



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  
16:19:06 -0500

## RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 0020-2020-CD-OSITRAN

Lima, 04 de marzo de 2020

### VISTO:

El Recurso de Reconsideración presentado por la empresa SURVIAL S.A., en contra de la Resolución de Consejo Directivo Nº 0057-2019-CD-OSITRAN; y, el Informe Conjunto Nº 00042-2020-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 23 de octubre de 2007, el Estado de la República del Perú, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, "Concedente" o "MTC"), y la empresa SURVIAL S.A. (en adelante, "Concesionario") suscribieron el Contrato de Concesión del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil, Tramo 1: San Juan de Marcona – Urcos (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 5.53 y 5.54 del Contrato de Concesión, referidas al ejercicio de las Defensas Posesorias, a fin de determinar a cuál de las partes le corresponde ejercer las Defensas Posesorias Judiciales;

Que, con fecha 8 de agosto de 2019, el Concesionario remitió la Carta Nº SUR 422-2019, 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 5.53 y 5.54 del Contrato de Concesión referidas al ejercicio de las Defensas Posesorias, de conformidad con los fundamentos y conclusiones del Informe Conjunto Nº 120-2019-IC-OSITRAN (GSF-GAJ);

Que, el 18 de diciembre de 2019, el Consejo Directivo emitió la Resolución Nº 0057-2019-CD-OSITRAN a través de la cual interpretó de oficio las cláusulas 5.53 y 5.54 del Contrato de Concesión, en el siguiente sentido:

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

*La presente interpretación se establece debido a que, la lectura conjunta de las cláusulas 5.53 y 5.54 del Contrato de Concesión, no era clara en torno a si las "acciones legales" que debe ejercer el Concedente (cláusula 5.54), incluye el ejercicio de la defensa posesoria judicial (regulada en el literal b de la cláusula 5.53)*

*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 Nº 1362, los Contratos que se celebran para desarrollar un proyecto de APP constituyen título suficiente para que el inversionista pueda hacer valer los derechos y obligaciones que dicho instrumento le otorgan, en este caso vinculados a las actividades de*

Visado por: MEJIA CORNEJO Juan  
Carlos FAU 20420248645 hard  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 05/03/2020 18:01:24 -0500

Visado por: VEGA VASQUEZ John  
Albert FAU 20420248645 hard  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 05/03/2020 17:12:04 -0500

Visado por: SHEPUT STUCCHI  
Humberto Luis FAU 20420248645 hard  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 05/03/2020 16:49:31 -0500



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

**PERÚ**Presidencia  
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor de la  
Inversión en Infraestructura de  
Transporte de Uso Público

Presidencia del Consejo Directivo

*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 16 de enero del 2020, el Concesionario interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 0057-2019-CD-OSITRAN;

Que, con fecha 12 de febrero de 2020, el Concedente remitió el Oficio N° 0832-2020-MTC/19 que adjuntó el Informe N° 0325-2020-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 presencia de los representantes del Concedente, y del Concesionario, siendo estos últimos quienes hicieron uso de la palabra procediendo a exponer los argumentos de su recurso de reconsideración ante el Consejo Directivo;

Que, mediante Informe Conjunto N° 00042-2020-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 Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (TUO de la LPAG), aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS;

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

Por lo expuesto, y en virtud a lo dispuesto en el artículo 227 del TUO de la LPAG, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión Ordinaria N° 696-2020-CD-OSITRAN de fecha 04 de marzo del 2020, y sobre la base del Informe Conjunto N° 00042-2020-IC-OSITRAN (GAJ-GSF);

#### **SE RESUELVE:**

**Artículo 1°.-** Declarar INFUNDADO el Recurso de Reconsideración presentado la empresa SURVIAL S.A., en contra de la Resolución de Consejo Directivo N° 0057-2019-CD-OSITRAN.

**Artículo 2°.-** Notificar la presente Resolución y el Informe Conjunto N° 00042-2020-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de representante del Concedente, así como a la empresa SURVIAL S.A., en calidad de Concesionario.

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



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

**Artículo 4°.-** Autorizar la difusión de la presente Resolución y del Informe Conjunto N° 00042-2020-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), en la página web institucional ([www.ositran.gob.pe](http://www.ositran.gob.pe)).

Regístrese, comuníquese y publíquese.

**VERONICA ZAMBRANO COPELLO**  
Presidenta del Consejo Directivo

NT: 2020022272

**INFORME CONJUNTO N° 00042-2020-IC-OSITRAN**  
**(GAJ-GSF)**

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

Asunto : Recurso de Reconsideración interpuesto contra la Resolución de Consejo Directivo N° 0057-2019-CD-OSITRAN

Referencia : Carta N° INFR-SURV-2020-0046 (16.01.2020)

Fecha : 27 de febrero de 2020

Firmado por: SHEPUT STUCCHI  
Humberto Luis FAU  
20420248645 hard  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 27/02/2020  
16:10:43 -0500

Firmado por: VEGA VASQUEZ John  
Albert FAU  
20420248645 hard  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 27/02/2020  
16:48:49 -0500

**I. OBJETO**

1. El presente informe tiene por objeto emitir opinión respecto del Recurso de Reconsideración interpuesto contra la Resolución de Consejo Directivo N° 0057-2019-CD-OSITRAN, que resolvió interpretar de oficio las Cláusulas 5.53 y 5.54 del Contrato de Concesión del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil, Tramo 1: San Juan de Marcona – Urcos, referidas al ejercicio de las Defensas Posesorias Judiciales.

**II. ANTECEDENTES**

2. El 23 de octubre del 2007, el Estado peruano, actuando a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, (en adelante, MTC o el Concedente) y la empresa SURVIAL S.A. (en adelante, el Concesionario) suscribieron el Contrato de Concesión del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil, Tramo 1: San Juan de Marcona – Urcos (en adelante, el Contrato de Concesión).
3. El 9 de julio de 2019, el MTC remitió el Oficio N° 3190-2019-MTC/19, al Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte (en adelante, el OSITRAN), adjuntando el Informe N° 1023-2019-MTC/19, de fecha 8 de julio de 2019, mediante el cual solicitó su pronunciamiento respecto del alcance de las cláusulas 5.53 y 5.54 del Contrato de Concesión, referidas al ejercicio de las Defensas Posesorias, a fin de determinar a cuál de las partes tiene la obligación de ejercer las Defensas Posesorias Judiciales.
4. El 16 de julio de 2019, a través del Oficio N° 6240-2019-GSF-OSITRAN, el OSITRAN trasladó al Concesionario una copia del Oficio N° 3190-2019-MTC/19 y del Informe N° 1023-2019-MTC/19, con el propósito de que este último, en el plazo de quince días hábiles, emita su opinión respecto de lo solicitado por el Concedente.
5. El 8 de agosto de 2019, mediante la Carta N° SUR 422-2019, el Concesionario remitió al OSITRAN su opinión respecto de lo solicitado por el Concedente.
6. A través del Informe Conjunto N° 120-2019-IC-OSITRAN (GSF-GAJ) de fecha 11 de septiembre de 2019, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización y la Gerencia de Asesoría Jurídica del OSITRAN, identificaron dos lecturas posibles respecto del contenido de las cláusulas 5.53 y 5.54 del Contrato de Concesión, a saber:

- **Lectura 1:** El Concesionario es el responsable del ejercicio de la Defensa Posesoría Judicial.
- **Lectura 2:** El Concedente es el responsable del ejercicio de la Defensa Posesoría Judicial.

Visado por: RODRIGUEZ MARTINEZ  
Antonio Michael FIR 09481356 hard  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 27/02/2020 14:57:37 -0500

Visado por: TAMAYO PEREYRA  
Paul Gerson FIR 10077798 hard  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 27/02/2020 14:39:00 -0500

7. 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 procedimiento de interpretación de las cláusulas 5.53 y 5.54 del Contrato de Concesión.
8. A través de la Carta N° INFR-SURV-2019-0530 recibida con fecha 11 de octubre del 2019, el Concesionario solicitó uso de la palabra, la cual fue otorgada para el 6 de noviembre del 2019.
9. Mediante el Oficio N° 9436-2019-GSF-OSITRAN de fecha 24 de octubre de 2019, el OSITRAN solicitó al Concesionario que indicara lo siguiente:
  - a) *El número de casos de usurpación o actividades incompatibles con el buen uso del área de la Concesión por parte de terceros que se hayan presentado, a la fecha, en el área de la Concesión a su cargo; y,*
  - b) *Si, en los casos antes indicados, había ejercido las defensas posesorias judiciales, así como el detalle del trámite o procedimiento seguido al presentarse dichos casos.*
10. A través del Oficio N° 9446-2019-GSF-OSITRAN, notificado el 24 de octubre de 2019, el OSITRAN solicitó al Concedente que indicara lo siguiente:
  - a) *El número de casos de usurpación o actividades incompatibles con el buen uso del área de la Concesión por parte de terceros que hayan sido comunicado, a la fecha, al MTC por parte de la empresa Concesionaria; y,*
  - b) *Si, en los casos antes indicados, había ejercido las defensas posesorias judiciales u otras acciones legales.*
11. A través de la Carta N° INFR-SURV-2019-0583 recibida el 5 de noviembre del 2019, el Concesionario adjuntó un informe complementario a la opinión remitida mediante la Carta N° SUR 422-2019, de fecha 8 de agosto de 2019.
12. El 6 de noviembre del 2019, el Concesionario, a través de sus representantes, hizo uso de la palabra ante el Consejo Directivo del OSITRAN.
13. Mediante la Carta N° INFR-SURV-2019-0595 de fecha 7 de noviembre del 2019, el Concesionario solicitó un plazo adicional de 10 días hábiles para atender el requerimiento de información adicional formulado por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del OSITRAN mediante el Oficio N° 9439-2019-GSF-OSITRAN, mencionado en el numeral 9 del presente informe.
14. Por Oficio N° 10067-2019-GSF-OSITRAN de fecha 11 de noviembre de 2019, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del OSITRAN, otorgó una ampliación de 5 días hábiles al Concesionario para que cumpla con el requerimiento de información solicitada con Oficio N° 9439-2019-GSF-OSITRAN, mencionado en el numeral 9 del presente informe.
15. Con Carta N° INFR-SURV-2019-0612 de fecha 15 de noviembre de 2019, el Concesionario cumplió con remitir la información solicitada mediante Oficio N° 9439-2019-GSF-OSITRAN.
16. Mediante la Carta N° INFR-SURV-2019-0621, recibida el 19 de noviembre del 2019, el Concesionario remitió información complementaria a la presentada en la Carta N° INFRSURV-2019-0612, mencionada en el numeral anterior.
17. El 18 de diciembre del 2019, el Consejo Directivo emitió la Resolución N° 0057-2019-CD-OSITRAN, sustentada en el Informe Conjunto N° 00167-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF); a través de la cual interpretó las Cláusulas 5.53 y 5.54 del Contrato de Concesión, en el siguiente sentido:

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

*La presente interpretación se establece debido a que, la lectura de las cláusulas 5.53 y 5.54 del Contrato de Concesión no era clara en torno a si las “acciones legales” que debe ejercer el Concedente (cláusula 5.54), incluye el ejercicio de la “defensa posesoria judicial” (regulada en el literal b de la cláusula 5.53)*

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

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

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

18. Por medio del Oficio N° 0219-2019-SCD-OSITRAN, recibido el 24 de diciembre del 2019, la Secretaría de Consejo Directivo notificó la Resolución N° 0057-2019-CD-OSITRAN al Concesionario.
19. A través del Oficio N° 0220-2019-SCD-OSITRAN, recibido el 24 de diciembre del 2019, la Secretaría de Consejo Directivo notificó la Resolución N° 0057-2019-CD-OSITRAN al Concedente.
20. Mediante Carta N° INFR-SURV-2020-0046, de fecha 16 de enero del 2020, el Concesionario presentó recurso de reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 0057-2019-CD-OSITRAN.
21. Con fecha 23 de enero del 2020, el OSITRAN notificó al MTC el Oficio N° 0010-2020-SCD-OSITRAN por el cual le remitió copia del recurso de reconsideración a efectos de que emita su posición al respecto.
22. Mediante el Oficio N° 0832-2020-MTC/19, que adjuntó el Informe N° 0325-2020-MTC/19.02, recibido con fecha 12 de febrero del 2020, el MTC absolvió el recurso de reconsideración presentado por el Concesionario.
23. Mediante Carta N° INFR-SURV-2020-0119 de fecha 17.02.2020, el Concesionario solicitó que se le conceda el uso de la palabra para exponer oralmente los argumentos desarrollados en su recurso.
24. En la sesión de Consejo Directivo de fecha 19 de febrero del 2020, se llevó a cabo la Vista de la Causa en la que el Concesionario hizo uso de la palabra para exponer sus argumentos sobre el particular.

### **III. ANÁLISIS**

25. El desarrollo del presente acápite observará la siguiente estructura:
  - A. Evaluación de admisibilidad y procedencia del recurso.
  - B. Cuestión previa: Contenido del Informe N° 00167-2019-IC-OSITRAN.

- C. Evaluación de los argumentos del recurrente.
- D. Evaluación de la absolución del Concedente.

**A. Análisis de admisibilidad y procedencia del recurso.**

- 26. De la revisión del recurso presentado por el Concesionario, se advierte que el mismo cumple con los requisitos de admisibilidad exigidos por los artículos 124, 219 y 221 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (“TUO de la LPAG”).
- 27. Cabe señalar que en el presente caso no es exigible el requisito de nueva prueba, conforme lo contempla la parte final del artículo 219 del TUO de la LPAG, dado que la RCD N° 0057-2019-CD-OSITRAN ha sido emitida por el Consejo Directivo, órgano que constituye única instancia administrativa que interpreta los contratos de concesión bajo el ámbito de competencia de OSITRAN.
- 28. De otro lado, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 218 del TUO de la LPAG, el término para la interposición de los recursos administrativos es de quince (15) días hábiles perentorios. Al respecto, el Oficio N° 0219-2019-SCD-OSITRAN, a través del cual se remitió la RCD N° 0057-2019-CD-OSITRAN, fue notificado al Concesionario el 24 de diciembre de 2019, por lo que el plazo máximo para interponer el recurso de reconsideración venció el 16 de enero de 2020.
- 29. En tal sentido, dado que el Concesionario presentó su recurso de reconsideración el 16 de enero de 2020, ha cumplido con la interposición dentro del plazo legal, por lo que corresponde continuar con el procedimiento recursivo.

**B. Cuestión previa: Contenido del Informe N° 00167-2019-IC-OSITRAN**

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

*"Defensas Posesorias*

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

*a) Defensa posesoria extrajudicial, utilizada para repeler la fuerza que se emplee contra el CONCESIONARIO y poder recobrar el bien, sin intervalo de tiempo, si fuere desposeída, pero absteniéndose siempre del empleo de vías de hecho no justificadas por las circunstancias.*

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

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

- 31. Asimismo, a efectos de tener mayores elementos de juicio para analizar los argumentos contenidos en el recurso de reconsideración del Concesionario, consideramos pertinente realizar un breve resumen de los aspectos abordados en el Informe Conjunto N° 00167-

2019-IC-OSITRAN, en tanto que constituye el sustento de la RCD N° 0057-2019-CD-OSITRAN, objeto de impugnación.

32. En ese sentido, el Informe Conjunto N° 00167-2019-IC-OSITRAN contempló, principalmente, lo siguiente:

- La Defensa Posesoria Judicial regulada en el artículo 921 del Código Civil faculta la interposición de las acciones posesorias e interdictos, a fin de mantener a salvo de derecho de posesión. De otro lado, las acciones legales constituyen un término más amplio que se materializa a través de todo aquel pedido de orden jurídico (constitucional, civil, penal, laboral, entre otros) que se dirija dentro del marco de la ley, y casi siempre, ante el Poder Judicial. Dentro de este último término pueden encontrarse a las acciones jurisdiccionales y también a las acciones legales previas, como el caso de la denuncia o Carta Notarial, cuya validez encuentra respaldo en la Ley.
- La intención de las partes, a la fecha de suscripción del Contrato de Concesión, fue otorgar obligaciones distintas a cada una de ellas, en concordancia con la calidad que ostentan y las facultades legales que estas les otorgan, tal y como se detalla a continuación:
  - Cláusula 5.53 del Contrato de Concesión: Establece la obligación del Concesionario de ejercer la Defensa Posesoria Judicial.
  - Cláusula 5.54 del Contrato de Concesión: Establece la obligación del Concedente de entablar todas las demás acciones legales que resulten pertinentes, como son la acción reivindicatoria, entre otras, en su calidad de titular de los bienes de la Concesión.
- Si el Concedente tuviera la obligación de ejercer la Defensa Posesoria Judicial como parte del concepto general de acciones legales recogido en la cláusula 5.54 del Contrato de Concesión, se dejaría sin contenido la obligación establecida en el literal b) de la cláusula 5.53, habiendo carecido de sentido pactarla en el referido Contrato.
- A través de la cláusula 5.54, se obliga al Concedente a entablar todos los demás tipos de acciones legales que correspondan, facultando así al Concesionario a exigir su apoyo, en caso que, luego de haber ejercido las Defensas Posesorias, no se hubiera recuperado la posesión de los bienes.
- Sostener que el Concesionario ejerce la Defensa Posesoria Judicial guarda coherencia con las demás estipulaciones contractuales que respaldan que ello es su obligación (A saber, cláusula 5.24 y Tabla N° 2 del Anexo X).
- De conformidad con el marco legal vigente, se permite al Estado transferir actividades a efectos de otorgar al sector privado derechos y obligaciones por medio de un Contrato de Concesión. Por tal razón, no hay impedimento para el cumplimiento de las obligaciones pactadas en virtud de dicho instrumento.
- De la documentación revisada, se aprecia que, en la oportunidad en que el Concedente ha efectuado coordinaciones con el Concesionario con la finalidad de realizar acciones frente a las afectaciones a los bienes de la Concesión, en ningún caso ha generado la expectativa de que ejercitaría las Defensas Posesorias Judiciales.

### **C. Evaluación de los argumentos del recurrente.**



33. De acuerdo con el numeral 20 del presente Informe, los argumentos que sustentan el recurso de reconsideración del Concesionario son los siguientes:

- **Argumento N° 1: Aplicación de la “Teoría de los Actos Propios”**

Para el Concesionario, la conducta del Concedente frente al ejercicio de las Defensas Posesorias ha sido orientada a reconocer que el ejercicio de las defensas posesorias extrajudiciales es responsabilidad del inversionista; mientras que las defensas posesorias de carácter judicial son realizadas de forma directa por el Estado Peruano, a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de titular de los bienes que integran el Área de la Concesión. Para ello, el Concesionario debe brindar el apoyo que el Concedente requiera a efectos de mantener indemne su derecho sobre los Bienes de la Concesión.

En tal sentido, el Concesionario sostiene que corresponde la aplicación de la Teoría de los Actos Propios, dado que el Concedente no puede ni debe desconocer, con su propia acción, aquel acto que avaló con anterioridad.

34. Al respecto, es preciso indicar que el citado argumento fue abordado en el Informe N° 00167-2019-IC-OSITRAN conforme a lo siguiente:

*“96. Ahora bien, el Concesionario ha señalado que, durante la ejecución del Contrato de Concesión, las partes han realizado diversas acciones que demostrarían que no existe controversia sobre el sentido o interpretación de las cláusulas 5.53 y 5.54 del Contrato de Concesión, sino, más bien, consenso en su entendimiento y aplicación, esto es, que el Concedente debe interponer las acciones legales (defensas posesorias judiciales) que le permitan mantener indemne los Bienes de la Concesión.*

*(...)*

*Respecto a los demás documentos que adjunta y reseña el Concesionario, y que han sido emitidos por el Concedente, estos se refieren únicamente al ejercicio de acciones legales - entre estas, denuncias penales-. No se observa que el Concedente haya expresado que ejercitará acciones de Defensa Posesoría Judicial sino que en todos los casos expresa que evaluará el inicio de las acciones legales correspondientes.*

*(...)”*

35. No obstante lo anterior, el Concesionario ha señalado que las comunicaciones vertidas durante la ejecución contractual han generado el entendimiento de que las Defensas Posesorias Judiciales son de responsabilidad del Estado. Así, el Concesionario ha remitido al Oficio N° 2748-2014-MTC/07, en el cual el Concedente señaló lo siguiente:

**“(…) la Procuraduría Pública es el órgano encargado de garantizar la defensa del Estado en juicio, estando a cargo de los asuntos judiciales, y en algunos casos también asuntos administrativos y arbitrales, del Ministerio, de sus Proyectos Especiales y de sus Organismos Públicos Descentralizados.”**

36. Asimismo, el Concesionario ha señalado que, en el citado oficio, el Concedente le solicitó facilitar un domicilio procesal, de conformidad con lo previsto en la cláusula 5.54, por lo que sostiene que el rol del Concesionario se limita a ejercer labores de cooperación y colaboración con el Concedente.

37. Sobre el referido argumento, se debe indicar que de conformidad con el marco conceptual expuesto en el Informe N° 00167-2019-IC-OSITRAN, no se aprecia que el Concedente haya fomentado el entendimiento del Concesionario respecto a que el ejercicio de la Defensa Posesoría Judicial es realizado por el MTC, toda vez que se ha hecho referencia al ejercicio de “**acciones legales**”, concepto que -como se indicó- constituye una categoría distinta al término “Defensa Posesoría Judicial”.

38. En efecto, de una revisión del Oficio N° 2748-2014-MTC/07, se aprecia que el párrafo siguiente al citado por el Concesionario establece lo siguiente:

*“Sin embargo, y a fin de implementar las **acciones legales correspondientes**, solicitamos que en su calidad de concesionaria nos remita un Informe Técnico incluyendo: a) identificación exacta del kilómetro y progresiva del tramo afectado, b) identificación de los presuntos responsables, c) distrito y provincia correspondiente al tramo afectado, d) si cuenta con el permiso de uso del DdV, e) notificación de afectación al DdV, f) constatación policial, g) panel fotográfico, h) valorización del costo íntegro de reposición por los daños ocasionados y e) demás acciones realizadas.”*

[Negrilla y subrayado agregados]

39. De otro lado, el Concesionario también ha citado el Oficio N° 1887-2016-MTC/25, sustentado en el Memorándum N° 2135-2016-MTC/07, a través del cual el Concedente le solicitó un Informe Técnico, de acuerdo con el siguiente detalle:

*“(…) un Informe Técnico respecto al estado actual de la invasión mencionada, solicitándose la siguiente información para implementar las acciones de defensa posesoria de acuerdo a la Ley N° 30230:  
(…)”*

40. Al respecto, con fecha 12 de julio del 2014 se publicó la Ley N° 30230, “Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país”, cuyo artículo 65 dispone un régimen especial de defensa posesoria **extrajudicial** a cargo del Estado. Esto es, normativamente el Estado peruano se encuentra facultado para el ejercicio de la defensa posesoria extrajudicial. Por tal motivo, cuando el Concedente se refiere a las acciones a implementar en el marco de dicha norma, es claro que no se refiere al ejercicio de las defensas posesorias judiciales, sino a las extrajudiciales.

41. Para dichos efectos, nos remitimos al numeral 96 del Informe Conjunto N° 00167-2019-IC-OSITRAN, que abordó dicho argumento en los siguientes términos:

*“96. (...) Sobre el particular, cabe indicar que en atención de lo señalado por el artículo 65 de la referida Ley N° 30230, se establece que las entidades públicas en sus tres niveles de gobierno se encuentran habilitadas para disponer medidas de recuperación extrajudicial de los predios de propiedad estatal que hayan sido sujetos a invasiones u ocupaciones ilegales. Así, en caso de que el Concedente hubiese tenido la intención de ejercer defensas posesorias en el marco de la Ley N° 30230, nótese que estas hubiesen sido de naturaleza extrajudicial, las cuales, como han reconocido ambas partes en sus argumentos, constituyen un deber del Concesionario materializado en virtud del Contrato de Concesión”.*

42. Considerando lo anterior, cuando el Concedente se refiere al ejercicio de la Defensa Posesoria en el marco de la Ley 30230, se refiere a que ejercerá la Defensa Posesoria **extrajudicial**<sup>1</sup>.
43. Finalmente, el Concesionario ha citado el Oficio N° 0488-2019-MTC/25, de fecha 31 de enero del 2019, por el cual el Concedente solicitó al Concesionario un informe técnico valorativo respecto de los daños causados por la ejecución de los trabajos realizados entre las progresivas 39+223 al Km 39+600 lado izquierdo del Sector 01 – San Juan de Marcona

---

<sup>1</sup> Al respecto, debemos señalar que el Concesionario ha indicado que, conforme al Contrato de Concesión, el ejercicio de las defensas posesorias extrajudiciales es su obligación. En ese sentido, se deduce lo siguiente:

- (i) La Ley N° 30230 impone al Estado la realización de las acciones de defensa posesoria extrajudicial.
- (ii) Pese a ello, el Concesionario ha reconocido que, contractualmente, a él le corresponden ejercer este tipo de defensas posesorias.
- (iii) Consecuentemente, el Concesionario reconoce que las obligaciones contenidas en el Contrato de Concesión deben cumplirse independientemente de aquellas asignadas a las partes producto de las Leyes y Disposiciones Aplicables.

– Emp. Panamericana, con la finalidad de adoptar las medidas respectivas y de acuerdo con sus competencias.

44. Al respecto, el párrafo al que hace referencia el Concesionario es el siguiente:

*“Me dirijo a usted a fin de hacerle llegar mis cordiales saludos y asimismo, en atención al documento de la referencia a), a través del cual, la Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en relación a la invasión y afectación del derecho de Vía por parte de la Municipalidad Distrital de Marcona, por la construcción de un boulevard en las progresivas Km. 39+460 al Km. 39+688 del sector 1: San Juan de Marcona – Emp. Panamericana Sur, Tramo N° 1 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil, **y a fin de impulsar la denuncia penal formulada por su Despacho**, requiere un Informe Técnico Valorativo por parte del Concesionario respecto a los daños causados por la ejecución de los trabajos sin autorización del derecho de vía.”*

[Negrilla y subrayado agregados]

45. Como se puede apreciar, en el Oficio N° 0488-2019-MTC/25, el MTC señala que el Informe solicitado es para impulsar la denuncia penal presentada por la Procuraduría Pública, lo que no conlleva, de ningún modo, a fomentar un entendimiento de que el MTC vaya a accionar la Defensa Posesoría Judicial. Es así que, de acuerdo con la documentación revisada, queda claro que el Concedente no ha suscrito el entendimiento del Concesionario respecto a que el MTC debe ejercer las Defensas Posesorias Judiciales.
46. Respecto a la aplicación de los actos propios, con ocasión de la celebración del I Pleno Casatorio Civil, la Corte de Suprema de Justicia de la República, siguiendo a Castillo Freyre, señaló que la teoría de los actos propios *“está conceptuada como una limitación al **ejercicio de los derechos subjetivos**, impuesta por el deber de un comportamiento coherente con la conducta anterior del sujeto que suscita en otro una fundada confianza”*. (La negrilla y subrayado son agregados).
47. Asimismo, se señaló que la conducta vinculante que tiene como presupuesto a la teoría de los actos propios *“consiste en un acto o serie de actos que revelen una determinada actitud o decisión de una persona respecto de intereses vitales que se expresan, o más concretamente, **es un acto volitivo**, exteriorizado de las personas sobre un interés trascendente”*. (La negrilla y subrayado son agregados).
48. Como se puede apreciar, de acuerdo con lo señalado por el Poder Judicial, la teoría de los actos propios es aplicable, principalmente, a relaciones de derecho privado, en tanto aborda aspectos como el ejercicio de derechos subjetivos o actos volitivos traducidos en conductas de las personas. Ahora bien, es preciso analizar si dicha teoría puede ser invocada, cuando nos encontramos frente a una relación de derecho público, como la que impone la ejecución de un contrato administrativo, en la que una de las partes es el Estado Peruano representado por el MTC.
49. En tal sentido, resulta necesario precisar que, como comenta Trelles de Belaunde señala que: *“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.”*<sup>2</sup>
50. En efecto, el fundamento de la teoría de los contratos administrativos tiene como base el interés público que, a través de su contenido busca cautelar, pues cabe recordar que el

<sup>2</sup> Trelles de Belaunde, Oscar, “El Contrato Administrativo, El Contrato-Ley y Los Contratos de Concesión de Servicios Públicos”, Themis 44, pág. 237-251.

Disponible:

<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:vJ023TKCIXQJ:https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5110287.pdf+&cd=14&hl=es-419&ct=clnk&gl=pe>

Estado resguarda el interés público que subyace a la prestación de los servicios públicos, ya sea que los preste directa o indirectamente.

51. 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<sup>3</sup>
52. En esa línea, el objeto y ejecución del Contrato de Concesión están vinculados a una infraestructura de uso público, por lo cual el contenido esencial de dicho contrato radica en que en él prevalece el interés colectivo.
53. Aceptar, como pretende el Concesionario, 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 de APP<sup>4</sup> ha establecido un procedimiento para tramitar una modificación contractual.
54. Cabe resaltar que es objetivo del OSITRAN velar por el cabal cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de concesión<sup>5</sup>, motivo por el cual no se podría convalidar algún comportamiento de las partes que resultase contrario a lo establecido en el Contrato de Concesión. En tal sentido, el Regulador no puede inaplicar algún extremo del Contrato de Concesión sino que a través de su función de interpretación debe lograr una aplicación integral del mismo.
55. Por lo expuesto, las partes del Contrato de Concesión se rigen por lo expresado en las cláusulas 5.53 y 5.54 del Contrato de Concesión, cuyo alcance en relación al ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial ha sido definido en el Informe N° 00167-2019-IC-OSITRAN y en la Resolución impugnada. En tal sentido, no puede acogerse lo señalado por el Concesionario.

• **Argumento N° 2: Observancia de las Leyes y Disposiciones Aplicables (TUO de la LGSNBE, Rqto. Nacional de Gestión de Infraestructura Vial y TUO de la LPAG)**

Las cláusulas que conforman el Contrato de Concesión deben ser leídas e interpretadas, en primer término, conforme a las Leyes y Disposiciones Aplicables. Así, de acuerdo al Texto Único Ordenado de la Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales (TUO de la LGSNBE) y al Reglamento Nacional de Gestión de Infraestructura Vial, corresponde al Concedente, en su condición de entidad responsable del uso

---

<sup>3</sup> ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *Concesión Administrativa e Iniciativa Privada*. En: Themis N° 39. PUCP. Lima – Perú. Año 1999. P. 104

<sup>4</sup> **Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la promoción de la Inversión Privada Mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos**

*Artículo 55. Modificaciones contractuales*

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

*55.2 En el plazo de diez (10) días hábiles de recibida la solicitud de adenda, la entidad pública titular del proyecto convoca a las entidades públicas competentes que deben emitir opinión a la adenda propuesta, quienes asisten al proceso de evaluación conjunta, al cual también puede ser convocado el inversionista. (...)*

<sup>5</sup> **Ley N° 26917:**

*“Artículo 5.- Objetivos*

*OSITRAN tiene los siguientes objetivos:*

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

público del bien de dominio público, el ejercicio de las acciones relativas a la defensa y recuperación de los bienes de dominio público, como es el caso del Área de la Concesión.

En ese sentido, como el Concedente es el competente para tal función, son aplicables las notas condicionantes de los actos estatales establecidas por el Tribunal Constitucional, como lo son la indelegabilidad, la taxatividad, la razonabilidad y la proporcionalidad (Exp. N° 0013-2003-CC/TC), así como el artículo 74 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (TUO de la LPAG), referido a la renuncia a la titularidad de la competencia<sup>6</sup>.

56. Al respecto, el argumento expuesto también fue abordado en el Informe N° 00167-2019-IC-OSITRAN, conforme al siguiente detalle:

*“97. El Concesionario indica que el marco normativo que regula el Sistema Nacional de Bienes Estatales ha conferido competencias exclusivas al Estado para ejercer Defensas Posesorias Judiciales, en tanto que los bienes de la Concesión constituyen bienes de dominio público y, por tanto, se encuentran dentro del ámbito de titularidad del Estado.*

*Sobre el particular, si bien existen disposiciones normativas para la protección y defensa de los bienes estatales, así como para la presentación del Derecho de Vía, las cuales habilitan al Concedente a ejercitar diversas acciones legales para dicho fin, debe considerarse que en el marco del Contrato de Concesión, el Estado ha otorgado al Concesionario la potestad de prestar un servicio público a favor de los usuarios y, en este contexto, le ha concedido el aprovechamiento económico de los bienes de la concesión.*

*Lo anterior se encuentra reconocido de manera expresa en el Decreto Legislativo N° 1362, en virtud del cual se precisa que el contrato de APP (en el presente caso, el Contrato de Concesión) constituye título suficiente para que el inversionista haga valer los derechos que este instrumento le otorga frente a terceros.”*

57. Sin perjuicio de ello, el Concesionario ha señalado que el artículo 24 del TUO de la LGSNBE<sup>7</sup> establece que la función de defensa y recuperación de los bienes de dominio público competen a las entidades responsables del uso público del bien o de la prestación del servicio público, de conformidad con la normatividad aplicable.
58. Al respecto, es preciso indicar que, pese a que la normativa citada señala que la defensa y recuperación de los bienes de dominio público es función de la entidad competente, ese mismo artículo señala expresamente que dicha función se ejerce **“de conformidad con la normatividad aplicable”**. Esto es, la citada disposición tiene por objeto salvaguardar las relaciones especiales habilitadas por norma; por ejemplo, la relación entre Estado Peruano y sector privado, con relación a los bienes de uso público que se encuentran concesionados, según lo regulado en el Decreto Legislativo 1362<sup>8</sup> (D. Leg. 1362) y su reglamento.

---

<sup>6</sup> El Concesionario fundamenta el desarrollo de este argumento sobre la base de las siguientes premisas:

- a. Que el ejercicio de las Defensas Posesorias, extrajudiciales y judiciales, deberá ser ejercido respecto del Área de la Concesión, así como los bienes que la integran: y,
- b. Que los bienes de dominio público así estén concesionados, tienen carácter inalienable e imprescriptible, por lo que el único titular de dichos bienes es el Estado.

<sup>7</sup> TUO de la LGSNBE

*Artículo 24.- Competencia de entidades sobre bienes de dominio público  
Las funciones de saneamiento físico legal, administración, conservación, defensa y recuperación de los bienes de dominio público competen a las entidades responsables del uso público del bien o la prestación del servicio público, **de conformidad con la normatividad aplicable.***

[Negrilla y subrayado agregados]

<sup>8</sup> Decreto Legislativo que regula la promoción de la inversión privada mediante asociaciones público privadas y proyectos en activos

59. Bajo ese escenario, el D. Leg. 1362 constituye la normativa aplicable que permite que el Estado otorgue al sector privado proyectos de infraestructura pública para su explotación y conservación, fijando al inversionista determinadas obligaciones y reconociendo ciertos derechos<sup>9</sup>. Así, dicha normativa otorga cobertura legal a la exigibilidad de **obligaciones** contenidas en el Contrato de Concesión, tal como el ejercicio de la Defensa Posesoría Judicial.
60. En consecuencia, debe entenderse que el TUO de la LGSNBE reconoce que, por medio del D. Leg. 1362, sea el Concesionario quien ejerza la Defensa Posesoría Judicial, en tanto obligación contenida en el Contrato de Concesión.
61. Sin perjuicio de lo expuesto, debemos indicar que el artículo 24 del TUO de la LGSNBE señala que, además de la defensa y recuperación, también corresponde a las entidades responsables el saneamiento físico legal, la administración y la **conservación** de los bienes de uso público. En consecuencia, el argumento señalado por el Concesionario implicaría que la función de conservación también compete única y exclusivamente al Estado peruano, lo que supone que ningún Concesionario sería responsable de la conservación de la infraestructura, lo cual carece de sentido y desnaturaliza la figura de la concesión de infraestructura de uso público.
62. Igual interpretación debe asignarse al artículo 41 del Reglamento del TUO de la LGSNBE, también citado por el Concesionario. Dicho artículo dispone, expresamente, lo siguiente:

*“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, y 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.  
(...)”*

[Negrilla y subrayado agregado]

63. Claramente, el criterio para interpretar el reglamento es el mismo que para la ley: las acciones de conservación y tutela de los bienes de dominio público, se atribuyen a la entidad competente **conforme a la normativa aplicable**.

<sup>9</sup> Durante la ejecución del contrato, dicha normativa aplicable estuvo referida al 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) y su reglamento, al D.Leg. 1224 y su reglamento, y al vigente D. Leg. 1362 y su reglamento. Así, todas las normas citadas contemplaron que, en virtud del contrato, el Concesionario debe dar cumplimiento a las obligaciones contraídas frente al Estado Peruano, tal como se aprecia a continuación:

Reglamento del TUO de Concesiones:	Artículo 26.- El Contrato de Concesión contemplará como mínimo, los derechos, <b>obligaciones</b> , plazos, garantías y demás condiciones pertinentes al tipo de concesión de que se trate.
Reglamento del D. Leg. 1224:	Anexo de definiciones Concesión: Es el acto administrativo por el cual los Ministerios, Gobierno Regional o Local otorgan a un inversionista la ejecución y explotación de infraestructura pública o la prestación de servicios públicos, por un plazo determinado, cuyos derechos y <b>obligaciones</b> están regulados en el respectivo contrato.
Reglamento del D. Leg. 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 <b>obligaciones</b> están regulados en el respectivo Contrato.  Artículo 115. Incumplimiento por desempeño 115.1 El inversionista es el único responsable por el cumplimiento de todas y cada una de sus <b>obligaciones</b> establecidas en el Contrato, incluso de aquellas que son realizadas por terceros a nombre suyo. (...)

64. En similar sentido, con relación a la referencia hecha al Reglamento Nacional de Gestión de la Infraestructura Vial, debe tenerse en consideración el criterio expuesto en los párrafos precedentes, esto es, que dicho reglamento no impide que el Concesionario cumpla con las obligaciones asumidas en el Contrato de Concesión.
65. Respecto al extremo referido a que la competencia del Concedente para la defensa de los bienes de uso público son indelegables, es preciso hacer referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0013-2003-CC/TC en el cual se señala que la indelegabilidad, la taxatividad, la razonabilidad y la proporcionalidad son características aplicables a actos estatales cuya competencia deriva del bloque de constitucionalidad (por ejemplo, a la función de interpretación de la Constitución que recae sobre el Tribunal Constitucional o a la función jurisdiccional en materia electoral que desarrolla el Jurado Nacional de Elecciones). Por tal motivo, resulta incorrecto alegar que las notas condicionantes de los actos estatales deban ser aplicadas a la relación que existe entre un organismo de la Administración Pública con un Concesionario<sup>10</sup>.
66. Es necesario señalar que el argumento expuesto por el Concesionario implicaría que **en ningún caso** el Estado Peruano puede suscribir contratos de Asociación Público-Privada, debido a que, en aras de la “indelegabilidad”, no se podría transferir o encargar la prestación de ningún servicio público o el desarrollo de una infraestructura de uso público al sector privado. Con ello, se tendría una suerte de inconstitucionalidad del régimen aplicable a las concesiones, lo cual carece de sentido.
67. De otro lado, el Concesionario ha hecho referencia al artículo 74<sup>11</sup> del TUO de la LPAG en tanto que, a su entender, sostener que el Concesionario debe ejercer la Defensa Posesoria Judicial implica que dicho acto sea nulo, dado que supone la renuncia a una titularidad con la que cuenta el Concedente.
68. Al respecto, el Concesionario no ha tenido en consideración que el artículo 74 del TUO de la LPAG forma parte de un acápite denominado “De la autoridad administrativa: Principios generales y competencia” cuyo primer artículo -el artículo 72- dispone que **la competencia de las entidades tiene su fuente en la Constitución y en la ley.**
69. Tal como se ha mencionado en párrafos anteriores, el D. Leg. 1362 constituye, actualmente, la normativa por la cual las entidades de la Administración Pública pueden asignar el cumplimiento de determinadas obligaciones al sector privado, en el marco de una Concesión. Por ello, la obligación de ejercer las Defensas Posesorias Judiciales se encuentra bajo los alcances de una norma con rango de ley, que constituye el supuesto previsto por el TUO de la LPAG. En tal sentido, no es correcto señalar que se afectan los criterios de competencia, tal como ha señalado el Concesionario.

---

<sup>10</sup> Al respecto, la referida sentencia fue expedida en el marco de un conflicto constitucional de competencia y atribuciones que tiene por actores a niveles de gobierno, o poderes del Estado u organismos constitucionalmente autónomos. En tal contexto, el numeral “10.5 De la competencia y el acto estatal constitucional” de la sentencia, señala que “la competencia hace referencia a un poder conferido por la Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad para generar un acto estatal”.

<sup>11</sup> TUO de la LPAG

*“Artículo 74.- Carácter inalienable de la competencia administrativa*

*74.1 Es nulo todo acto administrativo o contrato que contemple la renuncia a la titularidad, o la abstención del ejercicio de las atribuciones conferidas a algún órgano administrativo.*

*74.2 Solo por ley o mediante mandato judicial expreso, en un caso concreto, puede ser exigible a una autoridad no ejercer alguna atribución administrativa de su competencia.*

*74.3 La demora o negligencia en el ejercicio de la competencia o su no ejercicio cuando ello corresponda, constituye falta disciplinaria imputable a la autoridad respectiva.*

*74.4 Las entidades o sus funcionarios no pueden dejar de cumplir con la tramitación de procedimientos administrativos, conforme a lo normado en la presente Ley. Todo acto en contra es nulo de pleno derecho.”*

70. Finalmente, la cláusula 5.5 del Contrato de Concesión, referida a las disposiciones generales del Régimen de Bienes, señala que el Concesionario cumple con las obligaciones a su cargo contenidas no solo en las Leyes y Disposiciones Aplicables, sino en el Contrato de Concesión:

*“5.5 El CONCESIONARIO tendrá la Explotación exclusiva de los Bienes de la Concesión, así como el ejercicio de los derechos que sean necesarios para que cumpla con las obligaciones a su cargo **establecidas en el Contrato** y las Leyes y Disposiciones Aplicables”.*

[Negrilla y subrayado agregados]

71. Como se puede apreciar, el contrato ha dispuesto que el parámetro de actuación del Concesionario, con relación a los bienes de la Concesión, se encuentra definido tanto por las Leyes y Disposiciones Aplicables, como por las obligaciones contenidas en el mismo contrato. Bajo ese contexto, el Concesionario no puede ignorar el cumplimiento de sus obligaciones sugiriendo que las Leyes y Disposiciones Aplicables regularían de forma distinta dicha obligación.
72. Lo anterior encuentra sustento en las afirmaciones del Concesionario respecto al ejercicio de la Defensa Posesoria Extrajudicial. En efecto, en la Carta N° SUR-422-2019, que contiene la contestación al Oficio N° 3190-2019-MTC/19 del MTC, el Concesionario indicó **expresamente**, lo siguiente:

*“2.16. Ante ello, consideramos que, **en atención a la redacción de la cláusula bajo comentario, el Concesionario es quien se encarga de llevar a cabo la ejecución de las defensas posesorias de carácter extrajudicial**; siendo que para ello deberá emplear todas las acciones que se encuentren dentro de su alcance contra los terceros que busquen usurpar o realizar cualquier tipo de actividad que ponga en riesgo la infraestructura vial comprendida dentro del Área de la Concesión.*

(...)

*2.19. En tal sentido, a la fecha, **el Concesionario viene cumpliendo con ejecutar las defensas posesorias extrajudiciales** que se encuentran de su ámbito de competencia: (i) notificaciones a los invasores; (ii) verificación del retiro de los invasores dentro de las 24 horas siguientes de detectada la misma; (iii) constataciones y requerimiento de apoyo de la Policía Nacional del Perú en la zona invadida; y (iv) elaboración de reportes para realizar monitoreos respecto del estado de la invasión.”<sup>12</sup>*

[Negrilla y subrayado agregados]

73. Siendo esto así, se aprecia que el Concesionario ha ejercido la Defensa Posesoria Extrajudicial de conformidad con el contenido del Contrato de Concesión. Ello refleja que para el Concesionario ha primado el cumplimiento de su obligación contractual, independientemente de lo dispuesto en el TUO de la LGSNBE, su reglamento y en el Reglamento Nacional de Gestión de la Infraestructura Vial. Esta conducta refleja que lo regulado en las Leyes y Disposiciones Aplicables no se contrapone al cumplimiento de las obligaciones contractuales del Concesionario.
74. Por todo lo expuesto, la argumentación del Concesionario no tiene en consideración que el marco normativo especial, establecido por el D. Leg. 1362, permite al Concedente encargar como obligación al Concesionario el ejercicio de las defensas posesorias, así como el mantenimiento de los bienes de uso público.

---

<sup>12</sup> Adicionalmente, mediante Carta N° INFR-SURV-2019-0583, recibida con fecha 05 de noviembre del 2019, el Concesionario reconoció que se encuentra obligado al ejercicio de la Defensa Posesoria Extrajudicial:

*“2.16. En base a lo antes señalado, consideramos que, en atención a la redacción de la cláusula bajo comentario, el Concesionario es quien se encarga de llevar a cabo la ejecución de las defensas posesorias de carácter extrajudicial. Para ello el Concesionario deberá emplear todas las acciones que se encuentren dentro de su alcance contra los terceros que busquen usurpar o realizar cualquier tipo de actividad que ponga en riesgo la infraestructura vial comprendida dentro del Área de la Concesión.”*



- **Argumento N° 3: Literalidad del Contrato de Concesión**

Para el Concesionario, conforme fluye de la literalidad del Contrato de Concesión, cuando se constituya el supuesto contemplado en el literal b) de la cláusula 5.53 - referido a la Defensa Posesoría Extrajudicial- la actuación del Concesionario será coordinar inmediatamente con el Concedente la interposición de las acciones legales que este último (es decir, el Concedente) deberá entablar a fin de mantener indemne el derecho del Concedente sobre los bienes de la Concesión.

75. A estos efectos, es necesario señalar que dicho argumento fue abordado en los fundamentos del Informe Conjunto N° 00167-2019-IC-OSITRAN, precisándose, entre los más importantes, los siguientes:

*“72. Como se aprecia del texto de la cláusula 5.53 del Contrato de Concesión, las partes establecieron que el Concesionario es quien tiene la obligación de ejercitar las dos modalidades de defensa posesoria, esto es, la defensa posesoria extrajudicial y la defensa posesoria judicial, habiéndose pactado que, respecto de esta última, el Concesionario debe hacer uso de los mecanismos y recursos judiciales que permitan mantener indemne los derechos del Concedente sobre los bienes de la Concesión.*

*73. Asimismo, se advierte que, en la cláusula 5.54 del Contrato de Concesión se pactó que, previa coordinación con el Concesionario, el Concedente debe interponer acciones legales a fin de resguardar sus derechos sobre los bienes de la Concesión.*

*74. En el presente caso, conforme se ha venido desarrollando, de la lectura de las cláusulas 5.53 y 5.54 del Contrato de Concesión han surgido diferencias respecto de su interpretación, en la medida que, por un lado, el Concedente señala que, en aplicación de la cláusula 5.53, el Concesionario es el responsable del ejercicio de la Defensa Posesoría Judicial, y por otro, el Concesionario sostiene que es obligación del Concedente ejercerla en la medida que, a través de la cláusula 5.54, al haberse acordado que este debe entablar acciones legales, dicha obligación incluiría el ejercicio de la Defensa Posesoría Judicial.*

*(...)”*

76. No obstante lo anterior, consideramos necesario indicar que, por medio del literal b) de la cláusula 5.53 del Contrato de Concesión, las partes acordaron que el Concesionario tiene la obligación de ejercer la Defensa Posesoría Judicial de los bienes de la Concesión, debiendo hacer uso de los mecanismos y recursos judiciales que le permitan mantener indemne el derecho del CONCEDENTE sobre los Bienes de la Concesión<sup>13</sup>.

77. Ahora bien, el texto literal de la cláusula 5.54<sup>14</sup> dispone dos actuaciones:

- a. El Concesionario debe coordinar con el Concedente la interposición de acciones legales.
- b. El Concedente debe interponer dichas acciones legales.

---

<sup>13</sup> “5.53. El CONCESIONARIO tiene la obligación de ejercitar las siguientes modalidades de defensa posesoria a partir de la Toma de Posesión, tanto para el caso de intento de usurpación del área comprometida en el Área de la Concesión, como en el caso de actividades incompatibles con el buen uso de dicha área por parte de terceros siempre que el CONCEDENTE efectivamente le hubiese entregado dichas áreas desocupadas al CONCESIONARIO.

(...)

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

[Negrilla y subrayado agregado]

<sup>14</sup> “5.54 El ejercicio de las defensas antes descritas no exime de responsabilidad al CONCESIONARIO, **el cual, ante un supuesto como los descritos en el párrafo precedente, deberá coordinar inmediatamente con el CONCEDENTE la interposición de las acciones legales que este último deberá entablar** a fin de mantener indemne el derecho del CONCEDENTE sobre los Bienes de la Concesión, siempre que estos reclamos se originen en hechos ocurridos después de la transferencia de dichos bienes al CONCESIONARIO.”

[Negrilla y subrayado agregado]

78. Así, ambas cláusulas establecen una obligación exigible al Concesionario, esto es:
- (i) Ejercitar la Defensa Posesoría Judicial
  - (ii) Coordinar con el Concedente la interposición de acciones legales
79. Por lo anterior, para que el contrato guarde coherencia desde una apreciación literal, es necesario diferenciar los términos “Acciones legales” y “Defensas Posesorias Judiciales”, de tal manera que al hacer la diferenciación de ambos conceptos, la interpretación literal de las cláusulas citadas conlleva a sostener que las Defensas Posesorias Judiciales son ejercitadas por el Concesionario, las “acciones legales” distintas a las Defensas Posesorias Judiciales deben ser ejercidas por el Concedente, para lo cual el Concesionario -además del ejercicio de las Defensas Posesorias- debe realizar las coordinaciones que correspondan con el Concedente, a efectos de que este último efectúe las acciones legales que debe entablar.
80. En caso se optara por interpretar que “Acciones legales” y “Defensas Posesorias Judiciales” constituyen términos equivalentes, se dejaría sin efecto el literal b) de la cláusula 5.53, con lo cual se incurriría en una modificación unilateral del contrato, debido a que se estaría otorgando ineficacia al literal b) de la cláusula 5.53, quitando con ello una obligación expresamente asignada al Concesionario.
- **Argumento N° 4: Interpretación Sistemática del Contrato de Concesión**  
Para el Concesionario, de una lectura integral de la regulación contractual, respecto a las defensas posesorias judiciales, este tiene una obligación de coordinación con el Concedente, el cual debe ejercer las acciones legales que correspondan. Ello guarda coherencia con las Leyes y Disposiciones Aplicables y con los Actos Propios del Concedente. En ese sentido, corresponderá al OSITRAN identificar una interpretación del Anexo X (Penalidades aplicables del Contrato) y de la cláusula 5.24 que resulte compatible con el marco legal vigente y con aquello que las Partes hubieren acordado.
81. Al respecto, debemos señalar que la interpretación contenida en la RCD N° 0057-2019-CD-OSITRAN guarda coherencia con: (i) las disposiciones del Contrato de Concesión; (ii) las Leyes y Disposiciones; y, (iii) las actuaciones previas del Concedente.
82. En efecto, desde el punto de vista contractual, la obligación del Concesionario de ejercitar la Defensa Posesoría Judicial concuerda con lo establecido en la cláusula 5.24 y el Anexo X del Contrato de Concesión, tal como se indicó en el Informe Conjunto N° 00167-2019-IC-OSITRAN. Por el contrario, si se considerase que el Concedente es el responsable del ejercicio de la Defensa Posesoría Judicial, tendríamos las siguientes consecuencias:
- (i) Se dejaría sin efecto el literal b) de la cláusula 5.53.
  - (ii) Carecería de sentido haber pactado una penalidad aplicable al Concesionario en la Tabla N° 2 del Anexo X cuando no ejerza la defensa posesoria (extrajudicial y judicial), de conformidad con las cláusulas involucradas en dicha Tabla.
  - (iii) Carecería de sentido que la cláusula 5.24 haya dispuesto que, producida la caducidad de la Concesión, el Concesionario debe devolver, en un acto único, los Bienes Reversibles **libres de ocupantes**. Esto es, sería poco razonable asignar esa obligación al Concesionario si es que no contase con los medios jurídicos pertinentes para liberar los bienes de la Concesión.
83. Ahora bien, la interpretación contenida en la RCD N° 0057-2019-CD-OSITRAN guarda concordancia con las Leyes y Disposiciones Aplicables, en tanto que se ajusta a las normas que regulan el régimen de promoción de la inversión privada, las cuales disponen la habilitación para que, por medio de un contrato de concesión, se constituyan

obligaciones exigibles al Concesionario, tales como el ejercicio de la Defensa Posesoría Judicial.

84. Por el contrario, si se considerase que el Concedente es el encargado de realizar la Defensa Posesoría Judicial, se estaría obviando el régimen especial contemplado en el Contrato de Concesión y que dicho régimen deriva de normas con rango de ley que regulan los proyectos de infraestructura de uso público otorgados en concesión al sector privado.
85. Finalmente, conforme a los documentos alcanzados por el Concesionario en el presente procedimiento, no se ha observado que el Concedente haya reconocido que le corresponde que, de acuerdo al Contrato de Concesión, el ejercicio de la Defensa Posesoría Judicial. En consecuencia, la interpretación propuesta por el Concesionario no resulta acorde a una interpretación sistemática del contrato y a las Leyes y Disposiciones Aplicables.
- **Argumento N° 5: Imposibilidad procesal de ejecutar la interpretación de OSITRAN**  
Para el Concesionario, asumir que tiene la titularidad de las acciones judiciales en materia de defensa posesoria implicaría suponer que por una determinada cláusula de un contrato de concesión se puede vulnerar el requisito de legitimidad para obrar activa en materia procesal, ya que, en su consideración, el Concedente es el competente para las mencionadas actuaciones.
86. Al respecto, el numeral 82 del Informe N° 00167-2019-IC-OSITRAN abordó el mencionado argumento, sosteniendo lo siguiente:

*“82. Sobre el particular, cabe recordar que, 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 el título suficiente por medio del cual, el inversionista ostenta el derecho a ejecutar y explotar la infraestructura pública objeto de Concesión, lo cual involucra que este se encuentre en poder de los bienes que le permitan ejercer los referidos derechos. En este mismo sentido, el artículo 5 del Reglamento del D.L. 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 obligaciones se regulan en el Contrato correspondiente”.*

87. A mayor abundamiento, debemos señalar que de ningún modo puede entenderse que el Concesionario no cuenta con legitimidad para obrar activa en materia procesal para la interposición de las Defensas Posesorias Judiciales.
88. Al respecto, el artículo 1 del Decreto Legislativo 767, que aprueba la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece lo siguiente:

**Artículo 1.-** La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos, **con sujeción a la Constitución y a las leyes.**  
(...)

[Negrilla y subrayado agregado]

89. Conforme se aprecia, la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que la potestad de administrar justicia se ejerce con sujeción a la Constitución y a las leyes. Esto es, el Juez, en la administración de justicia, se rige principalmente por lo dispuesto en el marco jurídico.
90. Ahora bien, el artículo 21 del D. Leg. N° 1362 otorga cobertura legal a las actuaciones que el Contrato de Concesión asigne al inversionista, tal como se aprecia a continuación:

*“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.”

[Negrilla y subrayado agregado]

91. Adicionalmente, el artículo 5 del Reglamento del D. Leg. 1362 define a la Concesión como el acto administrativo a través del cual, por un plazo determinado, 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:

*“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]

92. Consecuentemente, dado que el Estado ha concedido el aprovechamiento económico de los bienes que integran la Concesión al inversionista, el solo mérito del Contrato constituye título suficiente para la exigibilidad de las obligaciones contenidas, conforme a ley. Por tanto, es jurídicamente viable que un Juez tramite una demanda relacionada con la Defensa Posesoria Judicial que fuese interpuesta por el Concesionario, teniendo en consideración que una ley otorga la cobertura jurídica necesaria para que el Concesionario cumpla con el Contrato de Concesión.

93. Dicho de otro modo, los distintos organismos del Estado no pueden desconocer el ejercicio de los derechos y obligaciones del Concesionario, en la medida que, a través de una norma con rango de ley (D. Leg. 1362) se ha establecido que el Contrato de Concesión es el documento que los faculta a ejercerlos válidamente.

94. Estando a lo expuesto, el cumplimiento del Contrato de Concesión no se encuentra limitado por el requisito de legitimidad para obrar activa, toda vez que el Concesionario cuenta con dicha legitimidad por el mérito del Contrato de Concesión, tal como fluye el artículo 21 del D. Leg. 1362.

• **Argumento N° 6: Modificación unilateral del Contrato de Concesión**

Para el Concesionario, la interpretación hecha por el OSITRAN supone una modificación unilateral del Contrato de Concesión, debido a que se desconoce el texto expreso de las Cláusulas 5.53 y 5.54. Por ello, la RCD N° 0057-2019-CD-OSITRAN incurriría en una causal de nulidad por contravención al marco normativo vigente, en aplicación de lo previsto en el numeral 1 del artículo 10 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

95. La interpretación es una actividad cuya finalidad es descubrir el sentido y alcance de una cláusula oscura o ambigua. Así, de conformidad con los “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, se entiende por interpretación a aquella aclaración o explicación sobre el sentido y significado del Contrato de Concesión. Esto es, la interpretación de un contrato busca determinar de manera precisa cuál es el verdadero sentido, finalidad y alcance de las cláusulas contractuales, a fin de posibilitar su aplicación, cuando estas son ambiguas, oscuras o poco claras.

96. Como se expuso en la respuesta al Argumento N° 3 del Concesionario, la lectura contenida en la interpretación impugnada se caracteriza por otorgar plena eficacia a las cláusulas

involucradas, de modo tal que se posibilite su aplicación en el contrato. En tal sentido, no es correcto sostener que la interpretación realizada por el OSITRAN constituye una modificación del Contrato de Concesión, toda vez que, mediante la RCD N° 0057-2019-CD-OSITRAN, no se han asignado obligaciones distintas a las inicialmente contempladas a la fecha de suscripción del Contrato; no se ha modificado el Contrato de Concesión, sino que se ha asignado sentido a las cláusulas 5.53 y 5.54.

97. Asimismo, la interpretación impugnada no tiene vicios de nulidad debido a que se ha respetado el procedimiento regular contemplado en el TUO de la LPAG para la emisión de la RCD N° 0057-2019-CD-OSITRAN.
98. Por el contrario, debemos señalar que es la interpretación propuesta por el Concesionario la que implica una modificación del contrato, toda vez que se dejaría sin efecto el literal b) de la cláusula 5.53. En ese sentido, si se adoptara dicha interpretación, la resolución correspondiente contendría los siguientes vicios de nulidad:
  - Competencia: Toda vez que el OSITRAN no cuenta con facultades normativas para modificar los Contratos de Concesión.
  - Procedimiento Regular: Toda vez que se estaría modificando el Contrato de Concesión sin respetar el procedimiento contemplado en el D. Leg. 1362.
99. Finalmente, el Concesionario ha solicitado que, en el supuesto negado que no se declare fundado el recurso de reconsideración, se reconozca que la eficacia de la RCD 0057-2019-CD-OSITRAN es a partir del día siguiente de su notificación.
100. Al respecto, de conformidad con el artículo 16 del TUO de la LPAG, la Resolución impugnada es eficaz y, por tanto, produce efectos a partir de su notificación legalmente realizada. Esto es concordante con lo dispuesto en el Reglamento General de OSITRAN que en su artículo 29 señala que la función interpretativa del Regulador se realiza a fin de determinar el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, haciendo posible su aplicación, lo que presupone que antes de dicha interpretación existía ambigüedad 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.
101. Adicionalmente, durante la Vista de la Causa, el Concesionario reafirmó los argumentos presentados en su recurso de reconsideración e hizo especial énfasis en los siguientes argumentos:
  - El Contrato de Concesión debe interpretarse de conformidad con las Leyes y Disposiciones Aplicables. Así, de una lectura integral entre el Contrato con el TUO de la LGSNBE, y el Reglamento Nacional de Gestión de la Infraestructura Vial, se podrá concluir que el Concedente es el responsable de la Defensa Posesoria Judicial.
  - De conformidad con la Sentencia recaída en el expediente 0013-2003-CC/TC, los actos estatales son indelegables.
  - Existen comunicaciones entre el Concedente y el Concesionario que reflejan que ha sido de común entendimiento que el responsable de la Defensa Posesoria Judicial es el Concedente. Por ello, ha quedado vinculado por sus actos propios.
  - De una lectura literal del párrafo 5.54 del Contrato de Concesión se aprecia que la actuación del Concesionario cuando se constituya el supuesto contemplado en el “párrafo precedente” (es decir, literal b) de la cláusula 5.53, referido a la defensa posesoria judicial) es coordinar inmediatamente con el Concedente la interposición de

las acciones legales que éste último (es decir, el Concedente) deberá entablar a fin de mantener indemne su derecho sobre los bienes de la Concesión.

- De una interpretación sistemática del Contrato con las Leyes y Disposiciones Aplicables, fluye que es el Concedente el responsable de ejercer la Defensa Posesoría Judicial.
- La interpretación realizada por el OSITRAN implica una modificación del Contrato de Concesión, por lo que la RCD N° 0057-2019-CD-OSITRAN deviene en nula.

102. Sobre dichos argumentos, es preciso señalar que estos fueron analizados en los numerales precedentes, por lo que no corresponde pronunciarnos sobre los mismos.

103. Por lo expuesto, somos de la opinión que los argumentos contenidos en el recurso de reconsideración del Concesionario deben ser desestimados, toda vez que:

- (i) No existen Actos Propios del Concedente (que hayan generado la expectativa del Concesionario respecto a que el MTC ejerce la Defensa Posesoría Judicial).
- (ii) Las Leyes y Disposiciones Aplicables no establecen que es el Concedente quien ejerce la Defensa Posesoría Judicial, pues la defensa y recuperación de los bienes de dominio público se ejercen de conformidad con la normativa aplicable: D. Leg. 1362 (norma que permite que las obligaciones asumidas por el Concesionario con el Estado Peruano, entre ellas, el ejercicio de la Defensa Posesoría Judicial, sean plenamente exigibles).
- (iii) Bajo una apreciación literal del contrato, la interpretación del OSITRAN permite hacer plenamente exigible todas las obligaciones contempladas en las cláusulas 5.53 y 5.54 del Contrato de Concesión.
- (iv) Bajo una lectura sistemática del contrato, la interpretación del OSITRAN guarda relación con el contenido del contrato y con las Leyes y Disposiciones Aplicables.
- (v) El D. Leg 1362 establece que el solo mérito del Contrato constituye título suficiente para su exigibilidad. Por tanto, es jurídicamente viable que un Juez tramite una demanda relacionada con la Defensa Posesoría Judicial que fuese interpuesta por el Concesionario, teniendo en consideración que una ley otorga la cobertura jurídica necesaria para que el Concesionario cumpla con el Contrato de Concesión.
- (vi) La interpretación impugnada por el Concesionario no ha modificado en ningún extremo el Contrato de Concesión.

#### **D. De los argumentos del Concedente**

104. En la absolución del recurso de reconsideración, el Concedente manifestó lo siguiente:

- Con relación a los Actos Propios, vinculado a la lectura del Contrato de Concesión y a los oficios cursados, el artículo 1361 del Código Civil dispone que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.
- Los métodos de interpretación son: (i) el literal; (ii) el lógico; (iii) el sistemático; y, (iv) el histórico. Así, la interpretación realizada por el OSITRAN es la correcta, ya que el contrato se interpreta ante la inexistencia de una cláusula clara, con la finalidad de determinar cuál es su verdadero sentido, finalidad y alcance.

- El OSITRAN se encuentra legitimado para realizar la interpretación, procurando en todo momento, que todas las cláusulas consignadas en el Contrato de Concesión produzcan efectos. Por ello, el argumento del Concesionario relacionado a la modificación del Contrato de Concesión por medio de la interpretación debe ser desestimado.
- Aceptar que mediante la cláusula 5.53 del Contrato de Concesión que obliga al Concedente a ejercer las acciones legales, se le habría encargado también el ejercicio de la Defensa Posesoría Judicial, colocaría a éste en un escenario en el que carece de sentido haber pactado el inciso b) de la cláusula 5.53, debido a que la cláusula 5.54 (acciones legales en general) ya incluíra su contenido.
- 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. Consecuentemente, ninguna entidad del Estado podría denegar o limitar el ejercicio de dichos derechos y obligaciones al Concesionario, en la medida que, mediante su Contrato de Concesión se le ha facultado a ejercerlos válidamente, lo que legitima al Concesionario a ejercer las Defensas Posesorias, siendo el contrato suficiente título para ejercerlas.

105. Como se aprecia, dado que el Concedente no ha señalado argumentos que contradigan la posición de este Regulador, estas Gerencias no tienen mayores comentarios al respecto.

106. Finalmente, conforme a lo dispuesto por el artículo 24 del TUO de la LPAG<sup>15</sup>, 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 LPAG<sup>16</sup>; y,
- 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

---

<sup>15</sup> TUO de la LPAG

*“Artículo 24.- Plazo y contenido para efectuar la notificación*

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>16</sup> 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, (...).”*

7.1 del artículo 7 de su Ley de creación<sup>17</sup>, 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° 1362<sup>18</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

107. El Concesionario ha sustentado su recurso de reconsideración en base a los siguientes argumentos:

- (i) Existen Actos Propios del Concedente que generaron la expectativa del Concesionario respecto a que el MTC ejerce la Defensa Posesoria Judicial.
- (ii) Las Leyes y Disposiciones Aplicables establecen que es el Concedente quien ejerce la Defensa Posesoria Judicial, pues el TUO de la LGSNBE, su Reglamento y el Reglamento Nacional de Gestión de la Infraestructura Vial, permiten entender que la defensa y recuperación de los bienes de dominio público es competencia del Estado.
- (iii) Bajo una apreciación literal del contrato, se aprecia que la cláusula 5.54 establece que el Concedente es el responsable de la Defensa Posesoria Judicial.
- (iv) Bajo una lectura sistemática del contrato, la interpretación propuesta por el Concesionario guarda relación con el contenido del contrato, con las Leyes y Disposiciones Aplicables y con las actuaciones previamente desarrolladas por el Concedente.
- (v) El Concesionario no tiene legitimidad para obrar activa en sede judicial, de conformidad con lo dispuesto en las Leyes y Disposiciones Aplicables.
- (vi) La interpretación impugnada por el Concesionario constituye una modificación unilateral del Contrato de Concesión dado que se desconoce el texto expreso de las Cláusulas 5.53 y 5.54.

108. Respecto a la aplicación de la Teoría de los Actos Propios, es preciso indicar que la misma es aplicable, principalmente, a relaciones de derecho privado, en tanto aborda aspectos como el ejercicio de derechos subjetivos o actos volitivos manifestados en conductas de las personas.

Al encontramos frente a una relación de derecho público, como la que impone la ejecución de un contrato administrativo (en el presente caso, un contrato de Concesión) y siendo una de las partes contratantes el Estado Peruano, representado por el MTC, el interés público que sustenta a dichos contratos no permite que las conductas de las partes puedan otorgar un contenido distinto a las obligaciones previamente pactadas pues el contenido esencial de los Contratos de Concesión radica en priorizar el interés colectivo sobre el interés particular. En tal sentido, aceptar que las conductas de las partes condicionan el sentido de las obligaciones contenidas en los contratos involucraría reconocer que estas pueden cambiar el contenido de los Contratos de Concesión a través de sus

---

<sup>17</sup> 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.”*

<sup>18</sup> 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”.*



comportamientos, asignando un significado propio a las cláusulas. Ello no es aceptable en los contratos administrativos, puesto que la ley ha establecido un procedimiento para la tramitación de las modificaciones contractuales.

109. Con relación a que el Contrato de Concesión debe interpretarse de conformidad con las Leyes y Disposiciones Aplicables: TUO de la Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales (LGSNBE), el Reglamento Nacional de Gestión de la Infraestructura Vial, la Sentencia recaída en el expediente 0013-2003-CC/TC y el artículo 74 del TUO de la LPAG), lo que llevaría a afirmar que el Concedente es el responsable de la Defensa Posesoria Judicial, es preciso señalar lo siguiente:
- (i) Las normas citadas por el Concesionario disponen que la defensa y recuperación de los bienes de dominio público se ejerce de conformidad con la normativa aplicable que, en este caso, es el Decreto Legislativo N° 1362, por el cual se establece que el contrato es título suficiente para el ejercicio de las obligaciones asumidas con el Estado Peruano, entre ellas, el ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial.
  - (ii) Los requisitos de los actos estatales, señalados por el Tribunal Constitucional (Indelegabilidad, taxatividad, razonabilidad y proporcionalidad), son aplicables a los organismos cuya competencia se deriva directamente del bloque de constitucionalidad (por ejemplo, el Ministerio Público y el Poder Judicial), siendo incorrecto pretender aplicarlos en una relación entre Concedente y Concesionario, la cual se deriva de un contrato administrativo.
  - (iii) No se ha incurrido en la prohibición dispuesta por el artículo 74 del TUO de la LPAG, toda vez que el artículo 72 de dicha norma dispone que la competencia tiene su fuente en la Constitución y en la Ley. En tal sentido, las leyes que regulan el fomento de la inversión privada vía Asociaciones Público-Privadas (Decreto Legislativo N° 1362), constituyen la normativa por la que las entidades de la Administración Pública puedan asignar el cumplimiento de determinadas obligaciones al sector privado, en el marco de una Concesión. La asignación de la obligación de ejercer las Defensas Posesorias Judiciales se encuentra bajo este marco, por lo que no cabe señalar que se afectan los criterios de competencia establecidos en el TUO de la LPAG.
  - (iv) Lo dispuesto en las Leyes y Disposiciones Aplicables no conlleva a la inexigibilidad de las obligaciones asignadas al Concesionario en el Contrato de Concesión.
110. Con relación al argumento referido a la literalidad del Contrato de Concesión que dispone que, cuando se constituya el supuesto referido a la Defensa Posesoria Judicial, su actuación se circunscribe a coordinar inmediatamente con el Concedente la interposición de las acciones legales que este último deberá entablar a fin de mantener indemne el derecho del Concedente sobre los bienes de la Concesión, debemos señalar que la literalidad del Contrato de Concesión permite entender que el Concesionario tiene la obligación de (i) ejercitar la Defensa Posesoria Judicial, conforme lo establece literal “b” de la cláusula 5.53; y, (ii) coordinar con el Concedente la interposición de acciones legales que este último deberá entablar de acuerdo con lo previsto en la Cláusula 5.54. En tal sentido, es necesario diferenciar los conceptos “Acciones legales” y “Defensas Posesorias Judiciales”, a efectos de determinar claramente las obligaciones del Concesionario y Concedente en la aplicación de las citadas cláusulas 5.53 y 5.54 del Contrato de Concesión.
111. De manera similar, el Concesionario señala que de una lectura integral del Contrato de Concesión, su interpretación guarda coherencia con las Leyes y Disposiciones Aplicables y con los Actos Propios del Concedente, por lo que corresponde al OSITRAN identificar una interpretación del Anexo X (Penalidades aplicables del Contrato) y de la cláusula 5.24, que resulte compatible con el marco legal vigente y con aquello que las Partes hubieren acordado.

112. Al respecto, es preciso indicar lo siguiente:
- (i) Si se considera que el Concedente es el responsable del ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial, carecería de sentido haber pactado una penalidad aplicable al Concesionario en la Tabla N° 2 del Anexo X, cuando no ejerza la defensa posesoria (extrajudicial y judicial). Asimismo, también carecería de sentido que la cláusula 5.24 disponga que, producida la caducidad de la Concesión, el Concesionario debe devolver, en un acto único, los Bienes Reversibles libres de ocupantes pues el Concesionario no tendría la posibilidad, a través de la Defensa Posesoria Judicial, de defender su ocupación.
  - (ii) El marco normativo referido a bienes públicos permite que la defensa de los mismos sea ejercida de acuerdo a la normatividad aplicable. En tal sentido, las leyes que regulan el fomento de la inversión privada o vía Asociaciones Público-Privadas (Decreto Legislativo N° 1362), constituyen la normativa por la que las entidades de la Administración Pública pueden asignar el cumplimiento de determinadas obligaciones al sector privado, en el marco de una Concesión.
113. Con relación a que el Concesionario no podría ejercer la Defensa Posesoria Judicial porque no cuenta con el requisito de legitimidad para obrar activa en materia procesal, dado que el Concedente es quien cuenta con la competencia para la defensa de los bienes de uso público, debemos señalar que el Concesionario no se encuentra limitado por el requisito de legitimidad para obrar activa, toda vez que, de conformidad con las disposiciones contenidas en el D. Leg. 1362 y su Reglamento, cuenta con cobertura legal para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, que involucra el ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial.
114. De otro lado, el Concesionario, señala que la interpretación hecha por el OSITRAN supone una modificación unilateral del Contrato de Concesión, debido a que se desconoce el texto expreso de las Cláusulas 5.53 y 5.54; por ello, la RCD N° 0057-2019-CD-OSITRAN incurriría en una causal de nulidad por contravención al marco normativo vigente, en aplicación de lo previsto en el numeral 1 del artículo 10 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Al respecto, es preciso indicar que la interpretación no ha modificado el Contrato de Concesión, toda vez que no se han asignado obligaciones distintas a las inicialmente contempladas a la fecha de suscripción del Contrato, sino que se ha definido el alcance de las cláusulas 5.53 y 5.54 para otorgar plena eficacia a las mismas, de modo tal que se posibilite su aplicación en el contrato. Asimismo, la interpretación impugnada no tiene vicios de nulidad debido a que ha sido emitido por el organismo competente, habiéndose respetado el procedimiento regular contemplado en el TUO de la LPAG para la emisión de la RCD N° 0057-2019-CD-OSITRAN.

Por el contrario, la interpretación propuesta por el Concesionario implica una modificación del contrato, toda vez que se dejaría sin efecto el literal b) de la cláusula 5.53. En ese sentido, si se adoptara dicha interpretación, la resolución correspondiente contendría varios vicios de nulidad:

- **Competencia:** Toda vez que el OSITRAN no cuenta con facultades normativas para modificar los Contratos de Concesión.
- **Procedimiento Regular:** Toda vez que se estaría modificando el Contrato de Concesión sin respetar el procedimiento contemplado en el D. Leg. 1362.

115. Finalmente, el Concesionario ha solicitado que, en el supuesto negado en que no se declare fundado el Recurso de Reconsideración, se reconozca que la eficacia de la RCD 0057-2019-CD-OSITRAN es a partir del día siguiente de su notificación.

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

116. Con relación a la absolución del Recurso de Reconsideración presentado por el Concedente, estas Gerencias no tienen mayores comentarios al respecto debido a que los argumentos expuestos no contradicen la RCD N° 0057-2019-CD-OSITRAN.
117. Estando a lo expuesto, las Gerencias que suscriben el presente informe somos de la opinión que el recurso de reconsideración presentado por SURVIAL S.A. contra la Resolución de Consejo Directivo N° 0057-2019-CD-OSITRAN, debe declararse INFUNDADO.

#### **V. RECOMENDACIÓN**

118. Se recomienda elevar el presente Informe Conjunto al Consejo Directivo a fin de que, de estimarlo pertinente, declare INFUNDADO el recurso de reconsideración presentado por SURVIAL S.A.

Atentamente,

**JOHN ALBERT VEGA VÁSQUEZ**  
Gerente de Supervisión y Fiscalización (e)

**HUMBERTO SHEPUT STUCCHI**  
Gerente de Asesoría Jurídica

NT 2020020041