



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo



Firmado por:
ZAMBRANO
COPELLO Rosa
Verónica FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 06/03/2020
16:18:36 -0500

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 0019-2020-CD-OSITRAN

Lima, 04 de marzo de 2020

VISTO:

El Recurso de Reconsideración presentado por la empresa Concesionaria Vial del Sur S.A., en contra de la Resolución de Consejo Directivo Nº 056-2019-CD-OSITRAN; y, el Informe Conjunto Nº 00041-2020-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), de fecha 27 de febrero de 2020, emitido por la Gerencia de Asesoría Jurídica y la Gerencia de Supervisión y Fiscalización; y,

CONSIDERANDO:

Que con fecha 24 de octubre del 2007, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, el Concedente) y la empresa Concesionaria Vial del Sur S.A. (en adelante, el Concesionario) suscribieron el Contrato de Concesión del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil, Tramo 5: Matarani – Azángaro – Ilo (en adelante, el Contrato de Concesión);

Que, con fecha 9 de julio de 2019, el MTC remitió el Oficio Nº 3190-2019-MTC/19 al Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte (en adelante, el OSITRAN), adjuntando el Informe Nº 1023-2019-MTC/19, mediante el cual solicitó que el Regulador se pronuncie respecto del alcance de las cláusulas 5.53 y 5.54 del Contrato de Concesión, referidas al ejercicio de las Defensas Posesorias, a fin de determinar cuál de las partes tiene la obligación de ejercer las Defensas Posesorias Judiciales;

Que, con fecha 7 de agosto de 2019, el Concesionario presentó el Escrito S/N, que contiene su posición respecto de la solicitud del MTC;

Que, mediante Resolución de Consejo Directivo Nº 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 5.53 y 5.54 del Contrato de Concesión referidas al ejercicio de las Defensas Posesorias, de conformidad con los fundamentos y conclusiones del Informe Conjunto Nº 120-2019-IC-OSITRAN (GSF-GAJ);

Que, el 19 de diciembre de 2019, el Consejo Directivo emitió la Resolución Nº 0056-2019-CD-OSITRAN a través de la cual interpretó de oficio las cláusulas 5.53 y 5.54 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 de las cláusulas 5.53 y 5.54 del Contrato de Concesión no era clara en torno a si las “acciones legales” que debe ejercer el Concedente (cláusula 5.54), incluye el ejercicio de la “defensa posesoria judicial” (regulada en el literal b de la cláusula 5.53)

Al respecto, se ha advertido que nos encontramos frente a conceptos vinculados pero que no implican lo mismo, en la medida que la 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 Nº 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

Visado por: MEJIA CORNEJO Juan
Carlos FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 05/03/2020 18:01:08 -0500

Visado por: VEGA VASQUEZ John
Albert FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 05/03/2020 17:12:13 -0500

Visado por: SHEPUT STUCCHI
Humberto Luis FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 05/03/2020 16:49:28 -0500



Calle Los Negocios 182, piso 2
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01) 500-9330
www.ositran.gob.pe

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° 0056-2019-CD-OSITRAN;

Que, con fecha 12 de febrero de 2020, el Concedente remitió el Oficio N° 0835-2020-MTC/19 que adjuntó el Informe N° 0326-2020-MTC/19.02, a través del cual manifestó su posición con relación al Recurso de Reconsideración interpuesto por el Concesionario;

Que, el 19 de febrero de 2020, se realizó la vista de la causa con la participación de los representantes del Concedente, y del Concesionario, los cuales hicieron uso de la palabra procediendo a exponer los argumentos de su recurso de reconsideración ante el Consejo Directivo;

Que, mediante Informe Conjunto N° 00041-2020-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), de fecha 27 de febrero del 2020, la Gerencia de Asesoría Jurídica y la Gerencia de Supervisión y Fiscalización recomendaron declarar infundado el Recurso de Reconsideración interpuesto por el Concesionario;

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;

Que, de conformidad con lo establecido por el artículo 16 del TUO de la LPAG, la Resolución impugnada es eficaz y, por tanto, produce efectos a partir de su notificación legalmente realizada. Esto es concordante con lo dispuesto en el Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, que en su artículo 29 señala que la función interpretativa del Regulador se realiza a fin de determinar el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, haciendo posible su aplicación, lo que presupone que antes de dicha interpretación existía ambigüedad u oscuridad en su lectura, motivo por el cual, no podría exigirse a las partes el cumplimiento de obligaciones que hasta entonces no eran claras;

Por lo expuesto, y en virtud a lo dispuesto en el artículo 227 del TUO de la LPAG, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión Ordinaria N° 696-2020-CD-OSITRAN de fecha 04 de marzo del 2020, y sobre la base del Informe Conjunto N° 00041-2020-IC-OSITRAN (GAJ-GSF);

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar INFUNDADO el Recurso de Reconsideración presentado la empresa Concesionaria Vial del Sur S.A., en contra de la Resolución de Consejo Directivo N° 056-2019-CD-OSITRAN.

Artículo 2°.- Notificar la presente Resolución y el Informe Conjunto N° 00041-2020-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de representante del Concedente, así como a la empresa Concesionaria Vial del Sur S.A., en calidad de Concesionario.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

Artículo 3°.- Publicar la presente Resolución en el diario oficial el Peruano.

Artículo 4°.- Autorizar la difusión de la presente Resolución y del Informe Conjunto N° 00041-2020-IC-OSITRAN, en la página web institucional (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.

VERONICA ZAMBRANO COPELLO
Presidenta del Consejo Directivo

NT: 2020022269

INFORME CONJUNTO N° 00041-2020-IC-OSITRAN
(GAJ-GSF)

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

Asunto : Recurso de Reconsideración interpuesto contra la Resolución de Consejo Directivo N° 0056-2019-CD-OSITRAN

Referencia : Escrito S/N de fecha 17.01.2020

Fecha : 27 de febrero de 2020

 Firmado por: SHEPUT STUCCHI
Humberto Luis FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 27/02/2020
16:10:22 -0500

 Firmado por: VEGA
VASQUEZ John
Albert FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 27/02/2020
16:50:15 -0500

I. OBJETO

1. El presente informe tiene por objeto emitir opinión respecto del recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución de Consejo Directivo N° 0056-2019-CD-OSITRAN, que resolvió interpretar de oficio las Cláusulas 5.53 y 5.54 del Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo N° 5 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú – Brasil, relacionadas con el ejercicio de las Defensas Posesorias Judiciales.

II. ANTECEDENTES

2. El 24 de octubre del 2007, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, el Concedente) y la empresa Concesionaria Vial del Sur S.A. (en adelante, el Concesionario) suscribieron el Contrato de Concesión del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil, Tramo 5: Matarani – Azángaro – Ilo (en adelante, el Contrato de Concesión).
3. El 9 de julio de 2019, el MTC remitió el Oficio N° 3190-2019-MTC/19 al Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte (en adelante, OSITRAN), adjuntando el Informe N° 1023-2019-MTC/19, mediante el cual solicitó que el Regulador se pronuncie respecto del alcance de las cláusulas 5.53 y 5.54 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.
4. El 16 de julio de 2019, a través del Oficio N° 6243-2019-GSF-OSITRAN dirigido al Concesionario, el OSITRAN le trasladó copia del Oficio N° 3190-2019-MTC/19 y el Informe N° 1023-2019-MTC/19, a fin de que, en el plazo de quince (15) días hábiles, emita su opinión respecto de lo solicitado por el Concedente.
5. El 7 de agosto de 2019, el Concesionario presentó el Escrito S/N, que contiene su posición respecto de la solicitud del MTC, solicitando al Consejo Directivo de OSITRAN declarar que corresponde al Concedente ejercer las acciones de Defensa Posesoria Judicial.
6. Mediante Informe Conjunto N° 120-2019-IC-OSITRAN (GSF-GAJ) de fecha 11 de septiembre de 2019, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización y la Gerencia de Asesoría Jurídica del OSITRAN identificaron dos lecturas posibles respecto del contenido de las cláusulas 5.53 y 5.54 del Contrato de Concesión, a saber:
 - Lectura 1: El Concesionario es el responsable del ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial.
 - Lectura 2: El Concedente es el responsable del ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial

Visado por: RODRIGUEZ MARTINEZ
Antonio Michael FIR 09461356 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 27/02/2020 15:03:24 -0500

Visado por: TAMAYO PEREYRA
Paul Gerson FIR 10077798 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 27/02/2020 14:50:59 -0500

7. El 18 de septiembre de 2019, mediante Resolución N° 0040-2019-CD-OSITRAN, el Consejo Directivo resolvió disponer el inicio de oficio del procedimiento de interpretación de las cláusulas 5.53 y 5.54 del Contrato de Concesión del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil, Tramo 5: Matarani – Azángaro – Ilo.
8. La resolución mencionada en el numeral anterior fue notificada el 24 de setiembre de 2019 al Concedente y al Concesionario, a través de los Oficios N° 0166-2019-SCD-OSITRAN y N° 0167-2019-SCD-OSITRAN, respectivamente.
9. El 16 de octubre del 2019, el Concesionario ejerció uso de la palabra ante el Consejo Directivo.
10. El 21 de octubre de 2019, el Concesionario presentó Escrito S/N mediante el cual adjuntó la presentación impresa que fue utilizada en la audiencia de uso de la palabra.
11. Mediante el Oficio N° 9440-2019-GSF-OSITRAN, de fecha 22 de octubre de 2019, el OSITRAN solicitó al Concedente que indicara lo siguiente:

“a) El número de casos de usurpación o actividades incompatibles con el buen uso del área de la Concesión por parte de terceros que hayan sido comunicados, a la fecha, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) por parte de la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A.; y,

b) Informe si su representada, en los casos antes indicados, ha ejercido las defensas posesorias judiciales u otras acciones legales a fin de mantener indemne el derecho del Concedente sobre los bienes de las Concesiones cuyos adjudicatarios son las empresas Concesionarias antes indicadas.”
12. Asimismo, a través del Oficio N° 9441-2019-GSF-OSITRAN, de fecha 22 de octubre de 2019, OSITRAN solicitó al Concesionario que indicara lo siguiente:

“a) El número de casos de usurpación o actividades incompatibles con el buen uso del área de la Concesión por parte de terceros que hayan sido comunicados, a la fecha, al Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) por parte de la empresa Concesionaria Vial del Sur S.A.; y,

b) Informe si su representada, en los casos antes indicados, ha ejercido las defensas posesorias judiciales u otras acciones legales a fin de mantener indemne el derecho del Concedente sobre los bienes de las Concesiones cuyos adjudicatarios son las empresas Concesionarias antes indicadas.”
13. Mediante Carta N° 001550-2019-COVISUR de fecha 07 de noviembre del 2019, el Concesionario solicitó un plazo adicional de 10 (diez) días hábiles para atender el requerimiento de información adicional formulado por OSITRAN mediante Oficio N° 9441-2019-GSF-OSITRAN.
14. Mediante Oficio N° 10066-2019-GSF-OSITRAN, notificado con fecha 12 de noviembre de 2019, OSITRAN otorgó una ampliación de cinco días hábiles al Concesionario para que cumpla con lo solicitado.
15. El 14 de noviembre de 2019, el Concesionario a través de la Carta N° 001576-2019-COVISUR, presentó documentación a fin de que el Regulador las tenga en cuenta al momento de resolver.
16. El 21 de noviembre del 2019, mediante Escrito S/N, el Concesionario puso en conocimiento del Consejo Directivo información adicional.
17. El 19 de diciembre del 2019, el Consejo Directivo emitió la Resolución N° 0056-2019-CD-OSITRAN, sustentada en el Informe Conjunto N° 00166-2019-IC-OSITRAN (GAJ-

GSF), a través de la cual interpretó de oficio las Cláusulas 5.53 y 5.54 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 de las cláusulas 5.53 y 5.54 del Contrato de Concesión no era clara en torno a si las “acciones legales” que debe ejercer el Concedente (cláusula 5.54), incluye el ejercicio de la “defensa posesoria judicial” (regulada en el literal b de la cláusula 5.53)

Al respecto, se ha advertido que nos encontramos frente a conceptos vinculados pero que no implican lo mismo, en la medida que la 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”.

18. La Resolución de Consejo Directivo N° 0056-2019-CD-OSITRAN, fue notificada al Concedente el 24 de diciembre mediante el Oficio N° 0218-2019-SCD-OSITRAN, y al Concesionario el 26 de diciembre del 2019 a través del Oficio N° 0217-2019-SCD-OSITRAN.
19. El 17 de enero del 2020, el Concesionario a través del Escrito S/N interpuso Recurso de Reconsideración (en adelante, “el Recurso de Reconsideración”) contra la Resolución de Consejo Directivo N° 0056-2019-CD-OSITRAN.
20. El 24 de enero de 2020, el Concedente remitió el Oficio N° 0368-2020-MTC/19 a fin de dar respuesta al requerimiento efectuado por el Regulador a través del Oficio N° 9440-2019-GSF-OSITRAN, de fecha 22 de octubre de 2019. Al respecto mediante Oficio N° 01508-2020-GSF-OSITRAN, se comunicó al Concedente que dicha información había sido presentada fuera del plazo otorgado y luego de emitida la Resolución N° 0056-2019-CD-OSITRAN.
21. El 12 de febrero de 2020, el Concedente mediante el Oficio N° 0835-2020-MTC/19 el Concedente remitió el Informe N° 0326-2020-MTC/19.02, que contiene su pronunciamiento respecto del Recurso de Reconsideración interpuesto por el Concesionario.
22. El 13 y 14 de febrero de 2020, mediante Oficio N° 0040-2020-SCD-OSITRAN y Oficio N° 0039-2020-SCD-OSITRAN, se comunicó al Concedente y al Concesionario la fecha de la vista de la causa.
23. El 17 de febrero de 2020, a través del Escrito S/N, el Concesionario solicitó el Uso de la palabra en la vista de la causa programada.
24. El 19 de febrero de 2020, se llevó a cabo la vista de la causa del Recurso de Reconsideración, en la cual el Concesionario efectuó el uso de la palabra ante el Consejo Directivo.

III. ANÁLISIS

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

- A. Análisis de admisibilidad y procedencia del recurso.
- B. Cuestión previa: Contenido del Informe N° 00166-2019-IC-OSITRAN.
- C. Análisis de los argumentos del recurrente.
- D. Sobre el pronunciamiento del Concedente respecto del Recurso de Reconsideración

A. Análisis de admisibilidad y procedencia del recurso.

26. De la revisión del recurso presentado por el Concesionario se advierte que el mismo cumple con los requisitos de admisibilidad exigidos por los artículos 124¹, 219² y 221³ del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS ("TUO de la LPAG").
27. Cabe señalar que en el presente caso no es exigible el requisito de nueva prueba, conforme lo contempla el artículo 219 del TUO de la LPAG, dado que la Resolución N° 0056-2019-CD-OSITRAN ("Resolución impugnada") ha sido emitida por el Consejo Directivo, órgano que constituye única instancia administrativa que interpreta los contratos de concesión bajo el ámbito de competencia del OSITRAN.
28. De otro lado, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 218⁴ del TUO de la LPAG, el plazo para la interposición de los recursos administrativos es de quince (15) días hábiles perentorios. Al respecto, el Oficio N° 0217-2019-SCD-OSITRAN a través del cual se remitió la Resolución de Consejo Directivo N° 0056-2019-CD-OSITRAN, fue notificado al Concesionario el 26 de diciembre de 2019, por lo que el plazo máximo para interponer recurso de reconsideración vencía el 17 de enero de 2020.

¹ **TUO 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 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 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 LPAG:**

Artículo 218. Recursos administrativos

"(...)

218.2 El término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, (...)."

29. En tal sentido, dado que el Concesionario interpuso su Recurso de Reconsideración el 17 de enero de 2020, ha cumplido con interponerlo dentro del plazo legal, correspondiendo que se evalúe los argumentos de la reconsideración.

B. Cuestión previa: Contenido del Informe N° 00166-2019-IC-OSITRAN.

30. En primer lugar, citaremos las cláusulas que fueron objeto de interpretación en la Resolución impugnada, nos referimos a las cláusulas 5.53 y 5.54 del Contrato de Concesión:

“Defensas Posesorias

5.53. El CONCESIONARIO tiene la obligación de ejercitar las siguientes modalidades de defensa posesoria a partir de la Toma de Posesión, tanto para el caso de intento de usurpación del área comprometida en el Área de la Concesión, como en el caso de actividades incompatibles con el buen uso de dicha Área por parte de terceros siempre que el CONCEDENTE efectivamente le hubiese entregado dichas áreas desocupadas al CONCESIONARIO:

a) Defensa posesoria extrajudicial, utilizada para repeler la fuerza que se emplee contra el CONCESIONARIO 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, que el CONCESIONARIO deberá ejercitar, en caso que recaiga sobre la Concesión cualquier afectación, desposesión, ocupación, usurpación, etc., comunicar al REGULADOR dichos hechos y hacer uso de los mecanismos y recursos judiciales que le permitan mantener indemne el derecho del CONCEDENTE sobre los Bienes de la Concesión.

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

31. Asimismo, consideramos pertinente realizar un breve resumen de los aspectos abordados en el Informe Conjunto N° 00166-2019-IC-OSITRAN, en tanto que constituye el sustento de la Resolución de Consejo Directivo N° 0056-2019-CD-OSITRAN objeto de impugnación.

En ese sentido, el Informe Conjunto N° 00166-2019-IC-OSITRAN contempló, principalmente, lo siguiente:

- La Defensa Posesorias Judicial regulada en el artículo 921 del Código Civil faculta al poseedor a utilizar las acciones posesorias e interdictos, a fin de mantener a salvo su derecho. De otro lado, las acciones legales 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 este último término pueden encontrarse a las acciones jurisdiccionales y también a las acciones legales previas, como el caso de la denuncia o Carta Notarial, cuya validez encuentra respaldo en la Ley.
- La intención de las partes, a la fecha de suscripción del Contrato de Concesión, fue otorgar obligaciones distintas a cada una de ellas, en concordancia con la calidad que ostentan y las facultades legales que estas les otorgan, tal y como se detalla a continuación:

- Cláusula 5.53 del Contrato de Concesión: Establece la obligación del Concesionario de ejercer la Defensa Posesoria Judicial.
 - Cláusula 5.54 del Contrato de Concesión: Establece la obligación del Concedente de entablar todas las demás acciones legales que resulten pertinentes, como son la acción reivindicatoria, entre otras, en su calidad de titular de los bienes de la Concesión.
- Si el Concedente ejerciera la Defensa Posesoria Judicial como parte del concepto general de acciones legales recogido en la cláusula 5.54 del Contrato de Concesión, se dejaría sin contenido la obligación establecida en el literal b) de la cláusula 5.53, habiendo carecido de sentido pactarla en el referido Contrato.
 - A través de la cláusula 5.54 se obliga al Concedente a entablar todos los demás tipos de acciones legales que correspondan, facultando así al Concesionario a exigir su apoyo, en caso que, luego de haber ejercido las Defensas Posesorias, no se hubiera recuperado la posesión de los bienes.
 - Sostener que el Concesionario ejerce la Defensa Posesoria Judicial guarda coherencia con las demás estipulaciones contractuales que respaldan que ello es su obligación (A saber, cláusula 5.24 y Tabla N° 2 del Anexo X).
 - De conformidad con el marco legal vigente, se permite al Estado transferir actividades a efectos de otorgar al sector privado derechos y obligaciones por medio de un Contrato de Concesión.

C. Análisis de los argumentos del recurrente.

32. Los argumentos del Concesionario expuestos en su Recurso de Reconsideración y desarrollados en el Uso de la palabra efectuado el día 19 de febrero del año en curso son analizados a continuación:
 - (i) **El Concesionario señala que la acción reivindicatoria no es una acción de defensa posesoria judicial, sino que se trata de una acción intrínseca al derecho de propiedad y que ello no ha sido considerado en la Resolución del Consejo Directivo. Asimismo, resalta que la acción penal tampoco es una acción de defensa posesoria.**
33. Al respecto cabe manifestar que, en ningún extremo de la Resolución impugnada, ni del Informe Conjunto N° 00166-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF) que la sustenta, se ha señalado que la acción reivindicatoria o la acción penal son acciones de Defensa Posesoria.
34. Por el contrario, en el cuarto párrafo del literal (ii) del numeral 74 del Informe Conjunto N° 00166-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF) se ha referido que la acción reivindicatoria y las denuncias son “acciones legales” en general. Asimismo, en el numeral 75 del mismo informe se indicó que es obligación del Concedente entablar todas las demás acciones legales que resulten pertinentes, como son, la acción reivindicatoria, entre otras, en su calidad de titular de los bienes de la Concesión. Más aún, no es sostenible señalar que la acción reivindicatoria y las denuncias son acciones de Defensa Posesoria, puesto que las modalidades de Defensa Posesoria están claramente definidas en los artículos 920 y 921 del Código Civil. En tal sentido, el referido argumento del Concesionario carece de sustento.
35. Complementariamente, es preciso indicar que en el Informe Conjunto N° 00166-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF) se ha mencionado a la acción reivindicatoria y a las denuncias, solo de modo ejemplificativo, es decir, dicha mención no es limitativa, por lo cual no son las únicas acciones legales que son de cargo del Concedente. En este sentido, es

obligación del Concedente ejercer todas las demás acciones legales, distintas a las Defensas Posesorias Judiciales a fin de mantener indemne su derecho sobre los Bienes de la Concesión.

- (ii) **El Concesionario reafirma su posición respecto de que el Concedente debe ejercer la Defensa Posesoria Judicial, dado que señala que (i) las cláusulas 5.53 y 5.54 se encuentran bajo el subtítulo de “Defensas Posesorias” (ii) estas disposiciones contractuales regulan las defensas posesorias y no otro tipo de acciones; y (iii) que el objetivo del literal b) de la cláusula 5.53 y de la cláusula 5.54 es mantener indemne el derecho del Concedente sobre los Bienes de la Concesión.**

Asimismo, manifiesta que la cláusula 5.54 del Contrato de Concesión dispone que, “en los casos en los cuales fuese necesario la defensa posesoria judicial”, corresponde a COVISUR realizar las coordinaciones necesarias con el Concedente a fin de que éste interponga las acciones legales.

36. Sobre el argumento del Concesionario, quien afirma que las cláusulas 5.53 y 5.54 se encuentran bajo el subtítulo de “Defensas Posesorias” y que estas no regulan otro tipo de acciones, se debe indicar que el propio Contrato de Concesión establece en su cláusula 18.6⁵, que los títulos contenidos en el Contrato no deben ser considerados para limitar o ampliar su contenido ni para determinar derechos y obligaciones de las Partes, por lo cual el solo hecho que el subtítulo de las cláusulas 5.53 y 5.54 del Contrato de Concesión corresponda a “Defensas Posesorias”, no significa que “las acciones legales” a las que se hace referencia en la cláusula 5.54, estén referidas únicamente a las Defensas Posesorias, y que por ello, estas deben ser ejercidas por el Concedente.
37. Al respecto, si bien las cláusulas objeto de interpretación se refieren en general a las Defensas Posesorias, el Regulador inició el procedimiento de interpretación mediante la Resolución N° 0040-2019-CD-OSITRAN, pues la lectura conjunta de las cláusulas 5.53 y 5.54 del Contrato de Concesión no era clara en torno a si las “acciones legales” que debe ejercer el Concedente (cláusula 5.54), incluye el ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial (regulada en el literal b) de la cláusula 5.53), por lo que partiendo del texto literal de las cláusulas y utilizando el método sistemático se determinó en el mencionado procedimiento de interpretación que los términos de “acciones legales” y “Defensa Posesoria Judicial” son conceptos vinculados pero que no comprenden lo mismo.
38. Es así, que la Defensa Posesoria Judicial prevista en el artículo 921 del Código Civil faculta al poseedor a utilizar las acciones posesorias e interdictos a fin de mantener a salvo su derecho; y por otro lado, las acciones legales 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 este último término pueden encontrarse a las acciones jurisdiccionales y también a las acciones legales previas, como el caso de la denuncia o Carta Notarial, cuya validez encuentra respaldo en la Ley.
39. En tal sentido, de la lectura de las cláusulas 5.53 y 5.54 del Contrato de Concesión no se desprende que estas establezcan que el Concedente tenga la obligación contractual del ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial, sino que permiten observar que el Contrato de Concesión ha previsto las responsabilidades tanto del Concedente (a través de las demás acciones legales), como del Concesionario (a través de las Defensas

⁵ **Contrato de Concesión**
“Criterios de Interpretación

18.6.- Los títulos contenidos en el Contrato tienen únicamente el propósito de identificación y no deben ser considerados como parte del Contrato, para limitar o ampliar su contenido ni para determinar derechos y obligaciones de las Partes.”

Posesorias) para salvaguardar los derechos del Estado sobre los Bienes de la Concesión.

40. Cabe precisar, respecto del contenido de la cláusula 5.54, que esta inicia señalando que: *“El ejercicio de las defensas antes descritas no exime de responsabilidad al CONCESIONARIO”* (...), lo cual reafirma que el Concesionario ejercita las Defensas Posesorias (judicial y extrajudicial), por lo que se observa que, además de esta obligación, dicha cláusula establece que el Concesionario debe coordinar con el Concedente la interposición de las acciones legales que este último debe entablar a fin de mantener indemne el derecho del Concedente sobre los Bienes de la Concesión.

41. De otro lado, es preciso indicar que en el supuesto negado que se acogiera lo señalado por el Concesionario, en el sentido que en los casos en los cuales fuese necesario la Defensa Posesoría Judicial, corresponde al Concesionario coordinar con el Concedente a fin de que este interponga las acciones legales que correspondan, se advertiría una contradicción en la cláusula 5.54, puesto que por un lado se señalaría que el Concesionario tiene la obligación de ejercitar las Defensas Posesorias, para luego indicar que es el Concedente quien debería ejercitarlas. No compartimos dicho entendimiento, en razón a las consideraciones expuestas en el numeral 87 del Informe Conjunto N° 00166-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), que referimos a continuación:

“(i) Si el Concedente ejerce la Defensa Posesoría Judicial como parte del concepto general de acciones legales recogido en la cláusula 5.54 del Contrato de Concesión, se dejaría sin contenido la obligación establecida en el inciso b) de la cláusula 5.53, habiendo carecido de sentido pactarla en el Contrato.

(ii) Resulta pertinente la estipulación de cláusulas distintas, en la medida que, si bien, mediante el inciso b) de la cláusula 5.53, el Concesionario ejerce la Defensa Posesoría Judicial, a través de la cláusula 5.54 se obliga al Concedente a entablar todos los demás tipos de acciones legales que correspondan, facultando así al Concesionario a exigir su apoyo, en caso que, luego de haber ejercido las Defensas Posesorias, no se hubiera recuperado la posesión de los bienes.

(iii) Coherencia con las demás cláusulas contractuales (5.25 y Anexo VIII) que respaldan que es obligación del Concesionario ejercer las Defensas Posesorias Judiciales”

42. Por lo expuesto, respecto de la cláusula 5.54 se puede observar que: (i) reafirma la obligación contenida en la cláusula 5.53, esto es que el Concesionario ejercita la Defensa Posesoría Extrajudicial y Judicial; e (ii) impone la obligación al Concesionario de coordinar con el Concedente para que éste último interponga las acciones legales que le correspondan. En tal sentido, se verifica que la Defensa Posesoría Judicial y las acciones legales son conceptos que se refieren a distintas obligaciones, la primera a cargo del Concesionario y la segunda a cargo del Concedente, por lo que el texto de la cláusula 5.54 corrobora que la Defensa Posesoría (extrajudicial o judicial) ha sido asignada al Concesionario.

43. Finalmente, se resalta que la lectura de la cláusula 5.54 del Contrato de Concesión propuesta por el Concesionario supondría que el literal b) de la cláusula 5.53 quede sin efecto, toda vez que dicha cláusula dispone expresamente que sea el Concesionario quien ejercite la Defensa Posesoría Judicial. Dicha lectura además de no resultar correcta supondría una modificación contractual, la cual no corresponde efectuar a través del procedimiento de interpretación. En consecuencia, los argumentos del Concesionario sobre este punto carecen de sustento.

(iii) El Concesionario señala que la interpretación del OSITRAN es contraria al principio de conservación y al método de interpretación objetiva.

44. Sobre dicho argumento, partimos con señalar que parte de la doctrina se refiere al Principio de Conservación, en el sentido de que: *“el contrato o las cláusulas singulares deben ser interpretados en el sentido en el cual puedan tener algún efecto antes que en*

aquel en el cual no tendrían ninguno (interpretación útil)”⁶. Asimismo, Rodríguez Russo siguiendo a Casella, señala que “no siendo posible una unívoca reconstrucción de lo querido, se recurre a un criterio objetivo de congruencia, inferido de una máxima de la experiencia, elevada a norma de principio: todo acto debe retenerse productivo de algún efecto, más bien que de ninguno”⁷.

45. Como se puede observar, el Principio de Conservación privilegia que en la labor interpretativa, al encontrarnos entre dos interpretaciones, una que conduce a privar de efectos al negocio jurídico o la cláusula; y otra que permite producirlos, se debe optar por esta última.
46. Ahora bien, sostener que la Defensa Posesoria Judicial se encuentra a cargo del Concedente implicaría dejar sin eficacia lo dispuesto en el literal b)⁸ de la cláusula 5.53, pues nunca le sería exigible al Concesionario el ejercicio de las Defensas Posesorias. En otras palabras, dicha postura contraviene el Principio de Conservación y más aún supone una modificación unilateral al Contrato de Concesión, razones por las cuales no ha sido acogida en el presente procedimiento interpretación.
47. En este sentido, la interpretación efectuada por el OSITRAN ha respetado el Principio de Conservación del contrato, en la medida que de los diversos sentidos interpretativos que pudieron asignarse a las cláusulas 5.53 y 5.54, la interpretación del OSITRAN ha permitido la aplicación de las cláusulas involucradas de forma integral, sin dejar de aplicar ningún aspecto de éstas.
48. De otro lado, la interpretación efectuada por el Regulador ha acogido la interpretación objetiva regulada en el artículo 168 del Código Civil que establece que “el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo a lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe”, en la medida que la interpretación efectuada por el OSITRAN ha tenido su punto de partida y límite en lo expresamente establecido en el Contrato de Concesión, otorgándose contenido a los términos confusos o ambiguos establecidos en las cláusulas 5.53 y 5.54, permitiendo colegir y confirmar que las Defensas Posesorias, tanto extrajudicial como judicial, están a cargo del Concesionario.
49. Asimismo, respecto al principio de la buena fe Soto Coaguila señala que: “*impone a los contratantes el deber jurídico de comportarse leal y honestamente durante todas las fases de la contratación (negociación, celebración y ejecución). Además, constituye un criterio de interpretación que busca aprehender el significado de las declaraciones y comportamientos de los partes manifestados durante el desarrollo de todo el iter contractual, según un estándar de comportamiento: el de un hombre razonable o un buen padre de familia; en el campo contractual, diríamos, un buen contratante*”⁹.

⁶ BARCHI VELAOCHAGA, Luciano (2007), “Interpretación del Contrato en el Código Civil Peruano de 1984”, *“Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina”*, Lima, p. 1794.

⁷ Rodríguez Russo, Jorge (2011) El principio de conservación del contrato como canon hermenéutico, *Revista de la Facultad de Derecho*, ISSN 0797-0447, N° 31, Montevideo, julio-diciembre 2011, págs. 261-280.
Disponible en:
<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:PKWq4cqf2VoJ:revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/download/60/62+&cd=7&hl=es-419&ct=clnk&gl=pe>

⁸ **Contrato de Concesión**

“5.53. (...)

b) Defensa posesoria judicial, que el CONCESIONARIO deberá ejercitar, en caso que recaiga sobre la Concesión cualquier afectación, desposesión, ocupación, usurpación, etc., comunicar al REGULADOR dichos hechos y hacer uso de los mecanismos y recursos judiciales que le permitan mantener indemne el derecho del CONCEDENTE sobre los Bienes de la Concesión.”

⁹ Soto Coaguila, Carlos Alberto (2007), “La interpretación de los Contratos Predispuestos en el Derecho Peruano”, *“Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina”*, Lima, p. 2061.

50. Sobre este mismo punto, Barchi Velaochaga¹⁰ indica que: *“sólo si existe incertidumbre respecto a cuál era la común intención de las partes, entonces, entre dos o más soluciones interpretativas posibles, el intérprete debe orientarse a aquella que sea conforme a la buena fe”*.
51. Lohmann¹¹, siguiendo a Messineo señala que el concepto de la buena fe se expresa en dos vertientes: objetiva y subjetiva. Al respecto, indica que la buena fe objetiva debe ser *“entendida como el comportamiento leal típico que observarían personas correctas”*, y en cuanto a la buena fe subjetiva, señala que *“no exige otro deber de comportamiento que el que venga precisamente determinado por el contenido del negocio, aunque éste, si fuera el caso, tenga prestaciones desequilibradas”*.
52. En suma, el principio de buena fe es un pilar que orienta la actividad del intérprete, pues por mandato legal esta debe involucrar la negociación, celebración y ejecución de los contratos, así, la buena fe exige de las partes un “deber de lealtad”¹² que ampara la confianza razonable de cada parte en el significado del contrato.
53. En el presente caso, se ha respetado el principio de buena fe, pues la interpretación se encuentra conforme con las obligaciones que las partes acordaron al momento de la suscripción del Contrato, en ese sentido, no podría convalidarse algún comportamiento que se encuentre en conflicto con las obligaciones establecidas en el Contrato de Concesión.
- (iv) El Concesionario manifiesta que en virtud del artículo 1343 del Código Civil sólo cabe aplicar y exigir penalidades en tanto se trate del incumplimiento por causa imputable al deudor. Respecto de las acciones de defensa posesoria judicial se requiere de cierta conducta del Concedente, extremo respecto del cual COVISUR no es imputable, siempre que realice las coordinaciones con el Concedente.**
54. El presente argumento no se dirige a cuestionar el significado asignado a las cláusulas 5.53 y 5.54, sino que, se deriva de la lectura asumida por el Concesionario, en la que manifiesta que es el Concedente el obligado a ejercer la Defensa Posesoria Judicial, y el Concesionario no sería pasible de penalidades en tanto coordine con el Concedente.
55. Al respecto, la Resolución de interpretación no debe entenderse como un análisis en cuanto a la imputación de penalidades al Concesionario, ni las circunstancias o extremos en los que procedería aplicar dichas penalidades, pues dicho análisis corresponde ser efectuado por la Gerencia de Línea competente a partir de la eficacia de la Resolución de interpretación, en cada caso particular.
56. Sin embargo, resulta pertinente resaltar que a través de la interpretación efectuada por el Regulador se determinó que el ejercicio de la Defensas Posesoria Judicial se encuentra a cargo del Concesionario, obligación que en caso de incumplimiento, está sujeta a la aplicación de penalidades conforme lo establece la Tabla N° 2 del Anexo X del Contrato de Concesión.

¹⁰ Barchi Velaochaga, Luciano (2007), “Interpretación del Contrato en el Código Civil Peruano de 1984”, “Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina”, Lima, p. 1784.

¹¹ Lohmann Luca de Tena, Guillermo (2007), “La interpretación del Negocio Jurídico y del Contrato”, “Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina”, Lima, p.1688

¹² Barchi Velaochaga, Luciano (2007), “Interpretación del Contrato en el Código Civil Peruano de 1984”, “Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina”, Lima, p. 1782.

- (v) **El Concesionario solicita que sean considerados los contratos de concesión de Longitudinal de la Sierra Tramo 2 y Red Vial N° 5 a fin de identificar que existe un texto distinto en los contratos de concesión autofinanciados, respecto de los cofinanciados en relación con el ejercicio de las acciones de defensa posesoria judicial. En dichos contratos, la asignación de riesgos respecto de la defensa posesoria de los Bienes de la Concesión es distinta, por lo que no existe una regla general aplicable a todos los contratos de concesión. Por tal motivo, solicita que los mencionados contratos sean considerados en la interpretación.**
57. En relación con el pedido del Concesionario referido a recurrir a otros contratos de concesión con la finalidad de aclarar el sentido de las cláusulas objeto del presente procedimiento de interpretación, se reitera lo manifestado en el Informe Conjunto N° 00166-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF) que sustenta la Resolución impugnada, esto es, que no es posible pronunciarse o emitir opinión respecto del alcance o significado de las cláusulas referidas a las Defensas Posesorias de otros contratos pues éstos no eran objeto del procedimiento de interpretación.
58. Sin perjuicio de ello, en los contratos mencionados por el Concesionario, se observa que ambos tienen distinta modalidad en relación con el financiamiento. En efecto, el contrato de concesión de la Red Vial 5 fue suscrito bajo la modalidad onerosa¹³(autosostenible) mientras que el contrato de concesión de Longitudinal de la Sierra Tramo 2, bajo la modalidad cofinanciada.
59. Además, cabe indicar que el Concesionario en su escrito del 07 de agosto de 2019¹⁴, ha señalado que en el caso de los contratos de Red Vial 5 y de Longitudinal de la Sierra Tramo 2, el ejercicio de la Defensa Posesoría Judicial habría sido asignado al concesionario.
60. Por lo expuesto, respecto de lo señalado por el Concesionario en relación a que existiría un texto distinto en los contratos de concesión autofinanciados y cofinanciados en relación con el ejercicio de las acciones de Defensa Posesoría Judicial, no se aprecia con claridad dicha diferencia, pues en los contratos citados como ejemplos tienen distinta modalidad (autosostenible y cofinanciado) y los concesionarios también se encontrarían a cargo de las Defensas Posesorias.
61. En consecuencia, la interpretación se circunscribe a determinar el alcance de las obligaciones de las partes establecidas en el Contrato de Concesión, específicamente en lo dispuesto en las cláusulas 5.53 y 5.54.
- (vi) **El Concesionario indica que la “Primera Versión Estándar de Asociación Público Privada” y los Lineamientos para el diseño de Contratos de Asociación Público Privadas publicados en el año 2019, no pueden ser usados como elementos de interpretación de las cláusulas 5.53 y 5.54 del Contrato de Concesión, debido a la temporalidad de dichos documentos.**
62. Sobre el particular, se debe aclarar que a fin de efectuar la interpretación de las cláusulas 5.53 y 5.54 del Contrato de Concesión, en la que se ha determinado que el Concesionario es el obligado al ejercicio de la Defensa Posesoría Judicial, se ha utilizado principalmente el método sistemático y el texto literal de las mencionadas cláusulas, por ello, la mención a la “Primera Versión Estándar de Asociación Público

¹³ **DECRETO SUPREMO N° 059-96-PCM**, Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos

“Artículo 14.- La concesión podrá otorgarse bajo cualquiera de las siguientes modalidades:

a) A título oneroso, imponiendo al concesionario una contribución determinada en dinero o una participación sobre sus beneficios a favor del Estado;
(..)

¹⁴ Páginas 3-5 del escrito de fecha 07 de agosto de 2019, registrado por OSITRAN con NT 2019062507.

Privada” y a los “Lineamientos para el Diseño de Contratos de Asociación Público Privada”¹⁵ ha sido utilizada de modo referencial, a fin de mostrar que la obligación respecto del ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial es asignada a los Concesionarios, según las mejores prácticas internacionales y nacionales en proyectos de Asociación Público Privada, lo cual es un elemento para considerar que sí es posible asignar a los Concesionarios el ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial.

(vii) **El Concesionario expresa que el Concedente ha generado el leal entendimiento de COVISUR en el sentido que no tiene objeción a su interpretación y que, por consiguiente, no existe observación en que le corresponde al Concedente entablar las acciones de defensa posesoria judicial. Es así, que sostiene que en aplicación del artículo 1362 del Código Civil, y habiendo transcurrido más de diez (10) diez años de concesión, no es posible imponer una interpretación contraria a lo que señala el Contrato y a lo que las partes han venido ejecutando por más de 10 años.**

63. El Concesionario ha señalado que la conducta del Concedente durante la ejecución del Contrato de Concesión ha sido orientada a entender que es este último quien está obligado contractualmente a ejercitar la Defensa Posesoria Judicial. Así, el MTC estaría vinculado a su conducta, no pudiendo desconocerla. Dicha afirmación, hace suponer que el Concesionario se estaría refiriendo a la teoría de los actos propios.

64. Al respecto, es preciso señalar que, con ocasión de la celebración del I Pleno Casatorio Civil, la Corte de Suprema de Justicia de la República, siguiendo a Castillo Freyre, señaló que la teoría de los actos propios *“está conceptuada como una limitación al **ejercicio de los derechos subjetivos**, impuesta por el deber de un comportamiento coherente con la conducta anterior del sujeto que suscita en otro una fundada confianza”*. (La negrilla y subrayado son agregados).

Asimismo, se señaló que la conducta vinculante que tiene como presupuesto a la teoría de los actos propios *“consiste en un acto o serie de actos que revelen una determinada actitud o decisión de una persona respecto de intereses vitales que se expresan, o más concretamente, **es un acto volitivo**, exteriorizado de las personas sobre un interés trascendente”*. (La negrilla y subrayado son agregados).

65. Como se puede apreciar, de acuerdo con lo señalado por el Poder Judicial, la teoría de los actos propios es aplicable, principalmente, a relaciones de derecho privado, en tanto aborda aspectos como el ejercicio de derechos subjetivos o actos volitivos traducidos en conductas de las personas. Ahora bien, es preciso analizar si dicha teoría puede ser invocada, cuando nos encontramos frente a una relación de derecho público, como la que impone la ejecución de un contrato administrativo, en la que una de las partes es el Estado Peruano representado por el MTC.

66. En tal sentido, resulta necesario precisar que, como comenta Trelles de Belaunde: *“un contrato será administrativo cuando su objeto, la materia que regule, sea administrativa y siempre y cuando la Administración sea parte del mismo. La materia será administrativa cuando se esté ante temas de interés público, bienes de dominio público, la ley expresamente establezca una reserva en ese sentido o, en general, cuando la Administración contrate con un fin público.”*¹⁶

¹⁵ Publicados por el Ministerio de Economía y Finanzas en el año 2019.

¹⁶ Trelles de Belaunde, Oscar, “El Contrato Administrativo, El Contrato-Ley y Los Contratos de Concesión de Servicios Públicos”, Themis 44, pág. 237-251. Disponible: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:vJ023TKCIXQJ:https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5110287.pdf+&cd=14&hl=es-419&ct=clnk&gl=pe>

67. En efecto, el fundamento de la teoría de los contratos administrativos tiene como base el interés público que, a través de su contenido busca cautelar, pues cabe recordar que el Estado resguarda el interés público que subyace a la prestación de los servicios públicos, ya sea que los preste directa o indirectamente.
68. Bajo dicha premisa, el interés público involucrado que se erige como el sustento de los Contratos de Concesión no permite que las conductas de las partes puedan otorgar un contenido distinto a las obligaciones pactadas por el Concedente y el Concesionario, pues es evidente que el contenido esencial de dichos Contratos radica en priorizar el interés colectivo, es decir, el interés general que prevalece completamente sobre la especulación privada o de utilidad individual¹⁷.
69. En esa línea, el objeto y ejecución del Contrato de Concesión están vinculados a una infraestructura de uso público, por lo cual el contenido esencial de dicho contrato radica en que en él prevalece el interés colectivo.
70. Adicionalmente, se debe considerar que aceptar que las conductas de las partes condicionan el sentido de las obligaciones contenidas en los contratos administrativos nos conllevaría a reconocer que las partes pueden cambiar el contenido de los Contratos de Concesión a través de sus comportamientos, bajo el criterio que ellas habrían asignado un significado propio a las cláusulas. Ello no es aceptable en los contratos administrativos, puesto que la ley ha establecido un procedimiento para cualquier modificación contractual, como es el caso de la ley de APP¹⁸.
71. Cabe resaltar que es objetivo del OSITRAN velar por el cabal cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de concesión¹⁹, por lo que, no se podría convalidar comportamiento alguno de las partes, que resulte contrario a lo establecido en el Contrato de Concesión. En tal sentido, el Regulador no puede inaplicar algún extremo del Contrato de Concesión sino que a través de su función de interpretación debe lograr una aplicación integral del mismo
72. Por lo expuesto, las partes del Contrato de Concesión se rigen, no por los comportamientos adoptados, sino por el contenido mismo de las cláusulas 5.53 y 5.54 del Contrato de Concesión, cuyo alcance en relación al ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial ha sido definido en el Informe N° 00166-2019-IC-OSITRAN y en la Resolución impugnada. En tal sentido no puede acogerse lo señalado por el Concesionario.

¹⁷ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *Concesión Administrativa e Iniciativa Privada*. En: Themis N° 39. PUCP. Lima – Perú. Año 1999. P. 104

¹⁸ **Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la promoción de la Inversión Privada Mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos**

Artículo 55. Modificaciones contractuales

*55.1 El Estado, de común acuerdo con el inversionista, puede modificar el contrato de Asociación Público Privada, manteniendo su equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia del proceso de promoción, conforme a las condiciones y requisitos que establece el Reglamento.
(...)*

¹⁹ **Ley N° 26917:**

“Artículo 5.- Objetivos

OSITRAN tiene los siguientes objetivos:

a) *Velar por el cabal cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de concesión vinculados a la infraestructura pública nacional de transporte.
(...)”*

(viii) El Concesionario solicita que, en el supuesto negado que sus argumentos sean rechazados, el Consejo Directivo reconozca que la eficacia de la Resolución de Interpretación es a partir del día siguiente de su notificación.

73. El Concesionario ha solicitado que, en el supuesto negado en que no se declare fundado el Recurso de Reconsideración, se reconozca que la eficacia de la Resolución Consejo Directivo 0056-2019-CD-OSITRAN es a partir del día siguiente de su notificación.

74. Al respecto, de conformidad con el artículo 16 del TUO de la LPAG, la Resolución impugnada es eficaz y, por tanto, produce efectos, a partir de su notificación legalmente realizada. Esto es concordante con lo dispuesto en el Reglamento General de OSITRAN, que en su artículo 29 señala que la función interpretativa del Regulador se realiza a fin de determinar el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, haciendo posible su aplicación; lo que presupone que antes de dicha interpretación existía ambigüedad en su lectura, motivo por el cual, no podría exigirse a las partes el cumplimiento de obligaciones que hasta entonces no eran claras.

Argumentos del Concesionario en la Vista de la Causa del Recurso de Reconsideración (19 de febrero de 2020)

(ix) El Concesionario ha indicado que la distinción realizada por el OSITRAN entre “defensas posesorias” y “acciones legales” no tiene asidero contractual ni legal.

75. La distinción entre los términos “acciones legales” y “Defensas Posesorias” se encuentra en el Contrato de Concesión. La interpretación les ha dado contenido a dichos términos a fin permitir la aplicación conjunta de las cláusulas 5.53 y 5.54, en virtud de la competencia para la interpretación de los contratos que ostenta este Regulador en virtud del literal e)²⁰ del numeral 7.1 del artículo 7 de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo

(x) El OSITRAN confunde facultades con obligaciones, pues no considera que (i) esas mismas facultades (y mayores) tiene el Concedente por lo que, si ese fuera el criterio a aplicar, debería concluir que el Concedente es quien tiene la obligación de ejercer la defensa posesoria judicial; y (ii) quien está obligado a iniciar procesos judiciales, por lo que solo cabe la interpretación sistemática y en conjunto de las Cláusulas 5.53 y 5.54 del Contrato de Concesión, lo que no ha sido efectuado por el OSITRAN.

76. El Concesionario en su presentación utilizada en la Vista de la Causa, ha señalado que el Reglamento Nacional de Gestión de Infraestructura Vial, aprobado mediante Decreto Supremo N° 034-2008-MTC, dispone en su artículo 6 que la gestión de la infraestructura vial de carreteras es la acción de administrar la infraestructura vial del Sistema Nacional de Carreteras, a través de funciones de planeamiento, ejecución, mantenimiento y operación, incluyendo aquellas relacionadas con la preservación de la integridad física del derecho de vía. Asimismo, ha citado el artículo 4 y 8 del mismo cuerpo legal que prescribe que el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, tiene a cargo de la gestión de la infraestructura de la Red Vial Nacional.

77. No obstante, ha omitido mencionar que dicho Reglamento Nacional de Gestión de Infraestructura Vial, ha contemplado a su vez, la gestión de carreteras por personas o

²⁰ **Ley N° 26917:**

“Artículo 7.- Funciones

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

(...)

e) Interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.

(...).”

entidades privadas. Acorde a ello, el Reglamento de la Ley N° 29151²¹, aprobado mediante Decreto Supremo N° 007-2008-VIVIENDA establece que los bienes de dominio público podrán ser otorgados en concesión a favor de particulares conforme a la normativa sobre la materia.

78. En efecto, como se puede observar, la gestión de la infraestructura vial que compete en principio al Estado, puede ser encargada al Concesionario a través de los contratos de concesión. Así, el artículo 20 del Decreto Legislativo N° 1362²² regula los contratos de Asociación Público Privada (siendo una de sus modalidades el contrato de concesión)²³ en los que interviene el Estado y uno o más inversionistas privados, a fin de desarrollar proyectos de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a infraestructura pública y servicios públicos, investigación aplicada, y/o innovación tecnológica.
79. Es así que, el numeral 8 del artículo 5, del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362²⁴ define a la concesión como el acto administrativo por el cual las entidades públicas titulares de proyectos otorgan a un Inversionista la ejecución y explotación de infraestructura pública o la prestación de servicios públicos, por un plazo determinado, cuyos derechos y obligaciones están regulados en el respectivo Contrato. En esa línea el numeral 29.3 del artículo 29 del mismo cuerpo normativo, establece que las APP²⁵ pueden emplearse para la implementación de proyectos, entre otros de infraestructura pública en general, incluyendo redes viales, redes multimodales, vías férreas, aeropuertos, puertos, plataformas logísticas.
80. Por lo expuesto, carece de sustento el razonamiento del Concesionario, en el sentido que de acuerdo con el marco legal el Concedente tiene a su cargo la gestión de la infraestructura vial y la preservación de la vía y por ende el ejercicio de las Defensa Posesoria Judicial, por cuanto no ha tomado en cuenta que el marco legal antes reseñado permite al Estado otorgar concesiones para la ejecución y explotación de infraestructura pública, cuyos derechos y obligaciones se encuentran establecidos en el Contrato de Concesión.
- (xi) **El Concesionario ha manifestado que la retribución que percibe es fija y predeterminada, y que las obligaciones a su cargo son ilimitadas e infinitas, por lo que ello distorsiona el esquema de asignación de riesgos. Tratándose de una concesión cofinanciada, corresponde que sea el Concedente quien se encargue de los costos asociados a la recuperación judicial de la posesión de los bienes de la Concesión.**
81. El presente argumento tiene relación con lo mencionado por el Concesionario en su recurso de Reconsideración respecto a que la asignación de los riesgos en cuanto a la Defensa Posesoria es distinta en los contratos cofinanciados y en los contratos autofinanciados, abordado en el ítem (v) del presente informe.

²¹ Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales

²² Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos

²³ **Decreto Supremo N° 240-2018-EF, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos**

Artículo 29. Asociaciones Público Privadas

"(...)

29.4 Asimismo, de manera enunciativa, las APP pueden implementarse a través de Contratos de Concesión, operación y mantenimiento, gerencia, así como cualquier otra modalidad permitida por la normativa vigente.

(...)"

[Subrayado es nuestro]

²⁴ Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 240-2018-EF

²⁵ Asociaciones Público Privada

82. Sin perjuicio de ello, se debe indicar que es el Contrato de Concesión el instrumento que establece y delimita las obligaciones de las partes, por lo cual en virtud de lo expresado en las cláusulas 5.53 y 5.54 se ha interpretado que el Concesionario es el responsable del ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial.

(xii) **OSITRAN ha efectuado una interpretación única y homogénea, sin establecer excepciones, incluso en los casos en que evidentemente el Concesionario no tiene responsabilidad alguna en la invasión o perturbación posesoria o control sobre esta: Cuando el Concedente (Estado Peruano) invade o perturba la posesión del derecho de vía o autoriza dichas afectaciones y; cuando el Concedente no ha realizado entrega de las áreas (debidamente saneadas).**

83. Respecto a este punto, corresponde indicar que la interpretación efectuada por el Regulador ha tenido por objeto determinar a cuál de las partes contractuales le corresponde ejercer la defensa posesoria judicial; en tal sentido, no ha tenido por finalidad establecer las condiciones para el ejercicio de la defensa posesoria judicial, porque estas están definidas en las cláusulas materia de interpretación, es decir la obligación del Concesionario de ejercitar la Defensa Posesoria extrajudicial y judicial es exigible, de conformidad con lo establecido en la cláusula 5.53.

D. Respecto de los argumentos del Concedente sobre el Recurso de Reconsideración

84. En cuanto al pronunciamiento del Concedente sobre el Recurso de Reconsideración, se observa que éste comparte los fundamentos expuestos en el Informe Conjunto N° 166-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), que sirve de sustento a la Resolución impugnada, por lo que no se considera necesario emitir mayor pronunciamiento.

85. Finalmente, conforme a lo dispuesto por el artículo 24 del TUO de la LPAG²⁶, en el documento de notificación del acto administrativo que resuelve el recurso de reconsideración deberá cuidarse de mencionar lo siguiente:

- i) Que el pronunciamiento que resuelve el recurso de reconsideración agota la vía administrativa, en concordancia con lo dispuesto por el literal a) del numeral 2 del artículo 228 del TUO de la LPAG²⁷; y,

²⁶ **TUO de la LPAG**

"Artículo 24.- Plazo y contenido para efectuar la notificación

24.1 Toda notificación deberá practicarse a más tardar dentro del plazo de cinco (5) días, a partir de la expedición del acto que se notifique, y deberá contener:

24.1.1 El texto íntegro del acto administrativo, incluyendo su motivación.

24.1.2 La identificación del procedimiento dentro del cual haya sido dictado.

24.1.3 La autoridad e institución de la cual procede el acto y su dirección.

24.1.4 La fecha de vigencia del acto notificado, y con la mención de si agotare la vía administrativa.

24.1.5 Cuando se trate de una publicación dirigida a terceros, se agregará además cualquier otra información que pueda ser importante para proteger sus intereses y derechos.

24.1.6 La expresión de los recursos que proceden, el órgano ante el cual deben presentarse los recursos y el plazo para interponerlos.

24.2 Si en base a información errónea, contenida en la notificación, el administrado practica algún acto procedimental que sea rechazado por la entidad, el tiempo transcurrido no será tomado en cuenta para determinar el vencimiento de los plazos que correspondan."

²⁷ **TUO de la LPAG**

"Artículo 228.- Agotamiento de la vía administrativa

228.1 Los actos administrativos que agotan la vía administrativa podrán ser impugnados ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso-administrativo a que se refiere el artículo 148 de la Constitución Política del Estado.

228.2 Son actos que agotan la vía administrativa:

a) El acto respecto del cual no proceda legalmente impugnación ante una autoridad u órgano jerárquicamente superior en la vía administrativa o cuando se produzca silencio administrativo negativo, salvo que el interesado opte por interponer recurso de reconsideración, en cuyo caso la resolución que se expida o el silencio administrativo producido con motivo de dicho recurso impugnativo agota la vía administrativa; o (...)"

- ii) Que el pronunciamiento que resuelve el recurso de reconsideración se ha dictado en ejecución de la competencia del OSITRAN, atribuida por el literal e) del numeral 7.1 del artículo 7 de su Ley de creación²⁸, razón por la cual tiene como vía de reclamo la vía administrativa, en concordancia con lo establecido en el numeral 133.1 del artículo 133 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362²⁹.

IV. CONCLUSIONES

86. En relación con el contenido de la cláusula 5.54 se puede observar que esta: (i) reafirma la obligación contenida en la cláusula 5.53, esto es que el Concesionario ejercita la Defensa Posesoria Extrajudicial y Judicial; e (ii) impone la obligación al Concesionario de coordinar con el Concedente para que éste último interponga las acciones legales que le correspondan. En tal sentido, se verifica que la Defensa Posesoria Judicial y las acciones legales son conceptos que se refieren a distintas obligaciones, la primera a cargo del Concesionario y la segunda a cargo del Concedente, por lo que el texto de la cláusula 5.54 corrobora que la Defensa Posesoria (extrajudicial o judicial) ha sido asignada al Concesionario.

Adicionalmente, la lectura de la cláusula 5.54 del Contrato de Concesión propuesta por el Concesionario supondría que el literal b) de la cláusula 5.53 quede sin efecto, toda vez que dicha cláusula dispone expresamente que sea el Concesionario quien ejercite la Defensa Posesoria Judicial. Dicha lectura además de no resultar correcta supondría una modificación contractual, la cual no corresponde efectuar a través del procedimiento de interpretación

87. La interpretación efectuada por el OSITRAN ha respetado principio de conservación del contrato, en la medida que de los diversos sentidos interpretativos que pudieron asignarse a las cláusulas 5.53 y 5.54, la interpretación del OSITRAN ha permitido la aplicación de las cláusulas involucradas de forma integral, sin dejar de aplicar ningún aspecto de éstas.

Asimismo, la interpretación efectuada por el OSITRAN ha acogido la interpretación objetiva y el principio de buena fe, pues ha tenido su punto de partida y límite en lo expresamente establecido en el Contrato de Concesión y se encuentra conforme con las obligaciones que las partes acordaron al momento de la suscripción del Contrato. En ese sentido, no podría convalidarse algún comportamiento que se encuentre en conflicto con las obligaciones establecidas en el Contrato de Concesión.

88. El interés público que se erige como el sustento de los Contratos de Concesión no permite que las conductas de las partes puedan otorgar un contenido distinto a las obligaciones pactadas por el Concedente y el Concesionario, pues es evidente que el contenido esencial de dichos Contratos radica en priorizar el interés colectivo sobre los intereses individuales.

²⁸ Ley N° 26917:

“Artículo 7.- Funciones

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

(...)

e) Interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.”

²⁹ Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362

“Artículo 133. Intervención del organismo regulador

133.1 No pueden someterse a los mecanismos de solución de controversias establecidos en el presente Título, las decisiones de los organismos reguladores u otras entidades que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa, cuya vía de reclamo es la vía administrativa”.

Asimismo, se debe considerar que, aceptar que las conductas de las partes condicionan el sentido de las obligaciones contenidas en los contratos administrativos nos conllevaría a reconocer que las partes pueden cambiar el contenido de los Contratos de Concesión a través de sus comportamientos, bajo el criterio que ellas habrían asignado un significado propio a las cláusulas. Ello no es aceptable en los contratos administrativos, puesto que la ley ha establecido un procedimiento para cualquier modificación contractual.

89. Es objetivo del OSITRAN velar por el cabal cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de concesión, por lo que, no se podría convalidar comportamiento alguno de las partes, que resulte contrario a lo establecido en el Contrato de Concesión. En tal sentido, el Regulador no puede inaplicar algún extremo del Contrato de Concesión sino que a través de su función de interpretación debe lograr una aplicación integral del mismo.
90. La gestión de la infraestructura vial que compete en principio al Estado puede ser encargada a los particulares conforme con la normativa de la materia. Es así que el marco legal vigente de Asociaciones Público Privadas (APP) regula los mecanismos a través de los cuales el Estado otorga a los inversionistas la ejecución y explotación de infraestructura pública, cuyos derechos y obligaciones están regulados en el respectivo Contrato de Concesión.
91. Finalmente, el Concesionario ha solicitado que, en el supuesto negado en que no se declare fundado el Recurso de Reconsideración, se reconozca que la eficacia de la Resolución Consejo Directivo 0056-2019-CD-OSITRAN es a partir del día siguiente de su notificación. Al respecto, de conformidad con el artículo 16 del TUO de la LPAG, la Resolución impugnada es eficaz y, por tanto, produce efectos, a partir de su notificación legalmente realizada. Esto es concordante con lo dispuesto en el Reglamento General de OSITRAN, que en su artículo 29 señala que la función interpretativa del Regulador se realiza a fin de determinar el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, haciendo posible su aplicación; lo que presupone que antes de dicha interpretación existía ambigüedad en su lectura, motivo por el cual, no podría exigirse a las partes el cumplimiento de obligaciones que hasta entonces no eran claras.
92. Por tanto, somos de la opinión que debe declararse INFUNDADO el Recurso de Reconsideración presentado por el Concesionario contra la Resolución de Consejo Directivo N° 056-2019-CD-OSITRAN que interpretó las cláusulas 5.53 y 5.54 del Contrato de Concesión, en el sentido que este es el responsable del ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial.

V. RECOMENDACIÓN

93. Se recomienda elevar el presente informe al Consejo Directivo a fin de que, de considerarlo pertinente, declare INFUNDADO el Recurso de Reconsideración presentado por la empresa la empresa COVISUR S.A., contra la Resolución de Consejo Directivo N° 056-2019-CD-OSITRAN.

Atentamente,

JHON VEGA VÁSQUEZ
Gerente de Supervisión y Fiscalización (e)

HUMBERTO SHEPUT STUCCHI
Gerente de Asesoría Jurídica

NT 2020020040