

Informe especial

¿Puede un concesionario defender bienes que legalmente no posee?



Informe especial

¿Puede un concesionario defender bienes que legalmente no posee?



POR:
RAFAELA OJEDA
**COORDINADORA DEL
ÁREA LEGAL - AFIN**

1. El problema



La Ley N° 32441, que regula la promoción de la inversión privada mediante Asociaciones Público Privadas (APP), niega que los contratos otorguen a los concesionarios derechos reales sobre los bienes de dominio público que integran sus proyectos. En otras palabras, aunque los concesionarios operan y mantienen la infraestructura, legalmente no tienen ningún derecho real sobre esta, ni siquiera el de posesión.

Esto tiene una consecuencia concreta, pues los contratos imponen al concesionario la obligación de ejercer las defensas posesorias sobre los bienes entregados. Lo que se ha traducido en casos en los que los jueces han declarado improcedentes demandas de acciones posesorias precisamente porque los concesionarios carecerían de legitimidad para obrar, al no ser titulares del derecho real de posesión.

1. Sin derechos reales sobre bienes públicos.



La Ley N° 32441 establece que los concesionarios no son titulares de ningún derecho real sobre bienes de dominio público.

2. Obligación contractual de defensa posesoria.



A pesar de ello, los contratos obligan a los concesionarios a ejercer las defensas posesorias contra terceros.

3. Demandas declaradas improcedentes por jueces.



Algunos tribunales han rechazado acciones legales porque el concesionario carece de legitimidad para obrar, porque legalmente no poseería los bienes.

2. Los derechos reales y la posesión



Los derechos reales son relaciones jurídicas entre un sujeto y una cosa. En el Perú, uno de ellos es la posesión, que consiste en el ejercicio de uno o más poderes inherentes a la propiedad (usar, disfrutar o disponer de un bien)¹⁻². Más aún, la posesión es un derecho real autónomo, por lo que es necesario distinguir entre quien tiene la posesión de hecho y quien debería poseer por derecho.



3. Los bienes de dominio público



El Estado es titular de bienes destinados al uso público, a la prestación de servicios públicos o a otros fines de interés público, conocidos como bienes demaniales. Estos son inalienables, inembargables e imprescriptibles³, **aunque pueden ser entregados en concesión a sujetos privados para su aprovechamiento económico.** A diferencia de los bienes de dominio privado, el Estado no puede perder su propiedad, lo que garantiza su integridad frente a actos ilegítimos de disposición.

La regulación general de los bienes demaniales sí permite constituir derechos reales sobre estos, siempre que no impliquen su enajenación ni afecten el uso público⁴. No obstante, la regulación especial de los proyectos de APP adoptó por la opción distinta, como veremos a continuación.



4. ¿Los concesionarios son poseedores?



La posesión se adquiere, normalmente, por la entrega física del bien. En las APP esto ocurre mediante **la Toma de Posesión**. Podría afirmarse entonces que el concesionario es poseedor inmediato de los bienes, mientras el Estado conserva la posesión mediata⁵.

Por su parte, **la Ley N° 32441** dispone que el contrato de APP es título suficiente para que el inversionista explote los bienes del proyecto, pero aclara que, respecto de los bienes demaniales, **no se le otorga ningún derecho real**⁶.

Más aun, una de las obligaciones de los concesionarios es el ejercicio de **las defensas posesorias** sobre los bienes que le son entregados. Esta atribución responde a que el concesionario es el sujeto mejor posicionado para advertir cualquier afectación y adoptar las acciones necesarias para proteger su integridad. Pero, si el concesionario no posee o no tiene derecho a poseer los bienes que explota, ¿cómo podría ejercer las defensas?

Una salida jurídica podría ser entender que es a partir del título contractual -y no de la posesión de hecho- que el concesionario se encuentra legitimado para su ejercicio. Esta construcción, sin embargo, genera una dificultad relevante en el plano procesal, ya que, si este no es poseedor, **¿cómo podría ejercer acciones reservadas exclusivamente para los poseedores?**

En efecto, solo los poseedores pueden repeler la fuerza empleada contra ellos o el bien y recobrarlo si fueren desposeídos⁷, o interponer las acciones posesorias e interdictos necesarios⁸. En el mismo sentido, el Código Procesal Civil establece que solo el poseedor puede interponer los interdictos⁹. A ello se suma que, por regla general, toda acción judicial exige que quien la interponga esté legitimado para obrar, es decir, que sea titular del derecho que reclama, o su carencia conducirá a la improcedencia de la demanda¹⁰.

Una respuesta a esta tensión conceptual sostiene que los concesionarios están legitimados para actuar en virtud del contrato de concesión. Ahora bien, esto ha sido cuestionado por algunos tribunales porque, aunque los concesionarios sustentasen su legitimidad en el contrato, su posesión de hecho e incluso disposiciones del organismo regulador competente, los órganos jurisdiccionales han señalado que, dado el carácter demanial del bien, la posesión le pertenece exclusivamente al Estado, y, por ende, el concesionario carece de legitimación para actuar.



Conclusión

Si el concesionario no es poseedor porque no se le ha otorgado ningún derecho real, y la posesión es un derecho de este tipo, entonces tampoco sería, en estricto, titular de las acciones reales de las defensas posesorias. Esta contradicción entre lo que el contrato exige del concesionario y lo que la ley le niega confirma la necesidad de precisar la Ley N° 32441, para reconocer expresamente el derecho de posesión a favor de los concesionarios.

En consecuencia, una redacción más adecuada reemplazaría la prohibición y reconocería la posesión como el derecho real otorgado a los concesionarios y condicionaría su existencia a la vigencia del contrato, sin que pueda transferirse ni gravarse de manera autónoma, conforme a la protección demanial de los bienes entregados.



Bibliografía

Avendaño, Jorge y Francisco Avendaño (2017) Derechos Reales. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

De Reina, Gabriel (2009) “Los derechos reales administrativos: fundamentos para una categoría”. En Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. (714), 1669-1714.

Hernández, Eduardo (2017) Bienes de dominio público y su régimen de propiedad. Lima: Rodhas.

Mejorada, Martín (2013). La Posesión en el Código Civil Peruano. Derecho & Sociedad, (40), 251–256.

Notas al pie

1. Artículo 881 del Código Civil
2. Artículo 923 del Código Civil
3. Artículo 73 de la Constitución.
4. Artículo 29 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 29151.
5. Artículo 905 del Código Civil.
6. Artículo 24 de la Ley N° 32441.
7. Artículo 920 del Código Civil.
8. Artículo 921 del Código Civil.
9. Artículos 298, 603 y 606 del Código Procesal Civil.
10. Artículos IV del Título Preliminar.