



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° 0058-2019-CD-OSITRAN


Firmado por:
ZAMBRANO
COPELLO Rosa
Veronica FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 20/12/2019
10:38:33 -0500

Lima, 19 de diciembre de 2019

VISTOS:

El Informe Conjunto N° 00168-2019-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 17 de junio de 2005, el Estado de la República del Perú (en adelante, "el Concedente"), representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, "MTC"), y la empresa Concesionaria IIRSA Norte S.A. (en adelante, "el Concesionario") suscribieron el Contrato de Concesión para la Construcción, Rehabilitación, Mejoramiento, Conservación y Explotación de los Tramos Viales del Eje Multimodal del Amazonas Norte – IIRSA Norte (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 5.38 y 5.39 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 la Carta N° 8011-CINSA-OSITRAN a través de la cual emitió opinión respecto de lo solicitado por el Concedente;

Que, mediante Informe Conjunto N° 120-2019-IC-OSITRAN (GSF-GAJ) de fecha 11 de septiembre de 2019, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización y la Gerencia de Asesoría Jurídica del OSITRAN, identificaron dos lecturas posibles respecto del contenido de las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión:

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

Que, con fecha 18 de septiembre de 2019, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 0040-2019-CD-OSITRAN se resolvió, entre otros aspectos, disponer el inicio de oficio del procedimiento de interpretación de las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión, de conformidad con los fundamentos y conclusiones del Informe Conjunto N° 120-2019-IC-OSITRAN (GSF-GAJ);

Que, con fecha 14 de octubre de 2019, el Concesionario presentó recurso de reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2019-CD-OSITRAN, a fin de que el Consejo Directivo del OSITRAN reevalúe su decisión y disponga que no corresponde iniciar ningún procedimiento de interpretación sobre las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión;

Que, con fecha 16 de octubre de 2019, se concedió el uso de la palabra a los 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 08:06:10 -0500



Visado por: JARAMILLO TARAZONA
Francisco FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 19/12/2019 18:52:02 -0500
Calle Los Negros 102, piso 2
Surquillo - Lima
Central Telefónica: 011 476 3000
Visado por: ARROYO OCTO Victor
Adrian FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 19/12/2019 18:29:09 -0500
www.ositran.pe





Que, con fecha 07 de noviembre de 2019, el Concesionario presentó a OSITRAN la Carta N° 8258-CINSA-OSITRAN, por medio de la cual atendió la solicitud de información contenida en el Oficio N° 9437-2019-GSF-OSITRAN;

Que, por encargo del Consejo Directivo, mediante Oficio N° 0199-2019-SCD-OSITRAN, notificado al Concesionario el 8 de noviembre de 2019, y a fin de dar respuesta al escrito presentado el 15 de octubre de 2019, se remitió al Concesionario una copia del Informe N° 0140-2019-IC-OSITRAN (GSF-GAJ), que concluyó que de conformidad con lo establecido en el párrafo 217.2 del artículo 217 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (TUO de la LPAG), la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2019-CD-OSITRAN deviene en inimpugnable;

Que, mediante Informe Conjunto N° 00168-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF) de fecha 11 de diciembre de 2019, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización y la Gerencia de Asesoría Jurídica opinaron que corresponde interpretar la cláusula 5.38 y la cláusula 5.39 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 de OSITRAN, Ley N° 26917, otorga a OSITRAN la función específica de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación;

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

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

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

Que, luego de revisar y discutir el Informe de Vistos, el Consejo Directivo manifiesta su conformidad con los fundamentos y conclusiones de dicho Informe, razón por la cual lo constituye como parte integrante de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.2 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado con Decreto Supremo N° 004-2019-JUS;

Por lo expuesto, y en virtud de sus funciones previstas en el numeral 7 del artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN, aprobado por el Decreto Supremo N° 012-2015-PCM y sus modificatorias, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión N° 690-2019-CD-OSITRAN de fecha 18 de diciembre de 2019, y sobre la base del Informe Conjunto N° 00168-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF);





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Interpretar de oficio las Cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión para la Construcción, Rehabilitación, Mejoramiento, Conservación y Explotación de los Tramos Viales del Eje Multimodal del Amazonas Norte – IIRSA Norte, relacionadas con el ejercicio de las Defensas Posesorias Judiciales, en el siguiente sentido:.

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

La presente interpretación se establece debido a que la lectura conjunta de las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión, no era clara en torno a si las “acciones legales” que debe ejercer el Concedente (cláusula 5.39), incluye el ejercicio de la “defensa posesoria judicial” (reguladas en el inciso b de la cláusula 5.38).

Al respecto, se ha advertido que nos encontramos frente a conceptos vinculados pero que no implican lo mismo, en la medida que 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 otorgan, en este caso, vinculados a las actividades de construcción, conservación, mantenimiento 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 su Contrato de Concesión se le ha facultado a ejercerlos válidamente”.

Artículo 2°.- Notificar la presente Resolución y el Informe Conjunto N° 00168-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de Concedente, así como a la empresa Concesionaria IIRSA Norte S.A. en calidad de Concesionario.

Artículo 3°.- Autorizar la difusión de la presente Resolución y del Informe Conjunto N° 00168-2019-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: 2019106607



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

INFORME CONJUNTO N° 0168-2019-IC-OSITRAN
(GAJ-GSF)

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

Asunto : Interpretación de oficio de las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión de las Obras y el Mantenimiento de los Tramos Viales del Eje Multimodal del Amazonas Norte del Plan de Acción para la Integración de Infraestructura Regional Sudamericana – IIRSA

Referencias : a) Informe N° 1023-2019-MTC/19 de fecha 08.07.2019
b) Oficio N° 3190-2019-MTC/19 recibido el 09.07.2019
c) Carta N° 8011-CINSA-OSITRAN de fecha 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
18:02:44 -0500

 Firmado por:
JARAMILLO
FRANCO FAU
Francisco FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 13/12/2019
11:27:47 -0500

I. OBJETO

1. El presente informe tiene por objeto emitir opinión sobre la interpretación de las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de las Obras y el Mantenimiento de los Tramos Viales del Eje Multimodal del Amazonas Norte del Plan de Acción para la Integración de Infraestructura Regional Sudamericana – IIRSA, referidas al ejercicio de las Defensas Posesorias Judiciales¹.

II. ANTECEDENTES

2. El 17 de junio de 2005, se suscribió el Contrato de Concesión para la Construcción, Rehabilitación, Mejoramiento, Conservación y Explotación de los Tramos Viales del Eje Multimodal del Amazonas Norte – IIRSA (en adelante, el Contrato de Concesión), entre el Estado Peruano -actuando a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) en calidad de Concedente, y la empresa Concesionaria IIRSA Norte S.A.
3. El 9 de julio de 2019, el MTC remitió el Oficio N° 3190-2019-MTC/19, al Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte (en adelante, el OSITRAN), adjuntando el Informe N° 1023-2019-MTC/19, mediante el cual solicitó el pronunciamiento del OSITRAN respecto del alcance de las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión, referidas al ejercicio de las Defensas Posesorias, a fin de determinar a cuál de las partes le corresponde ejercer las Defensas Posesorias Judiciales.
4. El 16 de julio de 2019, a través del Oficio N° 6238-2019-GSF-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (GSF) trasladó al Concesionario una copia del Oficio N° 3190-2019-MTC/19 y el Informe N° 1023-2019-MTC/19, con el propósito de que este último, en el plazo de quince (15) días hábiles, emita su opinión respecto de lo solicitado por el Concedente.
5. El 7 de agosto de 2019, el Concesionario remitió la Carta N° 8011-CINSA-OSITRAN, a través de la cual emitió opinión respecto de lo solicitado por el Concedente, y este sentido, señaló lo siguiente:

Visado por: CABRERA CARRILLO
Miguel Angel FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 13/12/2019 08:13:27 -0500

Visado por: HUANQUI VALCARCEL
Patricia Fatima (FIR40814279)
Motivo: Firma Digital
Fecha: 12/12/2019 18:43:26 -0500

Visado por: HERNANDEZ CHANDUVI
Jorge Luis FIR 09901102 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 12/12/2019 18:41:06 -0500

Visado por: CIEZA MONTENEGRO
Dante FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 12/12/2019 18:40:52 -0500

Visado por: VEGA VASQUEZ John
Albert FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 12/12/2019 18:35:22 -0500

Visado por: RODRIGUEZ MARTINEZ
Antonio Michael FIR 09481356 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 12/12/2019 17:42:40 -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: VENEGAS DELGADO
Claudia Elizabeth FIR 41187575 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 12/12/2019 17:36:57 -0500

- (i) *No existe vacío legal alguno en la interpretación de las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión, debido a que, de una lectura conjunta de las cláusulas, sería el Concedente el encargado de ejercer las “Defensas Posesorias Legales.*
- (ii) *En caso existiera controversia en la interpretación de las referidas cláusulas, esta debería ser resuelta entre las partes mediante el Mecanismo de Solución de Controversias establecido en la cláusula 16.10 del Contrato de Concesión.*
- (iii) *Finalmente, solicitó el uso de la palabra a fin de informar sobre los alcances de su posición.*
6. Mediante Informe Conjunto N° 120-2019-IC-OSITRAN (GSF-GAJ) de fecha 11 de septiembre de 2019, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización y la Gerencia de Asesoría Jurídica del OSITRAN, identificaron dos lecturas posibles respecto del contenido de las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión, a saber:
- **Lectura 1:** el Concesionario es el responsable del ejercicio de la Defensa Posesoría Judicial.
 - **Lectura 2:** el Concedente es el responsable del ejercicio de la Defensa Posesoría Judicial.
7. Con Resolución de Consejo Directivo N° 040-2019-CD-OSITRAN de fecha 18 de septiembre de 2019, se resolvió, entre otros aspectos, disponer el inicio de oficio del procedimiento de interpretación de las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión, de conformidad con los fundamentos y conclusiones del Informe Conjunto N° 120-2019-IC-OSITRAN (GSF-GAJ), mencionado en el numeral anterior.
8. El 14 de octubre de 2019, el Concesionario presentó recurso de reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 0040-2019-CD-OSITRAN, a fin de que el Consejo Directivo del OSITRAN reevalúe su decisión y disponga que no corresponde iniciar ningún procedimiento de interpretación sobre las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión. Asimismo, reiteró lo señalado en la Carta N° 3287-CIST2-OSITRAN y agregó lo siguiente:
- (i) *La Resolución genera indefensión en la medida que, a pesar de que en la Carta N° 3287-CIST2-OSITRAN se expresaron razones suficientes para que no se inicie el procedimiento de interpretación solicitado por el MTC [El Concedente], dichas razones fueron omitidas, disponiéndose el inicio de oficio de dicho procedimiento.*
- (ii) *Asimismo, la indefensión se encuentra en el hecho que, a través de una particular lectura de la Sección XVI del Contrato de Concesión, se negó la posibilidad de que asuntos como la interpretación de las cláusulas sobre defensas posesorias, sean tratados por los mecanismos de solución de controversias previstos en el Contrato. Sin perjuicio de lo señalado, las cláusulas que se pretenden someter a interpretación se refieren a obligaciones con trasfondo patrimonial, cuyo sentido debe ser resuelto mediante trato directo entre las partes.*
- (iii) *Durante la ejecución del Contrato, las partes y el OSITRAN han realizado diversas acciones que demostrarían que existe consenso en el entendimiento y aplicación de las cláusulas 5.38 y 5.39, respecto de que el Concedente debe entablar las Defensas Posesorias Judiciales.*
- (iv) *Los Lineamientos aprobados en el año 2004 que fueron invocados en el Informe Conjunto N° 120-2019-IC-OSITRAN (GSF-GAJ), no resultan aplicables, al haber sido sustituidos por otros Lineamientos aprobados en el año 2011 mediante Resolución N° 039-2011-CD-OSITRAN que establecen la necesidad de vacío para proceder con la interpretación. En ese sentido, son estos últimos Lineamientos los que debieron tomarse en cuenta para evaluar la procedencia del ejercicio de la función interpretativa del OSITRAN.*
9. El 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, reiterando lo señalado en su Carta N° 8011-CINSA-OSITRAN y en su recurso

de reconsideración. Además, agregó que, de acuerdo con lo establecido en la Ley N° 30230, Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país, el Concedente debe ejercer las acciones posesorias correspondientes por tratarse de predios de competencia, administración y propiedad del Estado.

10. Mediante Oficio N° 9437-2019-GSF-OSITRAN de fecha 22 de octubre de 2019, OSITRÁN solicitó al Concesionario que indicara lo siguiente:

a) El número de casos de usurpación o actividades incompatibles con el buen uso del área de la Concesión por parte de terceros que se hayan presentado, a la fecha en el área de Concesión a su cargo; y,

b) Si, en los casos antes indicados, había ejercido las defensas posesorias judiciales, así como el detalle del trámite o procedimiento seguido al presentarse dichos casos.

11. A través del Oficio N° 9435-2019-GSF-OSITRAN, notificado el 24 de octubre de 2019, OSITRÁN 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 se hayan sido comunicados, a la fecha, al MTC por parte de la empresa Concesionaria; y,

b) Si, en los casos antes indicados, había ejercido las defensas posesorias judiciales u otras acciones legales.

12. El 7 de noviembre de 2019, a través de la Carta N° 8258-CINSA-OSITRAN, el Concesionario cumplió con informar lo solicitado mediante Oficio N° 9437-2019-GSF-OSITRAN, señalando lo siguiente:

a) 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, a la fecha en el área de Concesión a su cargo; adjuntó (Anexo N° 1) una lista de cartas enviadas al Concedente, a través de las cuales remitieron los Informes de Defensa Posesoria, de acuerdo a lo establecido en la Cláusula 5.38 del Contrato de Concesión, solicitándole coadyuvar en la restitución de los bienes de la Concesión conforme se establece en la cláusula 5.39. Asimismo, adjuntaron (Anexo N° 2) un CD conteniendo el cargo de las cartas antes referidas.

b) Sobre el ejercicio de las defensas posesorias judiciales y el detalle del trámite o procedimiento seguido al presentarse dichos casos, indicó que, no habían ejercido las defensas posesorias judiciales, en virtud de lo estipulado en las Cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión y de su lectura conjunta, esto es que, el Concedente es quien cuenta con la legitimidad para interponerlas, tomando en consideración que los bienes que se quieren proteger y mantener indemne son de dominio público y de titularidad de dicha entidad; agregando que, corresponde al Concedente interponer/entablar las acciones legales, coordinadas con el Concesionario, a través de su Procuraduría Pública.

Asimismo, se adjuntaron los Anexos N° 3 y N° 4, los cuales contienen el listado de las comunicaciones con el Concedente con relación a las defensas posesorias, así como los respectivos cargos.

13. Por encargo del Consejo Directivo, mediante Oficio N° 0199-2019-SCD-OSITRAN, notificado al Concesionario el 8 de noviembre de 2019, y a fin de dar respuesta al escrito presentado el 14 de octubre de 2019, se remitió al Concesionario una copia del Informe N° 0140-2019-IC-OSITRAN (GSF-GAJ), que concluyó lo siguiente: "(...) de conformidad con lo establecido en el párrafo 217.2 del artículo 217 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (TUO de la LPAG), la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2019-CD-OSITRAN deviene en inimpugnable, por tratarse de un acto de trámite que únicamente dispone el inicio del procedimiento, no siendo un acto definitivo que ponga fin a la instancia, y que, adicionalmente, no imposibilita la continuidad del procedimiento, ni genera indefensión en los administrados debido a que

durante el transcurso del procedimiento de interpretación tienen la oportunidad de exponer sus argumentos”.

III. ANÁLISIS

14. 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

15. 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.
16. 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.
17. Por lo expuesto, la función de interpretación del OSITRAN es una competencia administrativa que obedece a una finalidad pública, la cual es ejercida por el Regulador con el objeto de garantizar la eficiencia en la explotación de la infraestructura y de velar por el cabal cumplimiento de lo establecido en los Contratos de Concesión, en cumplimiento de su misión y objetivos.

B. Principios legales y mecanismos de interpretación contractual

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.

18. 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.
19. 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.
20. 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.
21. 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.
22. 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.
23. 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

24. 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.
25. 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. 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.
26. Acorde con lo anterior, se procederá a determinar el alcance o sentido de las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión, en 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

27. Las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión, cuya interpretación es materia de análisis, establecen lo siguiente:

“SECCION V: REGIMEN DE BIENES

(...)

Defensas Posesorias

5.38. El CONCESIONARIO tiene la obligación de ejercitar las siguientes modalidades de defensa posesoria, 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:

- 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, para la que el CONCESIONARIO deberá, 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.*

5.39. 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

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

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.”

D. Posición de las partes

D.1 Posición del Concedente

28. 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.
29. 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.
30. 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.
31. Al respecto, la Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones 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.
32. 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.
33. 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 de la IIRSA Norte, 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

34. El 8 de agosto de 2019, el Concesionario remitió la Carta N° 8011-CINSA-OSITRAN, a través de la cual emitió opinión respecto de lo indicado por el Concedente, señalando que: (i) no existiría vacío legal alguno en la interpretación de las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión; y, (ii) en caso existiera controversia en la interpretación de las referidas cláusulas, esta debería ser resuelta entre las partes mediante el Mecanismo de Solución de Controversias establecido en la cláusula 16.10 del Contrato de Concesión.
35. Al respecto, el Concesionario señaló lo siguiente:
- No existe vacío contractual sobre las acciones que debe realizar el Concedente y el Concesionario para el ejercicio de las defensas posesorias. En ese sentido, para el caso de las defensas posesorias judiciales, el rol, que le corresponde al Concesionario es informar a OSITRAN sobre los hechos que afectan a la Concesión y, en coordinación con el Concedente, hacer uso de los mecanismos y recursos judiciales para mantener indemne los derechos sobre los Bienes de la Concesión. Así, es el Concedente quien cuenta con legitimidad e interés para interponer las defensas posesorias judiciales.
 - En el supuesto negado de que exista una controversia, esta debe ser resuelta por el mecanismo de solución de controversias previsto en la sección XVI del referido contrato. Por tanto, el Concedente se encuentra en la obligación de aplicar la cláusula 16.10 del Contrato de Concesión por la cual se ha declarado que es voluntad de las partes que todos los conflictos o incertidumbres con relevancia jurídica que pudieran surgir con respecto a la interpretación, ejecución, cumplimiento y cualquier aspecto relativo a la existencia, validez, eficacia o caducidad del Contrato de Concesión, sean resueltos por trato directo entre las partes.
 - En el supuesto de que el OSITRAN considere que sea procedente la solicitud de interpretación del Concedente, no existe ninguna controversia entre las partes en relación a las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión, toda vez que ambos han realizado actos que demuestran que no existe dicha controversia.
 - El OSITRAN ha emitido diversos pronunciamientos en los cuales pone en evidencia que es correcta la interpretación del Concesionario sobre la aplicación de las Cláusulas 5.38 y 5.39, además de haberse pronunciado en otro contrato de concesión en el mismo sentido que la lectura del Concesionario.
36. En el mismo sentido, a través del recurso de reconsideración que presentó el Concesionario contra la Resolución de Consejo Directivo N° 0040-2019-CD-OSITRAN, en cuanto al sentido de interpretación de las cláusulas 5.38 y 5.39 agregó lo siguiente:
- Ante la controversia en la interpretación de las cláusulas 5.38 y 5.39, esta debería ser resuelta entre las partes mediante el Trato Directo como Mecanismo de Solución de Controversias establecido en el Contrato de Concesión. Sin embargo, a través de una particular lectura de la Sección XVI del Contrato de Concesión, el OSITRAN ha negado la posibilidad de que asuntos como la interpretación de las cláusulas sobre defensas posesorias, sean tratados por los mecanismos de solución de controversias previstos en el Contrato, habiéndose dado un sentido o interpretado la Sección XVI del Contrato de Concesión que es ajeno a la voluntad de las partes, que restringe sus justos alcances, por una vía que consideran incorrecta y lesiva a los derechos e intereses del Concesionario. Sin perjuicio de lo señalado, las cláusulas que se pretenden someter a interpretación se refieren a obligaciones con trasfondo patrimonial, cuyo sentido debe ser resuelto mediante trato directo entre las partes.
 - Durante la ejecución del contrato, las partes han realizado diversas acciones que demostrarían que no existe controversia sobre el sentido o interpretación que se le

daba a las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión, sino, más bien, consenso en su entendimiento y aplicación, esto es, que el Concedente debe entablar las acciones legales (defensas posesorias judiciales) que le permitan mantener indemne los Bienes de la Concesión. Asimismo, el OSITRAN también ha emitido opinión y pronunciamiento sobre las obligaciones que tiene cada parte en relación con las defensas posesorias de los Bienes de la Concesión, coincidiendo con la interpretación que sostienen.

- Los Lineamientos aprobados en el año 2004, que establecen la necesidad de vacío para proceder con la interpretación y que fueron invocados en el Informe Conjunto N° 120-2019-IC-OSITRAN (GSF-GAJ), no resultan aplicables, al haber sido sustituidos por otros Lineamientos aprobados en el año 2011 mediante Resolución N° 039-2011-CD-OSITRAN, que establecieron los supuestos por los cuales procede la interpretación, relacionados a la existencia de vacíos contractuales que no encontraríamos en el presente caso. En ese sentido, son estos últimos Lineamientos los que debieron tomarse en cuenta para evaluar la procedencia del ejercicio de la función interpretativa del OSITRAN.
37. Asimismo, en su informe oral y en relación con la interpretación de las cláusulas que regulan las Defensas Posesorias, el Concesionario añadió que, de acuerdo con lo establecido en la Ley N° 30230, el Concedente debe ejercer las acciones posesorias correspondientes por tratarse de predios de competencia, administración y propiedad del Estado.
38. Finalmente, en su Carta N° 8258-CINSA-OSITRAN, en atención a la solicitud efectuada por OSITRAN, el Concesionario señaló que, a la fecha, no había ejercido las defensas posesorias judiciales, en virtud de lo estipulado en las Cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión y de su lectura conjunta, esto es que el Concedente es quien cuenta con la legitimidad para interponerlas, tomando en consideración que los bienes que se quieren proteger y mantener indemne son de dominio público y de titularidad de dicha entidad; agregando que, corresponde al Concedente interponer/entablar las acciones legales, coordinadas con el Concesionario, a través de su Procuraduría Pública.

E. Marco Conceptual

39. Para evaluar las disposiciones contractuales materia de interpretación, esto es, las cláusulas 5.38 y 5.39 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.
40. En ese sentido, considerando la naturaleza de las obligaciones contenidas en las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión, resulta conveniente analizar el marco contractual y los dispositivos normativos relacionados con la figura de la Defensa Posesoria Judicial, con el objeto de determinar su alcance y a quién le corresponde ejercerla. A continuación, se detallan los puntos a desarrollar:
- a. El Régimen de bienes públicos
 - b. Los Contratos de Asociación Público Privada
 - c. Las Defensas Posesorias

a. El Régimen de bienes públicos

41. 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.

42. 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]

43. 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.
44. 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.
45. 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
46. 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.
47. 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 Norte). En virtud de aquel

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.”

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

Contrato, se han generado para el concesionario a su vez, derechos y obligaciones referidas a los bienes demaniales.

48. 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.
49. 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

50. 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.
51. En cuanto a los Contratos de APP en particular, el artículo 21 del Decreto Legislativo N° 1362, ha desarrollado sus alcances estableciendo lo siguiente:

“Artículo 21. Contratos de Asociación Público Privada

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

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

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

[El subrayado es nuestro]

52. Como se puede apreciar, los Contratos que se celebran para desarrollar un proyecto de APP constituyen título suficiente para que el inversionista puede hacer valer los derechos que dicho instrumento le otorga, en especial, los vinculados a los mecanismos de recuperación de inversiones y los beneficios adicionales expresamente acordados. Asimismo, el Concesionario cuenta con el derecho de explotar de los bienes objeto del Contrato, siendo el único responsable ante el Estado.
53. 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]

54. Cabe indicar que, a la fecha de suscripción del presente Contrato de Concesión (IIRSA Norte), se encontraba vigente el Decreto Supremo N° 059-96-PCM, Texto Único Ordenado de las Normas con rango de Ley que regulan la entrega en Concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos (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]

55. 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

56. Conforme lo establece la cláusula 5.38 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 para la Construcción de la infraestructura vial y la Explotación del Servicio para efectos de la Concesión. El Área de la Concesión se irá incrementando proporcional y 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 de la misma, tales como obras de arte, drenaje, muros de contención, señalización, veredas, puentes, los servicios y zonas de seguridad, así como las áreas destinadas para la habilitación de los Servicios Obligatorios.”

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

“Defensa posesoria extrajudicial

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

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

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

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

Defensa posesoria judicial

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

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

- La Defensa Posesoría Extrajudicial, que permite al poseedor el uso de la fuerza contra fuerza para repeler la desposesión, de forma inmediata, hasta en un plazo máximo de 15 días.
- La Defensa Posesoría Judicial, que faculta al poseedor a utilizar las acciones posesorias e interdictos a fin de mantener a salvo su derecho.

59. En el presente caso, en cuanto a la Defensa Posesoría Extrajudicial, el Concesionario ha sido claro en indicar que “para el caso de la defensa posesoria extrajudicial, de acuerdo con lo establecido en el literal a) de la cláusula 5.38 del Contrato de Concesión, el Concesionario debe repeler la fuerza que se emplee contra él y poder recobrar el bien, sin intervalo de tiempo, si fuera desposeído, mediante el ejercicio de la autodefensa, pero absteniéndose del empleo de vías de hecho no justificadas por las circunstancias⁹”.

60. En ese sentido, se advierte que las partes coinciden en señalar que la Defensa Posesoría Extrajudicial de los bienes de la Concesión se encuentra a cargo del Concesionario, por lo que existe claridad sobre el alcance del literal a) de la cláusula 5.38 del Contrato de Concesión.

61. No obstante, no existe claridad en la interpretación del literal b) de la referida cláusula y de la cláusula 5.39 del Contrato de Concesión, en torno al ejercicio de la Defensa

⁹ Párrafo 1.1.3. de la Carta N° 8011-CINSA-OSITRAN

Posesoría Judicial, debido a que el Concesionario sostiene que corresponde al Concedente ejercerla, y este señala que el Concesionario es el encargado de efectuarla.

62. Sobre el particular, como se advierte del artículo 921 del Código Civil, la Defensa Posesoría Judicial implica el uso de un mecanismo jurídico para recuperar la posesión de un bien, sometiendo la controversia a un proceso judicial, ya sea, a través de un Interdicto o una Acción Posesoría.

F. Evaluación de las lecturas de las estipulaciones contractuales

63. 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 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión:

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

64. A continuación, procedemos a analizar cada una de las lecturas esbozadas en atención a lo establecido en el Contrato de Concesión y lo precedentemente desarrollado.

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

65. La primera lectura que hace al Concesionario responsable del ejercicio de la Defensa Posesoría Judicial supone que, de la lectura de las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión, se advertiría el establecimiento de dos obligaciones distintas, la primera a cargo del Concesionario referida al ejercicio de la Defensa Posesoría Judicial, y la segunda a cargo del Concedente con relación al ejercicio de las acciones legales, diferenciando así, la figura de la Defensa Posesoría Judicial del concepto general de acciones legales.

66. Al respecto, de acuerdo con el Contrato de Concesión, las cláusulas 5.38 y 5.39 establecen lo siguiente:

“Defensas Posesorias

5.38. El CONCESIONARIO tiene la obligación de ejercitar las siguientes modalidades de defensa posesoria, 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:

- 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, para la que el CONCESIONARIO deberá, 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.”*

“5.39. 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]

67. Como se aprecia del texto de la cláusula 5.38 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.
68. Asimismo, se advierte que, en la cláusula 5.39 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.
69. En el presente caso, conforme se ha venido desarrollando, de la lectura de las cláusulas 5.38 y 5.39 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 5.38, 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 5.39, al haberse acordado que este debe entablar acciones legales, dicha obligación incluiría el ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial.
70. 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 5.39 del Contrato, incluye el ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial reguladas en el inciso b) de la cláusula 5.38, resulta pertinente delimitar ambos conceptos:
- Conforme a lo desarrollado precedentemente, la Defensa Posesoria Judicial regulada en el artículo 921 del Código Civil faculta al poseedor a utilizar las acciones posesorias e interdictos¹⁰, a fin de mantener a salvo su derecho.
 - Las acciones legales, en cambio, constituyen un término más amplio que se materializa a través de todo aquel pedido de orden jurídico (constitucional, civil, penal, laboral, entre otros) que se dirija dentro del marco de la ley, y casi siempre, ante el Poder Judicial. Dentro de dicho término podemos encontrar a las acciones jurisdiccionales que, en palabras de Martel, se realizan a fin de “*poner en actividad el aparato jurisdiccional*”¹¹ y también a las acciones legales previas, como el caso de la denuncia o Carta Notarial, cuya validez encuentra respaldo en la Ley.
71. 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.

¹⁰ Ahora, si bien en cuanto a los bienes de uso público, el artículo 599 del Código Procesal Civil establece que los interdictos proceden respecto de bienes inmueble, así como de bienes mueble inscritos, siempre que no sea de uso público; 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.

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

72. En ese sentido, podría entenderse que, como indica el Concesionario, mediante la cláusula 5.39 del Contrato de Concesión que obliga al Concedente a ejercer las acciones legales, se le habría encargado también el ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial como acción civil que forma parte de dicho concepto general.
73. No obstante, considerando el propio Contrato de Concesión, se advierte lo siguiente:
- (i) Se vacía de contenido lo estipulado en el inciso b) de la cláusula 5.38

El inciso b) de la cláusula 5.38 del Contrato de Concesión, establece expresamente que “5.38. El CONCESIONARIO tiene la obligación de ejercitar las siguientes modalidades de defensa posesoria, (...) b) **Defensa posesoria judicial**, para la que el CONCESIONARIO deberá, 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 5.38 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 5.39 del Contrato de Concesión que obliga al Concedente a ejercer las acciones legales, se le habría encargado también el ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial, nos colocaría en un escenario en el que carece de sentido haber pactado el inciso b) de la cláusula 5.38, debido a que la cláusula 5.39 (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.¹²

En ese sentido, no es posible recoger dicha lectura, pues nos lleva a un supuesto en el que el inciso b) de la cláusula 5.38 del Contrato no sería aplicable, debido a que la obligación que expresa que el Concesionario debe ejercer la Defensa Posesoria Judicial nunca le sería exigible, en la medida que esta obligación le correspondería al Concedente.

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 5.39 del Contrato de Concesión, implicaría dejar sin efecto la obligación contenida en el inciso b) de la cláusula 5.38, lo cual no puede realizarse mediante un procedimiento de interpretación contractual¹³ por tratarse

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

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

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

6.1 Interpretaciones

(...)

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

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 5.39, en la medida que el Concedente ya no tendría acciones legales que entablar a fin de salvaguardar los bienes de la Concesión.

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

En ese sentido, mediante el inciso b) de la cláusula 5.38 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 5.39 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 5.39 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

¹⁴ Ver párrafo 70 del presente escrito.

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

Cláusula Contrato	Monto (US\$)	Descripción de penalidad	Criterio de Aplicación
5.17	1.000	Atraso en la reposición de los Bienes Reversibles sobre el plazo máximo indicado.	Cada día de atraso
5.24	4000	Atraso en la contratación de póliza de seguro sobre los Bienes Reversibles.	Cada día de atraso
5.38	4000	No ejercer la defensa posesoria	Cada vez

Como se aprecia, en el Contrato de Concesión, las partes han establecido como penalidad referida a la Sección V del Contrato “Régimen de Bienes (Numeral 5.40)”: “*no ejercer la defensa posesoria*”.

De la revisión de la cláusula 5.40 del Contrato de Concesión referida en el Anexo X, se aprecia que dicha penalidad (“*no ejercer la defensa posesoria*”) es susceptible de ser aplicada ante el incumplimiento o infracción por parte del Concesionario, de sus obligaciones indicadas en la Sección V, referida al Régimen de Bienes¹⁵, esto es, en específico, la obligación contenida en la cláusula 5.38 del Contrato.

En ese sentido, de la lectura de dicha cláusula (5.40) y del Anexo X del Contrato de Concesión, se verifica que la obligación de ejercer la Defensa Posesoria contenida en la cláusula 5.38 del Contrato, se encuentra a cargo del Concesionario pues, de lo contrario, no sería posible imputarle su incumplimiento y consecuentemente, aplicarle la penalidad establecida en el referido Anexo, habiendo carecido de sentido pactarla, si dicha obligación estuviera a cargo del Concedente.

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 5.38, cuyo título es “Defensas Posesorias”.

Asimismo, de la revisión del Contrato de Concesión, se advierte que la obligación de ejercer la Defensa Posesoria se encuentra a cargo del Concesionario resulta coherente con la obligación contenida en la cláusula 5.26, 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 todas aquellas áreas de terreno comprendidas dentro del Área de la Concesión que le fueron entregadas en la Toma de Posesión o por constitución de servidumbres u otros actos posteriores, en buen estado de conservación, libres de ocupantes y en condiciones de uso y explotación según los parámetros técnicos del Anexo I y las indicaciones que haya efectuado el Regulador¹⁶.

¹⁵ Contrato de Concesión

“Penalidades

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

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

¹⁶ Contrato de Concesión

“ Devolución de los Bienes Reversibles

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 (5.26, 5.40 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 5.38 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 5.38 y 5.39, 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)

74. En atención a lo desarrollado, se advierte que la cláusula 5.39 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 5.38 del Contrato de Concesión: establece la obligación del Concesionario de ejercer la Defensa Posesoria Judicial.
 - Cláusula 5.39 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.
75. Sin perjuicio de lo señalado, en relación al artículo 21.2 del D.L. N° 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 5.38 del Contrato de Concesión,
76. Asimismo, si bien, de acuerdo con lo señalado en el artículo 41 del Reglamento del Sistema Nacional de Bienes Estatales¹⁷, la defensa de los bienes de dominio público es

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

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

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

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.

77. 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.
78. Si bien, a la fecha de suscripción del presente Contrato de Concesión (IIRSA Norte), 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 que su artículo 13 que el contrato de concesión constituía título suficiente para que el concesionario haga valer los derechos que dicho contrato le otorga frente a terceros.
79. 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.
80. En el presente caso, lo que legitima al Concesionario a ejercer las Defensas Posesorias no es ostentar el derecho de posesión¹⁸ sino el propio Contrato de Concesión que le otorga tal derecho y obligación de entablarlas, siendo este suficiente título para ejercerlas, en atención al derecho para la construcción, conservación, mantenimiento y explotación de los bienes que se le ha otorgado.
81. En ese sentido, si el Contrato de Concesión celebrado entre el MTC y la empresa Concesionaria IIRSA Norte, establece expresamente que "*El CONCESIONARIO tiene la obligación de ejercitar las siguientes modalidades de defensa posesoria: a) Defensa Posesoría Extrajudicial (...) b) Defensa Posesoría Judicial*¹⁹", 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.

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."

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

¹⁹ Cláusula 5.38 del Contrato de Concesión

82. Ahora bien, resulta pertinente indicar que la lectura acogida es coherente con la cláusula modelo que, en relación con las Defensas Posesorias, la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSIÓN ha recogido en la “Primera Versión del Contrato Estándar de Asociación Público – Privada²⁰” de fecha 29 de noviembre de 2019 y publicado en su página web el 2 de diciembre de 2019. Dicha cláusula modelo señala que, para el caso de la *Defensa posesoria judicial*, el Inversionista podrá interponer interdictos, actos de ejecución forzosa y otras acciones judiciales ante cualquier afectación, desposesión, ocupación, usurpación, que ocurra sobre los bienes de la Concesión. Asimismo, la Entidad Estatal deberá cooperar, en todo momento, en todas las actuaciones que resulten necesarias para efectos de ejercer plenamente la Defensa Posesoría por parte del Inversionista, las cuales consisten en hacer uso de todos los mecanismos y recursos judiciales vigentes al amparo de las Leyes Aplicables que le permitan mantener indemne los derechos de la Entidad y del Inversionista sobre los Bienes; en caso de que el Inversionista incumpla su obligación de ejercer las Defensas Posesorias, cuando corresponda, se aplicará la Penalidad prevista.
83. 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*”.
84. Como se observa, PROINVERSIÓN y el MEF han señalado que, en el marco de los Proyectos de APP, el Concesionario es el encargado de ejercer las Defensas Posesorias Judiciales y Extrajudiciales.

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

85. Esta interpretación se basa en una lectura de las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión que presume que la obligación del Concedente de ejercer las acciones legales necesarias incluye el ejercicio de la Defensa Posesoría Judicial, desligando así al Concesionario de dicha obligación.
86. 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 5.39 que obliga al Concedente a ejercer las acciones legales, no implica que también deba ejercer la Defensa Posesoría Judicial, en la medida que la intención de

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

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

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 5.39 del Contrato de Concesión, se dejaría sin contenido la obligación establecida en el inciso b) de la cláusula 5.38, habiendo carecido de sentido pactarla en el Contrato.
 - (ii) Resulta pertinente la estipulación de cláusulas distintas, en la medida que, si bien, mediante el inciso b) de la cláusula 5.38, el Concesionario ejerce la Defensa Posesoria Judicial, a través de la cláusula 5.39 se obliga al Concedente a entablar todos los demás tipos de acciones legales que correspondan, facultando así al Concesionario a exigir su apoyo, en caso que, luego de haber ejercido las Defensas Posesorias, no se hubiera recuperado la posesión de los bienes.
 - (iii) Coherencia con las demás cláusulas contractuales (5.26, 5.40 y Anexo X) que respaldan que es obligación del Concesionario ejercer las Defensas Posesorias Judiciales.
87. En ese sentido, corresponde interpretar las cláusulas 5.38 y 5.39 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.

G. Cuestiones Finales

88. En este punto, estas Gerencias estiman conveniente pronunciarse respecto de lo expuesto por el Concesionario en el recurso de reconsideración presentado, así como en ejercicio del uso de la palabra concedido por el Consejo Directivo.
89. El Concesionario ha señalado que con la emisión de la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2019-CD-OSITRAN, se ha generado indefensión al Concesionario en la medida que, a través de una particular lectura de la Sección XVI del Contrato de Concesión, se ha negado la posibilidad de que asuntos como la interpretación de las cláusulas sobre defensas posesorias, sean tratadas por los mecanismos de solución de controversias que previeron el Concedente y el Concesionario en su contrato, habiéndose dado un sentido o interpretado la Sección XVI del Contrato de Concesión que es ajeno a voluntad de las partes, que restringe sus justos alcances, por una vía que consideran incorrecta y lesiva a los derechos e intereses del Concesionario.
90. Al respecto, conforme se indicó en el numeral 94 del Informe N° 120-2019-IC-OSITRAN (GSF-GAJ), la cláusula 16.2 del Contrato de Concesión, referida al ámbito de aplicación de la sección XVI que regula los Mecanismos de Solución de Controversias, establece lo siguiente:

“SECCIÓN XVI: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Ámbito de Aplicación

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

91. En el presente caso, aun cuando se admitiera que las cláusulas objeto de interpretación tienen un trasfondo patrimonial, y por tanto, resulta factible someterlas a lo establecido en la sección XVI del Contrato de Concesión, tal y como sostiene el Concesionario; cabe indicar que, fue una de las partes, esto es, el Concedente, quien puso en conocimiento de este Regulador la existencia de ambigüedad u oscuridad respecto de los alcances de las cláusulas relacionadas al ejercicio de las Defensas Posesorias, a fin de que el OSITRAN, determine su sentido y así, posibilite su correcta ejecución, debido

a que, como se desprende de lo descrito en su Informe N° 1023-2019-MTC/19, advirtió que resultaría necesaria la interpretación de los artículos citados por parte del OSITRAN, en la medida que existía discrepancia con relación a cuál de las partes del Contrato de Concesión tendría la competencia para la interposición de las Defensas Posesorias Judiciales, lo cual se ha visto respaldado por lo expuesto en los escritos presentados por el Concedente y Concesionario durante el desarrollo del presente procedimiento de interpretación.

92. De igual manera, resulta inexacto afirmar que el inicio de oficio del procedimiento de interpretación genera indefensión porque supuestamente se negaría la posibilidad de que las partes utilicen los mecanismos de solución de controversias previstos en el Contrato de Concesión, pues, ni este, ni el marco normativo, ni la resolución cuestionada señalan ello, ni tampoco el Concedente ni el Concesionario tan siquiera han alegado o presentado documento alguno que demuestre la aceptación del inicio del trato directo entre las partes.
93. Ahora bien, el Concesionario también ha señalado que, durante la ejecución del contrato, las partes han realizado diversas acciones que demostrarían que no existe controversia sobre el sentido o interpretación que se le daba a las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión, sino, más bien, consenso en su entendimiento y aplicación, esto es, que el Concedente debe entablar las acciones legales (defensas posesorias judiciales) que le permitan mantener indemne los Bienes de la Concesión. Asimismo, ha respaldado su posición, manifestando que el OSITRAN también ha emitido opinión y pronunciamiento sobre las obligaciones que tiene cada parte en relación con las defensas posesorias de los Bienes de la Concesión, coincidiendo con la interpretación que sostienen.
94. Al respecto, es preciso indicar que de la revisión de los documentos remitidos por el Concesionario y detallados en la sección de antecedentes del presente informe, no se aprecia que el Concedente haya realizado alguna coordinación para el ejercicio de las defensas posesorias judiciales, en sentido estricto. Esto es, de la documentación alcanzada se observa que, en los casos en los que el MTC se ha pronunciado sobre el particular, este 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, en estricto.
95. En ese sentido, los documentos emitidos por el Concedente en relación al ejercicio de acciones legales que adjunta y reseña el Concesionario²¹, se refieren únicamente a actuaciones con carácter penal, no habiéndose encontrado que, en algún momento,

²¹ A continuación, el detalle de los documentos:

- Escrito presentado el 19 de julio de 2013, el MTC, representado por su Procurador Público, solicitó ante la Fiscalía Provincial Penal de Lamas, la apertura de una investigación preliminar contra ocho grupos de pobladores por la construcción de gibas artesanales y/o rompemuelleres en la Carretera Interoceánica Norte, por constituir un atentado contra los medios de transporte colectivo o de comunicación (artículo 2809 del Código Penal) y entorpeciendo el funcionamiento de los servicios públicos (artículo 2839 del Código Penal).
- Escrito presentado el 24 de octubre de 2013 por el MTC, a través del cual, solicitó a la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Nueva Cajamarca que se practique una inspección fiscal sobre los Bienes de la Concesión, por las afectaciones que producían los delitos previamente mencionados a la Carretera Interoceánica Norte.
- Acta de acuerdos para la suspensión temporal de obligaciones contractuales entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y la Concesionaria IIRSA Norte S.A. de fecha 13 de setiembre de 2013, donde quedó expresado el consenso que tenían las partes sobre la manera en que debían ejecutarse las obligaciones vinculadas a las defensas posesorias; esto es, las coordinaciones entre el Concesionario y el Concedente para que este último de inicio a las acciones legales de resguardo de los bienes de la concesión.
- Informe N° 531-2013-MTC/25 de fecha 12 de setiembre de 2013. emitido por la Oficina de Asesoría Técnica y Legal del propio Concedente en el marco del Contrato de Concesión de la IIRSA Norte, que señala que, luego de analizar las acciones ejecutadas por el Concesionario, corresponde que este coordine inmediatamente con el Concedente, efectos de que este último interponga las acciones legales (entre ellas las denuncias penales que son fundamentales por su efectividad) a efectos de defender la concesión.

durante el transcurso de la Concesión, el Concedente hubiera ejercido la Defensa Posesoria Judicial de los bienes de la Concesión, como se aprecia en los siguientes ejemplos:

En el Contrato de Concesión materia del presente informe, el numeral 2.3 del Acta del 13 de setiembre de 2013, las partes reconocieron que: "la suspensión de obligaciones solicitada se da por causas no imputables a las Partes, toda vez que la colocación y permanencia de las gibas artesanales en la vía, es un fenómeno que escapa al control del Concesionario. Tanto el Concesionario y el Concedente, en estricta aplicación de lo dispuesto en la cláusula 5.39 del Contrato de Concesión, están ejerciendo la defensa de la Concesión realizando esfuerzos conjuntos, tal y como se acredita con la presentación de denuncias ante diversas Fiscalías en lo Penal"

De igual manera, en el segundo acuerdo del Acta del referido Contrato de Concesión, se estableció lo siguiente: "SEGUNDO: El plazo de suspensión de obligaciones se concede hasta que: A) se ejecute la solución integral al problema que se genera con la colocación de gibas artesanales, a través de la ejecución de un Informe Técnico de Mantenimiento que atienda la referida problemática; o, B) se logre la remoción de las gibas artesanales con motivo de las acciones penales iniciadas por la Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones; lo que ocurra primero. Una vez cumplida dicha condición, la presente Acta quedará sin efecto automáticamente, salvo acuerdo contrario entre las Partes".

[El subrayado es nuestro]

- En los documentos emitidos por el OSITRAN²² en torno a la defensa de los bienes de la Concesión, siempre se ha solicitado al Concedente el ejercicio de las acciones legales en general, lo cual se condice con lo establecido en la cláusula 5.39 del Contrato de Concesión que, como se ha desarrollado precedentemente, obliga al Concedente a entablar todos los demás tipos de acciones legales que correspondan, con excepción de la Defensa Posesoria Judicial que en virtud del inciso b) de la cláusula 5.38 se encuentra a cargo del Concesionario. A continuación, algunos ejemplos:

Mediante el Oficio N° 334-10-GS-OSITRAN de fecha 26 de enero de 2010, el OSITRAN señaló lo siguiente: "Tengo el agrado de dirigirme a usted en relación al documento de la referencia mediante el cual la Concesionaria IIRSA Norte S.A. complementa la actualización de las invasiones del Derecho de Vía habiendo ejercido las medidas Judiciales y extrajudiciales de acuerdo a lo establecido en la cláusula 5.38 del Contrato de Concesión. Habiendo

²² A continuación, el detalle de los documentos:

- Oficio N° 334-10-GS-OSITRAN, de fecha 26 de enero de 2010, mediante el cual, la Gerencia Adjunta de Supervisión del OSITRAN señala al Concedente que, después de haber verificado que el Concesionario (Concesionaria IIRSA Norte S.A.) había tomado las medidas que establece el Contrato de Concesión, corresponde al Concedente entablar las acciones legales a fin de mantener indemne su derecho sobre los Bienes de la Concesión.
- Oficio N° 916-2011-GS-OSITRAN, de fecha 28 de febrero de 2011, a través de cual, la Gerencia de Supervisión del OSITRAN requirió al Concedente que proceda a interponer las acciones legales correspondientes en el marco de la Cláusula 5.39 del Contrato de Concesión para IIRSA Norte, dado que el Concesionario ya había cumplido con la Cláusula 5.38 del mismo contrato.
- Oficio N° 3157-2011-GS-OSITRAN, de fecha 2 de agosto de 2011, mediante el cual, la Gerencia de Supervisión del OSITRAN remite al Concedente el Memorando N° 051-11-GAL-OSITRAN del Gerente de Asesoría Legal, en el cual indica que le compete al Concedente entablar las acciones legales correspondientes en el marco de la Cláusula 5.39 del Contrato de Concesión para IIRSA Norte; para ello, el concesionario debía coordinar con el Concedente.
- Oficio N° 027-09-SCD-OSITRAN, de fecha 16 de marzo de 2009, dirigido a PROINVERSIÓN en opinión a la versión final del Contrato de Concesión de la Autopista del Sol tramo Trujillo – Sullana, en el que OSITRAN sugiere se indique que el literal b) del numeral 5.44 que regula la defensa posesoria judicial a cargo del Concesionario, será una excepción a la regla establecida en el numeral o cláusula 5.45 que señala que el Concedente debe ejercer las acciones legales.

verificado que el Concesionario ha tomado las medidas que establece el Contrato de Concesión, de acuerdo a lo señalado en la cláusula 5.39, el CONCEDENTE deberá entablar las acciones legales a fin de mantener indemne su derecho sobre los Bienes de la Concesión. En ese sentido le solicitamos nos informe sobre las acciones ejercidas por el CONCEDENTE al respecto (...)".

En el Memorando N° 051-11-GAL-OSITRAN de fecha 13 de junio de 2011, la Gerencia de Asesoría Legal del OSITRAN, indicó lo siguiente: "*Sobre el particular, en atención a su consulta cabe señalar que la cláusula 5.39 del Contrato de Concesión, expresamente dispone que el ejercicio de las defensas posesorias descritas en la cláusula 5.38 no exime de responsabilidad al Concesionario, el cual, ante un supuesto como los descritos en el párrafo contenido en la cláusula 5.38, deberá coordinar inmediatamente con el Concedente la interposición de las acciones legales que este último deberá entablar a fin de mantener indemne su derecho sobre los Bienes de la Concesión.*

[El subrayado es nuestro]

- Asimismo, se advierte que, contrariamente a lo indicado por el Concesionario, en el Oficio N° 334-10-GS-OSITRAN que adjunta, el OSITRAN señaló que la Concesionaria IIRSA Norte S.A., en la remisión de documentos en los que constan las acciones que desarrolló frente de las invasiones del Derecho de Vía, habría presentado información que recogería que ejerció tanto medidas Judiciales como extrajudiciales de acuerdo a lo establecido en la cláusula 5.38 del Contrato de Concesión.
 - En ese mismo sentido, de los documentos citados por el propio Concesionario, se verifica que, a través del Oficio N° 027-09-SCD-OSITRAN de fecha 16 de marzo de 2009, dirigido a PROINVERSIÓN en opinión a la versión final del Contrato de Concesión de la Autopista del Sol tramo Trujillo – Sullana, el OSITRAN sugirió se indique en el título referido a las Defensas Posesorias que, el literal b) del numeral 5.44 que regula la defensa posesoria judicial a cargo del Concesionario, es una excepción a la regla establecida en la cláusula 5.45 que señala que el Concedente debe ejercer las acciones legales. Así, el OSITRAN advirtió que, de acuerdo con el referido Contrato de Concesión, si bien al Concedente le corresponde entablar acciones legales a fin de salvaguardar los bienes de la Concesión; el ejercicio de la Defensa Posesoría Judicial es una excepción, debido a que se encuentra a cargo del Concesionario.
96. Adicionalmente, cabe indicar que, en anteriores ocasiones, OSITRAN ya ha opinado acerca del sentido de interpretación de las cláusulas referidas al ejercicio de las Defensas Posesorias, señalando que el Concesionario debe ejercer las Defensas Posesorias Judiciales y el Concedente las demás acciones legales. Así, en relación al Contrato de Concesión de la IIRSA Norte, mediante Memorando N° 1455-2013-GS-OSITRAN de fecha 25 de octubre de 2013, la GSF realizó una consulta a la Gerencia de Asesoría Legal (GAL) indicando textualmente lo siguiente: "(...) esta Gerencia considera que en aplicación de la cláusula 5.38 del Contrato, el Concesionario tiene la obligación de ejercer la defensa posesoria extrajudicial y judicial a fin de preservar el buen uso del área de concesión (...)". En respuesta a la consulta formulada, a través del Memorando N° 152-13-GAL-OSITRAN de fecha 31 de octubre de 2013, la GAL manifestó expresamente que "*Evidentemente, el Concedente como titular de la INFRAESTRUCTURA también puede interponer las acciones judiciales de carácter penal y civil que correspondan, sin que ello exima al Concesionario de su obligación de ejercer las defensas posesorias extrajudiciales y judiciales previstas en la cláusula 5.38 (...)*".

97. No obstante, de acuerdo con los escritos presentados por el Concedente y Concesionario, para las partes no existía claridad en la interpretación del literal b) de la cláusula 5.38 y de la cláusula 5.39 del Contrato de Concesión, en torno a cuál de ellas debía ejercer la Defensa Posesoria Judicial; lo cual fue corroborado mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2019-CD-OSITRAN de fecha 18 de septiembre de 2019, que dispuso el inicio del procedimiento de interpretación de las referidas cláusulas, advirtiendo la existencia de dos posibles lecturas: (i) Que, el Concesionario es el responsable del ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial; o, (ii) Que, el Concedente es el responsable del ejercicio de la Defensa Posesoria Judicial. Dicha claridad será determinada con la Resolución que concluya el presente procedimiento de interpretación. Además, 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.
98. De otro lado, si bien el Concesionario también ha señalado que, de acuerdo con lo establecido en la Ley N° 30230, son las entidades del Gobierno Nacional, las que ejercen las acciones posesorias correspondientes por tratarse de predios de competencia, administración y propiedad del Estado; de la lectura del artículo 65 de la referida Ley²⁴, se advierte que dichas medidas fueron dictadas en referencia a la recuperación extrajudicial de los predios de propiedad estatal, la cual, conforme lo han manifestado consensuadamente las partes del Contrato de Concesión, se encuentra a cargo del Concesionario en aplicación del inciso a) de la cláusula 5.38.
99. Finalmente, el Concesionario ha indicado que los Lineamientos aprobados en el año 2004, referidos en la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2019-CD-OSITRAN no resultan aplicables, al haber sido sustituidos por otros Lineamientos que habrían sido aprobados en el año 2011 mediante Resolución N° 039-2011-CD-OSITRAN, estableciendo los supuestos por los cuales procede la interpretación, relacionados a la existencia de vacíos contractuales que no se advierten en el presente caso.
100. Sobre el particular, resulta conveniente precisar que, mediante la Resolución N° 039-2011-CD-OSITRAN únicamente se autorizó la publicación para comentarios y sugerencias de un proyecto de “Lineamientos para la emisión de opinión de los proyectos de Contratos de Concesión y modificación e interpretación de los Contratos suscritos”. A la fecha, aún se encuentran vigentes los Lineamientos aprobados por Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN de fecha 17 de noviembre de 2004, en virtud de los cuales, el Consejo Directivo del OSITRAN realiza la interpretación de las cláusulas contractuales, a fin de posibilitar su aplicación, cuando éstas son ambiguas, oscuras o poco claras, tal y como ocurría en el presente caso.

²³ **Artículo 29.- Interpretación de los Contratos de Concesión**

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

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

²⁴ *Ley N° 30230, Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país.*”

“CAPÍTULO VII

DISPOSICIONES PARA LA RECUPERACIÓN EXTRAJUDICIAL DE LA PROPIEDAD ESTATAL

Artículo 65. *Recuperación extrajudicial de predios de propiedad estatal*

Las entidades del Gobierno Nacional, Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales, a través de sus Procuradurías Públicas o quienes hagan sus veces, deben repeler todo tipo de invasiones u ocupaciones ilegales que se realicen en los predios bajo su competencia, administración o de su propiedad, inscritos o no en el Registro de Predios o en el Sistema de Información Nacional de Bienes Estatales - SINABIP; y recuperar extrajudicialmente el predio, cuando tengan conocimiento de dichas invasiones u ocupaciones, para lo cual requerirán el auxilio de la Policía Nacional del Perú, bajo responsabilidad.(...)”

IV. CONCLUSIONES

101. Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 040-2019-CD-OSITRAN, el Consejo Directivo de OSITRAN dispuso el inicio de oficio del procedimiento de interpretación de las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión de las Obras y el Mantenimiento de los Tramos Viales del Eje Multimodal del Amazonas Norte del Plan de Acción para la Integración de Infraestructura Regional Sudamericana – IIRSA, en tanto que se advertían dos posibles lecturas:
- Lectura 1: el Concesionario es el responsable del ejercicio de la Defensa Posesoría Judicial.
 - Lectura 2: el Concedente es el responsable del ejercicio de la Defensa Posesoría Judicial.
102. La primera lectura se sustenta en lo establecido en la cláusula 5.38 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 5.38). Asimismo, implica que (si bien la cláusula 5.39 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 5.38 y 5.39 establecerían dos 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 Posesoría Judicial.
103. La segunda posición se basa en una lectura conjunta de las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión, que presume que la obligación del Concedente de ejercer las acciones legales incluye el ejercicio de la Defensa Posesoría Judicial, desligando así al Concesionario de dicha obligación.
104. La lectura de las cláusulas 5.38 y 5.39 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 5.39 del Contrato, incluye el ejercicio de la Defensa Posesoría Judicial reguladas en el inciso b) de la cláusula 5.38; 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 Posesoría Judicial como acción civil) a una de sus categorías.
105. En atención a lo expuesto, con relación a las cláusulas 5.38 y 5.39, 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 5.38 del Contrato de Concesión: establece la obligación del Concesionario de ejercer la Defensa Posesoría Judicial.
 - Cláusula 5.39 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.
106. 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 5.39 del Contrato de Concesión, se dejaría sin contenido la obligación establecida en el inciso b) de la cláusula 5.38, habiendo carecido de sentido pactarla en el Contrato.
 - (ii) Resulta pertinente la estipulación de cláusulas distintas, en la medida que, si bien, mediante el inciso b) de la cláusula 5.38, el Concesionario ejerce la Defensa Posesoria Judicial, a través de la cláusula 5.39 se obliga al Concedente a entablar todos los demás tipos de acciones legales que correspondan, facultando así al Concesionario a exigir su apoyo, en caso que, luego de haber ejercido las Defensas Posesorias, no se hubiera recuperado la posesión de los bienes.
 - (iii) Coherencia con las demás estipulaciones contractuales (5.26, 5.40 y Anexo X) que respaldan que es obligación del Concesionario ejercer las Defensas Posesorias Judiciales.
107. De esta manera, corresponde interpretar la cláusula 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión de las Obras y el Mantenimiento de los Tramos Viales del Eje Multimodal del Amazonas Norte del Plan de Acción para la Integración de Infraestructura Regional Sudamericana – IIRSA, 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 70 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 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión de las Obras y el Mantenimiento de los Tramos Viales del Eje Multimodal del Amazonas Norte del Plan de Acción para la Integración de Infraestructura Regional Sudamericana – IIRSA, 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 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión, no era clara en torno a si las “acciones legales” que debe ejercer el Concedente (cláusula 5.39), incluye el ejercicio de la “defensa posesoria judicial” (reguladas en el inciso b de la cláusula 5.38).

Al respecto, se ha advertido que nos encontramos frente a conceptos vinculados pero que no implican lo mismo, en la medida que 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 otorgan, en este caso, vinculados a las actividades de construcción, conservación, mantenimiento 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 su 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 N° 2019102619