



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

N° 0053-2019-CD-OSITRAN

Lima, 18 de diciembre de 2019

VISTOS:

El Informe Conjunto N° 00163-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), de fecha 11 de diciembre de 2019, emitido por la Gerencia de Asesoría Jurídica y la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del OSITRAN; y,

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 20 de febrero de 2009, el Estado Peruano, a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC o el Concedente) y el Consorcio Concesión Chancay - Acos S.A. (en adelante, el Concesionario) suscribieron el Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y operación del Tramo Vial Ovalo Chancay / Dv. Variante Pasamayo - Huaral – Acos (en adelante, el Contrato de Concesión);

Que, con fecha 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, mediante el cual solicitó que el Regulador se pronuncie respecto del alcance de las cláusulas 5.54 y 5.55 del Contrato de Concesión, referidas al ejercicio de las Defensas Posesorias, a fin de determinar cuál de las partes tiene la obligación de ejercer las Defensas Posesorias Judiciales;

Que, con fecha 9 de agosto de 2019, el Concesionario presentó la Carta CCCH-239-19, en la que expone su posición respecto de la solicitud del MTC;

Que, mediante Informe Conjunto N° 120-2019-IC-OSITRAN (GSF-GAJ) de fecha 11 de septiembre de 2019, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización y la Gerencia de Asesoría Jurídica del OSITRAN, identificaron dos lecturas posibles respecto del contenido de las cláusulas 5.54 y 5.55 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.

Que, con fecha 18 de setiembre de 2019, mediante la Resolución N°0040-2019-CD-OSITRAN, el Consejo Directivo resolvió, entre otros aspectos, disponer el inicio de oficio del procedimiento de interpretación de las cláusulas 5.54 y 5.55 del Contrato de Concesión;

Que, mediante el Oficio N° 9429-2019-GSF-OSITRAN, notificado el 23 de octubre de 2019, el OSITRAN solicitó al Concedente informar de manera documentada, lo siguiente: (i) El número de casos de usurpación o actividades incompatibles con el buen uso del área de la concesión por parte de terceros que hayan sido comunicados, a la fecha, al Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), por parte de la empresa concesionaria Chancay Acos S.A.; e (ii) Informar si su representada, en los casos antes indicados, ha ejercido las defensas posesorias judiciales u otras acciones legales a fin de mantener indemne el derecho del Concedente sobre los bienes de las Concesiones cuyos adjudicatarios son las empresas Concesionarias antes indicadas;

Firmado por:
ZAMBRANO
COPELLO Rosa
Veronica FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 20/12/2019
10:34:40 -0500

Firmado por:
ESCALANTE
MELCHORS Maria
Cristina FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 26/12/2019
16:27:29 -0500

Visado por: MEJIA CORNEJO
Juan Carlos FIR 08271955 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 20/12/2019 08:08:50 -0500

Visado por: JARAMILLO TARAZONA
Francisco FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 19/12/2019 18:52:17 -0500

Calle Los Negritos 102, piso 2
Surquillo - Lima

Central Telefónica: 511 703 0000
www.ositran.pe
Visado por: ARROYO OCTO Victor
Adrian FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 19/12/2019 18:28:57 -0500



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

Presidencia del Consejo Directivo

Que, a través del Oficio N° 9434-2019-GSF-OSITRAN, notificado el 23 de octubre de 2019, el OSITRAN solicitó al Concesionario informar de manera documentada lo siguiente: (i) 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 Concesión a su cargo; e , (ii) Informar si su representada, en los casos antes indicados, ha ejercido las defensas posesorias judiciales y detallar el trámite o procedimiento seguido al presentarse dichos casos;

Que, mediante Informe Conjunto N° 00163-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF) de fecha 11 de diciembre de 2019, la Gerencia de Asesoría Jurídica y la Gerencia de Supervisión y Fiscalización señalaron que corresponde interpretar la cláusula 5.54 y la cláusula 5.55 del Contrato de Concesión, en el sentido de que el Concesionario es el responsable del ejercicio de la Defensa Posesoría Judicial y que el Concedente es responsable de ejercer todas las demás acciones legales;

Que, el inciso e) del numeral 7.1 del artículo 7 de la Ley de Creación de OSITRAN, Ley N° 26917, otorga a OSITRAN la función específica de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación;

Que, el artículo 29 del Reglamento General del OSITRAN (en adelante, REGO), aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, precisa que la función de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación, corresponde al Consejo Directivo de OSITRAN. Adicionalmente, dicha norma reglamentaria precisa que la referida interpretación está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, haciendo posible su aplicación;

Que, en ese orden normativo, mediante Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN del 17 de noviembre de 2004, el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas y Reconversión de Contratos de Concesión (en adelante, "los Lineamientos");

Que, mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 0040-2019-CD-OSITRAN se declaró como Precedente Administrativo de Observancia obligatoria lo señalado en los numerales 26 al 36 de dicha Resolución, en relación a que, en adelante, el inicio del procedimiento de interpretación de los Contratos de Concesión siempre será de oficio;

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 N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado con Decreto Supremo N° 004-2019-JUS;

Por lo expuesto, y en virtud de sus funciones previstas en el numeral 7 del artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN, aprobado por el Decreto Supremo N° 012-2015-PCM y sus modificatorias, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión N° 690-2019-CD-OSITRAN, de fecha 18 de diciembre de 2019, y sobre la base del Informe Conjunto N° 00163-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF);

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Interpretar de oficio las Cláusulas 5.54 y 5.55 del Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y operación del Tramo Vial Ovalo Chancay / Dv. Variante Pasamayo - Huaral – Acos, relacionadas con el ejercicio de las Defensas Posesorias Judiciales, 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 conjunta de las cláusulas 5.54 y 5.55 del Contrato de Concesión, no era clara en torno a si las “acciones legales” que debe ejercer el Concedente (cláusula 5.55), incluye el ejercicio de la “defensa posesoria judicial” (regulada en el literal b de la cláusula 5.54).

Al respecto, se ha advertido que nos encontramos frente a conceptos vinculados pero que no implican lo mismo, en la medida la frase “acciones legales” corresponde a un término general cuyo ejercicio está asignado al Concedente y, la otra, “Defensa Posesoría 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 operación 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”.

Artículo 2°.- Notificar la presente Resolución y el Informe Conjunto N° 00163-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de Concedente, así como al Consorcio Concesión Chancay - Acos S.A. en calidad de Concesionario.

Artículo 3°.- Autorizar la difusión de la presente Resolución y del Informe Conjunto N° 00163-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), en el Portal Institucional (www.ositran.gob.pe).

Artículo 4°.- Publicar la presente Resolución en el Diario Oficial “El Peruano”.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

VERÓNICA ZAMBRANO COPELLO

Presidenta del Consejo Directivo

NT: 2019106179

INFORME CONJUNTO N° 00163-2019-IC-OSITRAN
(GAJ-GSF)

 Firmado por:
SHEPUT STUCCHI
Humberto Luis FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma
Digital
Fecha: 12/12/2019
18:03:05 -0500

 Firmado por:
JARAMILLO
FRANCO FAU
Francisco FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 13/12/2019
11:28:02 -0500

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

Asunto : Interpretación de oficio de las cláusulas 5.54 y 5.55 del Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y operación del Tramo Vial Ovalo Chancay / Dv. Variante Pasamayo - Huaral – Acos.

Referencias : Resolución de Consejo Directivo N° 0040-2019-CD-OSITRAN

Fecha : 11 de diciembre de 2019

I. OBJETO

1. El presente informe tiene por objeto emitir opinión sobre la interpretación de las cláusulas 5.54 y 5.55 del Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y operación del Tramo Vial Ovalo Chancay / Dv. Variante Pasamayo - Huaral – Acos, referidas al ejercicio de las Defensas Posesorias Judiciales¹.

II. ANTECEDENTES

2. El 20 de febrero de 2009, el Estado Peruano, a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC o el Concedente) y el Consorcio Concesión Chancay - Acos S.A. (en adelante, el Concesionario) suscribieron el Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y operación del Tramo Vial Ovalo Chancay / Dv. Variante Pasamayo - Huaral – Acos (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, mediante el cual solicitó que el Regulador se pronuncie respecto del alcance de las cláusulas 5.54 y 5.55 del Contrato de Concesión, referidas al ejercicio de las Defensas Posesorias, a fin de determinar cuál de las partes tiene la obligación de ejercer las Defensas Posesorias Judiciales.
4. El 17 de julio de 2019, a través del Oficio N° 6282-2019-GSF-OSITRAN dirigido al Concesionario, el OSITRAN trasladó copia del Oficio N° 3190-2019-MTC/19 y el Informe N° 1023-2019-MTC/19, a fin de que, en el plazo de quince (15) días hábiles, emitiera su opinión respecto de lo solicitado por el Concedente.
5. El 9 de agosto de 2019, el Concesionario presentó la Carta CCCH-239-19, en la que expone su posición respecto de la solicitud del MTC.
6. Mediante Informe Conjunto N° 120-2019-IC-OSITRAN (GSF-GAJ) de fecha 11 de septiembre de 2019, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización y la Gerencia de Asesoría Jurídica del OSITRAN, identificaron dos lecturas posibles respecto del contenido de las cláusulas 5.54 y 5.55 del Contrato de Concesión, a saber:

Visado por: TAIRO TAPIA Eiver
Bernardo FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 13/12/2019 09:14:03 -0500

Visado por: HUANQUI VALCARGEL
Patricia Fatima (FIR40814279)
Motivo: Firma Digital
Fecha: 12/12/2019 18:55:54 -0500

Visado por: HERNANDEZ CHANDUVI
Jorge Luis FIR 09901102 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 12/12/2019 18:53:02 -0500

Visado por: CIEZA MONTENEGRO
Dante FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 12/12/2019 18:46:11 -0500

Visado por: VEGA VASQUEZ John
Albert FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 12/12/2019 18:34:36 -0500

Visado por: RODRIGUEZ MARTINEZ
Antonio Michael FIR 09481356 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 12/12/2019 17:23:14 -0500

¹ Cabe indicar que la presente opinión se emite en el marco del procedimiento de interpretación iniciado de oficio con Resolución de Consejo Directivo N° 0040-2019-CD-OSITRAN, publicada en el diario oficial El Peruano el 26.09.2019.

Visado por: TAMAYO PEREYRA
Paul Gerson FIR 10077798 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 12/12/2019 16:57:20 -0500

- **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.
7. El 18 de setiembre de 2019, mediante la Resolución N°0040-2019-CD-OSITRAN, el Consejo Directivo resolvió disponer el inicio de oficio del procedimiento de interpretación de las cláusulas 5.54 y 5.55 del Contrato de Concesión.
 8. La resolución mencionada en numeral anterior fue notificada el 24 de setiembre de 2019 al Concedente y al Concesionario, a través de los oficios Nos 0162-2019-SCD-OSITRAN y 0164-2019-SCD-OSITRAN, respectivamente.
 9. Mediante el Oficio N° 9429-2019-GSF-OSITRAN, notificado el 23 de octubre de 2019, el OSITRAN solicitó al Concedente informar de manera documentada, en el plazo de 10 días hábiles, lo siguiente:
 - a) *El número de casos de usurpación o actividades incompatibles con el buen uso del área de la concesión por parte de terceros que hayan sido comunicados, a la fecha, al Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), por parte de la empresa concesionaria Chancay Acos S.A.*
 - b) *Informar si su representada, en los casos antes indicados, ha ejercido las defensas posesorias judiciales u otras acciones legales a fin de mantener indemne el derecho del Concedente sobre los bienes de las Concesiones cuyos adjudicatarios son las empresas Concesionarias antes indicadas.*
 10. Asimismo, a través del Oficio N° 9434-2019-GSF-OSITRAN, notificado el 23 de octubre de 2019, el OSITRAN solicitó al Concesionario informar de manera documentada, en el plazo de 10 días hábiles, 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 Concesión a su cargo.*
 - b) *Informar si su representada, en los casos antes indicados, ha ejercido las defensas posesorias judiciales y detallar el trámite o procedimiento seguido al presentarse dichos casos.*
 11. Cabe indicar que, a la fecha de la emisión del presente informe, no se ha recibido de las partes contractuales la documentación requerida en los Oficios Nos 9429-2019-GSF-OSITRAN y 9434-2019-GSF-OSITRAN.

III. ANÁLISIS

12. A través del presente Informe se abordarán y evaluarán los siguientes puntos:
 - A. Marco jurídico de la interpretación del Contrato de Concesión.
 - B. Principios legales y mecanismos de interpretación contractual.
 - C. Las disposiciones contractuales objeto de interpretación.
 - D. Posición de las partes.
 - E. Marco conceptual.
 - F. Evaluación de las lecturas de las estipulaciones contractuales.
 - G. Cuestiones finales
- A. Marco jurídico de la interpretación del Contrato de Concesión**
13. El literal e) del párrafo 7.1 del artículo 7 de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los

Servicios de Transporte Aéreo, 2 otorga al OSITRAN la función específica de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.

14. Asimismo, el artículo 29 del Reglamento General del OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM (en adelante, REGO), dispone que corresponde al Consejo Directivo, en única instancia administrativa, interpretar los Contratos de Concesión en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación de la Infraestructura³. Además, el señalado artículo prevé que la interpretación está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, haciendo posible su aplicación; pudiendo ser parte de la interpretación, el texto mismo del contrato, sus anexos, las bases de licitación y las circulares. Así, se interpreta un contrato ante la existencia de una cláusula oscura, dudosa o ambigua, con la finalidad de determinar cuál es su verdadero sentido, finalidad y alcance.
15. Por lo expuesto, la función de interpretación del OSITRAN es una competencia administrativa que obedece a una finalidad pública, la cual es ejercida por el Regulador con el objeto de garantizar la eficiencia en la explotación de la infraestructura y de velar por el cabal cumplimiento de lo establecido en los Contratos de Concesión, en cumplimiento de su misión y objetivos.

B. Principios legales y mecanismos de interpretación contractual

16. Por Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN de fecha 17 de noviembre de 2004, el Consejo Directivo del OSITRAN, en virtud a las facultades legalmente otorgadas y comentadas en la Sección anterior, aprobó los “Lineamientos para la interpretación y emisión de opiniones sobre propuestas de modificación y reconversión de Contratos de Concesión” (en adelante, los Lineamientos), cuyo objeto es establecer los principios que serán de aplicación en los casos en que se interpreten los contratos de concesión, así como en la preparación de opiniones técnicas de OSITRAN con relación a las solicitudes de modificación y reconversión de los contratos de concesión.
17. De acuerdo con lo previsto en los Lineamientos, se entiende por interpretación a aquella aclaración o explicación sobre el sentido y significado del Contrato de Concesión. Así, 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.
18. Cabe indicar que, mediante Resolución N° 0040-2019-CD-OSITRAN de fecha 18 de septiembre de 2019, el Consejo Directivo del OSITRAN declaró Precedente Administrativo de observancia obligatoria que el inicio del procedimiento de interpretación de los Contratos de Concesión siempre será de oficio. En este sentido, el OSITRAN puede tomar conocimiento de la existencia de indicios de ambigüedad en la lectura de una o más cláusulas de los Contratos de Concesión a través de comunicaciones de las partes o de sus propios órganos; sin embargo, la facultad de

² **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.***

(...).”

[El subrayado y resaltado son nuestros]

³ Dicha disposición también se encuentra recogida en el inciso 7 del artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN (ROF), aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, el cual señala que es función del Consejo Directivo el interpretar los Contratos de Concesión y títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.

determinar la existencia de la ambigüedad de las cláusulas y disponer el inicio de oficio del procedimiento de interpretación, tal y como en el presente caso, corresponde, exclusiva y excluyentemente, al Consejo Directivo, como órgano competente para interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.

19. Asimismo, de conformidad con los Lineamientos, el OSITRAN interpreta los Contratos de Concesión utilizando diversos métodos de interpretación, entre ellos: (i) el literal, que se limita a declarar el alcance que surge de las palabras empleadas en el contrato, sin restringir ni ampliar su alcance; (ii) el lógico, que resuelve lo que se quiso decir en la cláusula sujeta a interpretación, a través de la determinación del espíritu de lo pactado - *ratio legis* -; (iii) el sistemático, por comparación con otras cláusulas, el cual busca atribuirle sentido a la cláusula ubicando principios o conceptos que hayan sido establecidos en el propio contrato; y, (iv) el histórico, que implica recurrir a contenidos de antecedentes del Contrato de Concesión o normas directamente, detectando la intención del promotor de la inversión privada.
20. Al respecto, Barchi (2007) sostiene que por interpretación debe entenderse a aquella "(...) operación mediante la cual se le atribuye un significado a los signos que manifiestan la voluntad contractual, entendida como 'voluntad común' de una determinada regulación contractual". Para tal efecto, precisa que: "Como el contrato es un acuerdo, es decir, un recíproco consenso el significado del contrato debe responder a aquello que las partes han entendido establecer; por tanto, la interpretación no está dirigida a determinar la voluntad de una y de la otra parte, sino la voluntad 'común' que se traduce en el acuerdo"⁴.
21. En el mismo sentido, Vidal Ramírez (2007) agrega que "(...) la labor hermenéutica deba consistir en establecer cómo es que se ha querido 'crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial'. Para ello, el intérprete podrá hacer uso de diversos métodos de interpretación, como pueden ser el gramatical, el lógico, el sistemático, el histórico, el analógico y el de los usos y costumbres, conjugándolos en lo que pueda contribuir a esclarecer 'lo expresado' como reflejo de la voluntad interna de los contratantes. Pero como lo dispone el artículo 168, sometido al principio de buena fe."⁵
22. Así, como se ha indicado anteriormente, se interpreta un contrato ante la inexistencia de una cláusula clara con la finalidad de determinar cuál es su verdadero sentido, finalidad y alcance, aceptando en todo momento que las Partes adoptaron su contenido actuando de buena fe; todo esto con la finalidad de posibilitar su aplicación. En efecto, con la interpretación contractual se pretende desentrañar el entendimiento de lo declarado por las Partes y lo que sobre ello establece el orden jurídico. Interpretar, entonces, consiste en reconstruir la intención común de los contratantes, lo que, sin embargo, no puede lograrse si no se examinan las posiciones por encima del interés de cada uno de ellos.
23. Evidentemente, estamos hablando de cláusulas contenidas en el contrato, no de la integración de disposiciones no contempladas o de una interpretación para cubrir vacíos contractuales, cosa que naturalmente escapa a nuestro marco legal y a la competencia de este Organismo Regulador en materia de interpretación de contratos. Por tanto, el OSITRAN no se encuentra facultado a crear obligaciones que no se encuentren contenidas o comprendidas dentro del ámbito del propio Contrato de Concesión, tal como lo dispone el último párrafo del numeral 6.1 de los Lineamientos del OSITRAN, toda vez que ello implicaría suplir ilegítimamente las voluntades de las Partes.

⁴ BARCHI VELAUCHAGA, Luciano, *La Interpretación del Contrato en el Código Civil Peruano de 1984*. En: *Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina*, Lima, Editora Jurídica Grijley, Tomo III, 2007. p.1768.

⁵ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *La interpretación del Contrato en el Derecho Peruano*. En: *Op. Cit.* Tomo II. p. 1649.

24. Acorde con lo anterior, se procederá a determinar el alcance o sentido de las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión en conjunto, en lo referido al ejercicio de las Defensas Posesorias Judiciales, mediante la aplicación de los métodos de interpretación que resulten pertinentes, considerando la finalidad de estas.

C. Las disposiciones contractuales objeto de interpretación

25. Las cláusulas 5.54 y 5.55 del Contrato de Concesión, cuya interpretación es materia de análisis, establecen lo siguiente:

“Defensas Posesorias

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

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

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

5.55.- El ejercicio de las defensas antes descritas no exime de responsabilidad al CONCESIONARIO, quien, 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 por hechos ocurridos después de la transferencia de dichos bienes al CONCESIONARIO.”

D. Posición de las partes

D.1 Posición del Concedente

26. El 9 de julio de 2019, el Concedente remitió el Oficio N° 3190-2019-MTC/19, adjuntando el Informe N° 1023-2019-MTC/19, mediante el cual solicitó que el OSITRAN se pronuncie respecto del alcance de las cláusulas de nueve (9) Contratos de Concesión, referidas al ejercicio de las Defensas Posesorias, a fin de determinar cuál de las partes tiene la obligación de ejercer las Defensas Posesorias Judiciales.
27. En el referido informe, el Concedente señaló que, luego de distintas comunicaciones con la empresa Concesionaria Interoceánica Sur – Tramo III S.A., respecto de la necesidad de tomar acciones frente a invasiones en el Derecho de Vía del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil, Tramo III: Inambari – Iñapari; se advirtió que existía discrepancia entre el Concedente y el referido Concesionario, con relación a cuál de las partes tendría la competencia para la interposición de las Defensas Posesorias Judiciales con la finalidad de recuperar el derecho de vía invadido en el tramo vial concedido, por lo que resultaría necesaria la interpretación de los artículos citados por parte del OSITRAN.
28. Lo señalado se refleja en el hecho que, al amparo de lo establecido en la cláusula 5.39 del Contrato de Concesión, el Concesionario viene solicitando que el Concedente sea quien interponga las acciones legales correspondientes a fin de recuperar el Derecho

de Vía, debido a que las Defensas Posesorias Extrajudiciales, que el Concesionario señala haber realizado en cumplimiento de la cláusula 5.38 del referido Contrato de Concesión, no habrían sido suficientes para recuperar las zonas invadidas.

Por su parte, el Concedente, a través de sus órganos técnicos, Provías Nacional y Procuraduría Pública, considera que dichas acciones legales deben de ser ejercidas exclusivamente por las empresas concesionarias, en aplicación de lo establecido expresamente en el literal b) de la cláusula 5.38.

29. Al respecto, en el mencionado informe se indica que la Procuraduría Pública del MTC ha señalado que, de la cláusula 5.38 se desprende la existencia de una obligación ineludible por parte del Concesionario, esto es, que la Defensa Posesoria del área de la Concesión se encuentra exclusivamente a su cargo desde la suscripción del Contrato. Asimismo, señaló que, ante la imposibilidad de ejercer las acciones contempladas en la cláusula 5.38, o en caso, estas hubieran sido ejecutadas sin éxito, constituye obligación del Concesionario, por mandato expreso de la referida cláusula, ejercer también acciones de Defensa Posesoria Judicial.
30. La discrepancia en la interpretación de las cláusulas 5.38 y 5.39 ha generado que la obligación de ejercitar acciones legales destinadas a la protección del Derecho de Vía, no se haya realizado, lo cual genera complicaciones en el correcto desarrollo de la Concesión.
31. Cabe indicar que, si bien los hechos que evidenciaron la discrepancia en la interpretación corresponden a una Concesión (IIRSA Sur – Tramo 3); el Concedente presentó la solicitud de interpretación en relación a nueve Contratos de Concesión, incluido el Contrato de Concesión, objeto de análisis del presente informe, debido a que, en todos estos, las cláusulas referidas a las Defensas Posesorias presentan una redacción similar.
32. Finalmente, a través del Oficio N° 4779-2019-MTC/07, en atención al requerimiento efectuado por el OSITRAN, el Concedente informó que su Procuraduría Pública no ha ejercido Defensas Posesorias Judiciales u otras acciones legales ante los casos de usurpación o actividades incompatibles con el buen uso del área de la concesión, puesto que, contractualmente, no corresponde al Concedente adoptar las acciones necesarias para preservar y mantener el buen estado de los bienes de la Concesión, sino que tales acciones legales deben ser efectuadas por el Concesionario.

D.2 Posición del Concesionario

33. El 9 de agosto de 2019, el Consorcio Concesión Chancay - Acos S.A. remitió su posición respecto a lo indicado por el MTC, en la que señala que existe una sola lectura de las cláusulas 5.54 y 5.55 del Contrato de Concesión, sostenida en los siguientes argumentos:
 - El alcance de la obligación de ejercer las defensas posesorias extrajudiciales o judiciales de los Bienes de la Concesión, se delimita a partir de identificar sobre qué bienes de la Concesión son aplicables las defensas posesorias y desde cuándo nace la obligación del Concesionario de ejercer dichas defensas.
 - Aun cuando el Concesionario deba ejercer las defensas posesorias contractualmente establecidas, una vez que nazca dicha obligación, las acciones que puede tomar el Concesionario frente a terceros son limitadas.
 - El Concedente es quien debe ejercer las acciones legales para mantener indemne su derecho de los Bienes de la Concesión. Así, ante afectaciones a dichos bienes, la labor del Concesionario es notificar dicha situación al Concedente para que éste último ejerza las acciones legales.

- Hasta la fecha, la obligación del Concesionario de ejercer defensas posesorias ha nacido únicamente sobre el Área de la Concesión. Con respecto a las Defensas Posesorias sobre el Derecho de Vía que está a lo largo de la Concesión, es claro que no ha nacido dicha obligación por parte del Concesionario, pues a la fecha, el Derecho de Vía de ninguno de los tres Tramos Viales que conforman la Concesión han sido entregados por el Concedente.

E. Marco Conceptual

34. Para evaluar las disposiciones contractuales materia de interpretación, esto es, las cláusulas 5.54 y 5.55 del Contrato de Concesión, se utilizará el método de interpretación literal, a fin de conocer el alcance de los términos empleados en dichas cláusulas, en particular el alcance de las defensas posesorias, así como el método sistemático, el cual consiste en que, por comparación con otras cláusulas, se busca atribuirle sentido a la cláusula materia de interpretación, ubicando principios o conceptos que hayan sido establecidos en el propio contrato.
35. En ese sentido, considerando la naturaleza de las obligaciones contenidas en las cláusulas 5.54 y 5.55 del Contrato de Concesión, resulta conveniente analizar el marco contractual y los dispositivos normativos relacionados con la figura de la Defensa Posesoria Judicial, con el objeto de determinar su alcance y a quién le corresponde ejercerla. A continuación, se detallan los puntos a desarrollar:
- a. El Régimen de bienes públicos
 - b. Los Contratos de Asociación Público Privada
 - c. Las Defensas Posesorias

a. El Régimen de bienes públicos

36. De conformidad con lo regulado en el artículo 3 de la Ley N° 29151, Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales, los bienes estatales comprenden los bienes muebles e inmuebles, de dominio privado y de dominio público que tienen como titular al Estado o a cualquier entidad pública que conforma el Sistema Nacional de Bienes Estatales.
37. Al respecto, el Reglamento de la Ley N° 29151⁶, aprobado mediante Decreto Supremo N° 007-2008-VIVIENDA, señala lo siguiente en relación con las categorías de los bienes estatales:

“Artículo 2.- De los términos

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

Bienes de dominio privado del Estado.- Aquellos bienes estatales que siendo de propiedad del Estado o de alguna entidad, no están destinados al uso público ni afectados a algún servicio público, y respecto de los cuales sus titulares ejercen el derecho de propiedad con todos sus atributos.”

[El subrayado es nuestro]

⁶ Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales

38. De nuestro interés son particularmente los bienes de dominio público, que como se ha adelantado, son bienes estatales afectos a un fin o uso público, sobre los cuales la Administración Pública regula su uso y afectación. Asimismo, estas categorías de bienes estatales se caracterizan por su inalienabilidad e imprescriptibilidad, características reconocidas por el artículo 73 de la Constitución Política del Perú.
39. Ahora bien, conforme a lo señalado en el Decreto Supremo N° 007-2008-VIVIENDA, la infraestructura vial es un bien de dominio público, y como tal, es susceptible de ser otorgado en Concesión a favor de particulares, en virtud de lo establecido en el artículo 45⁷ del mencionado cuerpo normativo.
40. La doctrina ha definido a la Concesión del dominio público, como, *“el título jurídico por el que la Administración otorga a uno o varios sujetos el derecho exclusivo y excluyente de utilizar, ocupar o aprovechar de modo privativo una porción de un bien de dominio público, con carácter temporal pero estable, para un fin concreto y en virtud del interés público expresado en la norma reguladora.”*⁸
41. Los Contratos de Concesión hacen surgir en el Concesionario una serie de derechos y obligaciones frente al Estado en relación con los bienes de dominio público, los cuales se derivan del respectivo contrato y de las leyes aplicables.
42. En el marco del presente Contrato de Concesión, el Estado, a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, ha otorgado en Concesión a favor del Concesionario el derecho para la construcción, conservación, mantenimiento y explotación de una Obra de infraestructura pública por un tiempo determinado. En virtud de aquel Contrato, se han generado para el concesionario a su vez, derechos y obligaciones referidas a los bienes demaniales.
43. Así, el Estado, como titular de la infraestructura vial, ha otorgado en Concesión al Concesionario dicho bien de dominio público para su construcción, conservación, mantenimiento y explotación. Sin embargo, cabe recordar que, respecto de los bienes de dominio público; en virtud de su carácter de inalienables, no es posible su enajenación y por ende el cambio de titularidad de dichos bienes.
44. En consecuencia, mediante la suscripción del Contrato de Concesión, se materializa en favor del Concedente, la transferencia de las actividades indicadas en el numeral anterior, lo cual no supone la transferencia de la titularidad de la infraestructura que forma parte del Tramo de la Concesión, la misma que en todo momento mantiene su condición pública.

b. Los Contratos de Asociación Público Privada

45. De conformidad con lo establecido en el artículo 20 del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, las Asociaciones Público Privadas (APP) constituyen una modalidad de participación de la inversión privada, mediante contratos de largo plazo en los que interviene el Estado, a través de alguna entidad pública y uno o más inversionistas privados. Mediante la celebración de dichos Contratos, se desarrollan proyectos de infraestructura pública, servicios públicos,

⁷ **Reglamento de la Ley N° 29151, DECRETO SUPREMO N° 007-2008-VIVIENDA**

“Artículo 45.- De la concesión de bienes de dominio público
Los bienes de dominio público podrán ser otorgados en concesión a favor de particulares conforme a la normatividad sobre la materia.”

⁸ FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael, *Las concesiones administrativas de dominio público*, Pamplona, Primera Edición, p.58

servicios vinculados a infraestructura pública y servicios públicos, investigación aplicada, y/o innovación tecnológica; distribuyéndose los riesgos y recursos entre las partes.

46. En cuanto a los Contratos de APP en particular, el artículo 21 del Decreto Legislativo N°1362, ha desarrollado sus alcances estableciendo lo siguiente:

“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.

21.2 El inversionista puede explotar los bienes objeto del contrato de Asociación Público Privada, directamente o a través de terceros, manteniendo en todo momento su calidad de único responsable frente al Estado peruano. Sin perjuicio de lo anterior, los proyectos de Asociación Público Privada que recaigan sobre bienes públicos, no otorgan al inversionista un derecho real sobre los mismos.

21.3 El inversionista no puede establecer unilateralmente exenciones en favor de usuario alguno, salvo lo establecido por ley expresa.”

[El subrayado es nuestro]

47. Como se puede apreciar, los Contratos que se celebran para desarrollar un proyecto de APP constituyen título suficiente para que el inversionista puede hacer valer los derechos que dicho instrumento le otorga, en especial, los vinculados a los mecanismos de recuperación de inversiones y los beneficios adicionales expresamente acordados. Asimismo, el Concesionario cuenta con el derecho de explotar los bienes objeto del Contrato, siendo el único responsable ante el Estado.

48. En ese mismo sentido, respecto de la Concesión, el artículo 5 del Reglamento del D.L. N° 1362, la define 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]

49. Cabe indicar que, a la fecha de suscripción del presente Contrato de Concesión, se encontraba vigente el Decreto Supremo N° 059-96-PCM, Texto Único Ordenado de las Normas con rango de Ley que regulan la entrega en Concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, el cual establecía similares disposiciones a las contenidas en el D.L. 1362, tal y como se aprecia a continuación:

“Artículo 13.- La concesión sobre bienes públicos no otorga un derecho real sobre los mismos. Sin embargo, en estos casos, el contrato de concesión constituirá título suficiente para que el concesionario haga valer los derechos que dicho contrato le otorga frente a terceros, en especial el de cobrar las tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de las inversiones. En estos supuestos, el concesionario podrá explotar el o los bienes objeto de la concesión por cuenta propia o por medio de terceros, quedando siempre como único responsable frente al Estado.”

[El subrayado es nuestro]

50. En atención a lo desarrollado, se advierte que nuestra legislación ha regulado que el Contrato de Concesión otorga derechos y obligaciones al inversionista, los cuales son susceptibles de exigir y amparar en virtud del referido Contrato. Consecuentemente, 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, siendo título suficiente para salvaguardar su derecho para la construcción, conservación, mantenimiento y explotación de los bienes de la Concesión.

c. Las Defensas Posesorias

51. Conforme lo establece la cláusula 5.54 del Contrato de Concesión, las defensas posesorias se ejercitan ante el intento de usurpación del área comprometida en el Área de la Concesión la cual, de acuerdo con la definición contenida en la cláusula 1.13 de la Sección I del Contrato, comprende lo siguiente:

“Área de la Concesión

Es la franja ubicada dentro del Derecho de Vía, que a la fecha de Toma de Posesión no se encuentra ocupada o invadida, que será entregada al CONCESIONARIO por el CONCEDENTE para la Construcción, Conservación y Explotación del Servicio para efectos de la Concesión. El Área de la Concesión se irá incrementando progresivamente luego de concluidos los procedimientos de adquisición y expropiación de predios, según corresponda. Dentro de esta franja se encuentra la carretera, sus accesos y Obras Complementarias, tales como obras de arte y drenaje, señalización y seguridad vial, veredas, unidad de peaje, estación de pesaje, etc.; también los servicios y zonas de seguridad, así como las áreas destinadas para la habilitación de los Servicios Obligatorios.

El Área de la Concesión será identificada por el CONCEDENTE a la Fecha de Suscripción del Contrato.

[El subrayado es nuestro]

52. Sobre el particular, los artículos 920 y 921 del Código Civil han recogido qué comprende el ejercicio de las Defensas Posesorias:

“Defensa posesoria extrajudicial

Artículo 920º.- *El poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él o el bien y recobrarlo, si fuere desposeído. La acción se realiza dentro de los quince (15) días siguientes a que tome conocimiento de la desposesión. En cualquier caso, debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias.*

El propietario de un inmueble que no tenga edificación o esta se encuentre en dicho proceso, puede invocar también la defensa señalada en el párrafo anterior en caso de que su inmueble fuera ocupado por un poseedor precario. En ningún caso procede la defensa posesoria si el poseedor precario ha usufructuado el bien como propietario por lo menos diez (10) años.

La Policía Nacional del Perú así como las Municipalidades respectivas, en el marco de sus competencias previstas en la Ley Orgánica de Municipalidades, deben prestar el apoyo necesario a efectos de garantizar el estricto cumplimiento del presente artículo, bajo responsabilidad.

En ningún caso procede la defensa posesoria contra el propietario de un inmueble, salvo que haya operado la prescripción, regulada en el Artículo 950º de este Código.

Defensa posesoria judicial

Artículo 921º.- *Todo poseedor de muebles inscritos y de inmuebles puede utilizar las acciones posesorias y los interdictos. Si su posesión es de más de un año puede rechazar los interdictos que se promuevan contra él.”*

53. Como se observa, nuestra Legislación regula el ejercicio de dos (2) clases de Defensas Posesorias, las cuales tienen los siguientes alcances:

- La Defensa Posesoría Extrajudicial, que permite al poseedor el uso de la fuerza contra fuerza para repeler la desposesión, de forma inmediata, hasta en un plazo máximo de 15 días.
 - La Defensa Posesoría Judicial, que faculta al poseedor a utilizar las acciones posesorias e interdictos a fin de mantener a salvo su derecho.
54. En el presente caso, en cuanto a la Defensa Posesoría Extrajudicial, el Concesionario ha sido claro en indicar que *“el Contrato de Concesión establece la obligación del Concesionario de ejercer las defensas posesorias extrajudiciales (...)”*⁹.
55. En ese sentido, se advierte que las partes coinciden en señalar que la Defensa Posesoría Extrajudicial de los bienes de la Concesión se encuentra a cargo del Concesionario, por lo que existe claridad sobre el alcance del literal a) de la cláusula 5.54 del Contrato de Concesión.
56. No obstante, no existe claridad en la interpretación del literal b) de la referida cláusula y de la cláusula 5.55 del Contrato de Concesión, en torno al ejercicio de las Defensas Posesorias Judiciales, debido a que el Concedente señala que el Concesionario es el encargado de ejercerlas, mientras que, el Concesionario, si bien acepta que puede ejercer las Defensas Posesorias Judiciales, sostiene que el Concedente debe ejercitar acciones legales, de lo que se desprende que no ha excluido de dichas acciones legales a las Defensas Posesorias Judiciales.
57. Sobre el particular, como se advierte del artículo 921 del Código Civil, la Defensa Posesoría Judicial implica el uso de un mecanismo jurídico para recuperar la posesión de un bien, sometiendo la controversia a un proceso judicial, ya sea, a través de un Interdicto o una Acción Posesoría.

F. Evaluación de las lecturas de las estipulaciones contractuales

58. Como se desprende de los antecedentes, a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 0040-2019-CD-OSITRAN que declara el inicio de oficio del procedimiento de interpretación, se identificaron dos lecturas posibles respecto del contenido de las cláusulas 5.54 y 5.55 del Contrato de Concesión:
- 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.
59. A continuación, procedemos a analizar cada una de las lecturas esbozadas en atención a lo establecido en el Contrato de Concesión y lo precedentemente desarrollado.

➤ LECTURA 1: El Concesionario es el responsable del ejercicio de la Defensa Posesoría Judicial

60. La primera lectura que hace al Concesionario responsable del ejercicio de la Defensa Posesoría Judicial supone que, de la lectura de las cláusulas 5.54 y 5.55 del Contrato de Concesión, se advertiría el establecimiento de dos obligaciones distintas, la primera a cargo del Concesionario referida al ejercicio de la Defensa Posesoría Judicial, y la

⁹ Párrafo primero del numeral 2.4. de la Carta CCCH-239-19

segunda a cargo del Concedente con relación al ejercicio de las acciones legales, diferenciando así, la figura de la Defensa Posesoria Judicial del concepto general de acciones legales.

61. Al respecto, de acuerdo con el Contrato de Concesión, las cláusulas 5.54 y 5.54 establecen lo siguiente:

“Defensas Posesorias

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

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

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

5.55.- El ejercicio de las defensas antes descritas no exime de responsabilidad al CONCESIONARIO, quien, 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 por hechos ocurridos después de la transferencia de dichos bienes al CONCESIONARIO.”

[El subrayado agregado es nuestro]

62. Como se aprecia del texto de la cláusula 5.54 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.
63. Asimismo, se advierte que, en la cláusula 5.55 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.
64. En el presente caso, conforme se ha venido desarrollando, de la lectura de las cláusulas 5.54 y 5.55 del Contrato de Concesión han surgido diferencias respecto de su interpretación, debido a que el Concedente señala que el Concesionario es el encargado de ejercer las Defensas Posesorias Judiciales, mientras que, el Concesionario, si bien ha aceptado que puede ejercer la Defensas Posesorias Judiciales, sostiene que el Concedente debe ejercitar acciones legales, de lo que se desprende que no ha excluido de dichas acciones legales a las Defensas Posesorias Judiciales.
65. En ese sentido, considerando que la discusión gira en torno a si las acciones legales que debe ejercer el Concedente en virtud de lo establecido en la cláusula 5.55 del Contrato, incluye el ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial reguladas en el inciso b) de la cláusula 5.54, resulta pertinente delimitar ambos conceptos:

- Conforme a lo desarrollado precedentemente, la Defensa Posesoria Judicial regulada en el artículo 921 del Código Civil faculta al poseedor a utilizar las acciones posesorias e interdictos¹⁰, a fin de mantener a salvo su derecho.
 - Las acciones legales, en cambio, constituyen un término más amplio que se materializa a través de todo aquel pedido de orden jurídico (constitucional, civil, penal, laboral, entre otros) que se dirija dentro del marco de la ley, y casi siempre, ante el Poder Judicial. Dentro de dicho término podemos encontrar a las acciones jurisdiccionales que, en palabras de Martel, se realizan a fin de “poner en actividad el aparato jurisdiccional¹¹”, y también a las acciones legales previas, como el caso de la denuncia o Carta Notarial, cuya validez encuentra respaldo en la Ley.
66. En atención a lo expuesto, se advierte que nos encontramos frente a conceptos vinculados pero que no comprenden lo mismo; en efecto, la frase “acciones legales” corresponde a un término general, en tanto que el término “Defensa Posesoria Judicial”, como acción civil, a una de las categorías de la primera.
67. En ese sentido, podría entenderse que, mediante la cláusula 5.55 del Contrato de Concesión que obliga al Concedente a ejercer las acciones legales, se le habría encargado también el ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial como acción civil que forma parte de dicho concepto general.
68. No obstante, considerando el propio Contrato de Concesión, se advierte lo siguiente:

(i) Se vacía de contenido lo estipulado en el inciso b) de la cláusula 5.54

El inciso b) de la cláusula 5.38 del Contrato de Concesión, establece expresamente que “5.38. *El CONCESIONARIO tiene la obligación de ejercer las siguientes modalidades de defensa posesoria, (...) b) **Defensa posesoria judicial, que el CONCESIONARIO deberá ejercitar**, en caso que recaiga sobre la Concesión cualquier afectación, desposesión, ocupación, usurpación, etc., comunicará al REGULADOR dichos hechos y hará uso de los mecanismos y recursos judiciales que le permitan mantener indemne el derecho del CONCEDENTE sobre los Bienes de la Concesión.*”

Como se puede apreciar, mediante el inciso b) de la cláusula 5.54 del Contrato de Concesión, las partes acordaron que el Concesionario tiene la obligación de ejercer la Defensa Posesoria Judicial de los bienes de la Concesión, debiendo hacer uso de los mecanismos y recursos judiciales necesarios.

En ese sentido, aceptar que mediante la cláusula 5.55 del Contrato de Concesión que obliga al Concedente a ejercer las acciones legales, se le habría encargado también el ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial, nos colocaría en un escenario en el que carece de sentido haber pactado el inciso b) de la cláusula 5.54, debido a que la cláusula 5.55 (acciones legales en general) ya incluiría su contenido.

Sobre este aspecto, cabe recordar que una herramienta adicional de interpretación se encuentra en la interpretación objetiva, por la cual, entre dos interpretaciones,

¹⁰ En cuanto a los bienes de uso público, si bien el artículo 599 del Código Procesal Civil establece que los interdictos proceden respecto de bienes inmuebles, así como de bienes muebles inscritos, siempre que no sean de uso público; conforme lo señala AVENDAÑO, “el requisito que el bien sea de uso público supone que el bien lo posean todos, lo que equivale a decir que nadie lo posea individualmente. Pero si un bien destinado a uso público es poseído de hecho (por un comerciante informal) o con derecho (por un concesionario) de manera individual, el interdicto sí procede”. En ese sentido, válidamente se pueden interponer los interdictos de recobrar o de retener establecidos en la ley respecto de los bienes objeto de Concesión, aun cuando estos se encuentren destinados al uso público.

¹¹ MARTEL CHANG, Rolando Alfonso, *Acerca de la necesidad de legislar sobre las medidas autosatisfactivas en el derecho civil*, UNMSM, Lima.

una que conduce a privar de efectos al negocio jurídico o la cláusula; y otra que permite producirlos, debe optarse por esta última.¹²

En ese sentido, no es posible recoger dicha lectura, pues nos lleva a un supuesto en el que el inciso b) de la cláusula 5.54 del Contrato no sería aplicable, debido a que la obligación que expresa que el Concesionario debe ejercer la Defensa Posesoria Judicial nunca le sería exigible, en la medida que esta obligación le correspondería al Concedente.

Además, acoger la lectura que señala que el Concedente ejerce la Defensa Posesoria Judicial como parte del concepto general de acciones legales recogido en la cláusula 5.55 del Contrato de Concesión, implicaría dejar sin efecto la obligación contenida en el inciso b) de la cláusula 5.54, lo cual no puede realizarse mediante un procedimiento de interpretación contractual¹³, por tratarse implícitamente de una modificación contractual (para la cual existe un procedimiento establecido en el Decreto Legislativo N° 1362).

(ii) Pertinencia de la estipulación de cláusulas distintas

Ahora bien, tomando en cuenta lo expuesto hasta ahora, se podría alegar que, al considerarse que el Concesionario es quien debe ejercer la Defensa Posesoria Judicial, se estaría dejando sin efecto la cláusula 5.55, en la medida que el Concedente ya no tendría acciones legales que entablar a fin de salvaguardar los bienes de la Concesión.

Al respecto, tal como lo señalamos precedentemente¹⁴, el término “acciones legales” constituye una expresión general, que comprende tanto las acciones jurisdiccionales, como las acciones legales previas (como una denuncia o una carta notarial).

En ese sentido, mediante el inciso b) de la cláusula 5.54 del Contrato de Concesión, solo se ha encargado al Concesionario el ejercicio de un tipo de acción legal, esto es, la Defensa Posesoria Judicial; encontrándose a cargo del Concedente, todos los demás tipos de acciones legales que correspondan, conforme lo establece la cláusula 5.55 del Contrato.

Lo señalado se ampara en la condición que ostenta el Concedente frente a los bienes de la Concesión. Así, en su calidad de titular de los bienes, el Concedente cuenta con legitimidad para entablar todas las demás acciones legales que se encuentren encaminadas a preservar sus derechos, por ejemplo, una acción reivindicatoria, e, incluso, impulsar la acción penal mediante la interposición de denuncias.

De no ser así, y haberse pactado únicamente el ejercicio de las Defensas Posesorias por parte del Concesionario, no existiría una cláusula que facultara a

¹² Al respecto, SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (2007). *Tratado de la interpretación del Contrato en América Latina*. Lima: Editora Jurídica Grijley, Tomo III, p.1597:

“El sustento de este criterio es sencillo. Las partes no pueden haber consignado en el contrato cláusulas inútiles. Su implementación ha debido de corresponder a la satisfacción o protección del algún interés”

¹³ Lineamientos para la interpretación y emisión de opiniones sobre propuestas de modificación y reconversión de Contratos de Concesión, aprobados por Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN de fecha 17 de noviembre de 2004.

6.1 Interpretaciones

(...)

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

¹⁴ Ver párrafo 65 del presente informe.

este último a exigir al Concedente el ejercicio de las demás acciones legales que resultaran pertinentes a fin de salvaguardar el derecho a la explotación de los bienes comprendidos en el Contrato de Concesión, en caso que, luego de haber ejercido todas las Defensas Posesorias, estas no hubieran logrado su objetivo.

En ese sentido, considerar que corresponde al Concesionario ejercer la Defensa Posesoria Judicial, no deja sin efecto la cláusula 5.55 del Contrato, debido a que las acciones legales que deben ser entabladas por el Concedente son todas las demás (distintas a las Defensas Posesorias) que resulten pertinentes a fin de mantener indemnes sus derechos sobre los bienes de la Concesión.

(iii) Coherencia con las demás cláusulas contractuales

El Contrato de Concesión objeto de análisis, en la Tabla N° 2 del Anexo X referido a las Penalidades aplicables, establece lo siguiente:

“ANEXO X
PENALIDADES CONTRACTUALES

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

Cláusula Contrato	Monto (US\$)	Descripción de penalidad	Criterio de Aplicación
5.24	100	Atraso en la reposición de los Bienes Reversibles sobre el plazo máximo indicado.	Cada Día de atraso desde que sea
5.54	2,000	No ejercer la defensa posesoria.	Cada vez

Como se aprecia, en el Contrato de Concesión, las partes han establecido como penalidad referida a la Sección V del Contrato “Régimen de Bienes”: “*no ejercer la defensa posesoria*”.

En ese sentido, de la lectura del Anexo X del Contrato de Concesión, se verifica que la obligación de ejercer la Defensa Posesoria contenida en la cláusula 5.54 del Contrato, se encuentra a cargo del Concesionario pues, de lo contrario, no sería posible imputarle su incumplimiento y consecuentemente, aplicarle la penalidad establecida en el referido Anexo, habiendo carecido de sentido pactarla, si dicha obligación estuviera a cargo del Concedente.

Cabe indicar que la penalidad estipulada se refiere al no ejercicio de la Defensa Posesoria en general, no habiendo hecho diferencia entre la Defensa Posesoria Extrajudicial o Judicial, lo cual queda comprobado del propio texto de la Tabla N° 2 que expresamente indica que la cláusula del Contrato relacionada a dicha penalidad es la 5.54, cuyo título es “Defensas Posesorias”.

Asimismo, de la revisión del Contrato de Concesión, se advierte que la obligación de ejercer la Defensa Posesoria que se encuentra a cargo del Concesionario; resulta coherente con la obligación contenida en la cláusula 5.24, referida a la Devolución de los Bienes Reversibles, la cual establece que, producida la Caducidad de la Concesión por cualquier causa, el Concesionario tiene la obligación de devolver al Concedente los Bienes Reversibles¹⁵, en buen estado de

¹⁵ Contrato de Concesión

Definiciones

1.13.- *En este Contrato, los siguientes términos tendrán los significados que a continuación se indican:*
Bienes Reversibles

conservación, libres de ocupantes y en condiciones de uso y explotación según los parámetros técnicos del Expediente Técnico, las provisiones contenidas en el Anexo III y las indicaciones que haya efectuado el REGULADOR ¹⁶.

Siendo así, no cabe duda de que, como responsable de la devolución de los bienes entregados en Concesión en buen estado, libres de ocupantes y en condiciones de uso y explotación de acuerdo con los parámetros técnicos establecidos; el Concesionario resulta ser el interesado en salvaguardar su derecho de explotar los bienes comprendidos en el Contrato de Concesión, a través de medidas tales como el ejercicio de las Defensas Posesorias que, como se ha indicado, de la lectura integral del Contrato, se encuentran a su cargo.

Al respecto, cabe recordar que, en aplicación del método de interpretación sistemático, a través de la comparación con otras cláusulas del Contrato de Concesión, se busca atribuir sentido a la cláusula materia de interpretación.

En ese contexto, atendiendo a lo acordado en distintas cláusulas del Contrato (5.24 y Anexo X), esto es, que corresponde aplicar la penalidad por “no ejercer la Defensa Posesoria” al Concesionario ante el incumplimiento de su obligación contenida en la cláusula 5.54 del Contrato, y que, el Concesionario tiene la obligación de devolver los bienes de la Concesión en buen estado y libres de ocupantes; se advierte que corresponde al Concesionario ejercer las Defensas Posesorias, por lo que, el sentido de interpretación de las cláusulas 5.54 y 5.55, fue establecer obligaciones distintas, la primera a cargo del Concesionario (ejercer las Defensas Posesorias) y la segunda a cargo del Concedente (entablar las demás acciones legales).

69. En atención a lo desarrollado, se advierte que la cláusula 5.55 del Contrato de Concesión que obliga al Concedente a ejercer las acciones legales, no implica que también deba ejercer la Defensa Posesoria Judicial como acción civil que forma parte de dicho concepto general, en la medida que la intención de las partes a la suscripción del Contrato de Concesión fue otorgar obligaciones distintas a cada una de ellas, tal y como se detalla a continuación:

- Inciso b) de la Cláusula 5.54 del Contrato de Concesión: establece la obligación del Concesionario de ejercer la Defensa Posesoria Judicial.
- Cláusula 5.55 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.

Son: i) todos los bienes entregados por el CONCEDENTE; ii) el Área de la Concesión; iii) los terrenos, inmuebles, los bienes resultado de las obras civiles y edificaciones en general dentro del Área de la Concesión que hubieren sido construidos por el CONCESIONARIO durante la vigencia de la Concesión, así como iv) todos los bienes muebles o inmuebles que de una u otra forma se encuentran incorporados a la Concesión - entre ellos, la unidad de peaje y la unidad de pesaje-, están afectados a ésta o constituyen bienes inseparables del objeto de la misma, sea que hubieren sido entregados por el CONCEDENTE al inicio o durante la Concesión, o los adquiridos o construidos por el CONCESIONARIO durante la vigencia de la misma. Dichos bienes Programa Costa – Sierra Página 12 Tramo Vial Ovalo Chancay / Dv. Variante Pasamayo – Huaral – Acos son esenciales para la prestación del Servicio, y serán entregados al CONCEDENTE al término de la Concesión. (...)”

¹⁶ **Contrato de Concesión**

“Devolución de los Bienes Reversibles

5.24.- Producida la Caducidad de la Concesión por cualquier causa, el CONCESIONARIO tiene la obligación de devolver al CONCEDENTE dentro de los treinta (30) Días Calendario siguientes, en un único acto, los Bienes Reversibles. Los bienes se devolverán en buen estado de conservación (salvo el deterioro proveniente de su uso ordinario), libres de ocupantes y en condiciones de uso y explotación según los parámetros técnicos del Expediente Técnico, las provisiones contenidas en el Anexo III y las indicaciones que haya efectuado el REGULADOR. (...)

70. Sin perjuicio de lo señalado, en relación al artículo 21.2 del D.L. 1362 que establece que los proyectos de APP sobre bienes públicos no otorgan derechos reales al inversionista sobre los mismos; cabe indicar que, mediante la presente opinión no se está reconociendo que el Concesionario tenga derecho real alguno sobre los bienes de la Concesión (derecho de posesión, entre otros), sino que tiene el derecho (y obligación) de entablar las Defensas Posesorias Judiciales en estricta aplicación de lo acordado en la cláusula 5.54 del Contrato de Concesión,
71. Asimismo, si bien, de acuerdo con lo señalado en el artículo 41 del Reglamento del Sistema Nacional de Bienes Estatales¹⁷, la defensa de los bienes de dominio público es un deber del Estado; este, como titular de la infraestructura vial, ha transferido las actividades de construcción, conservación, mantenimiento y explotación de los bienes comprendidos en el Contrato de Concesión, otorgando al Inversionista los derechos y obligaciones que están regulados en el respectivo Contrato, como es el caso, del ejercicio de las Defensas Posesorias.
72. Sobre el particular, cabe recordar que, de conformidad con lo establecido en el artículo 21.1 del D.L. 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 ese 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 obligación se regulan en el Contrato correspondiente.
73. Si bien, a la fecha de suscripción del presente Contrato de Concesión, se encontraba vigente el Decreto Supremo N° 059-96-PCM, Texto Único Ordenado de las Normas con rango de Ley que regulan la entrega en Concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos (TUO de Concesiones); en relación a la Concesión y el Contrato, dicha norma prescribía similares disposiciones a las contenidas en el D.L. 1362, estableciendo que su artículo 13 que el contrato de concesión constituía título suficiente para que el concesionario haga valer los derechos que dicho contrato le otorga frente a terceros.
74. En ese contexto, 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.

¹⁷ Reglamento del Sistema Nacional de Bienes Estatales, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2008-VIVIENDA

"Artículo 41.- De las entidades responsables de los bienes de dominio público

La administración, conservación y tutela de los bienes de dominio público compete a las entidades responsables del uso Público del bien o de la prestación del servicio público, según corresponda, v conforme con las normas de la respectiva materia. La supervisión del carácter inalienable e imprescriptible de los bienes de dominio público está a cargo de la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales -SBN, en su calidad de Ente Rector del Sistema Nacional de Bienes Estatales.

Atendiendo a razones debidamente justificadas, la administración de los bienes de dominio público podrá ser asignada o reasignada a otra entidad responsable del uso público del bien o de la prestación del servicio público, mediante resolución de la SBN.

Dicha resolución constituye título suficiente para su inscripción registral. Si como consecuencia de las labores de supervisión de la SBN se detectara una indebida inscripción del bien de dominio público originada en normas especiales que dieron mérito a la misma, la SBN podrá precisar, rectificar o aclarar la titularidad del mismo. Dicha resolución tiene mérito suficiente para su inscripción registral."

75. En el presente caso, lo que legitima al Concesionario a ejercer las Defensas Posesorias no es ostentar el derecho de posesión¹⁸; sino el propio Contrato de Concesión que le otorga tal derecho y obligación de entablarlas, siendo este suficiente título para ejercerlas, en atención al derecho para la construcción, conservación, mantenimiento y explotación de los bienes que se le ha otorgado.
76. En ese sentido, si el Contrato de Concesión celebrado entre el MTC y la empresa Concesionaria, establece expresamente que *“El CONCESIONARIO tiene la obligación de ejercitar las siguientes modalidades de defensa posesoria: a) Defensa Posesoría Extrajudicial (...) b) Defensa Posesoría Judicial¹⁹”*, en cumplimiento de la Ley, ninguna entidad del Estado podría denegar o rechazar el ejercicio de dichas acciones al Concesionario, en la medida que, mediante su Contrato de Concesión, se le ha reconocido el derecho de ejercerlas válidamente.
77. Ahora bien, resulta pertinente indicar que la lectura acogida es coherente con la cláusula modelo que, en relación con las Defensas Posesorias, la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSIÓN ha recogido en la “Primera Versión del Contrato Estándar de Asociación Público – Privada²⁰” de fecha 29 de noviembre de 2019 y publicado en su página web el 2 de diciembre de 2019. Dicha cláusula modelo señala que, para el caso de la *Defensa posesoria judicial*, el Inversionista podrá interponer interdictos, actos de ejecución forzosa y otras acciones judiciales ante cualquier afectación, desposesión, ocupación, usurpación, que ocurra sobre los bienes de la Concesión. Asimismo, la Entidad Estatal deberá cooperar, en todo momento, en todas las actuaciones que resulten necesarias para efectos de ejercer plenamente la Defensa Posesoría por parte del Inversionista, las cuales consisten en hacer uso de todos los mecanismos y recursos judiciales vigentes al amparo de las Leyes Aplicables que le permitan mantener indemne los derechos de la Entidad y del Inversionista sobre los Bienes; en caso de que, el Inversionista incumpla su obligación de ejercer las Defensas Posesorias, cuando corresponda, se aplicará la Penalidad prevista.
78. En ese mismo sentido, dicha lectura se enmarca dentro de los Lineamientos para el Diseño de Contratos de Asociación Público Privada, publicados por el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) en el año 2019, los cuales, respecto de las Defensas Posesorias, señalan lo siguiente: *“El concesionario debe ejercer las defensas posesorias respecto de los bienes de la Concesión, entre las que se incluyen las defensas posesorias judiciales y extrajudiciales”*.

¹⁸ Artículo 21.2 del D.L. 1362 y el artículo 13 del TUO de Concesiones.

¹⁹ Cláusula 5.54 del Contrato de Concesión

²⁰ “Primera Versión del Contrato Estándar de Asociación Público – Privada” de PROINVERSIÓN, publicada el 29 de noviembre de 2019:

- i. *“Defensa posesoria judicial: tales como interdictos, actos de ejecución forzosa y otras acciones judiciales que el Inversionista podrá interponer, en caso que recaiga sobre alguno de los Bienes del Proyecto cualquier afectación, desposesión, ocupación, usurpación, entre otras. El Inversionista deberá comunicar a la Entidad cualquier hecho que genere la afectación de los Bienes, por escrito y dentro de un plazo máximo de [dos (2)] Días Hábiles contados desde el Día Hábil siguiente a la ocurrencia de dichos hechos. La Entidad se compromete a cooperar con el Inversionista en todo momento en todas las actuaciones que resulten necesarias para efectos de ejercer plenamente la Defensa Posesoría por parte del Inversionista. El Inversionista podrá hacer uso de todos los mecanismos y recursos judiciales vigentes al amparo de las Leyes Aplicables que le permitan mantener indemne los derechos de la Entidad y del Inversionista sobre los Bienes.*
- ii. *El ejercicio de las Defensas Posesorias no exime de responsabilidad al Inversionista por la coordinación inmediata que deba realizar con la Entidad para la adopción de las acciones legales pertinentes que permitan mantener indemne los derechos de la Entidad sobre los Bienes.*
- iii. *En caso que el Inversionista incumpla su obligación de ejercer las Defensas Posesorias cuando corresponda, se aplicará la Penalidad prevista en el Anexo 3 (Mecanismo de Pago).”*

79. Como se observa, PROINVERSIÓN y el MEF han señalado que, en el marco de los Proyectos de APP, el Concesionario es el encargado de ejercer las Defensas Posesorias Judiciales y Extrajudiciales.

➤ **LECTURA 2: El Concedente es el responsable de la Defensa Posesoría Judicial**

80. Esta interpretación se basa en una lectura de las cláusulas 5.54 y 5.55 del Contrato de Concesión que presume que la obligación del Concedente de ejercer las acciones legales necesarias incluye el ejercicio de la Defensa Posesoría Judicial, desligando así al Concesionario de dicha obligación.
81. Al respecto, considerando lo analizado en los párrafos precedentes, de acuerdo con el marco teórico expuesto, así como el propio Contrato de Concesión, se advierte que la cláusula 5.55 que obliga al Concedente a ejercer las acciones legales, no implica que también deba ejercer la Defensa Posesoría Judicial, en la medida que la intención de las partes a la suscripción del Contrato de Concesión fue otorgar obligaciones distintas a cada una de ellas, lo cual se encuentra respaldado en lo siguiente:
- (i) Si el Concedente ejerce la Defensa Posesoría Judicial como parte del concepto general de acciones legales recogido en la cláusula 5.55 del Contrato de Concesión, se dejaría sin contenido la obligación establecida en el inciso b) de la cláusula 5.54, habiendo carecido de sentido pactarla en el Contrato.
 - (ii) Resulta pertinente la estipulación de cláusulas distintas, en la medida que, si bien, mediante el inciso b) de la cláusula 5.54, el Concesionario ejerce la Defensa Posesoría Judicial, a través de la cláusula 5.55 se obliga al Concedente a entablar todos los demás tipos de acciones legales que correspondan, facultando así al Concesionario a exigir su apoyo, en caso que, luego de haber ejercido las Defensas Posesorias, no se hubiera recuperado la posesión de los bienes.
 - (iii) Coherencia con las demás cláusulas contractuales (5.24 y Anexo X) que respaldan que es obligación del Concesionario ejercer las Defensas Posesorias Judiciales.
82. En ese sentido, no corresponde interpretar las cláusulas 5.54 y 5.55 del Contrato de Concesión de acuerdo con la segunda lectura, esto es, que el Concedente es el responsable de la Defensa Posesoría Judicial.

G. Cuestiones Finales

83. En este punto, estas Gerencias estiman conveniente pronunciarse respecto de lo expuesto por el Concesionario en su Carta CCH-239-19.
84. El Concesionario ha efectuado un análisis respecto de los bienes de la Concesión sobre los cuales serían aplicables las defensas posesorias y cuándo nacería la obligación del Concesionario de ejercer dichas defensas. Al respecto, ninguna de las partes ha alegado la falta de claridad sobre aquellos aspectos, razón por la cual no será materia de análisis en el presente procedimiento de interpretación.
85. Asimismo, el Concesionario sostiene que tendría limitaciones para tomar acciones frente a terceras personas. Sobre el particular, cabe indicar que el Contrato de Concesión constituye título suficiente para que el Concesionario haga valer los derechos que dicho contrato le otorga frente a terceros, lo cual involucra el ejercicio de las Defensas Posesorias (extrajudiciales y judiciales), en atención al derecho para la construcción, conservación, mantenimiento y explotación de los bienes de la Concesión que le han sido otorgados.

86. En cuanto a las acciones legales que debe realizar el Concedente, en el presente informe, se han analizado las obligaciones que corresponden al Concesionario y al Concedente en relación a las cláusulas 5.54 y 5.55 del Contrato de Concesión, concluyéndose que, corresponde al Concesionario el ejercicio de acciones de Defensa Posesoria Judicial y al Concedente el ejercicio de 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 a fin de mantener indemne su derecho sobre los Bienes de la Concesión.
87. Finalmente, no corresponde pronunciarse sobre la entrega del Derecho de Vía al Concesionario, pues no forma parte de la materia de análisis en el presente procedimiento de interpretación.
88. Por lo expuesto, corresponde interpretar las cláusulas 5.54 y 5.55 del Contrato de Concesión de acuerdo con la primera lectura, esto es, que el Concesionario es el responsable del ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial. Esta interpretación hará posible la aplicación de las cláusulas antes citadas, de conformidad con lo señalado en el segundo párrafo del artículo 29²¹ del Reglamento General del OSITRAN.

IV. CONCLUSIONES

89. Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 040-2019-CD-OSITRAN, el Consejo Directivo de OSITRAN dispuso el inicio de oficio del procedimiento de interpretación de las cláusulas 5.54 y 5.55 del Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y operación del Tramo Vial Ovalo Chancay / Dv. Variante Pasamayo - Huaral – Acos, en tanto que se advertían dos posibles lecturas:
- Lectura 1: el Concesionario es el responsable del ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial.
 - Lectura 2: el Concedente es el responsable del ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial.
90. La primera lectura se sustenta en lo establecido en la cláusula 5.54 del Contrato de Concesión, que refiere que las partes pactaron 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 necesarios (inciso b de la cláusula 5.54). Asimismo, implica que (si bien la cláusula 5.55 del Contrato de Concesión establece que, previa coordinación con el Concesionario, el Concedente debe interponer las acciones legales a fin de resguardar sus derechos sobre los bienes de la Concesión) las cláusulas 5.54 y 5.55 establecerían dos (02) obligaciones distintas, la primera a cargo del Concesionario referida al ejercicio de las Defensas Posesorias (extrajudicial y judicial específicamente), y la segunda a cargo del Concedente con relación al ejercicio de las acciones legales como concepto general que no incluiría la Defensa Posesoria Judicial.

²¹ **Reglamento General del OSITRAN**

“Artículo 29.- Interpretación de los Contratos de Concesión

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

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

[El resaltado es nuestro]

91. La segunda lectura se basa en una lectura conjunta de las cláusulas 5.54 y 5.55 del Contrato de Concesión, que presume que la obligación del Concedente de ejercer las acciones legales incluye el ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial, desligando así al Concesionario de dicha obligación.
92. La lectura de las cláusulas 5.54 y 5.55 del Contrato de Concesión han presentado dudas respecto a interpretación, básicamente, en torno a si las acciones legales que debe ejercer el Concedente en virtud de lo establecido en la cláusula 5.55 del Contrato, incluye el ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial reguladas en el inciso b) de la cláusula 5.54; no obstante, conforme a lo desarrollado, se ha advertido que nos encontramos frente a conceptos vinculados pero que no comprenden lo mismo, en la medida que uno de ellos (acciones legales) corresponde a un término general, y el otro (Defensa Posesoria Judicial como acción civil) a una de sus categorías.
93. En atención a lo expuesto, con relación a las cláusulas 5.54 y 5.55, somos de la opinión que la intención de las partes, en 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 5.54 del Contrato de Concesión: establece la obligación del Concesionario de ejercer la Defensa Posesoria Judicial.
 - Cláusula 5.55 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.
94. Lo anterior se encuentra respaldado en lo siguiente:
- (i) Si el Concedente ejerce 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 inciso b) de la cláusula 5.55, habiendo carecido de sentido pactarla en el Contrato.
 - (ii) Resulta pertinente la estipulación de cláusulas distintas, en la medida que, si bien, mediante el inciso b) de la cláusula 5.54, el Concesionario ejerce la Defensa Posesoria Judicial, a través de la cláusula 5.55 se obliga al Concedente a entablar todos los demás tipos de acciones legales que correspondan, facultando así al Concesionario a exigir su apoyo, en caso que, luego de haber ejercido las Defensas Posesorias, no se hubiera recuperado la posesión de los bienes.
 - (iii) Coherencia con las demás estipulaciones contractuales (5.24 y Anexo X) que respaldan que es obligación del Concesionario ejercer las Defensas Posesorias Judiciales.
95. Finalmente, en cuanto a los argumentos expuestos por el Concesionario respecto de las limitaciones que este tendría para tomar acciones frente a terceros, y sobre las acciones legales que correspondería efectuar al Concedente, éstos han sido abordados y explicados a lo largo del presente informe, determinándose que, corresponde al Concesionario efectuar acciones de Defensa Posesoria Judicial (en virtud del Contrato de Concesión como título suficiente para su ejercicio) y al Concedente, las demás acciones legales que resulten pertinentes a fin de mantener indemne su derecho sobre los Bienes de la Concesión.

De otro lado, respecto del análisis de los bienes de la Concesión sobre los cuales serían aplicables las defensas posesorias y el momento en el que nacería la obligación del Concesionario de ejercer dichas defensas, dichos aspectos no serán analizados en el

presente procedimiento de interpretación, debido a que ninguna de las partes ha alegado su falta de claridad.

96. De esta manera, corresponde interpretar la cláusula 5.54 y la cláusula 5.55 del Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y operación del Tramo Vial Ovalo Chancay / Dv. Variante Pasamayo - Huaral – Acos, en el sentido de que el Concesionario es el responsable del ejercicio de la Defensa Posesoría Judicial y que el Concedente es responsable de ejercer todas las demás acciones legales conforme a lo señalado en el numeral 65 del presente documento.

V. RECOMENDACIÓN

97. Se recomienda elevar el presente Informe ante el Consejo Directivo, a fin de que dicho cuerpo colegiado resuelva interpretar las Cláusulas 5.54 y 5.55 del Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y operación del Tramo Vial Ovalo Chancay / Dv. Variante Pasamayo - Huaral – Acos, relacionadas con el ejercicio de las Defensas Posesorias, 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 conjunta de las cláusulas 5.54 y 5.55 del Contrato de Concesión, no era clara en torno a si las “acciones legales” que debe ejercer el Concedente (cláusula 5.55), incluye el ejercicio de la “defensa posesoria judicial” (regulada en el literal b de la cláusula 5.54).

Al respecto, se ha advertido que nos encontramos frente a conceptos vinculados pero que no implican lo mismo, en la medida la frase “acciones legales” corresponde a un término general cuyo ejercicio está asignado al Concedente y, la otra, “Defensa Posesoría 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 operación 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”.

Atentamente,

FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA
Gerente de Supervisión y Fiscalización

HUMBERTO SHEPUT STUCCHI
Gerente de Asesoría Jurídica

NT 2019102600