



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
Veronica FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 06/03/2020
16:13:32 -0500

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 0016-2020-CD-OSITRAN

Lima, 04 de marzo de 2020

VISTO:

El Recurso de Reconsideración presentado por la empresa Concesionaria IIRSA Norte S.A., en contra de la Resolución de Consejo Directivo Nº 0058-2019-CD-OSITRAN; y, el Informe Conjunto Nº 0038-2020-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 17 de junio 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 IIRSA Norte S.A. (en adelante, "Concesionario") suscribieron el Contrato de Concesión para la Construcción, Rehabilitación, Mejoramiento, Conservación y Explotación de los Tramos Viales del Eje Multimodal del Amazonas Norte – IIRSA (en adelante, "Contrato de Concesión");

Que, con fecha 9 de julio de 2019, el MTC remitió el Oficio Nº 3190-2019-MTC/19 al OSITRAN, adjuntando el Informe Nº 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 7 de agosto de 2019, el Concesionario remitió la Carta Nº 8011-CINSA-OSITRAN, a través de la cual emitió opinión respecto de lo solicitado por el Concedente;

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 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión referidas al ejercicio de las Defensas Posesorias, de conformidad con los fundamentos y conclusiones del Informe Conjunto Nº 120-2019-IC-OSITRAN (GSF-GAJ);

Que, con fecha 14 de octubre de 2019, el Concesionario presentó recurso de reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo Nº 040-2019-CD-OSITRAN, a fin 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 14 de octubre del 2019, mediante Oficio Nº 0199-2019-SCD-OSITRAN, notificado el 08 de noviembre de 2019, se remitió al Concesionario una copia del Informe Nº 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), aprobado por Decreto Supremo Nº 004-2019-JUS, la Resolución de Consejo Directivo Nº 040-2019-CD-OSITRAN deviene en inimpugnable;

Que, el 18 de diciembre de 2019, el Consejo Directivo emitió la Resolución Nº 0058-2019-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."

Visado por: MEJIA CORNEJO Juan
Carlos FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 05/03/2020 17:57:38 -0500

Visado por: VEGA VASQUEZ John
Albert FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 05/03/2020 17:12:20 -0500

Visado por: SHEPUT STUCCHI
Humberto Luis FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 05/03/2020 16:49:21 -0500



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

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”.

Que, con fecha 17 de enero del 2020, el Concesionario interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 0058-2019-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, con fecha 10 de febrero de 2020, el Concedente remitió el Oficio N° 0761-2020-MTC/19 que adjuntó el Informe N° 0292-2020-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, a través de Resolución de Consejo Directivo N° 0012-2020-CD-OSITRAN de fecha 19 de febrero de 2020, se resolvió desestimar la solicitud de suspensión de la ejecución de la Resolución de Consejo Directivo N° 0058-2019-CD-OSITRAN, de conformidad con los fundamentos y conclusiones del Informe Conjunto N° 0023-2020-IC-OSITRAN (GAJ-GSF);

Que, mediante Informe Conjunto N° 0038-2020-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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

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° 0038-2020-IC-OSITRAN (GAJ-GSF);

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar INFUNDADO el Recurso de Reconsideración presentado la empresa Concesionaria IIRSA Norte S.A., en contra de la Resolución de Consejo Directivo N° 0058-2019-CD-OSITRAN.

Artículo 2°.- Notificar la presente Resolución y el Informe Conjunto N° 0038-2020-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de representante del Concedente, así como a la empresa Concesionaria IIRSA Norte S.A., en calidad de Concesionario.

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° 0038-2020-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), en la página web institucional (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.

VERONICA ZAMBRANO COPELLO
Presidenta del Consejo Directivo

NT: 2020022257

INFORME CONJUNTO N° 0038-2020-IC-OSITRAN
(GAJ-GSF)

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

Asunto : Reconsideración presentada contra la Resolución de Consejo Directivo N° 0058-2019-CD-OSITRAN que resolvió interpretar de oficio las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión de las Obras y el Mantenimiento de los Tramos Viales del Eje Multimodal del Amazonas Norte del Plan de Acción para la Integración de Infraestructura Regional Sudamericana – IIRSA

Referencia : a) Escrito s/n recibido el 17.01.2020 (NT 2020005700)
b) Resolución de Consejo Directivo N° 0058-2019-CD-OSITRAN

Fecha : 27 de febrero de 2020

Firmado por: SHEPUT STUCCHI
Humberto Luis FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 27/02/2020
16:10:54 -0500

Firmado por: VEGA
VASQUEZ John
Albert FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 27/02/2020
16:49:34 -0500

I. OBJETO

1. El presente informe tiene por objeto emitir opinión sobre el recurso de reconsideración presentado por la empresa Concesionaria IIRSA Norte S.A. contra la Resolución de Consejo Directivo N° 0058-2019-CD-OSITRAN que resolvió interpretar de oficio las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión de las Obras y el Mantenimiento de los Tramos Viales del Eje Multimodal del Amazonas Norte del Plan de Acción para la Integración de Infraestructura Regional Sudamericana – IIRSA, referidas al ejercicio de las Defensas Posesorias Judiciales.

II. ANTECEDENTES

2. El 17 de junio de 2005, se suscribió el Contrato de Concesión para la Construcción, Rehabilitación, Mejoramiento, Conservación y Explotación de los Tramos Viales del Eje Multimodal del Amazonas Norte – IIRSA (en adelante, el Contrato de Concesión), entre el Estado Peruano -actuando a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) en calidad de Concedente, y la empresa Concesionaria IIRSA Norte S.A. (en adelante, el Concesionario).
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 de Uso Público (en adelante, el OSITRAN), adjuntando el Informe N° 1023-2019-MTC/19, mediante el cual solicitó el pronunciamiento del OSITRAN 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.
4. El 16 de julio de 2019, a través del Oficio N° 6238-2019-GSF-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (GSF) trasladó al Concesionario una copia del Oficio N° 3190-2019-MTC/19 y el Informe N° 1023-2019-MTC/19, con el propósito de que este último, 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 remitió la Carta N° 8011-CINSA-OSITRAN, a través de la cual emitió opinión respecto de lo solicitado por el Concedente, señalando que no existía controversia respecto de la interpretación de las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión, y, que, en caso existiera tal controversia, esta debía ser resuelta mediante los Mecanismos de Solución de Controversias contenidos en la cláusula 16.10 del Contrato de Concesión.
6. Con 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

Visado por: RODRIGUEZ MARTINEZ
Antonio Michael FIR 09461356 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 27/02/2020 14:39:45 -0500

Visado por: VENEGAS DELGADO
Claudia Elizabeth FIR 41187575 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 27/02/2020 10:41:26 -0500

procedimiento de interpretación de las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión, de conformidad con los fundamentos y conclusiones del Informe Conjunto N° 120-2019-IC-OSITRAN (GSF-GAJ), señalando que se habían identificado dos lecturas posibles respecto del contenido de las cláusulas 5.38 y 5.39 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.

7. El 14 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.
8. Por encargo del Consejo Directivo, mediante Oficio N° 0199-2019-SCD-OSITRAN, notificado al Concesionario el 8 de noviembre de 2019, y a fin de dar respuesta al escrito presentado el 14 de octubre de 2019, se remitió al Concesionario 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”*.
9. Mediante Informe Conjunto N° 0168-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF) de fecha 11 de diciembre de 2019, la GSF y la Gerencia de Asesoría Jurídica (GAJ) del OSITRAN, emitieron opinión sobre el sentido de la interpretación de las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión.
10. El 18 de diciembre de 2019, el Consejo Directivo emitió la Resolución N° 0058-2019-CD-OSITRAN (en adelante, la Resolución impugnada), a través de la cual resolvió interpretar de oficio las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión, de conformidad con los fundamentos y conclusiones del Informe Conjunto N° 0168-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), 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”.

11. La Resolución de Consejo Directivo N° 0058-2019-CD-OSITRAN fue notificada el 24 de diciembre de 2019 al Concedente a través del Oficio N° 0222-2019-SCD-OSITRAN, y el 26 de diciembre de 2019 al Concesionario, mediante el Oficio N° 0221-2019-SCD-OSITRAN.
12. El 17 de enero de 2020, el Concesionario presentó un escrito S/N, a través del cual interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 0058-2019-CD-OSITRAN. Asimismo, presentó una medida cautelar con la finalidad de suspender los efectos de la referida resolución en tanto se emita un pronunciamiento definitivo por parte del Consejo Directivo del OSITRAN al resolver el recurso de reconsideración interpuesto, y, además que, se le conceda el uso de palabra a fin de exponer sus argumentos.
13. Con Oficio N° 0009-2020-SCD-OSITRAN notificado el 23 de enero de 2020, el OSITRAN trasladó copia del recurso de reconsideración al Concedente, otorgándole un plazo máximo de quince (15) días hábiles para que emitan su posición sobre los argumentos expuestos en dicho recurso.
14. Mediante Informe Conjunto N° 023-2020-IC-OSITRAN (GAJ-GSF) de fecha 7 de febrero de 2020, la GSF y la GAJ del OSITRAN, emitieron opinión respecto de la solicitud de suspensión de ejecución de la Resolución impugnada, presentada por el Concesionario.
15. A través del Oficio N° 0761-2020-MTC/19 recibido el 10 de febrero de 2020, que adjuntó el Informe N° 0292-2020-MTC/19.02, el Concedente cumplió con remitir su pronunciamiento respecto del recurso de reconsideración presentado.
16. 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.
17. El 19 de febrero de 2020, el Concesionario presentó un escrito s/n dando respuesta a la absolución al recurso de reconsideración remitida por el Concedente.
18. Con Resolución de Consejo Directivo N° 0012-2020-CD-OSITRAN de fecha 19 de febrero de 2020, se desestimó la solicitud de suspensión de la ejecución de la Resolución impugnada, presentada por el Concesionario, de conformidad con los fundamentos y conclusiones del Informe Conjunto N° 023-2020-IC-OSITRAN (GAJ-GSF).
19. El 24 de febrero de 2020, a través de los Oficios N° 0057-2020-SCD-OSITRAN y N°0058-2020-SCD-OSITRAN, se notificó al Concesionario y al Concedente, respectivamente, la Resolución de Consejo Directivo N° 0012-2020-CD-OSITRAN.

III. ANÁLISIS

20. Como se ha indicado en la sección de antecedentes del presente Informe, mediante escrito s/n presentado el 17 de enero de 2020, el Concesionario interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 0058-2019-CD-OSITRAN, a través de la cual se resolvió interpretar de oficio las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión, en el sentido que el Concesionario es el responsable del ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial.
21. En dicho escrito, el Concesionario solicitó que el Consejo Directivo reevalúe su decisión y disponga que no corresponde interpretar de oficio las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión en el extremo que el Concesionario es el responsable del ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial.
22. Cabe señalar que, en el mencionado escrito, el Concesionario también solicitó la suspensión de la ejecución de la Resolución impugnada en tanto se resuelva el recurso de reconsideración. Dicha solicitud fue desestimada mediante la Resolución de Consejo

Directivo N° 0012-2020-CD-OSITRAN de fecha 19 de febrero de 2020, sobre el sustento del Informe Conjunto N° 023-2020-IC-OSITRAN (GAJ-GSF).

23. A fin de analizar el pedido de suspensión de ejecución de la Resolución impugnada solicitada por el Concesionario, en el Informe Conjunto N° 023-2020-IC-OSITRAN (GAJ-GSF) que sustentó la Resolución de Consejo Directivo N° 0012-2020-CD-OSITRAN, se evaluó si el recurso de reconsideración interpuesto cumple con los requisitos de admisibilidad y procedencia estipulados en Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (TUO de la LPAG), determinándose que el recurso interpuesto cumplía con los mencionados requisitos.
24. Asimismo, en la Resolución de Consejo Directivo N° 0012-2020-CD-OSITRAN que desestimó la suspensión de ejecución de la Resolución impugnada, se indicó que el análisis desarrollado con motivo del pedido de suspensión no condiciona el sentido del pronunciamiento que corresponde emitir sobre las pretensiones y cuestionamientos de fondo planteados por el Concesionario en su recurso de reconsideración, los cuales serán objeto de evaluación en el presente Informe.
25. A continuación, se procederá a desarrollar y analizar cada uno de los argumentos expuestos por el Concesionario en su recurso de reconsideración.

A. Sobre la improcedencia del procedimiento de interpretación porque el medio adecuado es el mecanismo de solución de controversias previsto en el Contrato de Concesión

26. En su recurso de reconsideración, el Concesionario ha solicitado nuevamente que se declare la improcedencia del procedimiento de interpretación, sustentando que la controversia que motivó su apertura debería resolverse a través del Mecanismo de Solución de Controversias, previsto en la Sección XVI del Contrato de Concesión, cuya aplicación y operatividad, es independiente al hecho de que alguna de las partes lo haya activado o no.
27. Al respecto, el Concesionario señala que el Concedente se encuentra en la facultad de aplicar la cláusula 16.10 del Contrato de Concesión que dispone que las partes han declarado que es su voluntad que los conflictos o incertidumbres con relevancia jurídica que pudieran surgir respecto de la interpretación del Contrato serán resueltos por trato directo entre las partes. Sin embargo, a la fecha, el Concedente no ha remitido ninguna carta al Concesionario para iniciar el trato directo. Por lo que, concluyen que bajo ese escenario, el OSITRAN debe reconocer y respetar la cláusula 16.10 del Contrato de Concesión, declarando la improcedencia del requerimiento de interpretación del Concedente, con la finalidad de que las partes resuelvan la supuesta controversia mediante trato directo.
28. Adicionalmente, en su informe oral, el Concesionario reiteró que con la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2019-CD-OSITRAN con la cual se inició de oficio el procedimiento, se ha realizado una interpretación no solicitada de la Sección XVI del Contrato de Concesión, al haberse negado la posibilidad de que asuntos como la interpretación de las cláusulas sobre defensas posesorias, sean tratadas por los mecanismos de solución de controversias que previeron el Concedente y el Concesionario en su contrato.
29. Respecto del primer argumento, conforme se indicó en el Informe N° 120-2019-IC-OSITRAN (GSF-GAJ) y el Informe N° 00168-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), la cláusula 16.2 del Contrato de Concesión¹ establece expresamente que el ámbito de aplicación de dicha sección se encuentra referido a la solución de controversias de carácter patrimonial

¹ Contrato de Concesión

“SECCIÓN XVI: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Ámbito de Aplicación

16.2. La presente Sección regula la solución de controversias de carácter patrimonial que se generen durante la Concesión y aquellas relacionadas con la Caducidad de la Concesión.”

que se generen durante la Concesión y aquellas relacionadas con la Caducidad de la Concesión; por lo que, la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2019-CD-OSITRAN no ha realizado una interpretación de dicha Sección XVI del Contrato de Concesión, sino únicamente una lectura literal de su contenido.

30. Adicionalmente, aun cuando se admitiera que las cláusulas objeto de interpretación tienen un trasfondo patrimonial, y por tanto, deberían someterse a lo establecido en la sección XVI del Contrato de Concesión, tal y como sostiene el Concesionario; cabe reiterar que fue una de las partes, esto es, el Concedente, quien puso en conocimiento de este Regulador la existencia de ambigüedad u oscuridad respecto de los alcances de las cláusulas relacionadas al ejercicio de las Defensas Posesorias, a fin de que el OSITRAN, determine su sentido y así, posibilite su correcta ejecución; debido a que, como se desprende de lo descrito en su Informe N° 1023-2019-MTC/19, advirtió que resultaba necesaria la interpretación por parte del OSITRAN, en la medida que existía discrepancia con relación a cuál de las partes del Contrato de Concesión tendría la competencia para la interposición de las Defensas Posesorias Judiciales, lo cual se ha visto respaldado con lo expuesto en los escritos presentados tanto por el Concedente y Concesionario durante el desarrollo del presente procedimiento de interpretación; por lo que la decisión del OSITRAN de iniciar el procedimiento y determinar el sentido de la interpretación de dichas cláusulas, se originó en el propio actuar de las partes.
31. De otro lado, resulta necesario precisar que ni el ejercicio de la función interpretativa del OSITRAN, ni el marco normativo aplicable, ni las Resoluciones cuestionadas (N° 040-2019-CD-OSITRAN y N° 0058-2019-CD-OSITRAN) restringen en modo alguno la posibilidad de que las partes voluntariamente utilicen los mecanismos de solución de controversias previstos en el Contrato de Concesión, de manera previa al pronunciamiento del Regulador. Sin embargo, ni el Concedente ni el propio Concesionario, el cual sostiene que debería recurrirse a dicho mecanismo, han alegado o presentado documento alguno que demuestre la solicitud o aceptación del inicio del trato directo entre las partes.
32. Finalmente, cabe indicar que, así como señaló el Concesionario que el Concedente pudo y debió solicitar el inicio del Trato Directo cuando consideró que existía controversia en las interpretación de las cláusulas referidas a las Defensas Posesorias, es conveniente precisar que el Concesionario también se encontraba en la posibilidad de solicitar la activación de dicho mecanismo desde la notificación del Oficio N° 6238-2019-GSF-OSITRAN (16 de julio de 2019) que le trasladó y puso en conocimiento que el Concedente consideraba que existía ambigüedad u oscuridad respecto de los alcances de las citadas cláusulas; fecha a la cual, este Regulador no había iniciado el presente procedimiento de interpretación. No obstante, se reitera que ni el Concedente ni el Concesionario han alegado o presentado documento alguno que demuestre la solicitud o aceptación del inicio del trato directo entre las partes.

B. Sobre el objeto del procedimiento de interpretación

33. De otro lado, el Concesionario ha señalado que lo único que se encontraba en discusión y debía ser objeto de interpretación, era la forma en la que debía ejercitarse la Defensa Posesoria Judicial; sin embargo, indica, en el numeral 60 del Informe Conjunto N° 00168-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF) se concluyó que existía acuerdo entre las partes en el sentido que el Concesionario ejerce la Defensa Posesoria Extrajudicial, pese a que esto no era un ítem de discusión.
34. Agrega que, el hecho de que el Concesionario haya realizado acciones para defender la concesión no implica necesariamente que haya ejecutado 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 se ha pretendido señalar que ostenta el Concesionario. En ese contexto, señala que debe tenerse por no puesta la conclusión antes referida, debido a que, aunque no se encuentre en la parte resolutive, constituye un pronunciamiento extrapetita y nulo, en consecuencia.

35. Al respecto, es preciso señalar que, como también se desarrolló en el Informe Conjunto N° 023-2020-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), en la Resolución impugnada, el pronunciamiento del OSITRAN únicamente se limitó a determinar a cuál de las partes le corresponde ejercer la Defensa Posesoria Judicial.
36. Lo anterior se corrobora del texto de la parte resolutive de la Resolución impugnada, en el cual se expresó que el pronunciamiento del OSITRAN se circunscribió al literal b) de la cláusula 5.38 y a la cláusula 5.39, como se aprecia a continuación:

“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]

37. Asimismo, si bien de los numerales 58 y 60 del Informe Conjunto N° 00168-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF) que fundamentó la Resolución impugnada, se hizo referencia a la Defensa Posesoria Extrajudicial, esto fue para exponer cuáles eran las clases de Defensas Posesorias que recogía la cláusula 5.38 del Contrato de Concesión, así como para dejar expresamente anotado que la Defensa Posesoria Extrajudicial no sería objeto de pronunciamiento por parte del Regulador, debido a que existía claridad sobre su alcance, en la medida que ninguna de las partes había solicitado al OSITRAN una interpretación del Contrato en este extremo, ni habían expresado posiciones contrarias al respecto.
38. Lo señalado en dichos numerales obedeció a lo manifestado en la Carta N° 8011-CINSA-OSITRAN por el propio Concesionario, que textualmente indicó que no existía vacío contractual sobre las acciones que deben realizar el Concedente y el Concesionario en atención de lo establecido en las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión, siendo que, para el caso de la Defensa Posesoria Extrajudicial, el Concesionario era el encargado de repeler la fuerza que se emplee contra él a fin de recobrar el bien, tal y como se aprecia a continuación:

“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.*

(...)

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.
(...)"*

39. En esa misma línea, a través del escrito s/n presentado el 19 de febrero de 2020, el Concesionario ha señalado nuevamente que en ningún momento ha desatendido su deber sobre los Bienes de la Concesión, siendo que, por el contrario, ha intervenido directamente frente a las usurpaciones y usos incompatibles del Contrato de Concesión poniendo en práctica todas las actividades que estaban dentro de sus alcances y se encontraban comprendidas dentro de los términos previstos en el literal a) de la cláusula 5.38 del Contrato de Concesión, como se puede advertir a continuación:

9. "Sin perjuicio de ello, debemos informar al Consejo Directivo que las afirmaciones del Concedente son imprecisas y ajenas a la realidad. En las comunicaciones enviadas por el Concesionario se encuentran detalladas no solo la descripción de las afectaciones advertidas sobre la infraestructura vial, sino también las acciones que ejercitó el Concesionario para resguardar los bienes que componen dicha infraestructura.

En ningún momento el Concesionario ha desatendido su deber sobre los Bienes de la Concesión como pretende mostrarlo el Concedente: por el contrario, ha intervenido directamente frente a las usurpaciones y usos incompatibles del contrato de concesión e incluso, en determinadas circunstancias, con el apoyo de la Policía Nacional del Perú, poniendo en práctica todas las actividades que estaban dentro de sus alcances y se encontraban comprendidas dentro de los términos previstos en el literal a) de la cláusula 5.38 del Contrato de Concesión."

[El subrayado es nuestro]

40. Así, se evidencia que si bien en su recurso de reconsideración, el Concesionario ha señalado que no habría realizado y tampoco podría realizar la Defensa Posesoria Extrajudicial, en diferentes documentos del procedimiento de interpretación, ha venido sosteniendo que sí se encontraba a cargo de dicha obligación y que ya había realizado acciones a fin de cumplir con esta:

Carta N° 8011-CINSA-OSITRAN	Recurso de Reconsideración	Escrito s/n presentado el 19 de febrero de 2020
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. (...) (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.	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.	9. (...) <u>En ningún momento el Concesionario ha desatendido su deber sobre los Bienes de la Concesión como pretende mostrarlo el Concedente: por el contrario, ha intervenido directamente frente a las usurpaciones y usos incompatibles del contrato de concesión e incluso, en determinadas circunstancias, con el apoyo de la Policía Nacional del Perú, poniendo en práctica todas las actividades que estaban dentro de sus alcances y se encontraban comprendidas dentro de los términos previstos en el literal a) de la cláusula 5.38 del Contrato de Concesión."</u>

41. En ese sentido, se aprecia que el OSITRAN no interpretó el alcance de la Defensa Posesoria Extrajudicial, habiéndose limitado a consignar lo manifestado por el

Concesionario durante el procedimiento, sobre un tema respecto del cual las partes no habían solicitado interpretación o expresado posiciones contrarias sobre su alcance.

42. En torno a lo alegado por el Concesionario con relación a que la Defensa Posesoria Extrajudicial y Judicial se construyen sobre la existencia de un derecho real de posesión que no ostenta, dicho argumento será analizado en acápite D. del presente informe

C. Sobre la improcedencia del procedimiento de interpretación en razón a que las partes han sostenido durante la ejecución del Contrato y de manera explícita que no corresponde que el Concesionario realice la Defensa Posesoria

43. Sobre este punto, el Concesionario ha señalado que, en el Informe N° 531-2013-MTC/25 que adjuntó a la Carta N° 8011-CINSA-OSITRAN, 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).

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]

44. Asimismo, indicó que, a través del Oficio N° 2743-2014-MTC/07, el Procurador Público del MTC señaló a Intersur Concesiones S.A., Concesionario involucrado en el procedimiento de interpretación, 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 tuitivo y público de dichos bienes (...)” [Sic]

45. En atención a los documentos mencionados, el Concesionario cuestionó 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.

46. Sobre el particular, conforme se aprecia del numeral 95 del Informe Conjunto N° 00168-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF) que sustentó la Resolución impugnada, el Informe N° 531-2013-MTC/25 que el Concesionario adjuntó a su Carta fue debidamente analizado para emitir pronunciamiento sobre el sentido de la interpretación, verificándose que, a través de este, el Concedente únicamente hizo referencia a denuncias con carácter penal (las cuales corresponden al término de las “acciones legales” a cargo del Concedente), 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 del referido numeral 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.”

47. De otro lado, si bien en la cita del Informe N° 531-2013-MTC/25, se observa que, la Dirección General de Programas y Proyectos de Transportes (en adelante, DGPPT) del 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 (en adelante, TUO del CPC), no resulta procedente el ejercicio de los interdictos; resulta necesario precisar que, en el Informe Conjunto N° 00168-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF) también se emitió opinión al respecto, indicándose en el pie de página del numeral 70 que, como bien señala Avendaño² *"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. 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"*. Este argumento, será desarrollado en el acápite D. del presente informe.

48. Con relación al Oficio N° 2743-2014-MTC/07, si bien en el mismo se observa que la Procuraduría Pública del Concedente indicó a Intersur Concesiones S.A. 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 76 del Informe Conjunto N° 00168-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), se observa que dicho argumento también ya ha sido objeto de análisis para emitir pronunciamiento sobre el alcance de las cláusulas de Defensas Posesorias, habiéndose señalado que *"si bien, de acuerdo con lo señalado en el artículo 41 del Reglamento del Sistema Nacional de Bienes Estatales³, 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."*

49. Asimismo, al igual que en el caso del Informe N° 531-2013-MTC/25, en el Oficio N° 2743-2014-MTC/07, se aprecia que la Procuraduría Pública del 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."

50. En ese sentido, los documentos remitidos por el Concesionario no generan convicción respecto a que el entendimiento común de las partes fue que el Concedente es el responsable de efectuar la Defensa Posesoria Judicial. Esto también fue manifestado en el Informe Conjunto N° 00168-2019-IC-OSITRAN, habiéndose señalado en el numeral 95

² AVENDAÑO ARANA, Francisco, Los Interdictos, extraído de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdp/2011/01/24/los-interdictos/>

³ Reglamento del Sistema Nacional de Bienes Estatales, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2008-VIVIENDA "Artículo 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."

que, de los documentos presentados y revisados, se observaba que las comunicaciones remitidas por el Concedente se refieren únicamente 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.

51. Adicionalmente, debe indicarse que de los documentos citados por el Concesionario, no se podría concluir que el entendimiento común de las partes fue que el Concedente es el responsable de efectuar la Defensa Posesoria Judicial, debido a que el Oficio N° 2743-2014-MTC/07 está dirigido a un Concesionario ajeno al presente Contrato de Concesión.
52. Por tal motivo, sin perjuicio de que el contenido de dichas documentaciones no se encuentra orientada al reconocimiento, por parte del Concedente, del ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial; no se podría configurar el escenario propuesto por el Concesionario, ya que, para alegar que existen actos previos vinculantes entre dos partes que generan un entendimiento común entre ellas, dichas partes deberían corresponder en identidad a aquellas que emiten los actos alegados.
53. En el mismo sentido, de la revisión de los documentos analizados, se aprecia que los mismos fueron emitidos por distintos órganos del MTC.
54. Al respecto, a la fecha de emisión de dichos documentos se encontraba vigente el Reglamento de Organización y Funciones del MTC aprobado por Decreto Supremo N° 021-2007-MTC, cuyo artículo 78 disponía lo siguiente:

“De la Dirección General de Concesiones en Transportes

Artículo 78.- La Dirección General de Concesiones en Transportes es un órgano de línea de ámbito nacional, encargado de seleccionar y formular los proyectos de infraestructura y servicios de transporte a ser otorgados al sector privado bajo concesión o cualquier otra forma contractual que involucre una relación contractual de mediano a largo plazo, velando porque dichos proyectos se formulen de acuerdo con las políticas sectoriales. Asimismo, tiene a su cargo la coordinación de todas las tareas relacionadas con la implementación y monitoreo de los proyectos otorgados al sector privado desde la celebración del contrato hasta su terminación.

[El subrayado y resaltado son nuestros]

55. En consecuencia, el órgano competente al interior del MTC para formular comunicaciones de coordinación con los Concesionarios era la Dirección General de Concesiones en Transportes. Por tal motivo, tampoco podría alegarse la configuración del escenario propuesto por el Concesionario en tanto dichas comunicaciones no fueron emitidas por el órgano competente.
56. En atención a lo expuesto, se advierte que la interpretación de OSITRAN no va en contra del presunto entendimiento que las partes habrían tenido respecto del ejercicio por parte del Concedente de la Defensa Posesoria Judicial, dado que en el presente caso, los actos que el Concesionario alega generaron dicho entendimiento, no han sido debidamente acreditados.
57. Sin perjuicio de lo señalado, 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*”
58. En efecto, el fundamento de los contratos administrativos reposa en 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.
59. 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 individual**⁴.

60. 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.
61. Finalmente, cabe recordar que es objetivo del OSITRAN velar por el cabal cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Contratos de Concesión, motivo por el cual, no podría convalidar un comportamiento de las partes contrario a lo establecido en el Contrato de Concesión.
62. Por lo expuesto, en el supuesto negado de que existieran conductas que hubieran hecho entender al Concesionario que el Concedente es el responsable de efectuar la Defensa Posesoria Judicial; no cabe sugerir que el Estado habría defraudado la confianza del Concesionario generada durante la ejecución contractual respecto a quién debe ejercer las Defensas Posesorias Judiciales, toda vez que una relación jurídica como la que se genera entre un Concesionario y el Estado debe regirse por el contenido mismo del Contrato de Concesión, en atención al interés público, que a este Regulador, le corresponde resguardar.

D. Sobre la improcedencia del procedimiento de interpretación en razón a los límites propios de la misma (interpretación de cláusulas y no de normas)

- El Derecho de Posesión y su estrecha relación con la Defensa Posesoria Judicial
63. En el recurso de reconsideración, el Concesionario ha señalado que no cuenta con capacidad o aptitud legal para tener en su esfera jurídica un derecho de posesión sobre los bienes de la concesión conforme establece “*el artículo 13 del Decreto Legislativo N° 1362 (sic)*” y, como consecuencia de ello, no está habilitado a ejercer la defensa posesoria judicial prevista en el artículo 921 del Código Civil. Por el contrario, indica que el Concedente sí cuenta con aptitud y capacidad para interponer las defensas posesorias por los derechos reales que ostenta sobre los bienes de la concesión, al ser bienes de dominio público.
 64. Agrega que, si bien la Concesión otorga derechos y obligaciones al Concesionario, estos se encuentran estrechamente vinculados a la explotación de los bienes, no siendo de naturaleza real, situación que impide que, desde un aspecto subjetivo, pueda ejercer la defensa posesoria judicial.
 65. Sobre el particular, cabe precisar que son el artículo 13 del Decreto Supremo N° 059-96-PCM y el artículo 21.2 del Decreto Legislativo N° 1362 los que establecen que los proyectos de APP sobre bienes públicos no otorgan derechos reales al inversionista sobre los mismos. Dicha restricción legal ha sido reconocida por el OSITRAN en su pronunciamiento.
 66. No obstante, mediante la interpretación realizada en la Resolución impugnada, no se ha reconocido que el Concesionario tenga derecho real alguno sobre los bienes de la Concesión (derecho de posesión), sino que tiene el derecho y la obligación de entablar las Defensas Posesorias Judiciales en estricta aplicación de lo establecido en el artículo 21.1 del Decreto Legislativo N° 1362, concordado con el artículo 5 de su Reglamento, que señalan lo siguiente:

⁴ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *Concesión Administrativa e Iniciativa Privada*. En: Themis N° 39. PUCP. Lima – Perú. Año 1999. P. 104

“Decreto Legislativo N° 1362

Artículo 21. Contratos de Asociación Público Privada

21.1 El contrato que se celebra para desarrollar un proyecto bajo la modalidad de Asociación Público Privada constituye título suficiente para que el inversionista haga valer los derechos que dicho instrumento le otorga frente a terceros; en especial, los mecanismos de recuperación de las inversiones y los beneficios adicionales expresamente convenidos, pudiendo incluir servicios complementarios”.

[El subrayado es nuestro]

“Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362

Artículo 5. Definiciones

Los siguientes términos tienen los significados que a continuación se indican:

(...)

8. Concesión: Es 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.”

[El subrayado es nuestro]

67. Como se aprecia, de conformidad con lo establecido en el artículo 21.1 del Decreto Legislativo N° 1362, los Contratos que se celebran para desarrollar proyectos APP se constituyen en el título suficiente por medio del cual, el inversionista puede hacer valer los derechos que dicho instrumento le otorga. En ese mismo sentido, el artículo 5 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362 señala que, a través de la Concesión, se otorga al inversionista la ejecución y explotación de infraestructura pública o la prestación de servicios, cuyos derechos y obligación se regulan en el Contrato correspondiente.
68. Debe precisarse que, a la fecha de suscripción del presente Contrato de Concesión (IIRSA Norte), se encontraba vigente el 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 (TUO de Concesiones); no obstante, en relación a la Concesión y el Contrato, dicha norma prescribía similares disposiciones a las contenidas en el Decreto Legislativo N° 1362, estableciendo que su artículo 13 que el Contrato de Concesión constituía título suficiente para que el concesionario haga valer los derechos que dicho contrato le otorga frente a terceros.
69. En ese contexto, en la Resolución impugnada se precisó que nuestra legislación ha regulado que, en el marco de los Proyectos de APP, el Contrato de Concesión otorga derechos y obligaciones al inversionista, siendo dicho Contrato suficiente título a efectos de exigirlos; por lo que, consecuentemente, ninguna entidad del Estado podría denegar o limitar el ejercicio de dichos derechos y obligaciones al Concesionario, en la medida que, a través de una norma con rango de Ley (Decreto Legislativo N° 1362) se ha establecido que el Contrato de Concesión es el documento que los faculta a ejercerlos válidamente
70. En el presente caso, a efectos de determinar a cuál de las partes le correspondía el ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial, conforme se desarrolló entre los numerales 70 al 74 del Informe Conjunto N° 00168-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), se verificó que la discusión sobre la interpretación de las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión giraba en torno a si las acciones legales que debe ejercer el Concedente en virtud de lo establecido en la cláusula 5.39, incluyen el ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial regulada en el inciso b) de la cláusula 5.38; por lo que, se advirtió que nos encontramos frente a conceptos vinculados pero que no comprenden lo mismo, en el sentido que la frase “acciones legales” corresponde a un término general, en tanto que el término “Defensa Posesoria Judicial” como acción civil, corresponde a una de las categorías de la primera.
71. Si bien, en atención a dicha relación género - especie, podría entenderse que, como indica el Concesionario, mediante la cláusula 5.39 del Contrato de Concesión que obliga al

Concedente a ejercer las acciones legales, se le habría encargado también el ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial como una de sus categorías, del propio Contrato de Concesión, se verificó lo siguiente:

- (i) Si el Concedente ejerce la Defensa Posesoria Judicial como parte del concepto general de acciones legales recogido en la cláusula 5.39 del Contrato de Concesión, se dejaría sin contenido la obligación establecida en el inciso b) de la cláusula 5.38, habiendo carecido de sentido pactarla en el Contrato.

En efecto, admitir que el Concedente ejerce la Defensa Posesoria Judicial nos lleva a un supuesto en el que el inciso b) de la cláusula 5.38 del Contrato no sería aplicable, debido a que la obligación que expresa que el Concesionario debe ejercer la Defensa Posesoria Judicial nunca le sería exigible, en la medida que esta obligación le correspondería al Concedente.

Lo anterior implicaría dejar sin efecto la obligación contenida en el inciso b) de la cláusula 5.38, lo cual no puede realizarse mediante un procedimiento de interpretación contractual⁵ por tratarse implícitamente de una modificación contractual (para la cual existe un procedimiento establecido en el Decreto Legislativo N° 1362).

- (ii) Resulta pertinente la estipulación de cláusulas distintas, en la medida que, si bien, mediante el inciso b) de la cláusula 5.38, el Concesionario ejerce la Defensa Posesoria Judicial, a través de la cláusula 5.39 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.

En efecto, así como mediante el inciso b) de la cláusula 5.38 del Contrato de Concesión, se ha encargado al Concesionario el ejercicio de un tipo de acción legal, esto es, la Defensa Posesoria Judicial; el Concedente también ha asumido las obligaciones contenidas en la cláusula 5.39 del Contrato, las cuales lo hacen responsable de ejercer los demás tipos de acciones legales que correspondan en salvaguarda de los bienes de la Concesión.

- (iii) Coherencia con las demás cláusulas contractuales (5.26, 5.40 y Anexo X) que respaldan que es obligación del Concesionario ejercer las Defensas Posesorias Judiciales.

En efecto, de la lectura de la cláusula 5.40⁶ y del Anexo X del Contrato de Concesión⁷, se verifica que las partes han establecido como penalidad “no ejercer

⁵ Lineamientos para la interpretación y emisión de opiniones sobre propuestas de modificación y reconversión de Contratos de Concesión, aprobados por Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN de fecha 17 de noviembre de 2004.

6.1 Interpretaciones

(...)

La interpretación está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, dando claridad al texto y haciendo posible su aplicación (...).”

⁶ Contrato de Concesión

“Penalidades

5.40. El incumplimiento o infracción, por parte del CONCESIONARIO, de las obligaciones indicadas en la presente sección, dará lugar a la aplicación de penalidades. El CONCESIONARIO no estará exento de responsabilidad ni aún en los casos en que los incumplimientos sean consecuencia de contratos que celebre con terceras personas.

En caso de incumplimiento de las obligaciones del CONCESIONARIO, el REGULADOR lo notificará de la infracción detectada y las partes tratarán de resolver las discrepancias que dieron origen a la infracción, conforme a lo previsto en la Cláusula 16.10 y aplicará si es el caso, las penalidades que se indican en la Tabla N° 2 del Anexo X del presente Contrato.”

⁷ “ANEXO X

PENALIDADES APLICABLES DEL CONTRATO

la defensa posesoria”, la cual es susceptible de ser aplicada ante el incumplimiento del Concesionario, de la obligación contenida en la cláusula 5.38 del Contrato. En ese sentido, resulta evidente que la obligación de ejercer la Defensa Posesoria contenida en la cláusula 5.38 del Contrato, se encuentra a cargo del Concesionario pues, de lo contrario, no sería posible imputarle su incumplimiento y consecuentemente, aplicarle la penalidad establecida en el referido Anexo, habiendo carecido de sentido pactarla, si dicha obligación estuviera a cargo del Concedente.

Asimismo, la cláusula 5.26, establece que, producida la Caducidad de la Concesión por cualquier causa, el Concesionario tiene la obligación de devolver al Concedente todas aquellas áreas de terreno comprendidas dentro del Área de la Concesión que le fueron entregadas en la Toma de Posesión o por constitución de servidumbres u otros actos posteriores, en buen estado de conservación, libres de ocupantes y en condiciones de uso y explotación según los parámetros técnicos del Anexo I y las indicaciones que haya efectuado el Regulador⁸. Por lo que, no cabe duda de que, como responsable de la devolución de los bienes entregados en Concesión, el Concesionario resulta ser el interesado en salvaguardar su derecho de explotar los bienes comprendidos en el Contrato de Concesión, a través de medidas tales como el ejercicio de las Defensas Posesorias.

72. En atención a ello, se advirtió que la intención de las partes a la suscripción del Contrato de Concesión fue otorgar obligaciones distintas a cada una de ellas, de acuerdo con el siguiente detalle:

- Inciso b) de la Cláusula 5.38 del Contrato de Concesión: establece la obligación del Concesionario de ejercer la Defensa Posesoria Judicial, regulada en el artículo 921 del Código Civil que lo faculta a utilizar las acciones posesorias e interdictos, a fin de mantener a salvo su derecho.
- Cláusula 5.39 del Contrato de Concesión: establece la obligación del Concedente de entablar todas las demás acciones legales que resulten pertinentes, entendidas como todos aquellos pedidos de orden jurídico (constitucional, civil, penal, laboral, entre otros) que encuentran respaldo en la Ley.

73. En ese sentido, habiéndose determinado que el inciso b) de la cláusula 5.38 del Contrato de Concesión, establece expresamente que “*El CONCESIONARIO tiene la obligación de ejercitar las siguientes modalidades de defensa posesoria: a) Defensa Posesoria Extrajudicial (...) b) Defensa Posesoria Judicial*”⁹; en estricta aplicación del artículo 21.1 del Decreto Legislativo N° 1362, concordado con el artículo 5 de su Reglamento, el Concesionario se encuentra facultado a ejercerla, debido a que se encuentra contenida en un Contrato de Concesión que constituye título suficiente para que el inversionista puede hacer valer los derechos y obligaciones que dicho instrumento le otorga.

Tabla N° 2: Penalidades referidas a la Sección V del Contrato: Régimen de Bienes (Numeral 5.40)

Cláusula Contrato	Monto (US\$)	Descripción de penalidad	Criterio de Aplicación
5.17	1.000	Atraso en la reposición de los Bienes reversibles sobre el plazo máximo indicado.	Cada día de atraso
5.24	5.000	Atraso en la contratación de póliza de seguro sobre los Bienes reversibles.	Cada día de atraso
5.38	8.000	No ejercer la defensa posesoria.	Cada vez

⁸ Contrato de Concesión

“Devolución de los Bienes Reversibles

5.26. Producida la Caducidad de la Concesión por cualquier causa, el CONCESIONARIO tiene la obligación de devolver al CONCEDENTE dentro de los treinta (30) Días Calendario siguientes, en un único acto, todas aquellas áreas de terreno comprendidas dentro del Área de la Concesión que le fueron entregadas por el CONCEDENTE en la Toma de Posesión o por constitución de servidumbres u otros actos posteriores, en buen estado de conservación, libres de ocupantes y en condiciones de uso y explotación según los parámetros técnicos del Anexo I y las indicaciones que haya efectuado el REGULADOR.”

⁹ Cláusula 5.38 del Contrato de Concesión

74. Como consecuencia de ello, se reitera, ninguna entidad del Estado podría denegar o limitar el ejercicio de dichos derechos y obligaciones al Concesionario, en la medida que, a través de una norma con rango de Ley (Decreto Legislativo N° 1362) se ha establecido que el Contrato de Concesión es el documento que los faculta a ejercerlos válidamente.
75. En ese contexto, contrariamente a lo señalado por el Concesionario, lo que lo legitima a ejercer las Defensas Posesorias no es ostentar el derecho de posesión¹⁰ (que se ha reconocido, no ostenta) sino el marco legal establecido para los proyectos APP, que establece que el Contrato de Concesión que le otorga tal derecho y obligación de entablarlas, constituye suficiente título para ejercerlo, en atención al derecho para la construcción, conservación, mantenimiento y explotación de los bienes que se le ha otorgado.
76. Ahora bien, resulta necesario precisar que, en distintas comunicaciones (Carta N° 8011-CINSA-OSITRAN y escrito s/n recibido el 19 de febrero de 2020), el Concesionario habría alineado su actuación a la conclusión arribada, en la medida que, pese a manifestar que no ostenta derechos reales, sí ha reconocido ser responsable y haber ejercido la Defensa Posesoría Extrajudicial de los bienes de la Concesión, figura jurídica para la cual también se necesitaría ostentar derecho de posesión, pero que, en atención a lo establecido en el marco jurídico aplicable a los proyectos APP, es posible ejercer por estar contenida como derecho y obligación del Concesionario en el Contrato de Concesión.
77. Finalmente, con relación al argumento del Concesionario referido a señalar que el Concedente sí cuenta con aptitud y capacidad para interponer las defensas posesorias por los derechos reales que ostenta sobre los bienes de la concesión, al ser bienes de dominio público; cabe señalar que conforme al artículo 45¹¹ del Decreto Supremo N° 007-2008-VIVIENDA que establece que los bienes son susceptibles de ser otorgados en concesión a favor de particulares conforme a la normativa sobre la materia; como titular de la infraestructura vial, el Estado 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.
- La improcedencia de los interdictos sobre bienes de uso público
78. Sobre este punto, el Concesionario ha alegado que de acuerdo con lo establecido en el artículo 599 del TUO del CPC, la Defensa Posesoría Judicial por excelencia, esto es, los interdictos, no proceden cuando se trata de bienes de uso público como es el caso de la infraestructura vial. Al respecto, indica que el autor citado por el OSITRAN (Francisco Avendaño Arana) para descartar dicha prohibición, no ha considerado en su opinión que la concesión no otorga derechos reales a los concesionarios.
79. Al respecto, como se indicó en la Resolución impugnada, en palabras de Avendaño, existe una excepción en la aplicación del artículo 599 del TUO del CPC cuando los bienes de uso público han sido entregados a un Concesionario para su administración:
- “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. 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 sí procede”.*
80. Admitir lo alegado por el Concesionario, generaría que, en “estricta” aplicación del TUO del CPC, ni siquiera el Concedente podría entablar las Defensas Posesorias Judiciales

¹⁰ Artículo 21.2 del D.L. 1362 y el artículo 13 del TUO de Concesiones.

¹¹ Reglamento de la Ley N° 29151, DECRETO SUPREMO N° 007-2008-VIVIENDA

“Artículo 45.- De la concesión de bienes de dominio público

Los bienes de dominio público podrán ser otorgados en concesión a favor de particulares conforme a la normatividad sobre la materia.”

(como pretende el Concesionario mediante su particular lectura de las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión) debido a que la infraestructura concesionada nunca pierde su naturaleza de bien de uso público, respecto del cual, sostiene el Concesionario, los interdictos, sin admisión a discusión, no proceden.

81. Si bien se ha señalado que tal improcedencia nunca afectaría al Estado, pues el poder público no requiere de interdictos para recuperar sus bienes; lo cierto es que el objeto del presente procedimiento es determinar a cuál de las partes le corresponde ejercer la Defensa Posesoria Judicial (interdictos), por lo que no resulta relevante considerar si el Concedente cuenta con otras figuras jurídicas para defender sus bienes, pues ello no coadyuva a determinar quién está a cargo de la obligación contenida en la cláusula 5.38 del Contrato de Concesión. Recordemos, la Defensa Posesoria Judicial únicamente supone la interposición de interdictos y acciones posesorias.
82. Adicionalmente, cabe reiterar que, habiéndose determinado que el inciso b) de la cláusula 5.38 del Contrato de Concesión establece expresamente que el Concesionario tiene la obligación de ejercitar la Defensa Posesoria Judicial; en aplicación del artículo 21.1 del Decreto Legislativo N° 1362, concordado con el artículo 5 de su Reglamento, el Concesionario se encuentra facultado a ejercerla, debido a que se encuentra contenida en un Contrato de Concesión que constituye título suficiente para que el inversionista puede hacer valer los derechos y obligaciones que dicho instrumento le otorga; por lo que, ninguna entidad del Estado podría denegar o limitar el ejercicio de dichos derechos y obligaciones al Concesionario.
83. En ese contexto, contrariamente a lo señalado por el Concesionario, el Contrato de Concesión, que constituye suficiente título para ejercer los derechos y obligaciones que este contiene de acuerdo con el marco legal establecido para los proyectos APP, ha consignado que, para la correcta ejecución de los proyectos de desarrollo de infraestructura pública con inversión privada, el inversionista tiene el derecho y la obligación de ejercer las Defensas Posesorias (incluidos los interdictos) sobre los bienes que son objeto de Concesión.
- La opinión legal del abogado Martín Mejorada Chauca sobre los concesionarios y el ejercicio de las Defensas Posesorias Judiciales
84. El Concesionario ha indicado que los fundamentos que sustentan su recurso de reconsideración coinciden con la opinión legal emitida por el doctor Martín Mejorada Chauca sobre las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión, en la cual concluyó lo siguiente:

“III.- CONCLUSIONES

3.1 *Las defensas posesorias judiciales son únicamente los “interdictos”, los cuales solo pueden ser interpuestos por los “poseedores”.*

Por mandato expreso de la LEY DE CONCESIONES, El CONCESIONARIO no es titular de ningún derecho real, es decir no es poseedor. En consecuencia, no puede ejercer la defensa posesoria judicial de los bienes de la concesión.

3.2 *Además, el Código Procesal Civil ha prohibido la defensa posesoria judicial sobre bienes de uso público, como los bienes que usualmente son materia de concesión (carreteras, puentes, puertos, aeropuertos, etc.).*

3.3 *El CONCESIONARIO no es poseedor de los bienes de la concesión, pero es titular de un derecho patrimonial de naturaleza compleja que lo habilita a explotar económicamente dichos bienes de acuerdo al contrato.*

3.4 *El extremo de la cláusula 5.38 del CONTRATO DE CONCESIÓN referido a la obligación del CONCESIONARIO de ejercer las defensas posesorias judiciales, debe tenerse por no puesta.*

Dicho compromiso es de imposible cumplimiento y además contraviene una norma imperativa que interesa al orden público. El resto del contrato es perfectamente válido y exigible.”

85. Al respecto, en cuanto a los puntos 3.1, 3.2 y 3.3 de las conclusiones de la opinión citada por el Concesionario, nos remitimos a lo expuesto entre los numerales 63 y 83 del presente Informe.
86. En cuanto al punto 3.4, el abogado Martín Mejorada Chauca indica que *“El extremo de la cláusula 5.38 del CONTRATO DE CONCESIÓN referido a la obligación del CONCESIONARIO de ejercer las defensas posesorias judiciales, debe tenerse por no puesta”*, debido a que *“Dicho compromiso es de imposible cumplimiento y además contraviene una norma imperativa que interesa al orden público. El resto del contrato es perfectamente válido y exigible.”*
87. Sobre el particular, cabe señalar que los derechos y obligaciones contenidas en la cláusula 5.38 del Contrato de Concesión no son de imposible cumplimiento, en la medida que, conforme se advirtió, el marco de los Proyectos de APP ha establecido que el Contrato de Concesión es suficiente título a efectos de que el inversionista ejerza los derechos y obligaciones que dicho instrumento le otorga; por lo que, ninguna entidad del Estado podría denegar o limitar el ejercicio de dichos derechos y obligaciones al Concesionario, dado que, a través de una norma con rango de Ley (Decreto Legislativo N° 1362) se ha establecido que el Contrato de Concesión es el documento que los faculta a ejercerlos válidamente.
88. Asimismo, debe precisarse que mediante el procedimiento de interpretación contractual a cargo del OSITRAN, no se puede resolver tener *“por no puesta”* una cláusula contractual, como sugiere el Concesionario, en la medida que esto implicaría implícitamente una modificación contractual, para la cual ya existe un procedimiento establecido en el Decreto Legislativo N° 1362, de obligatorio cumplimiento para las partes.
89. Adicionalmente, teniendo en cuenta la jerarquía normativa de nuestro ordenamiento jurídico, estas Gerencias consideran necesario emitir pronunciamiento respecto del alcance del artículo 73 de la Constitución Política del Estado que ha sido citado en la opinión del abogado Martín Mejorada Chauca, el cual, a la letra establece lo siguiente:

“Artículo 73°.- Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico.”
90. Como se aprecia, a través de dicho artículo se ha regulado que los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Sin embargo, estos pueden ser otorgados en Concesión a particulares para su aprovechamiento económico, observándose siempre el ordenamiento legal que para tal fin se haya dictado.
91. Sobre el particular, en el Fundamento 5 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 0005-2013-PCC/TC, el Tribunal Constitucional (TC) ha definido en qué consisten las características de inalienabilidad e imprescriptibilidad de los bienes de dominio público, señalando que la inalienabilidad representa la *“imposibilidad de ser enajenados”* y la imprescriptibilidad la *“imposibilidad de derivar de una posesión prolongada derecho de propiedad”*. Asimismo, en el Fundamento 10 de la referida Sentencia, el TC señala que las entidades del Estado deben ser respetuosas de dichas características en la infraestructura pública, *“pudiendo excepcionalmente ser concedida a particulares para su aprovechamiento económico”*, de conformidad con la normativa aplicable.

92. En esa misma línea, conforme se desarrolló en el Informe Conjunto N° 00168-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), los artículos 2¹² y 45¹³ del Reglamento de la Ley N° 29151, Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales, define a los bienes de dominio público como bienes estatales afectos a un fin o uso público, sobre los cuales la Administración Pública regula su uso y afectación, señalando que son susceptibles de ser otorgados en concesión a favor de particulares de acuerdo con la normatividad dictada sobre la materia.
93. En el caso de la infraestructura de transporte, la normatividad aplicable para su entrega en concesión fue el TUO de Concesiones (vigente a la fecha de suscripción del Contrato) y hoy es el Decreto Legislativo N° 1362. Ambas normas permiten entregar al sector privado la explotación de proyectos de infraestructura pública, estableciendo derechos y obligaciones para cada una de las partes, los cuales se encuentran específicamente reguladas en su Contrato de Concesión.
94. La norma actualmente vigente (Decreto Legislativo N° 1362) fue dictada con el objeto de regular el marco institucional y los procesos para el desarrollo de proyectos de inversión bajo las modalidades de Asociación Público Privada y de Proyectos en Activos¹⁴, y, además, contiene los principios y consideraciones especiales sobre las cuales se desarrolla el Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada.
95. En ese sentido, si la normativa aplicable para la entrega en concesión de los proyectos en infraestructura de transporte, fue el TUO de Concesiones (vigente a la fecha de suscripción del Contrato) y hoy es el Decreto Legislativo N° 1362; de conformidad con lo establecido en el artículo 73 de la Constitución Política del Estado, son los principios y consideraciones especiales que dichas normas contienen, los que deben tomarse en cuenta en su entrega, desarrollo y supervisión.
96. Como se ha expuesto precedentemente, son estas normas las que establecen que el Contrato de Concesión es suficiente título a efectos de que el inversionista ejerza los derechos y obligaciones que dicho instrumento le otorga, como es el caso del ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial por parte del Concesionario.
97. En ese contexto, se aprecia que la lectura adoptada por el OSITRAN respecto del alcance las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión, se encuentra en consonancia con lo establecido en el TUO de Concesiones y el Decreto Legislativo N° 1362, normativa que resulta aplicable para la entrega en concesión de los proyectos en infraestructura de transporte, de conformidad con lo señalado en el artículo 73 de la Constitución Política del Estado
- Sobre el marco conceptual y las lecturas interpretativas del OSITRAN en el Informe Conjunto

¹² Reglamento de la Ley N° 29151, aprobado mediante Decreto Supremo N° 007-2008-VIVIENDA

"Artículo 2.- De los términos

Bienes de dominio público: Aquellos bienes estatales, destinados al uso público como playas, plazas, parques, infraestructura vial, vías férreas, caminos y otros, cuya administración, conservación y mantenimiento corresponde a una entidad; aquellos que sirven de soporte para la prestación de cualquier servicio público como los palacios, sedes gubernativas e institucionales, escuelas, hospitales, estadios, aportes reglamentarios, bienes reservados y afectados en uso a la defensa nacional, establecimientos penitenciarios, museos, cementerios, puertos, aeropuertos y otros destinados al cumplimiento de los fines de responsabilidad estatal, o cuya concesión compete al Estado. Tienen el carácter de inalienables e imprescriptibles. Sobre ellos, el Estado ejerce su potestad administrativa, reglamentaria y de tutela conforme a ley (...)"

¹³ Reglamento de la Ley N° 29151, aprobado mediante Decreto Supremo N° 007-2008-VIVIENDA

"Artículo 45.- De la concesión de bienes de dominio público

Los bienes de dominio público podrán ser otorgados en concesión a favor de particulares conforme a la normatividad sobre la materia."

¹⁴ Decreto Legislativo N° 1362

"Artículo 1. Objeto

El presente Decreto Legislativo tiene por objeto regular el marco institucional y los procesos para el desarrollo de proyectos de inversión bajo las modalidades de Asociación Público Privada y de Proyectos en Activos."

98. De otro lado, en su recurso de reconsideración, el Concesionario cuestiona que, en atención a su función interpretativa, el OSITRAN pueda señalar que, por lo establecido en un Contrato de Concesión, una parte del Código Civil no resulta exigible al Concesionario, dejando sin efecto sus disposiciones (exigencia de ser poseedor para ejercer la defensa posesoria). En ese sentido, señala que el OSITRAN no está interpretando una cláusula contractual asignándole sentido, sino irrogándose facultades que no tiene porque está interpretando leyes y dejando sin efecto disposiciones normativas para validar la lectura del Concedente de las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión. Agrega que el OSITRAN no puede oponer dicha interpretación a un Juez a fin de que este inaplique las normas antes referidas.
99. Al respecto, cabe precisar que no es el OSITRAN, en ejercicio de su función interpretativa, ni la cláusula del Contrato de Concesión en particular, las que están determinando un tratamiento particular para el ejercicio de las Defensas Posesorias por parte del Concesionario. En efecto, es el marco jurídico especial previsto en el TEO de Concesiones y el Decreto Legislativo N° 1362 (aplicable para la entrega en concesión de bienes de dominio público de acuerdo con el artículo 73 de la Constitución Política del Estado), el que ha establecido que para el desarrollo de proyectos APP, el Contrato de Concesión constituye título suficiente para que el inversionista puede hacer valer los derechos y obligaciones que dicho instrumento le otorga.
100. En ese contexto, si en el Contrato de Concesión las partes han acordado que el Concesionario es el responsable de entablar la Defensa Posesoria Judicial respecto de los bienes de la Concesión, son normas con rango de Ley - TEO de Concesiones y el Decreto Legislativo N° 1362 -, las que lo facultan a ejercer tal derecho y a oponerlo válidamente frente a terceros. La interpretación del OSITRAN se ha restringido a determinar el alcance de las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión en observancia del marco normativo aplicable.
101. Asimismo, cabe señalar que de conformidad con el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil¹⁵, las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza. Del mismo modo, el artículo III del TEO del CPC¹⁶ establece en caso de vacío o defecto en las disposiciones de dicho Código, el Juez deberá recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso.
102. En ese sentido, a efectos de aplicar el Código Civil y el TEO del CPC, deberá considerarse, además del marco normativo aplicable para los proyectos APP, que nos encontramos ante una relación jurídica derivada de la celebración de un Contrato de Concesión vinculado al desarrollo de la infraestructura de uso público, cuyo contenido esencial radica en el interés colectivo.
103. En virtud de lo expuesto en el presente informe, somos de la opinión que debe declararse INFUNDADO el recurso de reconsideración presentado por el Concesionario contra la Resolución de Consejo Directivo N° 0058-2019-CD-OSITRAN que interpretó las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión, en el sentido que este es el responsable del ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial.

¹⁵ Código Civil

"Aplicación supletoria del Código Civil"

Artículo IX.- Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza."

¹⁶ TEO del CPC

"Artículo III.- Fines del proceso e integración de la norma procesal"

El Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia.

En caso de vacío o defecto en las disposiciones de este Código, se deberá recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso."

104. Sin perjuicio de lo señalado, resulta necesario precisar que, de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del TUO de la LPAG¹⁷, la Resolución de Consejo Directivo N° 0058-2019-CD-OSITRAN es eficaz, y, por tanto, produce efectos, a partir de su notificación legalmente realizada.
105. Lo anterior es concordante con lo regulado en el Reglamento General del OSITRAN que en su artículo 29¹⁸ 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.
106. En ese sentido, a partir de dicha notificación ante la usurpación del Área de la Concesión, como en el caso de actividades incompatibles con el bien uso de dicha área por parte de terceros, el Concesionario tiene el derecho y se encuentran en la obligación de ejercer la Defensa Posesoria Judicial, a través del uso de los mecanismos y recursos judiciales que permitan mantener indemne el derecho del Concedente sobre los Bienes de la Concesión.
107. Finalmente, conforme a lo dispuesto por el artículo 24 del TUO de la LPAG¹⁹, 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 LPAG²⁰; y,

¹⁷ TUO de la LPAG

“Artículo 16.- Eficacia del acto administrativo

16.1 El acto administrativo es eficaz a partir de que la notificación legalmente realizada produce sus efectos, conforme a lo dispuesto en el presente capítulo.”

¹⁸ Reglamento General del OSITRAN

“Artículo 29.- Interpretación de los Contratos de Concesión

Corresponde al Consejo Directivo, en única instancia administrativa, interpretar los Contratos de Concesión en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación de la Infraestructura, así como la prestación de servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros en las vías que forman parte del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, de conformidad con la Ley N° 29754.

La interpretación determina el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, haciendo posible su aplicación. La interpretación se hace extensiva a sus, anexos, bases de licitación y circulares.”

¹⁹ 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 recurso 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.”

²⁰ 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 creación²¹, 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° 1362²².

IV. CONCLUSIONES

108. Ni el Concedente ni el propio Concesionario han alegado o presentado documento alguno que demuestre la solicitud o aceptación del inicio del trato directo entre las partes, a fin de resolver la controversia en la interpretación de las cláusulas de Defensas Posesorias del Contrato de Concesión.
109. El OSITRAN no interpretó el alcance del ejercicio de la Defensa Posesoria Extrajudicial como señala el Concesionario pues en la Resolución impugnada se limitó a consignar lo manifestado por este durante el procedimiento, habiendo dejado expresamente anotado en dicha Resolución que la Defensa Posesoria Extrajudicial no sería objeto de pronunciamiento, debido a que existe claridad sobre su alcance, en la medida que ninguna de las partes solicitó al OSITRAN interpretación del Contrato en dicho extremo, no habiéndose expresado posiciones contrarias al respecto.
110. La interpretación del OSITRAN no contraviene las actuaciones efectuadas por las partes, dado que en el presente caso aquellas no han sido acreditadas pues los documentos remitidos por el Concesionario no generan convicción respecto a que el entendimiento común de las partes fue que el Concedente es el responsable de efectuar la Defensa Posesoria Judicial, no habiéndose encontrado, en algún momento, durante el transcurso de la Concesión, que el Concedente hubiera ejercido la Defensa Posesoria Judicial de los bienes de la Concesión
111. Mediante la interpretación realizada en la Resolución impugnada, no se está reconociendo que el Concesionario tenga derecho real alguno sobre los bienes de la Concesión (derecho de posesión), sino que se declara que tiene el derecho y la obligación de entablar las Defensas Posesorias Judiciales en estricta aplicación de lo establecido en el artículo 21.1 del Decreto Legislativo N° 1362, concordado con el artículo 5 de su Reglamento, que señalan que los Contratos que se celebran para desarrollar proyectos APP, constituyen el título suficiente por medio del cual el inversionista puede hacer valer los derechos y obligaciones que dicho instrumento le otorga.
112. En ese sentido, habiéndose determinado que el inciso b) de la cláusula 5.38 del Contrato de Concesión establece expresamente que el Concesionario tiene la obligación de ejercitar la Defensa Posesoria Judicial, en estricta aplicación de normas con rango de Ley (artículo 21.1 del Decreto Legislativo N° 1362, concordado con el artículo 5 de su Reglamento), el Concesionario se encuentra facultado a ejercerla; por lo que, ninguna entidad del Estado podría denegar o limitar el ejercicio de dichos derechos y obligaciones al Concesionario.
113. Admitir irrestrictamente que los interdictos no proceden cuando se trata de bienes de uso público (conforme señala el Concesionario), generaría que, en “estricta” aplicación del TUO del CPC, ni siquiera el Concedente podría entablar las Defensas Posesorias Judiciales debido a que la infraestructura concesionada nunca pierde su naturaleza de bien de uso público.

²¹ 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.”

²² 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”.

114. Mediante el procedimiento de interpretación contractual a cargo del OSITRAN, no se puede resolver tener "*por no puesta*" una cláusula contractual, como sugiere el Concesionario, en la medida que esto supondría implícitamente una modificación contractual, para la cual ya existe un procedimiento establecido en el Decreto Legislativo N° 1362, de obligatorio cumplimiento para las partes.
115. La lectura adoptada por el OSITRAN respecto del alcance de las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión, concuerda con lo establecido en el artículo 73 de la Constitución Política del Estado, que regula que los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles, pero que pueden ser otorgados en Concesión a particulares para su aprovechamiento económico, observándose siempre el ordenamiento legal que para tal fin se haya dictado, lo que en el presente caso es la normativa aplicable para la entrega en concesión de los proyectos en infraestructura de transporte (TUU de Concesiones y Decreto Legislativo N° 1362)
116. En efecto, es el marco jurídico especial previsto en el TUU de Concesiones y el Decreto Legislativo N° 1362 el que ha establecido que para el desarrollo de proyectos APP, el Contrato de Concesión constituye título suficiente para que el inversionista pueda hacer valer los derechos y obligaciones que dicho instrumento le otorga; por lo que no es el OSITRAN en ejercicio de su función interpretativa, ni la cláusula del Contrato de Concesión, las que han determinado un tratamiento particular para el ejercicio de las Defensas Posesorias por parte del Concesionario.
117. De conformidad con lo establecido en el artículo 16 del TUU de la LPAG, la Resolución de Consejo Directivo N° 058-2019-CD-OSITRAN 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.
118. En virtud de los argumentos expuestos, somos de la opinión que debe declararse INFUNDADO el recurso de reconsideración presentado por el Concesionario contra la Resolución de Consejo Directivo N° 0058-2019-CD-OSITRAN que interpretó las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión, en el sentido que este es el responsable del ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial

V. RECOMENDACIÓN

119. 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 Concesionaria IIRSA Norte S.A., contra la Resolución de Consejo Directivo N° 0058-2019-CD-OSITRAN.

Atentamente,

JOHN VEGA VÁSQUEZ
Gerente de Supervisión y Fiscalización (e)

HUMBERTO SHEPUT STUCCHI
Gerente de Asesoría Jurídica