRAN del 7 de agosto de 2019] y en el Oficio N° 2743-2014-MTC/07 de fecha 6 de mayo de 2014 (que adjuntamos a este recurso), queda comprobado que no correspondía que se ponga en práctica la función interpretativa del OSITRAN sobre las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión.

D) SOBRE LA IMPROCEDENCIA DEL PROCEDIMIENTO DE INTERPRETACIÓN POR EL OSITRAN EN RAZÓN DE LOS LÍMITES PROPIOS DE LA MISMA (INTERPRETACIÓN DE CLÁUSULAS SÍ, INTERPRETACIÓN DE NORMAS LEGALES NO):

3.13. Para efectos del presente recurso, conviene destacar que en el Informe Conjunto -que integra y sostiene la RCD- se precisó que para evaluar las disposiciones contractuales objeto de interpretación se utilizarían los métodos de interpretación literal y sistemático, y que, por la naturaleza de las obligaciones discutidas, el marco conceptual que se debía analizar debía comprender los siguientes asuntos: el Régimen de los Bienes Públicos, los Contratos de Asociación Público-Privada y las Defensas Posesorias.

3.14. Como lo expresa el propio Informe Conjunto, fue en función de esta evaluación y análisis lo que le permitió a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización y la Gerencia de Asesoría Jurídica del OSITRAN arribar a la conclusión detallada en el numeral 2.3 precedente; por lo cual, corresponde revisar esta evaluación y análisis de las gerencias de OSITRAN para determinar su validez y coherencia con el marco normativo aplicable al presente caso.

Sobre el Marco Conceptual y las lecturas Interpretativas del OSITRAN en el Informe Conjunto

3.15. OSITRAN empieza su análisis destacando que la infraestructura vial es un bien de dominio público (es decir, bienes estatales destinados al uso público, según lo establecido en el artículo 2° del Reglamento de la Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2008-VIVIENDA) que, como tal, es susceptible de ser otorgado en concesión a favor de particulares.

En función de esta premisa y una cita bibliográfica del autor español Rafael Fernandez Acevedo, OSITRAN señala que "los contratos de concesión hacen surgir en los concesionarios una serie de derechos y obligaciones frente al Estado en relación con los bienes de dominio público, los cuales se derivan del respectivo contrato y de las leyes aplicables", lo que resulta aplicable al presente caso, puesto que el Estado -como titular de la Infraestructura- ha otorgado en concesión al Concesionario dicho bien de dominio público para su construcción, conservación, mantenimiento y explotación, lo que le genera derechos y obligaciones a este último, sin que ello implique desconocer el carácter de inalienable e imprescriptible de dicho bien.

3.16. Líneas inmediatamente seguidas, el OSITRAN hace referencia al artículo 21° del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyecto en Activos, para indicar que "los Contratos que se celebran para desarrollar un proyecto de APP constituyen título suficiente para que el inversionista pueda hacer valer los derechos que dicho instrumento le otorga".

En esa línea, invoca el artículo 5° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, para decir que por la concesión se concede al inversionista la ejecución y explotación de infraestructura pública, cuyos derechos y obligaciones se regulan en el contrato correspondiente.

OSITRAN adicionalmente señala que, a la fecha de suscripción del Contrato de Concesión, se encontraba vigente el Decreto Supremo N° 059-96-PCM, que establecía similares disposiciones a las contenidas en el Decreto Legislativo N° 1362.

Como consecuencia de lo expuesto en este numeral, el OSITRAN considera que "ninguna entidad del Estado podría denegar o limitar el ejercicio de los derechos y obligaciones del Concesionario, en la medida que, por el Contrato de Concesión, se le ha facultado a ejercerlos válidamente, siendo título suficiente para salvaguardar su derecho para la explotación de los bienes de la concesión".

3.17. En cuanto a las defensas posesorias, las gerencias de OSITRAN, luego de citar las Cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión, además de los artículos 920° y 921° del Código Civil, excluye de su labor interpretativa la defensa posesoria extrajudicial con una conclusión que no se le pidió emitir (ver numeral 60 del Informe Conjunto), para centrar su evaluación y análisis sobre la defensa posesoria judicial, definiéndola como "el uso de un mecanismo jurídico para recuperar la posesión de un bien, sometiendo la controversia a un proceso Judicial, ya sea, a través de un Interdicto o una Acción Posesoria".

3.18. Después de realizar este deslinde, y sobre la base de las lecturas que abrieron el procedimiento de interpretación de oficio, las gerencias de OSITRAN señalan que la discusión gira en torno a si las acciones legales que debe ejercer el Concedente, en virtud de lo establecido en la cláusula 5.39 del Contrato de Concesión, incluye el ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial reguladas en el inciso b) de la cláusula 5.38".

Para dar respuesta a esta interrogante, el OSITRAN estima pertinente hacer la siguiente delimitación conceptual (numeral 70 del Informe Conjunto):

- *"Conforme a lo desarrollado precedentemente, la Defensa Posesoria Judicial regulada en el artículo 921 del Código Civil[10] faculta al poseedor a utilizar las acciones posesorias e interdictos, a fin de mantener a salvo su derecho.*

- *Las Acciones Legales, en cambio, constituyen un término más amplio que se materializa a través de todo aquel pedido de orden Jurídico (constitucional, civil, penal, laboral, entre otros) que se dirija dentro del marco de la ley y, casi siempre, ante el Poder Judicial. Dentro de dicho termino podemos encontrar a las acciones jurisdiccionales que, en palabras de Martel, se realizan a fin de 'poner en actividad el aparato Jurisdiccional'[11] y también a las acciones legales previas, como el caso de la denuncia o carta notarial, cuya validez encuentra respaldo en la Ley".*

"En atención a lo expuesto, se advierte que nos encontramos frente a conceptos vinculados pero que no comprenden lo mismo; en efecto, la frase 'acciones legales' corresponden a un término general, en tanto que el término 'Defensa Posesoria Judicial' como acción civil, corresponde a una categoría de las primeras".

[Subrayado agregado]

C. Análisis de las solicitudes de medidas cautelares.

19. Mediante las Resoluciones impugnadas, el OSITRAN interpretó de oficio las cláusulas 5.38 y 5.39 de los Contratos de Concesión, en el sentido que los Concesionarios son los responsables del ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial, con lo cual, a partir de la notificación de dichos actos administrativos, ante la usurpación del Área de la Concesión, como en el caso de actividades incompatibles con el buen uso de dicha área por parte de terceros, los Concesionarios se encuentran en la obligación de hacer uso de los mecanismos y recursos judiciales que permitan mantener indemne el derecho del Concedente sobre los Bienes de la Concesión.

20. Ante ello, con escritos S/N de fecha 17 de enero de 2020, los Concesionarios presentaron recursos de reconsideración, a fin de que el Consejo Directivo del OSITRAN reevalúe su decisión y disponga que no corresponde interpretar de oficio las cláusulas 5.38 y 5.39 de los Contratos de Concesión en el extremo que los Concesionarios son los responsables del ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial.

21. Asimismo, como "Segundo Otrosí" señalaron que "*En caso el Consejo Directivo de OSITRAN considerara que los efectos de su interpretación se encuentran vigentes, de conformidad con el artículo 157 de la LPAG, solicitamos se nos conceda una medida cautelar por la que se suspendan los efectos de la interpretación de las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato, hasta que se obtenga una interpretación definitiva del Consejo Directivo al reconsiderar esta decisión. (…)*"

22. Al respecto, el artículo 157 del TUO de la LPAG regula las medidas cautelares que se pueden dictar dentro del procedimiento administrativo, señalando que, iniciado este, mediante decisión debidamente motivada y fundamentada, la administración puede adoptar las medidas cautelares establecidas en dicha Ley si hubiera posibilidad de que sin su adopción se arriesgara la eficacia de la decisión a emitir[6].

---

[6] **TUO de la LPAG**
"Artículo 157.- Medidas cautelares
157.1 Iniciado el procedimiento, la autoridad competente mediante decisión motivada y con elementos de juicio suficientes puede adoptar, provisoriamente bajo su responsabilidad, las medidas cautelares establecidas en esta Ley

23. En el presente caso, considerando lo manifestado por los Concesionarios, se advierte que sus solicitudes se enmarcan en el artículo 226 del TUO de la LPAG que establece lo siguiente:

> ***"Artículo 226.- Suspensión de la ejecución***
>
> *226.1 La interposición de cualquier recurso, excepto los casos en que una norma legal establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.*
>
> *226.2 No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, la autoridad a quien competa resolver el recurso suspende de oficio o a petición de parte la ejecución del acto recurrido cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:*
>
> *a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.*
> *b) Que se aprecie objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascendente.*
>
> *226.3 La decisión de la suspensión se adoptará previa ponderación suficientemente razonada entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata del acto recurrido.*
>
> *226.4 Al disponerse la suspensión podrán adoptarse las medidas que sean necesarias para asegurar la protección del interés público o los derechos de terceros y la eficacia de la resolución impugnada.*
>
> *226.5 La suspensión se mantendrá durante el trámite del recurso administrativo o el correspondiente proceso contencioso-administrativo, salvo que la autoridad administrativa o judicial disponga lo contrario si se modifican las condiciones bajo las cuales se decidió."*

24. Como se aprecia, de conformidad con lo establecido por el TUO de la LPAG, la interposición de un recurso no suspende la ejecución del acto impugnado. No obstante, la autoridad a cargo de la resolución del recurso suspenderá, de oficio o a petición de parte, la ejecución del acto recurrido cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

    a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.
    b) Que se aprecie objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascendente.

25. Asimismo, dicha decisión deberá adoptarse previa ponderación suficientemente razonada entre el perjuicio que la suspensión causaría al interés público o a terceros y el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata del acto recurrido; debiendo adoptarse las medidas que sean necesarias para asegurar la protección del interés público o los derechos de terceros y la eficacia de la resolución impugnada, en caso se suspenda su ejecución.

26. Atendiendo a ello, si bien los Concesionarios han sustentado las solicitudes de suspensión de efectos de las Resoluciones impugnadas únicamente en el artículo 157 del TUO de la LPAG, exponiendo argumentos destinados a fundamentar el *"peligro en la demora y la verosimilitud del derecho*", corresponde, asimismo, evaluar lo solicitado al amparo de lo establecido en el artículo 226 del TUO de la referida Ley, por ser esta la figura jurídica específica aplicable al caso.

27. En ese sentido, a continuación, se analizará si en los argumentos esgrimidos por los Concesionarios concurre alguna de las circunstancias establecidas en el artículo 226 del TUO de la LPAG (que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación, que se aprecie objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascendente), a efectos de evaluar la adopción de la suspensión solicitada, debiéndose realizar una ponderación entre el perjuicio que causaría al interés público, o a terceros, la suspensión y el perjuicio que causaría a los recurrentes la ejecución de los actos impugnados.

---

u otras disposiciones jurídicas aplicables, mediante decisión fundamentada, si hubiera posibilidad de que sin su adopción se arriesga la eficacia de la resolución a emitir.
157.2 Las medidas cautelares podrán ser modificadas o levantadas durante el curso del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser consideradas en el momento de su adopción.
157.3 Las medidas caducan de pleno derecho cuando se emite la resolución que pone fin al procedimiento, cuando haya transcurrido el plazo fijado para su ejecución, o para la emisión de la resolución que pone fin al procedimiento.
157.4 No se podrán dictar medidas que puedan causar perjuicio de imposible reparación a los administrados."

a. <u>Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación</u>

28. Cabe recordar que, de acuerdo con el artículo 226 del TUO de la LPAG, la regla general es que la interposición de cualquier recurso, excepto los casos en que una norma legal establezca lo contrario, no suspende la ejecución del acto impugnado. Sin embargo, un supuesto para disponer la suspensión de la ejecución del acto administrativo es que la autoridad administrativa aprecie que la referida ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.

29. Al respecto, en comentarios a dicho supuesto, Morón señala que "*un factor que apreciado [Sic.] por la autoridad puede determinarle la suspensión administrativa del acto, es la existencia de perjuicios graves, irreparables y desproporcionados al interesado que no podrán ser restablecidos posteriormente por revocación ante la autoridad administrativa o judicial. <u>La medición de estos factores puede darse cuando la sentencia o revocación no pueda reponer las cosas al estado anterior a la ejecución del acto y la diferencia no sea compensable en dinero</u>*". A modo de ejemplo, señala que dicha circunstancia concurre en una demolición, la pérdida de una oportunidad irrepetible y una orden sanitaria de sacrificio de animales[7].

[Subrayado agregado]

30. A efectos de suspender la ejecución de un acto administrativo por la existencia de perjuicios de imposible o difícil reparación, debe determinarse si con la emisión de la nueva decisión de la administración no resultaría posible reponer las cosas al estado anterior, y si este perjuicio no sería compensable en dinero.

31. En ese sentido, son los Concesionarios quienes tienen la carga de probar qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil, se presentan en caso se ejecuten los actos impugnados.

32. En el presente caso, los Concesionarios han señalado que, con la ejecución de las Resoluciones impugnadas, se les exigiría ejercer obligaciones inmediatas sin mediar Resolución definitiva, generando excesiva onerosidad en la ejecución de los Contratos; no obstante, de los escritos presentados se advierte que no han adjuntado documento o prueba alguna que acredite el perjuicio alegado y la excesiva onerosidad de su ejecución.

33. De otro lado, considerando que, conforme lo establece la cláusula 5.38 de los Contratos de Concesión, las obligaciones que los Concesionarios deben realizar en ejecución de las Resoluciones impugnadas como parte del ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial a su cargo (hacer uso de los mecanismos y recursos judiciales para mantener indemne el derecho del Concedente sobre los Bienes de la Concesión); se advierte que su ejercicio no genera un perjuicio irreparable a los Concesionarios, en la medida que, en caso se determinara que corresponde revocar el sentido de las Resoluciones impugnadas y, por tanto, se resolviera que el Concedente es el encargado de ejercer la Defensa Posesoria Judicial, el eventual perjuicio causado a los Concesionarios resultaría compensable en dinero, razón por la cual es posible devolver las cosas a su estado anterior, dando paso a una reparación inmediata y suficiente a su favor.

34. En consecuencia, considerando que los Concesionarios no han acreditado los perjuicios de imposible o de difícil reparación, que como consecuencia de la inmediata aplicación de las resoluciones recurridas se producirían y que el eventual perjuicio no es de imposible reparación, no procede la suspensión de la ejecución de los actos administrativos.

---

[7] MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima, Gaceta Jurídica, Tomo II, Décimo Segunda Edición, 2017. p.230.

b. <u>Que se aprecie objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascendente</u>

35. Al respecto, considerando que, la regla general contemplada en el artículo 226 del TUO de la LPAG es que la interposición del recurso no suspende la ejecución del acto administrativo impugnado, a efectos que la autoridad administrativa pueda disponer la suspensión de la ejecución del acto administrativo sobre la base de este supuesto, corresponde evaluar si existe, al menos con carácter indiciario, un vicio de nulidad trascendente. Lo contrario implicaría que la simple invocación de la existencia de un vicio de nulidad conlleve a la suspensión de la ejecución del acto administrativo, lo cual no guardaría coherencia con las demás disposiciones contenidas en la misma norma[8].

36. Al respecto, Morón ha comentado dicha circunstancia señalando que "*la apreciación objetiva de la existencia de un vicio de nulidad trascendente también puede determinar a la autoridad decidir la suspensión administrativa del acto. Cuando la autoridad revisora llegue a la conclusión de la posibilidad objetiva de una nulidad trascendente, en un ejercicio de prudencia legítima, puede – sin anular el acto – determinar provisoriamente su nulidad, en tanto sustancia el procedimiento a efecto de confirmar o desvirtuar el parecer*"[9].

37. Siendo ello así, en el presente acápite se evaluará si de acuerdo con los argumentos expuestos por los Concesionarios, se puede apreciar, de manera indiciaria, la existencia de un vicio de nulidad trascendente conforme lo exige el artículo 226 del TUO de la LPAG, sin perjuicio de la evaluación que corresponderá realizar al resolverse los recursos de reconsideración, lo cual no es materia del presente informe.

38. Cabe recordar que, además de lo desarrollado en el acápite precedente, los Concesionarios han sustentado sus solicitudes de medida cautelar en la *"verosimilitud en el derecho",* señalando que dicho presupuesto se encuentra desarrollado en el *"numeral III.4 – 3.8 al 3.18*" del escrito de reconsideración; sin embargo, como se apuntó previamente, no existe un numeral III.4 en los escritos presentados, por lo que los argumentos objeto de análisis únicamente serán los contenidos entre los numerales *"3.8 al 3.18*" de dicho escritos.

- <u>La Defensa Posesoria Extrajudicial no debió ser objeto de pronunciamiento</u>

39. En el numeral 3.8 de sus escritos de reconsideración, los Concesionarios señalan que, en ningún momento del procedimiento de interpretación, se discutió sobre la Defensa Posesoria Extrajudicial; agregan que, si bien realizaron acciones para defender la Concesión, ello no implica necesariamente que hubieran estado ejecutando en "*puridad jurídica*" la Defensa Posesoria Extrajudicial pues, al igual que la Judicial, esta se construye sobre la existencia de un derecho real de posesión, derecho que, como reconoce el OSITRAN, no existe y en ningún momento se ha pretendido señalar que ostentan los Concesionarios.

40. Asimismo, en el numeral 3.9 sostienen que, en atención a lo manifestado, debe tenerse por no puesta la conclusión sobre el acuerdo de las partes en el sentido que los Concesionarios ejercen la Defensa Posesoria Extrajudicial, debido a que, aunque no se encuentre en la parte resolutiva, constituye un pronunciamiento extrapetita y, en consecuencia, nulo.

41. Como se aprecia, <u>los Concesionarios no han señalado cual es el vicio de nulidad incurrido por las Resoluciones impugnadas</u>, por lo que analizaremos si los referidos actos administrativos se encuentran incursos en alguna de las causales de nulidad contenidas en el artículo 10 del TUO de la LPAG[10].

---

[8] Presunción de validez del acto administrativo

[9] MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima, Gaceta Jurídica, Tomo II, Décimo Segunda Edición, 2017, p. 230 y 231.

[10] **<u>TUO de la LPAG</u>**

42. Sobre el particular, es preciso señalar que, conforme se aprecia de las Resoluciones impugnadas, el pronunciamiento del OSITRAN se limitó a determinar a cuál de las partes le corresponde ejercer la Defensa Posesoria Judicial mediante la interpretación de las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión, verificándose que, incluso, en la parte resolutiva de las mismas se circunscribió el pronunciamiento al literal b) de la cláusula 5.38 y a la cláusula 5.39, habiéndose señalado que "*El Concesionario es el responsable del ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial. La presente interpretación se establece debido a que, la lectura conjunta de las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión, no era clara en torno a si las "acciones legales" que debe ejercer el Concedente (cláusula 5.39), incluye el ejercicio de la defensa posesoria judicial (regulada en el literal b de la cláusula 5.38)".* [Subrayado agregado]

43. Si bien entre los numerales 60 y 62 de los Informes Conjuntos N° 0161-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF) y N° 0165-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), así como entre los numerales 58 y 60 del Informe Conjunto N° 0168-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF) que fundamentaron las Resoluciones impugnadas, se hizo referencia a la Defensa Posesoria Extrajudicial, ello fue para exponer las clases de Defensa Posesoria que regulaba la cláusula 5.38 de los Contratos de Concesión en concordancia con lo establecido en el Código Civil, así como para dejar expresamente anotado que dicha clase de Defensa Posesoria (Extrajudicial) no sería objeto de pronunciamiento debido a que existía claridad sobre su alcance, en la medida que no existía ambigüedad en la lectura de este extremo de la referida cláusula, pues ninguna de las partes había solicitado al OSITRAN una interpretación del Contrato en este extremo, ni habían expresado posiciones contrarias al respecto.

44. Lo anterior se desprende de lo manifestado por los propios Concesionarios en sus Cartas N° 8011-CINSA-OSITRAN, N° 3287-CIST2-OSITRAN y N° 3683-CIST3-OSITRAN, en las que textualmente indicaron que, no existía vacío contractual sobre las acciones que deben realizar el Concedente y los Concesionarios en atención de lo establecido en las cláusulas 5.38 y 5.39 de los Contratos de Concesión, siendo que, para el caso de la defensa posesoria extrajudicial, los Concesionarios eran los encargados de repeler la fuerza que se emplee contra ellos a fin de recobrar el bien, tal y como se aprecia a continuación del texto de la Carta N° 3287-CIST2-OSITRAN:

> ***"II. ES IMPROCEDENTE LA SOLICITUD DE INTERPRETACIÓN PORQUE NO EXISTE UN VACÍO CONTRACTUAL SOBRE LAS ACCIONES QUE DEBE REALIZAR EL CONCEDENTE Y EL CONCESIONARIO PARA EL EJERCICIO DE LAS DEFENSAS POSESORIAS (…)***
>
> ***1.1. Inexistencia de vacío contractual para determinar las acciones que debe realizar el Concedente y el Concesionario para el ejercicio de las defensas posesorias.***
> *(…)*
> *1.1.3. En el presente caso,* ***no existe ningún vacío contractual sobre las acciones que deben realizar el Concedente y el Concesionario para cumplir con las Cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión****.*
> *(…)*
> *Como se aprecia, las obligaciones y responsabilidades del Concesionario y el Concedente se encuentran definidas de la siguiente manera:*
>
> *(i) El Concesionario debe realizar las acciones previstas en la Cláusula 5.38 del Contrato de Concesión en dos casos: intento de usurpación del área comprometida en el Área de la Concesión y actividades incompatibles de terceros con el buen uso de dicha área.*
> *(ii)* ***Para el caso de la defensa posesoria extrajudicial****, de acuerdo con lo establecido en el literal a) de la cláusula 5.38 del Contrato de Concesión,* ***el Concesionario debe repeler la fuerza que se emplee contra él y poder recobrar el bien, sin intervalo de tiempo, si fuera desposeído, mediante el ejercicio de la autodefensa, pero absteniéndose del empleo de vías de hecho no justificadas por las circunstancias****.*

"Artículo 10.- Causales de nulidad
Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:
1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14.
3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o tramites esenciales para su adquisición.
4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma."

(…)

1.1.5 Por lo expuesto, no existe un vacío contractual en las Cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión, ya que ambas disposiciones son claras respecto de las acciones que deben realizar tanto el Concesionario con el Concedente a efectos de ejercer las defensas posesorias de los Bienes de la Concesión en sus dos modalidades.

(…)"

45. En consecuencia, teniendo en consideración que el OSITRAN no interpretó el alcance de la Defensa Posesoria Extrajudicial, no se aprecia objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascedente, conforme lo exige el artículo 226 del TUO de la LPAG para disponer la suspensión de la ejecución de las Resoluciones impugnadas en este extremo pues el contenido de los actos administrativos comprendió únicamente el análisis de las cuestiones de hecho y derecho planteadas por las partes, conforme a lo regulado en el numeral 2 del artículo 3 del TUO de la LPAG[11], concordado con el artículo 5 de la misma Ley[12].

46. Sin perjuicio de lo señalado, estas Gerencias consideran necesario precisar que, en torno a lo alegado por los Concesionarios, con relación a que la Defensa Posesoria Extrajudicial y Judicial se construyen sobre la existencia de un derecho real de posesión que no ostentan, mediante la interpretación realizada en las Resoluciones impugnadas [numerales 77 y 82 de los Informes Conjuntos N° 161 y N° 165-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), y los numerales 75 y 80 del Informe Conjunto N° 168-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), que forman parte integrante de las referidas Resoluciones], no se reconoció que los Concesionarios tengan derecho real alguno sobre los bienes de la Concesión (derecho de posesión, entre otros) sino que tienen el derecho y la obligación de entablar las Defensas Posesorias Judiciales, en estricta aplicación de lo acordado en la cláusula 5.38 de los Contratos de Concesión, siendo estos suficiente título para ejercerlas conforme lo establece el artículo 21 del Decreto Legislativo N° 1362 y el artículo 5 de su Reglamento, en atención al derecho para la construcción, conservación, mantenimiento y explotación de los bienes que se les ha otorgado.

- El MTC ha manifestado que se encuentra a cargo de las Defensas Posesorias

47. Entre los numerales 3.10 y 3.12 de los escritos de reconsideración, los Concesionarios han fundamentado su pedido de suspensión de ejecución de las Resoluciones impugnadas, señalando que durante la ejecución de los Contratos de Concesión las partes han sostenido las razones por las que no corresponde que la defensa posesoria la realicen los Concesionarios. Así, citó el Informe N° 531-2013-MTC/25 que adjuntó a las Cartas N° 8011-CINSA-OSITRAN, N° 3287-CIST2-OSITRAN y N° 3683-CIST3-OSITRAN, en las que el Concedente indicó lo siguiente:

> *"e) El referido mecanismo colaborativo es fundamental en el presente caso, en la medida que la infraestructura sobre la que se construyen las gibas artesanales constituyen bienes de uso público, y en consecuencia, conforme a lo dispuesto por el Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, no resulta procedente el ejercicio de los interdictos ([1]).*

---

[11] **TUO de la LPAG**
"Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos
Son requisitos de validez de los actos administrativos:
(…)
2. Objeto o contenido.- *Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación."*

[12] **TUO de la LPAG**
*"**Artículo 5.- Objeto o contenido del acto administrativo***
5.1 El objeto o contenido del acto administrativo es aquello que decide, declara o certifica la autoridad.
5.2 En ningún caso será admisible un objeto o contenido prohibido por el orden normativo, ni incompatible con la situación de hecho prevista en las normas; ni impreciso, obscuro o imposible de realizar.
5.3 No podrá contravenir en el caso concreto disposiciones constitucionales, legales, mandatos judiciales firmes; ni podrá infringir normas administrativas de carácter general provenientes de autoridad de igual, inferior o superior jerarquía, e incluso de la misma autoridad que dicte el acto.
5.4 El contenido debe comprender todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados, pudiendo involucrar otras no propuestas por estos que hayan sido apreciadas de oficio, siempre que la autoridad administrativa les otorgue un plazo no menor a cinco (5) días para que expongan su posición y, en su caso, aporten las pruebas que consideren pertinentes."

f) Es por ello importante, que luego de realizar las acciones que le competen al CONCESIONARIO (constataciones policiales) este coordine inmediatamente con el CONCEDENTE (comunicación a través de cartas) a efectos de que este último" [Sic]

48. Asimismo, refirieron lo expresado por el Procurador Público del MTC a Intersur Concesiones S.A., a través del Oficio N° 2743-2014-MTC/07:

> *"Al respecto, las carreteras como en el presente caso el Corredor Vial Interoceánico Sur, son bienes estatales de uso público y por lo tanto NO ES POSIBLE EJERCER DOMINIO ALGUNO sobre las mismas, correspondiendo al Estado el ejercicio tuitivo y público de dichos bienes (…)"* [Sic]

49. En atención a los documentos mencionados, los Concesionarios cuestionaron que la Procuraduría Pública del MTC ahora señale que no le corresponde ejercer la Defensa Posesoria Judicial, "*en la medida que en dichas oportunidades las partes, de buena fe, ejecutaron fielmente los acuerdos contenidos en sus contratos de concesión y, además, adecuados a la normatividad vigente*", la cual no había cambiado de manera tal que justifique el cambio de posición; por lo que indica no resulta necesario el inicio de un procedimiento de interpretación sobre cláusulas cuyo entendimiento era compartido por las partes.

50. Ahora bien, con relación a dichos argumentos, se advierte que, en sus escritos de reconsideración, los Concesionarios tampoco han señalado bajo qué vicio de nulidad se encuentran las Resoluciones impugnadas, por lo que el análisis sobre este punto, también se realizará en función a determinar si los referidos actos administrativos impugnados se encuentran incursos en alguna de las causales de nulidad contenidas en el artículo 10 del TUO de la LPAG.

51. Sobre el particular, conforme se aprecia del numeral 96 de los Informes Conjuntos N° 161 y N° 165-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), así como del numeral 95 del Informe Conjunto N° 168-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF); el Informe N° 531-2013-MTC/25 que los Concesionarios adjuntaron a sus Cartas, fue debidamente analizado, verificándose que, a través de este, el Concedente únicamente hizo referencia a denuncias con carácter penal (acciones legales), no habiéndose encontrado que, en algún momento, durante el transcurso de la Concesión, el Concedente hubiera ejercido la Defensa Posesoria Judicial de los bienes de la Concesión. Al pie de página de los referidos numerales se desarrolló el contenido de dicho documento:

> *"Informe N° 531-2013-MTC/25 de fecha 12 de setiembre de 2013, emitido por la Oficina de Asesoría Técnica y Legal del propio Concedente en el marco del Contrato de Concesión de la IIRSA Norte, que señala que, luego de analizar las acciones ejecutadas por el Concesionario, corresponde que este coordine inmediatamente con el Concedente, efectos de que este último interponga las acciones legales (entre ellas las denuncias penales que son fundamentales por su efectividad) a efectos de defender la concesión."*

52. De otro lado, si bien en la cita que hacen los Concesionarios del Informe N° 531-2013-MTC/25, se observa que, el Concedente habría señalado que, en la medida que las infraestructuras sobre la que se construyen las gibas artesanales constituyen bienes de uso público, conforme a lo dispuesto por el Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, no resulta procedente el ejercicio de los interdictos; resulta necesario precisar que, en los Informes Conjuntos antes referidos también se emitió opinión al respecto, indicándose en el pie de página del numeral 72 (de los Informes Conjuntos N° 161 y N° 165-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF)) y 70 (del Informe Conjunto N° 168-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF)) que, como bien señala Avendaño[13] "*si bien en cuanto a los bienes de uso público, el artículo 599 del Código Procesal Civil establece que los interdictos proceden respecto de bienes inmueble, así como de bienes mueble inscritos, siempre que no sea de uso público; el requisito que el bien sea de uso público supone que el bien lo posean todos, lo que equivale a decir que nadie lo posea individualmente.*

---

[13] AVENDAÑO ARANA, Francisco, Los Interdictos, extraído de http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc/2011/01/24/los-interdictos/

Pero si un bien destinado a uso público es poseído de hecho (por un comerciante informal) o con derecho (por un concesionario) de manera individual, el interdicto si procede".

53. Con relación al Oficio N° 2743-2014-MTC/07 que los Concesionarios han citado y adjuntado a sus escritos de reconsideración, si bien del mismo se observa que el Concedente indicó que *"las carreteras como en el presente caso el Corredor Vial Interoceánico Sur, son bienes estatales de uso público y por lo tanto NO ES POSIBLE EJERCER DOMINIO ALGUNO sobre las mismas, correspondiendo al Estado el ejercicio tuitivo y público de dichos bienes";* en el numeral 78 de los Informes Conjuntos N° 161 y N° 165 -2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), así como en el numeral 76 del Informe Conjunto N° 168-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), se observa que dicho argumento ya ha sido objeto de análisis, habiéndose señalado que "*si bien, de acuerdo con lo señalado en el artículo 41 del Reglamento del Sistema Nacional de Bienes Estatales[14], la defensa de los bienes de dominio público es un deber del Estado; este, como titular de la infraestructura vial, ha transferido las actividades de construcción, conservación, mantenimiento y explotación de los bienes comprendidos en el Contrato de Concesión, otorgando al Inversionista los derechos y obligaciones que están regulados en el respectivo Contrato, como es el caso, del ejercicio de las Defensas Posesorias."*

54. Asimismo, al igual que en el caso del Informe N° 531-2013-MTC/25, en el Oficio N° 2743-2014-MTC/07, el Concedente solicitó información a fin de "*implementar las acciones legales correspondientes*", no habiendo hecho referencia alguna al ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial de los bienes de la Concesión, como se aprecia a continuación:

> *"Sin embargo, y a fin de implementar las acciones legales correspondientes, solicitamos que en su calidad de concesionaria no remita un Informe Técnico incluyendo: (…) y e) demás acciones realizadas."*

55. En ese contexto, considerando que las Resoluciones impugnadas realizaron el análisis correspondiente de las cuestiones de hecho y argumentos planteados por los Concesionarios, de conformidad con el numeral 2 del artículo 3 del TUO de la LPAG, concordado con el artículo 5 de la misma Ley, no se aprecia objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascedente, conforme lo exige el artículo 226 del TUO de la LPAG, que determine la suspensión de la ejecución de las Resoluciones impugnadas, en este extremo.

56. Finalmente, respecto de los numerales 3.13 al 3.18 de los escritos de reconsideración en los que los Concesionarios también han sustentado sus solicitudes de suspensión de la ejecución de las Resoluciones impugnadas, se advierte que únicamente han desarrollado las premisas sobre las cuales el OSITRAN arribó a la conclusión que los conceptos "acciones legales" y "Defensa Posesoria Judicial" no comprendían lo mismo; por lo que, no habiendo cuestionamiento alguno en dichos numerales que alegue y acredite la existencia de un vicio de nulidad o un perjuicio irreparable para los Concesionarios, no es posible emitir mayor pronunciamiento sobre el particular.

57. Lo anterior es concordante con el Principio de Verdad Material establecido en el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, que señala que, "*en el*

---

[14] **Reglamento del Sistema Nacional de Bienes Estatales, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2008-VIVIENDA**
"Articulo 41.- De las entidades responsables de los bienes de dominio público
La administración, conservación y tutela de los bienes de dominio público compete a las entidades responsables del uso Público del bien o de la prestación del servicio público, según corresponda, v conforme con las normas de la respectiva materia. La supervisión del carácter inalienable e imprescriptible de los bienes de dominio público está a cargo de la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales -SBN, en su calidad de Ente Rector del Sistema Nacional de Bienes Estatales.
Atendiendo a razones debidamente justificadas, la administración de los bienes de dominio público podrá ser asignada o reasignada a otra entidad responsable del uso público del bien o de la prestación del servicio público, mediante resolución de la SBN.
Dicha resolución constituye título suficiente para su inscripción registral. Si como consecuencia de las labores de supervisión de la SBN se detectara una indebida inscripción del bien de dominio público originada en normas especiales que dieron mérito a la misma, la SBN podrá precisar, rectificar o aclarar la titularidad del mismo. Dicha resolución tiene mérito suficiente para su inscripción registral."

caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a estas"; por lo que, a fin de procurar la imparcialidad en el procedimiento de interpretación, corresponde que el Consejo Directivo circunscriba su análisis de adopción de las medidas cautelares a lo señalado por los Concesionarios (numerales 3.8 a 3.18 de los escritos de reconsideración).

58. Sin perjuicio de lo señalado, estas Gerencias estiman pertinente indicar que, los argumentos expuestos por los Concesionarios se encuentran orientados a cuestionar los criterios empleados por este Organismo Regulador en las Resoluciones impugnadas, para considerar que resultan responsables del ejercicio de las Defensas Posesorias Judiciales.

59. En ese sentido, considerando que el fundamento del recurso de reconsideración radica en permitir que la misma autoridad administrativa, que conoció el procedimiento, revise nuevamente el caso y que, en el supuesto que dicha autoridad revisora estime el recurso presentado, sobre la base de una apreciación distinta de los argumentos de hecho y de derecho del acto impugnado; ello, no configuraría un vicio de nulidad trascedente que implique la suspensión de la ejecución de las Resoluciones impugnadas, de conformidad con el artículo 6 del TUO de la LPAG[15].

c. Ponderación suficientemente razonada

60. Adicionalmente, el artículo 226 del TUO de la LPAG también establece en su numeral 3 que, de manera previa a la suspensión de cualquier acto administrativo, debe realizarse además una ponderación suficientemente razonada entre el perjuicio que causaría al interés público, o a terceros, la suspensión y el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata del acto recurrido.

61. Efectuando dicha ponderación y en base a lo expuesto a lo largo del presente informe, se puede señalar lo siguiente:

- No se aprecia objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascendente en las Resoluciones de Consejo Directivo N° 0051-2019-CD-OSITRAN, N° 0055-2019-CD-OSITRAN y N° 0058-2019-CD-OSITRAN.

- Los Concesionarios no han acreditado los perjuicios de imposible o de difícil reparación que como consecuencia de la inmediata aplicación de las resoluciones recurridas se producirían.

---

[15] **TUO de la LPAG**
"Artículo 6.- Motivación del acto administrativo
6.1 La motivación debe 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.
6.2 Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto. Los informes, dictámenes o similares que sirvan de fundamento a la decisión, deben ser notificados al administrado conjuntamente con el acto administrativo.
6.3 No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto.
No constituye causal de nulidad el hecho de que el superior jerárquico de la autoridad que emitió el acto que se impugna tenga una apreciación distinta respecto de la valoración de los medios probatorios o de la aplicación o interpretación del derecho contenida en dicho acto. Dicha apreciación distinta debe conducir a estimar parcial o totalmente el recurso presentado contra el acto impugnado.
6.4 No precisan motivación los siguientes actos:
6.4.1 Las decisiones de mero trámite que impulsan el procedimiento.
6.4.2 Cuando la autoridad estima procedente lo pedido por el administrado y el acto administrativo no perjudica derechos de terceros.
6.4.3 Cuando la autoridad produce gran cantidad de actos administrativos sustancialmente iguales, bastando la motivación única."

- Sin perjuicio de ello, el eventual perjuicio a los Concesionarios no es de imposible reparación, siendo posible devolver las cosas a su estado anterior, dando paso a una reparación inmediata y suficiente a su favor.

- Si se suspendiera la ejecución de las Resoluciones impugnadas, y ante una eventual usurpación, ninguna de las partes asumiría el ejercicio de las Defensas Posesorias, en tanto no se resuelvan los recursos de reconsideración presentados.

- Permitir lo anterior, traslada el perjuicio a los usuarios, los cuales verían limitado el uso de la infraestructura, pese a que, por el pago de la tarifa correspondiente, tienen derecho a su libre uso por ser un servicio público que debe ser brindado con la calidad y cobertura acorde a los niveles de servicio establecidos en los respectivos Contratos de Concesión.

62. En consecuencia, se advierte que la ejecución de las Resoluciones impugnadas no genera un perjuicio irreparable a los Concesionarios, siendo que, por el contrario, la suspensión de su ejecución sí acarrearía perjuicios graves al interés público.

63. Por tanto, en atención a lo establecido en el artículo 226 del TUO de la LPAG bajo el cual, los argumentos de los Concesionarios fueron objeto de análisis, se considera que no corresponde suspender la ejecución de las Resoluciones de Consejo Directivo N° 0051-2019-CD-OSITRAN, N° 0055-2019-CD-OSITRAN y N° 0058-2019-CD-OSITRAN.

64. Sin perjuicio de lo señalado, cabe precisar que este pronunciamiento está referido únicamente a las solicitudes de suspensión de la ejecución de las Resoluciones impugnadas, por lo que no condiciona, en modo alguno, el sentido del pronunciamiento que el OSITRAN emitirá posteriormente sobre las pretensiones y cuestionamientos de fondo planteados por los Concesionarios en sus recursos de reconsideración.

IV. CONCLUSIÓN

65. Sobre la base de lo expuesto en el presente Informe, podemos concluir que:

(i) Los concesionarios no han acreditado que la ejecución de las resoluciones impugnadas pueda causar perjuicios de imposible o difícil reparación.
(ii) Las resoluciones impugnadas no adolecen de vicio de nulidad trascendente.
(iii) La ejecución de las Resoluciones impugnadas no genera un perjuicio irreparable a los Concesionarios, siendo que, por el contrario, la suspensión de su ejecución sí acarrearía perjuicios graves al interés público.

V. RECOMENDACIONES

66. Considerando lo señalado en el artículo 226 del TUO de la LPAG, se recomienda desestimar las solicitudes de suspensión de la ejecución de las Resoluciones de Consejo Directivo N° 0051-2019-CD-OSITRAN, N° 0055-2019-CD-OSITRAN y N° 0058-2019-CD-OSITRAN, solicitadas por las empresas Concesionaria Interoceánica Sur - Tramo 2 S.A., Concesionaria Interoceánica Sur - Tramo 3 S.A. y Concesionaria IIRSA Norte S.A., respectivamente.

67. Elevar el presente Informe y los proyectos de Resolución correspondientes al Consejo Directivo para su aprobación y posterior notificación a las partes.

Atentamente,

FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA
Gerente de Supervisión y Fiscalización

HUMBERTO SHEPUT STUCCHI
Gerente de Asesoría Jurídica

NT 2020013117