



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° 0056-2019-CD-OSITRAN


Firmado por:
ZAMBRANO
COPELLO Rosa
Veronica FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 20/12/2019
10:37:05 -0500

Lima, 19 de diciembre de 2019

VISTOS:

El Informe Conjunto N° 00166-2019-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 24 de octubre de 2007, el Estado de la República del Perú (en adelante, “el Concedente”), representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, “el Concedente o MTC”), y la empresa Concesionaria Vial del Sur - COVISUR S.A. (en adelante, “el Concesionario”) suscribieron el Contrato de Concesión del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil Tramo V: Matarani – Azángaro - Ilo (en adelante, “Contrato de Concesión”);

Que, con fecha 9 de julio de 2019, el MTC remitió el Oficio N° 3190-2019-MTC/19 al OSITRAN, adjuntando el Informe N° 1023-2019-MTC/19, mediante el cual solicitó que este Regulador se pronuncie respecto del alcance de las cláusulas 5.53 y 5.54 del Contrato de Concesión, referidas al ejercicio de las Defensas Posesorias, a fin de determinar, en cada caso, a cuál de las partes le corresponde ejercer las Defensas Posesorias Judiciales;

Que, con fecha 7 de agosto de 2019, el Concesionario remitió el Escrito S/N a través de la cual emitió opinión respecto de la solicitud del MTC, señalando, entre otros aspectos, que corresponde al Concedente ejercer las acciones de Defensa Posesoria Judicial;

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 (02) lecturas posibles respecto del contenido de las cláusulas 5.53 y 5.54 de los Contratos de Concesión referidas al ejercicio de las Defensas Posesorias:

- 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.

Que, a través de la Resolución N° 0040-2019-CD-OSITRAN, de fecha 18 de setiembre 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 la Defensa Posesoria Judicial, de conformidad con los fundamentos y conclusiones del Informe Conjunto N° 120-2019-IC-OSITRAN (GSF-GAJ);

Que, con fecha 16 de octubre de 2019 se concedió el uso de la palabra al Concesionario, el cual, a través de sus representantes, procedió a exponer sus argumentos ante el Consejo Directivo;

Visado por: MEJIA CORNEJO
Juan Carlos FIR 08271955 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 20/12/2019 08:06:58 -0500

Visado por: JARAMILLO TARAZONA
Francisco FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 19/12/2019 18:52:08 -0500


Calle Los Negros 192, piso 2
Surquillo - Lima
Central Telefónica: 011 546 9330
www.ositran.pe
Firmado por: SANCHEZ Victor
Adrian FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 19/12/2019 18:29:04 -0500

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA
DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO

Que, con fecha 14 de noviembre de 2019, el Concesionario presentó al OSITRAN la Carta N° 001576-2019-COVISUR, por medio de la cual atendió la solicitud de información contenida en el Oficio N° 9441-2019-GSF-OSITRAN;

Que, mediante Escrito S/N de fecha 21 noviembre de 2019 el Concesionario presentó al OSITRAN información adicional;

Que, mediante Informe Conjunto N° 00166-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF) de fecha 11 de diciembre de 2019, la Gerencia de Asesoría Jurídica y la Gerencia de Supervisión y Fiscalización opinaron que corresponde interpretar la cláusula 5.53 y la cláusula 5.54 del Contrato de Concesión, en el sentido de que el Concesionario es el responsable del ejercicio de la Defensa Posesoria 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 del OSITRAN, Ley N° 26917, otorga al 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 del 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 del 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 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 del 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° 690-2019CD-OSITRAN de fecha 18 de diciembre de 2019, y sobre la base del Informe Conjunto N° 00166-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF);

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Interpretar de oficio las Cláusulas 5.53 y 5.54 del Contrato de Concesión del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil Tramo V: Matarani – Azángaro - Ilo, relacionadas con el ejercicio de las Defensas Posesorias, en el siguiente sentido:

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

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

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

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

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

Artículo 2°.- Notificar la presente Resolución y el Informe Conjunto N° 00166-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de Concedente, así como a la empresa Concesionaria Vial del Sur - COVISUR S.A., en calidad de Concesionario.

Artículo 3°.- Autorizar la difusión de la presente Resolución y del Informe Conjunto N° 00166-2019-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: 2019106568

INFORME CONJUNTO N° 00166-2019-IC-OSITRAN
(GAJ-GSF)

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

Asunto : Interpretación de oficio de las cláusulas 5.53 y 5.54 del Contrato de Concesión del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil, Tramo 5: Matarani – Azángaro – Ilo.

Referencias : a) Oficio N° 3190-2019-MTC/19 recibido el 09.07.2019
b) Informe N° 1023-2019-MTC/19 de fecha 08.07.2019
c) Escrito S/N recibido el 07.08.2019
d) Resolución de Consejo Directivo N° 0040-2019-CD-OSITRAN

Fecha : 11 de diciembre de 2019

 Firmado por:
SHEPUT STUCCHI
Humberto Luis FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma
Digital
Fecha: 12/12/2019
18:02:59 -0500

 Firmado por:
JARAMILLO
TARAZONA
Francisco FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 13/12/2019
11:27:55 -0500

I. OBJETO

1. El presente informe tiene por objeto emitir opinión sobre la interpretación de las cláusulas 5.53 y 5.54 del Contrato de Concesión del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil, Tramo 5: Matarani – Azángaro – Ilo, referidas al ejercicio de las Defensas Posesorias Judiciales¹.

II. ANTECEDENTES

2. El 24 de octubre del 2007, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, el Concedente) y la empresa Concesionaria Vial del Sur S.A. (en adelante, el Concesionario) suscribieron el Contrato de Concesión del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil, Tramo 5: Matarani – Azángaro – Ilo (en adelante, el Contrato de Concesión).
3. El 9 de julio de 2019, el MTC remitió el Oficio N° 3190-2019-MTC/19 al Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte (en adelante, OSITRAN), adjuntando el Informe N° 1023-2019-MTC/19, mediante el cual solicitó que el Regulador se pronuncie respecto del alcance de las cláusulas 5.53 y 5.54 del Contrato de Concesión, referidas al ejercicio de las Defensas Posesorias, a fin de determinar a cuál de las partes le corresponde ejercer las Defensas Posesorias Judiciales.
4. El 16 de julio de 2019, a través del Oficio N° 6243-2019-GSF-OSITRAN dirigido al Concesionario, el OSITRAN le trasladó copia del Oficio N° 3190-2019-MTC/19 y el Informe N° 1023-2019-MTC/19, a fin de que, en el plazo de quince (15) días hábiles, emita su opinión respecto de lo solicitado por el Concedente.
5. El 7 de agosto de 2019, el Concesionario presentó el Escrito S/N, que contiene su posición respecto de la solicitud del MTC, solicitando al Consejo Directivo de OSITRAN declarar que corresponde al Concedente ejercer las acciones de Defensa Posesoria Judicial.
6. El 16 de agosto del 2019, el Concesionario presentó el Escrito S/N en la cual solicitó el uso de la palabra a fin de exponer sus argumentos.

Visado por: HERNANDEZ CHANDUVI
Jorge Luis FIR 09901102 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 12/12/2019 18:51:36 -0500

Visado por: HUANQUI VALCARCEL
Patricia Fatima (FIR40814279)
Motivo: Firma Digital
Fecha: 12/12/2019 18:51:00 -0500

Visado por: TORRES MARQUEZ
Rolando Roque FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 12/12/2019 18:49:23 -0500

Visado por: CIEZA MONTENEGRO
Dante FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 12/12/2019 18:42:46 -0500

Visado por: VEGA VASQUEZ John
Albert FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 12/12/2019 18:34:24 -0500

Visado por: RODRIGUEZ MARTINEZ
Antonio Michael FIR 09461356 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 12/12/2019 17:28:15 -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 17:04:24 -0500

7. Mediante Informe Conjunto N° 120-2019-IC-OSITRAN (GSF-GAJ) de fecha 11 de septiembre de 2019, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización y la Gerencia de Asesoría Jurídica del OSITRAN identificaron dos lecturas posibles respecto del contenido de las cláusulas 5.53 y 5.54 del Contrato de Concesión, a saber:
- **Lectura 1:** el Concesionario es el responsable del ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial.
 - **Lectura 2:** el Concedente es el responsable del ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial.
8. El 18 de septiembre de 2019, mediante Resolución N° 0040-2019-CD-OSITRAN, el Consejo Directivo resolvió disponer el inicio de oficio del procedimiento de interpretación de las cláusulas 5.37 y 5.38 del Contrato de Concesión del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil, Tramo 5: Matarani – Azángaro – Ilo.
9. La resolución mencionada en el numeral anterior fue notificada el 24 de setiembre de 2019 al Concedente y al Concesionario, a través de los Oficios N° 0162-2019-SCD-OSITRAN y N° 0167-2019-SCD-OSITRAN, respectivamente.
10. El 16 de octubre del 2019, el Concesionario ejerció uso de la palabra ante el Consejo Directivo.
11. El 21 de octubre de 2019, el Concesionario presentó Escrito S/N mediante el cual adjuntó la presentación impresa que fue utilizada en la audiencia de uso de la palabra.
12. Mediante el Oficio N° 9440-2019-GSF-OSITRAN, de fecha 22 de octubre de 2019, el OSITRAN solicitó al Concedente que indicara lo siguiente:
- “a) El número de casos de usurpación o actividades incompatibles con el buen uso del área de la Concesión por parte de terceros que hayan sido comunicados, a la fecha, al Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) por parte de la empresa Concesionaria Vial del Sur S.A.; y,*
- b) Informe si su representada, en los casos antes indicados, ha ejercido las defensas posesorias judiciales u otras acciones legales a fin de mantener indemne el derecho del Concedente sobre los bienes de las Concesiones cuyos adjudicatarios son las empresas Concesionarias antes indicadas.”*
13. Mediante Oficio N° 9441-2019-GSF-OSITRAN, de fecha 22 de octubre de 2019, OSITRAN solicitó al Concesionario que indicara lo siguiente:
- “a) El número de casos de usurpación o actividades incompatibles con el buen uso del área de la Concesión por parte de terceros que hayan sido comunicados, a la fecha, al Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) por parte de la empresa Concesionaria Vial del Sur S.A.; y,*
- b) Informe si su representada, en los casos antes indicados, ha ejercido las defensas posesorias judiciales u otras acciones legales a fin de mantener indemne el derecho del Concedente sobre los bienes de las Concesiones cuyos adjudicatarios son las empresas Concesionarias antes indicadas.”*
14. Mediante Carta N° 001550-2019-COVISUR de fecha 07 de noviembre del 2019, el Concesionario solicitó un plazo adicional de 10 (diez) días hábiles para atender el requerimiento de información adicional formulado por OSITRAN mediante Oficio N° 9441-2019-GSF-OSITRAN
15. Mediante Oficio N° 10066-2019-GSF-OSITRAN, notificado con fecha 12 de noviembre de 2019, OSITRAN otorgó una ampliación de cinco días hábiles al Concesionario para que cumpla con lo solicitado.

16. El 14 de noviembre de 2019, el Concesionario a través de la Carta N° 001576-2019-COVISUR, presentó documentación a fin de que el Regulador las tenga en cuenta al momento de resolver.
17. El 21 de noviembre del 2019, mediante Escrito S/N, el Concesionario puso en conocimiento del Consejo Directivo información adicional.

III. ANÁLISIS

18. 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

19. 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.
20. 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.
21. 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.

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.

B. Principios legales y mecanismos de interpretación contractual

22. Por Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN de fecha 17 de noviembre de 2004, el Consejo Directivo de 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.
23. 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.
24. 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 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.
25. 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.
26. 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.
27. 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*

⁴ BARCHI VELAOCHAGA, 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.

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

28. 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.
29. 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.
30. Acorde con lo anterior, se procederá a determinar el alcance o sentido de las cláusulas 5.53 y 5.54 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

31. Las cláusulas 5.53 y 5.54 del Contrato de Concesión, cuya interpretación es materia de análisis, establecen lo siguiente:

“SECCION V: REGIMEN DE BIENES

(...)

Defensas Posesorias

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

- a) Defensa posesoria extrajudicial, utilizada para repeler la fuerza que se emplee contra el CONCESIONARIO y poder recobrar el bien, sin intervalo de tiempo, si fuere desposeída, pero absteniéndose siempre del empleo de vías de hecho no justificadas por las circunstancias.*
- b) Defensa posesoria judicial, que el CONCESIONARIO deberá ejercitar, en caso que recaiga sobre la Concesión cualquier afectación, desposesión, ocupación, usurpación, etc., comunicar al REGULADOR dichos hechos y hacer uso de los mecanismos y recursos judiciales que le permitan mantener indemne el derecho del CONCEDENTE sobre los Bienes de la Concesión.*

5.54. El ejercicio de las defensas antes descritas no exime de responsabilidad al CONCESIONARIO, el cual, ante un supuesto como los descritos en el párrafo precedente, deberá coordinar inmediatamente con el CONCEDENTE la interposición de las acciones legales que éste último deberá entablar a fin de mantener indemne el derecho del

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

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.”

D. Posición de las partes

D.1 Posición del Concedente

32. 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 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.
33. 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.
34. 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.
35. Al respecto, la Procuraduría Pública del MTC indicó que, de la cláusula 5.38 se desprendería 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.
36. 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.
37. 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.

D.2 Posición del Concesionario

38. Mediante escrito S/N de fecha 07 de agosto del 2019, el Concesionario remitió su posición sobre el pedido de interpretación del Concedente señalando, entre otros aspectos, lo siguiente:
- (i) Corresponde al Concedente entablar las acciones de defensa posesoria judicial, lo que ha sido de su entendimiento en los años precedentes.
 - (ii) La defensa posesoria judicial de los Bienes de la Concesión se encuentra sujeta a que el Concesionario deba coordinar con el Concedente, a fin de que sea éste, y no el Concesionario, quien entable las acciones legales correspondientes.
 - (iii) De una comparación de la regulación de las defensas posesorias en otros contratos de concesión como el de la Red Vial N° 6 y la Longitudinal de la Sierra Tramo 2, queda claro que hay una obligación de ejercer la defensa posesoria judicial que recae sobre el Concedente.
 - (iv) Existen diversas normas -tales como la Ley 30327; el Reglamento Nacional de Gestión de la Infraestructura Vial; el Manual de Operaciones y Funciones de PROVIAS Nacional; y el Reglamento de Organización y Funciones del MTC- que reconocen y otorgan facultades al Estado Peruano, a través de sus entidades y órganos competentes, para ejercer acciones de defensa posesoria, lo que comprende a las acciones de defensa posesoria judicial.
 - (v) La posición del concesionario ha sido compartida por el MTC a través de distintos documentos externos e internos.
 - (vi) El Concedente cuenta con legitimidad sustantiva y procesal para actuar judicialmente en defensa del Derecho de Vía concesionado.
39. Asimismo, en su informe oral y en relación con la interpretación de las cláusulas que regulan las Defensas Posesorias, el Concesionario reafirmó los argumentos expuestos en su escrito de fecha 07 de agosto del 2019 y enfatizó que el Concedente cuenta con legitimidad sustantiva y procesal para actuar judicialmente en defensa del Derecho de Vía concesionado.
40. En su Carta N° 001576-2019-COVISUR recibida el 14 de noviembre, en atención a la solicitud efectuada por el OSITRAN, el Concesionario adjuntó un cuadro conteniendo el número de afectaciones registradas hasta el mes de setiembre del 2019, y que totaliza un total de 485 afectaciones, así como la documentación que la sustenta. Adicionalmente, señaló que, en los casos en que se ha considerado necesarias acciones de defensa posesoria judicial, el Concesionario procedió a coordinar con el Concedente la interposición de las acciones legales que le corresponde entablar a éste último, para lo cual adjuntó la documentación de sustento correspondiente.
41. Finalmente, en su escrito s/n de fecha 21 de noviembre del 2019, el Concesionario alcanzó documentación adicional que, a su criterio, reflejarían que el Concedente compartiría plenamente la posición del Concesionario con relación a que es el Concedente el responsable de las acciones de defensa posesoria judicial.

E. Marco Conceptual

42. Para evaluar las disposiciones contractuales materia de interpretación, esto es, las cláusulas 5.53 y 5.54 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.

43. En ese sentido, considerando la naturaleza de las obligaciones contenidas en las cláusulas 5.53 y 5.54 del Contrato de Concesión y los argumentos expuestos en la posición del Concesionario, 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

44. 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.
45. 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]

46. 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.
47. 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.

⁶ Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales.

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.”

48. 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
49. 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.
50. 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 (IIRSA Sur Tramo 5). En virtud de aquel Contrato, se han generado para el concesionario a su vez, derechos y obligaciones referidas a los bienes demaniales.
51. 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.
52. 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

53. 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, servicios vinculados a infraestructura pública y servicios públicos, investigación aplicada, y/o innovación tecnológica; distribuyéndose los riesgos y recursos entre las partes.
54. 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

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

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]

55. Como se puede apreciar, los Contratos que se celebran para desarrollar un proyecto de APP constituyen título suficiente para que, el inversionista pueda hacer valer los derechos que dicho instrumento le otorga, en 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.
56. 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]

57. Cabe indicar que, a la fecha de suscripción del presente Contrato de Concesión (IIRSA Sur Tramo 5), 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 (en adelante, el TUO de Concesiones), 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]

58. 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

59. Conforme lo establece la cláusula 5.53 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 1.6 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 la 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, drenaje, muros de contención, señalización, veredas, puentes, unidades de peaje y sistemas 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 estará identificada por el CONCEDENTE a la Fecha de Suscripción del Contrato.”

[El subrayado es nuestro]

60. 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 920°.- 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 950° de este Código.

Defensa posesoria judicial

Artículo 921°.- 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.”

61. Como se observa, nuestra Legislación regula el ejercicio de dos (02) clases de Defensas Posesorias, las cuales tienen los siguientes alcances:
- La Defensa Posesoria 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 Posesoria Judicial, que faculta al poseedor a utilizar las acciones posesorias e interdictos a fin de mantener a salvo su derecho.
62. En el presente caso, no existe claridad en la interpretación del literal b) de la cláusula 5.53 y de la cláusula 5.54 del Contrato de Concesión, en torno al ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial, debido a que el Concesionario sostiene que corresponde al Concedente ejercerla, y este señala que el Concesionario es el encargado de efectuarla.
63. Sobre el particular, como se advierte del artículo 921 del Código Civil, la Defensa Posesoria 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 Posesoria.

F. Evaluación de las lecturas de las estipulaciones contractuales

64. 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 5.53 y 5.54 del Contrato de Concesión:

- 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.

65. 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 Posesoria Judicial

66. La primera lectura que hace al Concesionario responsable del ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial supone que, de la lectura de las cláusulas 5.53 y 5.54 del Contrato de Concesión, se advertiría el establecimiento de dos obligaciones distintas, la primera a cargo del Concesionario referida al ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial, y la 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.

67. Al respecto, de acuerdo con el Contrato de Concesión, las cláusulas 5.53 y 5.54 establecen lo siguiente:

“Defensas Posesorias

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

- a) Defensa posesoria extrajudicial, utilizada para repeler la fuerza que se emplee contra el CONCESIONARIO y poder recobrar el bien, sin intervalo de tiempo, si fuere desposeída, pero absteniéndose siempre del empleo de vías de hecho no justificadas por las circunstancias.*
- b) Defensa posesoria judicial, que el CONCESIONARIO deberá ejercitar, en caso que recaiga sobre la Concesión cualquier afectación, desposesión, ocupación, usurpación, etc., comunicar al REGULADOR dichos hechos y hacer uso de los mecanismos y recursos judiciales que le permitan mantener indemne el derecho del CONCEDENTE sobre los Bienes de la Concesión.*

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

[El subrayado agregado es nuestro]

68. 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.
69. 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.
70. 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 Posesoria 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, dicho obligación incluiría el ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial.
71. 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 5.54 del Contrato, incluye el ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial reguladas en el inciso b) de la cláusula 5.53, 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 interdictos⁹ 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 jurisdiccional*”¹⁰ y también a las acciones legales previas, como el caso de la denuncia o Carta Notarial, cuya validez encuentra respaldo en la Ley.
72. 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, corresponde a una de las categorías de la primera.
73. En ese sentido, podría entenderse que, como indica el Concesionario, mediante la cláusula 5.54 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.
74. No obstante, considerando el propio Contrato de Concesión, se advierte lo siguiente:

⁹ 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 mueble inscritos, siempre que no sea 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 si 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.

¹⁰ MARTEL CHANG, Rolando Alfonso, *Acerca de la necesidad de legislar sobre las medidas autosatisfactivas en el derecho civil*, UNMSM, Lima.

(i) Se vacía de contenido lo estipulado en el inciso b) de la cláusula 5.53

El inciso b) de la cláusula 5.53 del Contrato de Concesión, establece expresamente que “5.53. El CONCESIONARIO tiene la obligación de ejercitar 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., 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.”

Como se puede apreciar, mediante el inciso b) de la cláusula 5.53 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 5.53 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 5.53, debido a que la cláusula 5.54 (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, una que conduce a privar de efectos al negocio jurídico o la cláusula; y otra que permite producirlos, debe optarse por esta última.¹¹

En ese sentido, no es posible recoger dicha lectura, pues nos lleva a un supuesto en el que el inciso b) de la cláusula 5.53 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 5.54 del Contrato de Concesión, implicaría dejar sin efecto la obligación contenida en el inciso b) de la cláusula 5.53, lo cual no puede realizarse mediante un procedimiento de interpretación contractual¹², 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 5.54, en la medida que el

¹¹ 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”

¹² 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 (...)

Concedente ya no tendría acciones legales que entablar a fin de salvaguardar los bienes de la Concesión.

Al respecto, tal como lo señalamos precedentemente¹³, 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 5.53 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 5.54 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 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 5.54 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 APLICABLES DEL CONTRATO

Tabla N° 2: Penalidades referidas a la Sección V del Contrato: Régimen de Bienes (Numerales 5.1 a 5.54)

Cláusula Contrato	Monto (US\$)	Descripción de penalidad	Criterio de Aplicación
5.17	1.000	Atraso en la reposición de los Bienes reversibles sobre el plazo máximo indicado	Cada día de atraso
5.38 y 5.53	8.000	No ejercer la defensa posesoria	Cada vez

¹³ Ver párrafo 71 del presente Informe

Como se aprecia, en el Contrato de Concesión, las partes han establecido como penalidad referida a la Sección V del Contrato “Régimen de Bienes (numeral 5.1 a 5.54)”: “*no ejercer la defensa posesoria*”.

De la lectura del Anexo X del Contrato de Concesión, se verifica que la obligación de ejercer la Defensa Posesoria contenida en la cláusula 5.53 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 5.53, 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, en un acto único, los Bienes Reversibles, los mismos que 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 I del Contrato y las indicaciones que haya efectuado el REGULADOR de conformidad con las normas sobre la materia¹⁴.

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, 5.53 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 5.53 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 5.53 y 5.54,

¹⁴ 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 I del Contrato y las indicaciones que haya efectuado el REGULADOR de conformidad con las normas sobre la materia.

(...)

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).

75. En atención a lo desarrollado, se advierte que la cláusula 5.54 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 5.53 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.
76. 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 la obligación de entablar las Defensas Posesorias Judiciales en estricta aplicación de lo acordado en la cláusula 5.53 del Contrato de Concesión.
77. Asimismo, si bien, de acuerdo con lo señalado en el artículo 41 del Reglamento del Sistema Nacional de Bienes Estatales¹⁵, 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.
78. 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.

¹⁵ 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, 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.

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."

79. Si bien, a la fecha de suscripción del presente Contrato de Concesión (IIRSA Sur Tramo 5), se encontraba vigente el 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 en 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.
80. 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.
81. En el presente caso, lo que legitima al Concesionario a ejercer las Defensas Posesorias no es ostentar el derecho de posesión¹⁶; 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.
82. En ese sentido, si el Contrato de Concesión celebrado entre el MTC y la empresa Concesionaria Vial del Sur S.A., establece expresamente que “*El CONCESIONARIO tiene la obligación de ejercitar las siguientes modalidades de defensa posesoria: a) Defensa Posesoria Extrajudicial (...) b) Defensa Posesoria Judicial*”¹⁷, 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.
83. 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 – Privada”¹⁸ 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

¹⁶ Artículo 21.2 del D.L. 1362 y el artículo 13 del TUO de Concesiones.

¹⁷ Cláusula 5.53 del Contrato de Concesión

¹⁸ “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 Posesoria 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).”*

las actuaciones que resulten necesarias para efectos de ejercer plenamente la Defensa Posesoria 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.

84. 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”*.
85. 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 Posesoria Judicial**

86. Esta interpretación se basa en una lectura de las cláusulas 5.53 y 5.54 del Contrato de Concesión que presume que la obligación del Concedente de ejercer las acciones legales necesarias incluye el ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial, desligando así al Concesionario de dicha obligación.
87. 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 5.54 que obliga al Concedente a ejercer las acciones legales, no implica que también deba ejercer la Defensa Posesoria 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 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 5.53, habiendo carecido de sentido pactarla en el Contrato.
 - (ii) Resulta pertinente la estipulación de cláusulas distintas, en la medida que, si bien, mediante el inciso b) de la cláusula 5.53, el Concesionario ejerce la Defensa Posesoria Judicial, a través de la cláusula 5.54 se obliga al Concedente a entablar todos los demás tipos de acciones legales que correspondan, facultando así al Concesionario a exigir su apoyo, en caso que, luego de haber ejercido las Defensas Posesorias, no se hubiera recuperado la posesión de los bienes.
 - (iii) Coherencia con las demás cláusulas contractuales (5.24, 5.53 y Anexo X) que respaldan que es obligación del Concesionario ejercer las Defensas Posesorias Judiciales.
88. En consecuencia, no corresponde interpretar las cláusulas 5.53 y 5.54 del Contrato de Concesión de acuerdo con la segunda lectura, esto es, que el Concedente es el responsable de la Defensa Posesoria Judicial.

G. Cuestiones Finales

89. En este punto, estas Gerencias estiman conveniente pronunciarse respecto de lo expuesto por el Concesionario en el ejercicio del uso de la palabra concedido por el Consejo Directivo, así como, de la documentación adicional presentada mediante la Carta N° 001576-2019-COVISUR y su escrito s/n de fecha 21 de noviembre de 2019.

90. El Concesionario señala que, del análisis comparativo entre las cláusulas referidas a las Defensas Posesorias de otros contratos de concesión (como “Longitudinal de la Sierra Tramo 2” y “Red Vial 6”) y el Contrato de Concesión de “Canchaque”; se deduce que en estos, corresponde al Concedente y no al Concesionario, el ejercicio de las acciones de Defensa Posesoria Judicial.

Al respecto, se observa que los Contratos de Concesión: “Longitudinal de la Sierra Tramo 2” y “Red Vial 6” no han sido materia del presente procedimiento de interpretación, por lo que no es posible pronunciarse o emitir opinión respecto del alcance o significado de sus cláusulas referidas a las Defensas Posesorias. En el caso del Contrato de Concesión de “Canchaque”, es materia de otro procedimiento de interpretación, por lo que no corresponde ser analizado en el presente informe, el cual analiza la interpretación de las cláusulas 5.53 y 5.54 del Contrato de Concesión del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil, Tramo 5: Matarani – Azángaro – Ilo.

91. Otro argumento expuesto por el Concesionario, está referido al marco normativo que tendría el Concedente para ejercer acciones de Defensa Posesoria Judicial.

Al respecto, es preciso indicar que existen disposiciones normativas para la protección y defensa de los bienes estatales, así como para la preservación del Derecho de Vía; las cuales habilitan al Concedente a ejercitar diversas acciones legales para dicho fin; sin embargo, el marco legal permite al Estado, transferir las actividades de construcción, conservación, mantenimiento y explotación de sus bienes a través de Contratos de Concesión, otorgando al Inversionista los derechos y obligaciones que están regulados en el mismo, como es el caso, del ejercicio de las Defensas Posesorias.

92. De otro lado, si bien el Concesionario ha señalado que, de acuerdo con lo establecido en el párrafo 28.1 del artículo 28 de la Ley N° 30327¹⁹, es obligación del Estado asistir a los Concesionarios en mantener las condiciones adecuadas de las áreas del derecho de vía, se debe tener presente que de la lectura del párrafo 28.2 de la referida Ley, se advierte que dicha medida se da en el marco de la aplicación del artículo 920 del Código Civil, el cual -como se advirtió en el presente informe- regula la defensa posesoria extrajudicial, la cual no es materia de interpretación en el presente procedimiento.
93. Asimismo, respecto a lo alegado por el Concesionario en cuanto a la legitimidad para obrar que ostenta el Concedente como titular de los bienes que conforman la concesión, es claro que el Estado es el titular de la infraestructura vial, y que por ser ésta un bien de dominio público, no es posible su enajenación; es decir que, mediante la suscripción del Contrato de Concesión, no hubo una transferencia de la titularidad de la infraestructura que forma parte del Tramo de la Concesión, por ello, como lo afirma el Concesionario, el Estado tiene legitimidad para interponer diversas acciones legales en relación con sus bienes.

Lo afirmado no enerva la obligación del Concesionario de ejercer las acciones de Defensa Posesoria Judicial en virtud de lo dispuesto en el Contrato de Concesión, dado

¹⁹ Ley 30327, Ley de Promoción de las Inversiones para el Crecimiento Económico y el Desarrollo Sostenible

“CAPÍTULO II

PROTECCIÓN DE DERECHOS DE VÍA Y LOCALIZACIÓN DE ÁREA

Artículo 28. Protección de derechos de vía y localización de área

28.1 Declárese de interés nacional la protección de los derechos de vía y localización de área otorgados para proyectos de inversión, siendo obligación del Estado asistir al concesionario en mantener las condiciones adecuadas de dichas áreas.

28.2 En caso de que las personas naturales o jurídicas que mediante cualquier acto, uso o disposición de las áreas impidan a los concesionarios el ejercicio del derecho de vía otorgado por el sector correspondiente o invadan la localización de área, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 920 del Código Civil.

(...)

que en este instrumento se han consignado derechos y obligaciones entre las partes. Asimismo, tal como se ha fundamentado en los párrafos anteriores, el Contrato de Concesión constituye título suficiente para salvaguardar el Derecho del Concesionario para la construcción, conservación, mantenimiento y explotación de los bienes de la Concesión.

94. Ahora bien, de la revisión de los documentos remitidos por el Concesionario en su Carta N° 001576-2019-COVISUR de fecha 14 de noviembre del 2019 se ha verificado lo siguiente:

- Con relación al 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, se aprecia que, en efecto, el Concesionario ha cumplido con identificar la existencia de perturbaciones al espacio correspondiente al Derecho de Vía desde el año 2012 al año 2019.
- Con relación al ejercicio de defensas posesorias judiciales por parte del Concesionario u otras acciones legales a fin de mantener indemne el derecho del Concedente, de la documentación alcanzada se advierte que el Concesionario ha solicitado al Concedente, en diversas oportunidades, que entable las acciones legales pertinentes frente a una afectación al Derecho de Vía. Sin embargo, de la documentación alcanzada también se observa que, en los casos en los que el MTC se ha pronunciado sobre el particular²⁰, el Concedente se ha referido de forma genérica a la adopción de “acciones legales”, lo que no constituye -en atención al desarrollo del presente informe- la adopción de defensas posesorias judiciales.
- Sin perjuicio de lo anterior, es preciso indicar que por medio de los memorandos N° 2570-2016-MTC/07 y N° 2631-2016-MTC/07, de fechas 05 y 06 de mayo de 2016, respectivamente, la Procuraduría Pública del MTC solicitó a la Dirección General de Concesiones en Transporte determinada información a fin de poder implementar las acciones de defensa posesoria teniendo en consideración lo establecido en el artículo 66° de la Ley 30230²¹.

Al respecto, debemos mencionar que el artículo 66 de la Ley 30230 se encuentra inserto en el Capítulo VII referido a las disposiciones para la recuperación extrajudicial de la propiedad estatal, lo que es un ámbito distinto a la materia de la presente interpretación. En consecuencia, lo alegado por el Concesionario carece de sustento para el objeto del presente procedimiento.

95. Lo anteriormente señalado refleja que, contrariamente a lo sostenido por el Concesionario en su escrito de fecha 07 de agosto del 2019, el Concedente no ha compartido la posición del Concesionario, toda vez que se ha referido a las acciones legales correspondientes y no a las defensas posesorias judiciales.

²⁰ A continuación, el detalle de los documentos cursados del Concedente al Concesionario:

- Oficio N° 2730-2016-MTC/25, de fecha 07 de julio del 2016, por medio del cual el Director General de Concesiones en Transportes solicitó al Concesionario determinada información a efectos de atender la solicitud de acciones legales.
- Oficio N° 2495-2016-MTC/25 de fecha 23 de junio del 2016, por medio del cual el Director General de Concesiones en Transportes solicitó al Concesionario determinada información a efectos de atender la solicitud de acciones legales.
- Oficio N° 4624-2017-MTC/25, por medio del cual la Directora General de Concesiones en Transportes solicitó al Concesionario un informe respecto de la situación actual de la afectación al derecho de vía de la zona ubicada a la altura de las progresivas Km. 43+250 y Km. 45+150 del Sector 03: Dv. Arequipa – Yura, a efectos de iniciar las acciones legales correspondientes.

²¹ Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país.

96. En este punto, es preciso añadir que en el uso de la palabra llevado a cabo el 16 de octubre de 2019, el Concesionario citó el Memorando N° 278-2013-MTC/25, de la Dirección General de Concesiones de Transportes a la Procuraduría Pública del MTC con ocasión de invasiones al Derecho de Vía del Tramo 2: Urcos - Inambari. En dicho Memorando, el MTC señaló expresamente lo siguiente:

“(…)

Al respecto, e acuerdo a lo establecido en las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión, se establece que el Concesionario tiene la obligación de ejecutar una defensa posesoria extrajudicial, así como una defensa posesoria judicial. No obstante, el ejercicio de éstas no lo exime de responsabilidad, por lo cual debe coordinar con el Concedente la interposición de las acciones legales que éste último deberá entablar.

“(…)”

[El subrayado es nuestro]

97. Como puede observarse, la posición del Concedente en el año 2013 respecto al ejercicio de las Defensas Posesorias Judiciales es distinta a lo que ha sostenido el Concesionario, en tanto que para el MTC prevalece la lectura que la Defensa Posesoria Judicial es ejercida por el Concesionario.
98. Adicionalmente, de la revisión de los documentos emitidos por el Concedente que fueron citados por el Concesionario en su escrito de fecha 21 de noviembre del 2019²², se aprecia que los mismos también se refieren de forma genérica a “acciones legales”, no habiéndose encontrado que durante el transcurso de la Concesión, el Concedente hubiera ejercido la Defensa Posesoria Judicial de los bienes de la Concesión.
99. Por lo expuesto, corresponde interpretar las cláusulas 5.53 y 5.54 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 29²³ del Reglamento General del OSITRAN.

²² A continuación, el detalle de los documentos cursados del Concedente al Concesionario:

- Oficio N° 0052-2011-MTC/07 de fecha 04 de enero del 2011, por medio del cual el Procurador Público del MTC solicitó al Concesionario designe un funcionario que participe en las acciones legales que se interpondrían en caso que la empresa Activaciones y Servicios S.A. no haya cumplido con retirar un panel publicitario que habría instalado en la progresiva Km. 32+475
- Oficio N° 2790-2014-MTC/07 de fecha 08 de mayo del 2014, por medio del cual el Procurador Público del MTC solicitó al Concesionario un Informe Técnico a fin de implementar las acciones legales correspondientes respecto a las afectaciones a la Concesión.
- Oficio N° 4497-2017-MTC/25 de fecha 27 de octubre del 2017 por medio del cual la Directora General de Concesiones en Transportes solicitó al Concesionario la remisión de un informe respecto a la situación actual de la afectación al derecho de vía de la zona ubicada en la progresiva Km. 22+900 y 23+300 en la Dv. Puno – Pte. Gallatini a fin de iniciar las acciones legales correspondientes.
- Oficio N° 4627-2017-MTC/25 de fecha 03 de noviembre del 2017, por medio del cual la Directora General de Concesiones en Transportes del MTC solicitó al Concesionario un Informe respecto de la situación actual de la afectación al derecho de vía de la zona ubicada a la altura de las progresivas Km. 43+250 Km. Y 36+500 del Sector 03: Dv. Arequipa – Yura, correspondiente al Tramo N°5 del Corredor Vial Interoceánico Sur – Perú – Brasil, a fin de que inicie las acciones legales correspondientes.
- Oficio N° 3809-2018-MTC/25 de fecha 27 de agosto de 2018, por medio del cual el Director General de Concesiones en Transportes solicitó al Concesionario la elaboración de un informe actualizado respecto de la afectación al derecho de vía en las progresivas Km. 164+980, Km 164+695 y Km. 164+940 en la zona del sector Imata – Santa Lucía a efectos de evaluar la necesidad de iniciar las acciones legales correspondientes.
- Oficio N° 3918-2018-MTC/25 de fecha 05 de setiembre de 2018, por medio del cual el Director General de Concesiones en Transportes solicitó al Concesionario un Informe actualizado respecto de la afectación al derecho de vía en la progresiva Km. 20+300, sector 14 Puno – Juliaca, a efectos de evaluar la necesidad de iniciar las acciones legales correspondientes.

²³ 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

IV. CONCLUSIONES

100. Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 040-2019-CD-OSITRAN, el Consejo Directivo del OSITRAN dispuso el inicio de oficio del procedimiento de interpretación de las cláusulas 5.53 y 5.54 del Contrato de Concesión del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil, Tramo 5: Matarani – Azángaro – Ilo, 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.
101. La primera lectura se sustenta en lo establecido en la cláusula 5.53 del Contrato de Concesión, que refiere que las partes pactaron que el Concesionario es quien tiene la obligación de ejercitar las dos (02) 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 5.53). Asimismo, implica que (si bien la cláusula 5.54 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 5.53 y 5.54 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.
102. La segunda lectura se basa en una lectura conjunta de las cláusulas 5.53 y 5.54 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.
103. La lectura de las cláusulas 5.53 y 5.54 del Contrato de Concesión han presentado dudas respecto a su interpretación, básicamente, en torno a si las acciones legales que debe ejercer el Concedente en virtud de lo establecido en la cláusula 5.54 del Contrato, incluye el ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial reguladas en el inciso b) de la cláusula 5.53; 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.
104. En atención a lo expuesto, con relación a las cláusulas 5.53 y 5.54, 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 5.53 del Contrato de Concesión: establece la obligación del Concesionario de ejercer la Defensa Posesoria Judicial.

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."

[La negrilla es nuestra]

- 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.

105. 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 5.53, habiendo carecido de sentido pactarla en el Contrato.
- (ii) Resulta pertinente la estipulación de cláusulas distintas, en la medida que, si bien, mediante el inciso b) de la cláusula 5.53, el Concesionario ejerce la Defensa Posesoria Judicial, a través de la cláusula 5.54 se obliga al Concedente a entablar todos los demás tipos de acciones legales que correspondan, facultando así al Concesionario a exigir su apoyo, en caso que, luego de haber ejercido las Defensas Posesorias, no se hubiera recuperado la posesión de los bienes.
- (iii) Coherencia con las demás estipulaciones contractuales (5.24 y Anexo X) que respaldan que es obligación del Concesionario ejercer las Defensas Posesorias Judiciales.

106. Respecto de los argumentos expuestos por el Concesionario, se señala lo siguiente:

- El marco legal permite al Estado transferir actividades a efectos de otorgar al sector privado derechos y obligaciones por medio de un Contrato de Concesión, como en el caso de las Defensas Posesorias.
- El marco normativo invocado por el Concesionario (Leyes 30327 y 30230) está referido a la Defensas Posesorias Extrajudiciales.
- Si bien el Estado tiene legitimidad para interponer acciones legales con relación a sus bienes, ello no impide que el Concesionario cumpla con las obligaciones asumidas en el Contrato de Concesión, como ejercitar la Defensa Posesoria Judicial, toda vez que, en virtud del Contrato de Concesión, se otorgan al Inversionista los derechos y obligaciones en él regulados.
- De la documentación revisada, se aprecia que, en la oportunidad en que el Concedente ha efectuado coordinaciones con el Concesionario con la finalidad de hacer frente a las afectaciones al Derecho de Vía, en ningún caso ha generado la expectativa de que ejercitaría las Defensas Posesorias Judiciales. Por el contrario, se ha referido de manera genérica a la adopción de “acciones legales”.

107. De esta manera, corresponde interpretar la cláusula 5.53 y la cláusula 5.54 del Contrato de Concesión del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil, Tramo 5: Matarani – Azángaro – Ilo, en el sentido de que el Concesionario es el responsable del ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial y que el Concedente es responsable de ejercer todas las demás acciones legales conforme a lo señalado en el numeral 71 del presente documento.

V. RECOMENDACIÓN

108. Se recomienda elevar el presente Informe ante el Consejo Directivo, a fin de que dicho cuerpo colegiado resuelva interpretar las Cláusulas 5.53 y 5.54 del Contrato de Concesión del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil, Tramo 5: Matarani – Azángaro – Ilo, relacionadas con el ejercicio de las Defensas Posesorias 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 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 artículo 21.1 del D.L. 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 otorga, 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”.

Atentamente,

FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA
Gerente de Supervisión y Fiscalización

HUMBERTO SHEPUT STUCCHI
Gerente de Asesoría Jurídica

NT 2019102610