



Escrito N° : 01
Cuaderno : Principal
Sumilla : Demanda de inconstitucionalidad

SEÑORA PRESIDENTA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

LUIS ALBERTO HUERTA GUERRERO, Procurador Público Especializado en Materia Constitucional, designado por la Resolución Suprema N.º 024-2017-JUS/CDJE e identificado con D.N.I N.º 09338035, en representación del Poder Ejecutivo, me apersono ante el Tribunal Constitucional para interponer demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 31018, Ley que suspende el cobro de peajes en la red vial nacional, departamental y local concesionada, durante el estado de emergencia nacional declarado a causa del brote del COVID-19, aprobada y promulgada por el Congreso de la República.

I. APERSONAMIENTO Y PETITORIO

1. Al amparo de los artículos 47º y 203º de la Constitución Política del Perú; el Decreto Legislativo N.º 1326, Decreto Legislativo que reestructura el Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado y crea la Procuraduría General del Estado; el artículo 48.2 de su Reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo N.º 018-2019-JUS; y los artículos 98º y 99º del Código Procesal Constitucional, el Poder Ejecutivo interpone demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 31018, Ley que suspende el cobro de peajes en la red vial nacional, departamental y local concesionada, durante el estado de emergencia nacional declarado a causa del brote del COVID-19 (en adelante, la Ley), aprobada y promulgada por el Congreso de la República, y publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 9 de mayo de 2020.

2. Se solicita al Tribunal Constitucional que declare la inconstitucionalidad de la Ley por razones de fondo, por cuanto contraviene las siguientes disposiciones de la Constitución Política del Perú de 1993:

- i) El artículo 137º de la Constitución, sobre la competencia del Poder Ejecutivo para decretar estados de emergencia y adoptar medidas orientadas a su objetivo.
- ii) El artículo 58º de la Constitución, sobre la obligación del Estado de orientar el desarrollo del país, lo que comprende la ejecución de una política pública en materia de infraestructura vial.
- iii) El artículo 62º de la Constitución, que establece que los términos contractuales no pueden ser modificados mediante leyes.

3. El pedido de declaratoria de inconstitucionalidad se formula contra la totalidad del artículo único de la Ley.



II. LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA PARA INTERPONER DEMANDAS DE INCONSTITUCIONALIDAD

4. Conforme al artículo 203°, inciso 1, de la Constitución, el Presidente de la República cuenta con legitimación activa para interponer demandas de inconstitucionalidad. Para ejercer esta facultad requiere del voto aprobatorio del Consejo de Ministros, conforme lo señala el primer párrafo del artículo 99° del Código Procesal Constitucional. El mismo Código establece, en el artículo 102°, inciso 1, que a la demanda de inconstitucionalidad respectiva se acompaña la certificación del acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros.

5. En concordancia con este procedimiento, en su sesión de fecha 20 de mayo de 2020, el Consejo de Ministros aprobó la interposición de una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 31018 y designó al Ministro de Justicia y Derechos Humanos para que la interponga (Anexo 1-H). Mediante Resolución Ministerial N° 138-2020-JUS, de fecha 27 de mayo de 2020, el Ministro de Justicia y Derechos Humanos delegó en el Procurador Público Especializado en Materia Constitucional la representación del Poder Ejecutivo en el presente proceso (Anexo 1-G).

III. PLAZO PARA LA INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA

6. Conforme al artículo 100° del Código Procesal Constitucional, la demanda de inconstitucionalidad contra una norma debe ser interpuesta dentro del plazo de seis años contado a partir de su publicación.

7. En el presente caso, la Ley N° 31018 se publicó en el Diario Oficial "El Peruano" el 9 de mayo de 2020 (Anexo 1-F), por lo que la demanda se interpone dentro del plazo establecido a nivel normativo.

IV. CONTENIDO DE LA NORMA OBJETO DE CONTROL CONSTITUCIONAL

8. La Ley N° 31018 consta de un artículo único, que señala lo siguiente:

"Artículo único. Suspensión del cobro de peaje

Suspéndese con carácter excepcional y provisional del [sic] cobro de peaje en todas las unidades de peaje de la red vial nacional, departamental y local concesionada, con el objeto de evitar el contacto con los usuarios y cumplir con el aislamiento obligatorio mientras dure el estado de emergencia nacional dispuesto por el Poder Ejecutivo ante los riesgos de propagación del COVID-19.

La suspensión establecida en el presente artículo no causará ni generará derecho compensatorio" (negritas y subrayado en texto original).

9. Con relación al contenido de la Ley corresponde indicar lo siguiente:

- i. Establece el mandato de suspensión de la actividad del cobro de peajes.
- ii. Dispone dicha suspensión en todas las unidades de peaje de la red nacional, departamental y local que se encuentre concesionada.
- iii. Señala como objetivo de la norma evitar el contacto con usuarios y cumplir con el aislamiento obligatorio mientras dure el estado de emergencia nacional



dispuesto por el Poder Ejecutivo ante los riesgos de propagación del COVID-19.

- iv. Establece que la suspensión del cobro de peajes no causa ni genera derecho compensatorio.

V. FUNDAMENTOS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR RAZONES DE FONDO

1. Consideraciones preliminares sobre el contenido de la Ley N° 31018

10. La exposición de los argumentos que sustentan la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 31018 requiere la presentación previa de un conjunto de consideraciones relacionadas con la medida de suspensión de la actividad del cobro de peajes y la prohibición de compensación, lo que permitirá al Tribunal Constitucional contar con la información necesaria para la mejor resolución de la presente controversia.

1.1 Perspectiva constitucional del cobro de peajes: mantenimiento de servicios viales para garantizar el tránsito de las personas con seguridad

11. A partir del artículo 1° de la Constitución, que señala que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, el cobro de los peajes en las redes viales puede ser analizado desde una perspectiva constitucional, pues lo recaudado por dicho cobro se relaciona con el mantenimiento de las vías que permiten garantizar el tránsito de las personas en el territorio nacional. La existencia de vías para el tránsito, así como su debido y oportuno mantenimiento permiten el ejercicio de la libertad de circulación en condiciones que garanticen la vida y la integridad personal¹. Por ello, también desde un enfoque constitucional, las entidades estatales vinculadas al sector de transporte y comunicaciones se encuentran obligadas a ejercer sus competencias en materia de infraestructura vial con esa finalidad.

12. En esta línea de análisis, en los contratos de concesión se han previsto obligaciones a cargo de las empresas concesionarias relacionadas, entre otros aspectos, a:

- i) La construcción, rehabilitación, operación y mantenimiento de la infraestructura, así como la implementación de elementos de señalización y seguridad vial según las disposiciones normativas aplicables.

- ii) La prestación de servicios obligatorios que deben ser puestos a disposición de los usuarios de forma gratuita, en la totalidad del tramo concesionado, por lo que tales actividades a cargo de la empresa concesionaria devienen en derechos exigibles y reconocidos a favor de los usuarios.

13. En tal sentido, las empresas concesionarias de la red vial, conforme al marco de obligaciones establecidas en los contratos de concesión, despliegan determinadas actividades que repercuten directamente en la transitabilidad y operatividad de la vía, así

¹ En el Informe Conjunto N° 055-2020-IC-OSITRAN, de fecha 18 de mayo de 2020, se da cuenta de las consecuencias de la Ley N° 31018 en la potencial afectación de los niveles de servicio y los usuarios de la infraestructura vial concesionada. Ver de modo particular la información y fotografías del Anexo 1-J, sobre la ejecución de labores de mantenimiento en las carreteras.



como en la disponibilidad de servicios para la atención de los usuarios ante situaciones de emergencia (sea vehicular, de salud o accidentes) que requieran una atención inmediata.

14. Bajo estas premisas, la actuación de las empresas concesionarias se encuentra directamente relacionada con el acondicionamiento de la vía para la prevención de riesgos y la supresión de situaciones que puedan significar peligro para la vida e integridad de los usuarios, toda vez que, conforme a lo establecido en la normativa aplicable en materia de seguridad vial, deben garantizar la existencia de una vía en óptimas condiciones, que cumpla los niveles de servicio señalados en el contrato y que permita el desplazamiento bajo condiciones adecuadas de seguridad de los usuarios, concretándose ello a través de:

- Construcción de obras y mejoras en las carreteras.
- Labores de rehabilitación y limpieza permanente, para mantener o recuperar la transitabilidad.
- Mantenimiento de la operatividad de las vías.
- Instalación e implementación de la debida señalización.
- Acondicionamiento de otros elementos de seguridad vial.

15. Asimismo, según lo establecido en los contratos, las empresas concesionarias deben mantener a disposición de los usuarios determinados servicios de forma gratuita las veinticuatro (24) horas del día, tales como:

- Central de atención de emergencias.
- Servicio de grúa y auxilio mecánico.
- Servicio de ambulancia.
- Servicio de patrullaje móvil, las veinticuatro (24) horas en algunos casos.
- Casetas de atención policial en las estaciones de peajes.

16. Los servicios obligatorios en mención, como parte de las actividades a cargo de las empresas concesionarias, se encuentran orientados a mitigar y minimizar situaciones de peligro generados en las vías, tales como la ocurrencia de incidentes, accidentes u otras situaciones de emergencia viales, que puedan significar un peligro manifiesto e inmediato para la integridad, vida o salud de los usuarios, activándose esto de forma posterior a la ocurrencia del hecho riesgoso o peligroso, a fin de salvaguardar la seguridad de los usuarios.

17. Desde esta perspectiva es que debe ser analizado el marco legal y las relaciones contractuales existentes sobre el cobro de los peajes, en la línea de identificar aquellas medidas que permitan a las personas el libre tránsito con seguridad para su vida e integridad personal, así como eliminar aquellas que eviten alcanzar dicho objetivo, como es el caso de la ley objeto de impugnación en el presente proceso, aprobada y promulgada por el Congreso de la República, que al suspender el cobro de peajes compromete seriamente el cumplimiento de las obligaciones de los concesionarios de las redes viales.

1.2 Definición y marco normativo sobre peajes

18. El peaje es el monto que paga el usuario por el derecho de utilizar la infraestructura vial. Su finalidad principal se orienta al mantenimiento de dichas vías, por lo que el cobro del peaje está relacionado con la infraestructura necesaria para el tránsito de vehículos. En



este sentido, toda medida relacionada con dicha actividad tiene un impacto en el estado de las redes viales.

19. La Ley N° 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre (LGTTT)², “establece los lineamientos generales económicos, organizacionales y reglamentarios del transporte y tránsito terrestre y rige en todo el territorio de la República” (artículo 1.1). En su artículo 23° dispone que “[l]os reglamentos nacionales necesarios para la implementación de la presente Ley serán aprobados por Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción y rigen en todo el territorio nacional de la República”. Esta misma norma precisa lo siguiente respecto al “Reglamento Nacional de Cobro por Uso de Infraestructura Pública”:

“23. [...]

e) Reglamento Nacional de Cobro por Uso de Infraestructura Pública

Contiene las condiciones técnicas que fundamentan la necesidad de cobro por uso de infraestructura pública, a los usuarios de las vías, ya sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas. Incluye tanto los peajes de las vías no concesionadas, como los cobros a quienes alteren la capacidad vial e interfieren el tránsito. Contiene además, los métodos de cálculo de tales tasas y los procedimientos de cobro”.

20. Si bien el mencionado Reglamento no ha sido emitido, el cobro de peajes está actualmente determinado por la modalidad de administración de la infraestructura de la red vial. En los casos en que la infraestructura de la red vial esté siendo administrada de forma directa por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones a través de PROVIAS NACIONAL, el cobro de peaje se efectúa y cobra en el marco de las funciones de administración que este órgano posee de acuerdo a su Manual de Operaciones; mientras que, cuando la red vial sea administrada a través de empresas concesionarias, en el marco del Decreto Legislativo N° 1362 y su Reglamento, será efectuado conforme a las condiciones establecidas en los respectivos contratos de concesión. En la presente controversia, se cuestiona que la Ley establezca una suspensión en el cobro de peajes al margen de lo estipulado en estos contratos.

1.3 Aplicación de la Ley a redes viales concesionadas (cofinanciadas y autofinanciadas)

21. La Ley suspende el cobro de peajes en todas las unidades de peaje de la red vial nacional, departamental y local concesionada. En este sentido, los peajes de las redes viales no concesionadas quedan al margen de la aplicación de la suspensión prevista en la norma.

22. Las redes viales concesionadas pueden ser cofinanciadas o autofinanciadas. En el siguiente cuadro se aprecia la diferencia entre ambos tipos de concesiones:

<u>Concesión Cofinanciada:</u>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ El riesgo de demanda recae en el Estado, toda vez que en este tipo de concesiones el flujo vehicular no es suficiente para cubrir la construcción, operación y mantenimiento de la carretera. El Estado cofinancia dichas actividades, las cuales son realizadas por el concesionario en el marco de cada contrato concesión, por lo que cada una de las obligaciones de pago que debe asumir el Estado se encuentran previstas en estos. ▪ Una afectación en el cobro de la tarifa del peaje no afecta al
--------------------------------	---

² Publicada el 8 de octubre de 1999 en el Diario Oficial “El Peruano”.



	concesionario, toda vez que los pagos a los que está obligado el Concedente se deben seguir realizando.
<u>Concesión Autofinanciada:</u>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ El riesgo de la demanda recae en el Concesionario, toda vez que la tarifa de peaje sirve para retribuir la inversión realizada y que realiza este último sobre la infraestructura vial, en cumplimiento de sus obligaciones contractuales. ▪ Cualquier tipo de afectación en el cobro de la tarifa de peaje que afecte la recaudación de cada concesión vial puede generar que se activen los mecanismos de compensación previstos en cada contrato.

23. Respecto a los peajes de las redes viales concesionadas, corresponde indicar que actualmente se encuentran en operación dieciséis (16) concesiones viales, de las cuales seis (6) son autofinanciadas y diez (10) cofinanciadas (ver relación en el Anexo 1-K). En cuanto a su extensión, la Red Vial Concesionada comprende un total de 6 693 kilómetros, siendo la carretera IIRSA Norte la concesión de mayor extensión, con 955km, y el Tramo Vial: Mocupe – Cayaltí – Oyotún el de menor extensión con 46,8 km.

1.4 Exoneraciones al cobro de peajes

24. Existe un marco normativo vigente que exonera a determinados vehículos del cobro de peajes. En este sentido, mediante el Decreto Ley N° 22467, publicado el 7 de marzo de 1979, y cuyo artículo segundo fue modificado por el Decreto Legislativo 1328, se dispone lo siguiente:

“Artículo 1°.- Exonerar del pago de peaje por razones de Seguridad y Defensa Nacional a los vehículos militares de la Fuerza Armada, identificados por su distintivo institucional reglamentario, cuando deban desplazarse en convoy o aislados, para la realización de maniobras, ejercicios de campaña o en cumplimiento de comisiones del servicio.

Artículo 2.- Exonerar del pago del derecho de peaje por razones del mantenimiento del orden público, seguridad de las personas y moral pública y servicios a la comunidad, a los vehículos policiales de las Fuerzas Policiales, del Instituto Nacional Penitenciario y de las Compañías de Bomberos y a todas las ambulancias de los Servicios Asistenciales Médicos, identificados por su distintivo institucional reglamentario, cuando deban desplazarse en cumplimiento de misiones del servicio”³.

25. Como se aprecia, los vehículos de las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional del Perú, el Instituto Nacional Penitenciario, las compañías de bomberos y las ambulancias están exoneradas del pago de peaje en las redes viales. Esta exoneración rige tanto para las carreteras concesionadas como no concesionadas. Se trata, asimismo, de exoneraciones que no son transitorias sino de carácter permanente y que cuentan con una justificación expresa en la norma que las establece.

1.5 Suspensión temporal de la actividad del cobro de peajes

26. Un supuesto distinto al de la exoneración permanente en el cobro de peajes es la suspensión temporal del mismo. Sobre esta materia no existe un marco legal específico que lo regule de forma general. En el caso de las vías no concesionadas esta materia es

³ Texto del artículo 2 según la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo 1328, Decreto Legislativo que fortalece el Sistema Penitenciario Nacional y el Instituto Nacional Penitenciario, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 6 de enero de 2017.



abordada a partir de las disposiciones que emite el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, mientras que en el caso de las vías concesionadas corresponde acudir al contenido de los contratos de concesión para identificar los supuestos en los cuales puede producirse y los procedimientos a seguir para tal efecto.

27. En el caso de la Ley, no establece un marco regulatorio general sobre la suspensión de los peajes, sino que establece esta medida únicamente respecto a las redes viales concesionadas y por un período de tiempo vinculado a la duración de las medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo para hacer frente al COVID-19.

1.5.1 Suspensión del cobro de peajes en la Red Vial Nacional no Concesionada

28. Respecto a las vías no concesionadas la Ley no tiene efecto alguno, dado que no forma parte de las redes viales en donde se establece la suspensión. Sin perjuicio de ello, se debe señalar que mediante Resolución Directoral N° 592-2020-MTC/20, de fecha 29 de marzo de 2020, la Dirección Ejecutiva de PROVIAS NACIONAL, unidad orgánica del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, autorizó la suspensión temporal del cobro de peaje en la red vial nacional no concesionada desde el 30 de marzo de 2020 y mientras dure el estado de emergencia nacional declarado por el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM. En este sentido, el artículo 1° de la referida resolución señala:

“Artículo 1.- Autorizar la suspensión temporal a partir de las 00:00 horas del día 30 de Marzo de 2020, del cobro de peaje en todas las Unidades de Peaje de la Red Vial Nacional no Concesionada a cargo de PROVIAS NACIONAL, mientras dure el plazo del Estado de Emergencia Nacional declarado a través del Decreto Supremo N° 044-2020-PCM precisado por los Decretos Supremos N° 045-2020-PCM y N° 046-2020-PCM, prorrogado a través del Decreto Supremo N° 051-2020-PCM y en todas las normas posteriores que prorrogue el mencionado plazo”

29. Sobre el fundamento de la suspensión, en los considerandos de la resolución se indica:

“Que, mediante Memorándum N° 178-2020-MTC/20.23 la Dirección de Gestión Vial hace suyo el Informe N° 070-2020-MTC/20.23.2 de la Subdirección de Operaciones, mediante la cual comunica que debido a las restricciones establecidas como parte de la declaratoria de emergencia, las Unidades de Peaje han venido presentando dificultades operativas para el desplazamiento del personal que labora en dichas unidades, y del personal que proporcionan seguridad y vigilancia, así como, del servicio de traslado para el depósito de la recaudación, por lo que luego de la evaluación realizada, propone la suspensión del cobro de peaje en la Red Vial Nacional no Concesionada, precisando que la menor recaudación obtenida durante el período del Estado de Emergencia Nacional no compromete las intervenciones de conservación de la referida red vial, toda vez que los mayores recursos que se requieren para mantener las vías en óptimas condiciones de transitabilidad (23,954 Km) provienen del Tesoro Público.

[...]

Que, la Oficina de Asesoría Jurídica [...] considerando que es necesario dictar medidas para asegurar el abastecimiento de alimentos, medicinas y equipos sanitarios dentro del territorio nacional, facilitando la circulación de transporte de carga que conducen estos bienes y productos a través de la Red Vial Nacional no concesionada, se considera legalmente viable y de manera excepcional la expedición de la Resolución Directoral que autoriza la suspensión del cobro de peajes [...].”



30. Como se aprecia, la medida de suspensión del cobro de peaje en las vías no concesionadas no se sustenta en evitar el contagio del COVID-19 o fortalecer el aislamiento obligatorio decretado por el Poder Ejecutivo, sino en problemas logísticos para el cobro de peaje y la necesidad de garantizar las actividades permitidas durante el estado de emergencia.

1.5.2 Suspensión de peajes en las vías de la red vial nacional concesionada

31. En el caso de las redes viales concesionadas, la suspensión del cobro de peajes corresponde ser analizada a partir del contenido de los contratos de concesión. Sin embargo, la Ley ha establecido una suspensión al margen de los mismos. A continuación se explica la situación de la suspensión del cobro, tomando en cuenta la diferencia expuesta entre concesiones cofinanciadas y autofinanciadas.

1.5.2.1 Concesiones viales cofinanciadas

32. El Ministerio de Transportes y Comunicaciones cursó el Oficio Múltiple N° 0014-2020-MTC/19 a los concesionarios de los contratos de concesión viales cofinanciados indicándoles que resultaba evidente la necesidad de garantizar la transitabilidad de la vía, el cumplimiento de los niveles de servicio, la conservación y la atención de emergencias viales; dado que prescindir o reducir las cadenas logísticas de transporte y distribución de alimentos de primera necesidad, así como de medicamentos, podría generar desabastecimiento u otras situaciones que afectarían a la población.

33. Asimismo, instó a los concesionarios a que, en el marco de la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional, proceda a dar inicio al procedimiento contractual de suspensión de obligaciones establecido en el contrato de concesión respectivo para una suspensión que comprenda, únicamente, el cobro de las tarifas de peajes por la causal de fuerza mayor, la cual viene cumpliéndose desde las 18.00 horas del día 02 de abril de 2020 hasta que culmine el Estado de Emergencia Nacional.

34. Esta acción se realizó considerando las características de las concesiones viales cofinanciadas, en las cuales el cumplimiento de los niveles de servicios y seguridad de los usuarios de la vía no tienen una relación directa con el monto recaudado por la tarifa del peaje, dado que el riesgo de la demanda ha sido asignado al Estado y, asimismo, porque el tránsito de vehículos y personas actualmente es mínimo, producto de las medidas de emergencia adoptadas por el Gobierno.

35. Como resultado, treinta y dos (32) unidades de peaje de las diez concesiones viales cofinanciadas suspendieron temporalmente el cobro de la tarifa de peaje.

36. La suspensión gestionada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones en el caso de las concesiones cofinanciadas se ha realizado respetando la naturaleza de la concesión y el procedimiento establecido en cada contrato para la suspensión de dicha obligación, de tal manera que no se afecten las obligaciones que ha asumido tanto el Ministerio en su calidad de concedente, así como la de los concesionarios respecto al mantenimiento y operación de la carretera.

37. Por tratarse una concesión cofinanciada, la suspensión no afecta las obligaciones relacionadas con la operación y conservación de la infraestructura, dentro de las que se



PERÚ

Ministerio
de Justicia
y Derechos Humanos

Consejo de Defensa
Jurídica del Estado

Comisión de Promoción
de la Justicia



encuentran el levantamiento de derrumbes, la atención de emergencias viales, los servicios en la vía como grúa, ambulancia, servicios higiénicos, mantenimiento rutinario en la infraestructura como limpieza de cunetas, guardavías, señalización, desbroce de maleza, reparaciones menores, entre otros.

38. Al igual que en el caso de las vías no concesionadas, en este caso la suspensión del cobro de peajes tampoco se sustentó en evitar el contagio del Covid-19 o fortalecer el aislamiento obligatorio decretado por el Poder Ejecutivo. La medida, además, fue adoptada con anterioridad a la vigencia de la Ley.

1.5.2.2 Concesiones viales autofinanciadas

39. En el caso de las concesiones viales autofinanciadas, los respectivos contratos regulan la posibilidad de suspensión de obligaciones. En estos contratos el cobro de la tarifa del peaje es una obligación y un derecho del concesionario y es este quien debe pedir la suspensión. En razón a ello, se remitieron comunicaciones a los concesionarios⁴ solicitándoles alguna acción frente al pedido de los transportistas de carga de no cobrar la tarifa del peaje, recibándose una respuesta negativa. Dichos concesionarios señalaron que ya se estaban viendo afectados con el tráfico disminuido por las medidas del Estado frente al aislamiento social y una suspensión total del peaje durante el Estado de Emergencia Nacional, por más que sea temporal, generaría contingencias económicas a la concesión, como incumplimiento en la cadena de pagos a sus trabajadores, pagos de financiamiento, así como incumplimientos en sus obligaciones de operación y mantenimiento.

40. Como se aprecia, en el diálogo para la suspensión del cobro de peaje en las concesiones autofinanciadas tampoco se consideró que la misma fuera para evitar el contagio del Covid-19 o fortalecer el aislamiento obligatorio decretado por el Poder Ejecutivo.

1.6 Objetivo de la suspensión del cobro de peajes

41. Durante el procedimiento parlamentario que culminó con la promulgación de la Ley por parte del Congreso de la República se expusieron diversos argumentos como sustentó o justificación de la suspensión del cobro de peajes, lo cual se evidencia en el texto de los proyectos de ley N° 4951/2020-CR y 4985/2020-CR y el debate parlamentario. Tales fueron:

- Asegurar el tránsito sin restricciones de profesionales comprometidos con la emergencia sanitaria, orden, seguridad y distribución de alimentos (Proyecto de Ley N° 4951/2020-CR).
- Salvaguardar la integridad del personal que labora en actividades de salud y seguridad (Proyecto de Ley N° 4951/2020-CR).

⁴ Con fecha 31 de marzo de 2020, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones remitió comunicaciones a los seis (6) concesionarios autofinanciados, según el siguiente detalle: i) Oficio N° 1604-2020-MTC/19, dirigido al Concesionario AUNOR; ii) Oficio N° 1605-2020-MTC/19, dirigido al Concesionario COVINCA; iii) Oficio N° 1606-2020-MTC/19, dirigido al Concesionario COVIPERU; iv) Oficio N° 1607-2020-MTC/19, dirigido al Concesionario COVISOL; v) Oficio N° 1608-2020-MTC/19, dirigido al Concesionario DEVIANDES; y, vi) Oficio N° 1609-2020-MTC/19, dirigido al Concesionario NORVIAL.



- Facilitar el tránsito para personas y vehículos de instituciones responsables de transportar alimentos, medicamentos, combustibles, carga y mercancías (Proyecto de Ley N° 4985/2020-CR).

42. Sin embargo, el texto de la Ley finalmente aprobado y publicado solo hace referencia a un objetivo de la medida de suspensión del cobro de peajes. En este sentido, el texto literal de la norma precisa lo siguiente:

“Suspéndese con carácter excepcional y provisional del [sic] cobro de peaje en todas las unidades de peaje de la red vial nacional, departamental y local concesionada, con el objeto de evitar el contacto con los usuarios y cumplir con el aislamiento obligatorio mientras dure el estado de emergencia nacional dispuesto por el Poder Ejecutivo ante los riesgos de propagación del COVID-19. [...]” (subrayado y negritas fuera del texto original).

43. Por este motivo, para el análisis sobre la inconstitucionalidad de la Ley N° 31018 se debe tomar en cuenta únicamente el objetivo de la suspensión del cobro de peajes señalado de forma expresa en la ley.

1.7 Vigencia de la suspensión del cobro de peajes

44. La Ley objeto de impugnación presenta la particularidad de contemplar un período de vigencia de la medida que adopta, pues de forma expresa señala que la suspensión del cobro de peajes se realiza para “cumplir con el aislamiento obligatorio mientras dure el estado de emergencia nacional dispuesto por el Poder Ejecutivo ante los riesgos de propagación del COVID-19”. Por lo tanto, una vez culminado el período de vigencia de la Ley, la suspensión queda sin efecto.

45. Del texto de la norma se aprecia que el factor determinante para identificar el período de vigencia de la suspensión del cobro de peajes es la duración del denominado aislamiento social obligatorio establecido por el Poder Ejecutivo al momento de decretar el estado de emergencia para hacer frente al COVID-19, al amparo del artículo 137° de la Constitución.

46. Esta precisión es importante para evitar confundir el estado de emergencia decretado por el Poder Ejecutivo y la medida dictada, en el marco del mismo, que dispone el aislamiento social obligatorio (cuarentena). Una vez finalizado este último, los efectos de la norma terminan, independientemente de si se mantiene el estado de emergencia.

1.8 Prohibición de compensación

47. La Ley señala en la parte final de su artículo único que “[l]a suspensión establecida en el presente artículo no causará ni generará derecho compensatorio”. Esta medida se encuentra relacionada con la suspensión del cobro de peaje, por lo que los argumentos sobre la inconstitucionalidad de dicha suspensión también sustentan la de la prohibición de compensación.



2. LA LEY N° 31018 VULNERA LA COMPETENCIA DEL PODER EJECUTIVO PARA ESTABLECER MEDIDAS RELACIONADAS CON LA DECLARATORIA DEL ESTADO DE EMERGENCIA

2.1 Objetivo del estado de emergencia establecido mediante el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM

48. De acuerdo con el artículo 137° de la Constitución Política de 1993, el Poder Ejecutivo puede decretar estados de emergencia en determinadas circunstancias. En este sentido, el referido artículo dispone:

“Artículo 137.- El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar, por plazo determinado, en todo el territorio nacional, o en parte de él, y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, los estados de excepción que en este artículo se contemplan:

1. Estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. En esta eventualidad, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del artículo 2 y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo. En ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie.

El plazo del estado de emergencia no excede de sesenta días. Su prórroga requiere nuevo decreto. En estado de emergencia las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno si así lo dispone el Presidente de la República”.

49. Mediante el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, publicado en Edición Extraordinaria del Diario Oficial “El Peruano” de fecha 15 de marzo de 2020, el Poder Ejecutivo declaró el “Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19”. El objetivo de esta declaratoria es proteger la vida y la salud de la población, reduciendo la posibilidad del incremento del número de afectados por el COVID-19, sin afectar la prestación de los servicios básicos, la salud y alimentación de la población. En este sentido, en los considerandos de la referida norma se señala lo siguiente:

“Que, la Organización Mundial de la Salud ha calificado, con fecha 11 de marzo de 2020, el brote del COVID-19 como una pandemia al haberse extendido en más de cien países del mundo de manera simultánea;

Que, mediante Decreto Supremo N° 008-2020-SA se declaró la Emergencia Sanitaria a nivel nacional por el plazo de noventa (90) días calendario, y se dictaron medidas para la prevención y control para evitar la propagación del COVID-19;

Que, no obstante dicha medida, se aprecia la necesidad que el Estado adopte medidas adicionales y excepcionales para proteger eficientemente la vida y la salud de la población, reduciendo la posibilidad del incremento del número de afectados por el COVID-19, sin afectarse la prestación de los servicios básicos, así como la salud y alimentación de la población; [...].”

50. En esta dirección, el artículo 1° del decreto supremo señala que el Estado de Emergencia se declara “por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19”.



51. En consecuencia, el objetivo de la declaratoria del Estado de Emergencia establecido en el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM se relaciona con la protección de la vida y la salud de la población, a fin de reducir la posibilidad del incremento del número de afectados por el COVID-19, pero sin menoscabar la prestación de los servicios básicos, la salud y alimentación de la población. Por ello, toda medida que sea adoptada sobre la base de la declaratoria del estado de emergencia debe ser razonable y proporcional a este objetivo.

2.2 Competencia del Poder Ejecutivo para dictar medidas limitativas de derechos al amparo de la declaratoria del Estado de Emergencia

52. La competencia del Poder Ejecutivo respecto a los estados de emergencia no se restringe a su declaratoria, sino que es inherente a la misma la adopción de todas aquellas medidas que resulten razonables y proporcionales para alcanzar el objetivo que la sustenta.

53. En el caso del estado de emergencia establecido mediante el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, esta misma norma contempla una serie de medidas limitativas del ejercicio de derechos fundamentales.

54. En este sentido, en el primer artículo de esta norma se dispuso el denominado “aislamiento social obligatorio”, también conocido como cuarentena:

“Artículo 1.- Declaración de Estado de Emergencia Nacional

Declárese el Estado de Emergencia Nacional por el plazo de quince (15) días calendario, y dispóngase el aislamiento social obligatorio (cuarentena), por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19”.

55. Del mismo modo, en el artículo 4° se estableció un conjunto de medidas restrictivas del ejercicio de la libertad de tránsito;

“Artículo 4.- Limitación al ejercicio del derecho a la libertad de tránsito de las personas

4.1 Durante la vigencia del Estado de Emergencia Nacional y la cuarentena, las personas únicamente pueden circular por las vías de uso público para la prestación y acceso a los siguientes servicios y bienes esenciales:

- a) Adquisición, producción y abastecimiento de alimentos, lo que incluye su almacenamiento y distribución para la venta al público.
- b) Adquisición, producción y abastecimiento de productos farmacéuticos y de primera necesidad.
- c) Asistencia a centros, servicios y establecimientos de salud, así como centros de diagnóstico, en casos de emergencias y urgencias.
- d) Prestación laboral, profesional o empresarial para garantizar los servicios enumerados en el artículo 2.
- e) Retorno al lugar de residencia habitual.
- f) Asistencia y cuidado a personas adultas mayores, niñas, niños, adolescentes, dependientes, personas con discapacidad o personas en situación de vulnerabilidad.
- g) Entidades financieras, seguros y pensiones, así como los servicios complementarios y conexos que garanticen su adecuado funcionamiento.
- h) Producción, almacenamiento, transporte, distribución y venta de combustible.
- i) Hoteles y centros de alojamiento, solo con la finalidad de cumplir con la cuarentena dispuesta.
- j) Medios de comunicación y centrales de atención telefónica (call center).



k) Los/as trabajadores/as del sector público que excepcionalmente presten servicios necesarios para la atención de acciones relacionadas con la emergencia sanitaria producida por el COVID-19 podrán desplazarse a sus centros de trabajo en forma restringida.

l) Por excepción, en los casos de sectores productivos e industriales, el Ministerio de Economía y Finanzas, en coordinación con el sector competente, podrá incluir actividades adicionales estrictamente indispensables a las señaladas en los numerales precedentes, que no afecten el estado de emergencia nacional.

m) Cualquier otra actividad de naturaleza análoga a las enumeradas en los literales precedentes o que deban realizarse por caso fortuito o fuerza mayor.

4.2 Igualmente, se permite la circulación de vehículos particulares por las vías de uso público para la realización de las actividades referidas en el apartado anterior.

4.3 Las limitaciones a la libertad de tránsito no aplican al personal extranjero debidamente acreditado en el Perú de las misiones diplomáticas, oficinas consulares y representaciones de organismos internacionales, que se desplacen en el cumplimiento de sus funciones, respetando los protocolos sanitarios.

4.4 A fin de garantizar el orden interno, se faculta al Ministerio del Interior, en coordinación con el Ministerio de Defensa, para dictar las medidas que permitan la implementación del presente artículo.

4.4 El Ministerio del Interior dispone el cierre o restricción a la circulación por carreteras por razones de salud pública, seguridad o fluidez del tráfico.

4.5 En todo caso, para cualquier desplazamiento efectuado conforme al presente artículo deben respetarse las recomendaciones y disposiciones dictadas por el Ministerio de Salud, el Ministerio del Interior y otras entidades públicas competentes”.

56. Respecto a esta norma, corresponde su análisis desde dos enfoques. Por un lado, al determinar las actividades que pueden realizarse durante el estado de emergencia, establece una restricción a la libertad de tránsito para el desarrollo de aquellas otras que no se encuentren señaladas en esta disposición. De otro lado, garantiza el desplazamiento para la realización de las actividades permitidas, lo cual debe ser interpretado de conformidad con el artículo 2º del mismo Decreto Supremo, el cual señala:

“Artículo 2.- Acceso a servicios públicos y bienes y servicios esenciales

2.1 Durante el Estado de Emergencia nacional, se garantiza el abastecimiento de alimentos, medicinas, así como la continuidad de los servicios de agua, saneamiento, energía eléctrica, gas, combustible, telecomunicaciones, limpieza y recojo de residuos sólidos, servicios funerarios y otros establecidos en el presente Decreto Supremo.

2.2 Asimismo, se garantiza la adecuada prestación y acceso a los servicios y bienes esenciales regulados en el artículo 4 del presente Decreto Supremo. Las entidades públicas y privadas determinan los servicios complementarios y conexos para la adecuada prestación y acceso a los servicios y bienes esenciales establecidos en el artículo 4. Las entidades competentes velan por el idóneo cumplimiento de la presente disposición”.

57. En atención a lo expuesto, el cobro de peajes forma parte de las actividades permitidas durante el estado de emergencia, dado que permiten el mantenimiento de las redes viales a través de las cuales circularán las personas y vehículos que garantizarán los servicios públicos y bienes esenciales.

58. Posteriormente, mediante el Decreto Supremo N° 046-2020-PCM, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 18 de marzo de 2020, se establecieron medidas adicionales relacionadas con limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales. De modo particular, se estableció la “inmovilización social obligatoria” (también conocida como “toque de queda”), pero exceptuando de la misma a las personas que participan en la



prestación de determinados servicios. En este sentido, mediante el artículo 4.2 se dispuso lo siguiente:

“4.2 Se dispone la inmovilización social obligatoria de todas las personas en sus domicilios desde las 20.00 horas hasta las 05.00 horas del día siguiente, excepto del personal estrictamente necesario que participa en la prestación de los servicios de abastecimiento de alimentos, salud, medicinas, la continuidad de los servicios de agua, saneamiento, energía eléctrica, gas, combustibles, telecomunicaciones, limpieza y recojo de residuos sólidos, servicios funerarios, y transporte de carga y mercancías y actividades conexas, según lo estipulado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones”.

59. Con relación a estas medidas, el Ministerio de Salud ha indicado lo siguiente⁵:

“2.5 Las medidas de inmovilidad social dictadas por el gobierno, a partir del Decreto Supremo N° 044-2020-PCM tienen por objeto disminuir la tasa de velocidad (duplicación) del virus para que el stock de personas infectadas en un determinado tiempo no sea de tal cantidad que los contagiados sintomáticos que demanda los servicios de salud no excedan la oferta o capacidad hospitalaria. Esta es una medida que, de forma inmediata, tuvo por objeto garantizar la salud; así como garantizar un proceso de contención global de la pandemia.

2.6 En este primer contexto, se autorizaron determinados servicios esenciales, vinculados con la garantía de la alimentación, salud y determinados servicios públicos esenciales; de forma conexas a ellos, estaban permitidas aquellas actividades que hacen posible tales servicios, como el transporte (restringido a tales actividades), y el servicio de mantenimiento de carreteras, públicos ó privados; y sus correspondientes esquemas de concepciones.

2.7 Luego, se ha expedido el Decreto Supremo N° 083-2020-PCM que aprueba la reanudación de determinadas actividades; autorizadas por sus respectivos sectores, que implican un mayor nivel de uso de carreteras y de sus correspondientes actividades de mantenimiento. El objeto de este tránsito de la inamovilidad transitoria a una inamovilidad restringida busca reactivar de forma segura, ciertas actividades económicas que permitan garantizar el derecho fundamental a la remuneración, el derecho de propiedad, los ingresos fiscales; todos los cuales, igualmente se relacionan con el mantenimiento de servicios de salud sostenidos y mejorados en tiempo”.

60. En consecuencia, el Poder Ejecutivo tiene competencia para declarar el estado de emergencia conforme a lo señalado en el artículo 137° de la Constitución, lo que implica la facultad para, a partir de una evaluación multisectorial y técnica, dictar las medidas que sean necesarias para hacer frente a la emergencia presentada y que deben ser acatadas por todas las personas e instituciones.

61. Respecto a la presente demanda, al declarar el estado de emergencia el Gobierno no ha prohibido el cobro de peajes como una medida para evitar el contagio del COVID-19; por el contrario, considera necesario el mantenimiento de las redes viales para el tránsito de las personas y vehículos a fin de asegurar los bienes y servicios esenciales, lo que implica garantizar sus fuentes de financiamiento.

62. De aceptarse que el Congreso de la República puede adoptar medidas relacionadas con los estados de emergencia, se podría llegar a una situación en la cual, por ejemplo, determine los horarios de los denominados “toque de queda”, las zonas del país en donde procede el aislamiento social obligatorio (cuarentena) o que determine las actividades económicas que pueden realizarse durante el estado de emergencia decretado para hacer frente al COVID-19.

⁵ Informe N° 403-2020-OGAJ/MINSA, de fecha 19 de mayo de 2020 (Anexo 1-I).



63. El Congreso de la República no puede dictar medidas relacionadas con la declaratoria del estado de emergencia, como ocurre en el caso de la Ley objeto de impugnación, que bajo el pretexto de evitar el contagio del COVID-19, suspende el cobro de peajes en la red vial concesionada. En este sentido, la norma impugnada contraviene el artículo 137 de la Constitución, al afectar las competencias del Poder Ejecutivo para adoptar aquellas medidas que sean razonables y proporcionales al objetivo que sustenta la declaración del Estado de Emergencia.

2.3 Observaciones del Ministerio de Salud sobre el objetivo señalado de forma expresa en el texto de la Ley

64. La Ley señala que el objetivo de la suspensión del cobro del peaje es “evitar el contacto con los usuarios y cumplir con el aislamiento obligatorio mientras dure el estado de emergencia nacional dispuesto por el Poder Ejecutivo ante los riesgos de propagación del COVID-19”. Esto significaría que el cobro de peajes constituiría una acción que propiciaría el contagio del COVID-19, razón por la cual, a consideración del Congreso, debe ser prohibida mientras dure la cuarentena.

65. Al respecto, la instancia competente del Poder Ejecutivo en materia de políticas de salud, el Ministerio de Salud, ha analizado la medida dispuesta por la Ley. Para tal efecto, se debe señalar en primer lugar que mediante la Resolución Ministerial N° 239-2020-MINSA, de fecha 28 de abril de 2020, se establecieron los “Lineamientos para la vigilancia, prevención y control de la salud de los trabajadores con riesgo de exposición a COVID-19”. En este documento y sus modificatorias se establecieron los niveles de riesgo establecidos para los puestos de trabajo:

NIVELES DE RIESGO	CONTENIDO
Muy Alto	Trabajadores con contacto directo con casos COVID-19; por ejemplo, trabajadores de salud que realizan la atención de pacientes COVID-19, trabajadores de salud que toman muestras, trabajadores de morgues; entre otros.
Alto	Trabajo con riesgo potencial de exposición a fuentes conocidas o sospechosas de COVID-19. Por ejemplo, trabajadores de salud, u otro que debe ingresar a los ambientes de pacientes, entre otros.
Mediano	Trabajos con riesgo medio de exposición. Incluye a aquellos que requieren un contacto frecuente y/o cercano (menos de 1 metro de distancia) con personas que podrían estar infectadas. Por ejemplo; policías y Fuerzas Armadas; trabajadores de limpieza de hospitales, trabajadores de educación, mercados, seguridad física y atención al público o clientes, cajeros de centros financieros o de supermercados, entre otros.
Bajo	Son aquellos que no requiere contacto con personas que se conoce o sospecha que están infectados con COVID-19 ni tienen contacto frecuente o cercano a menos de 1 metro de distancia al público en general.

Fuente: Informe N° 403-2020-OGAJ/MINSA, de fecha 19 de mayo de 2020 (Anexo 1-I).



64. A partir de esta tipología, aplicable por igual a todos los trabajadores, se observa que los encargados del cobro de peaje califican entre el riesgo mediano y bajo. Su trabajo podría ser similar al de otros cajeros, como un ejemplo de atención al público. Sin embargo, existe un elemento central que los diferencia, cual es el lugar abierto (el peaje) en contraste con el lugar cerrado (la ventilación o circulación del aire). Esta condición origina que el puesto de cobrador de la unidad de peaje tenga un riesgo entre mediano y bajo.

65. De acuerdo con el Grupo de Prospectiva constituido mediante Resolución Ministerial N° 167-2020-MINSA, de fecha 3 de abril de 2020, toda persona que atiende al público, y no solo un cobrador de peaje⁶:

“(…) está expuesto a contagio en la medida que por la naturaleza de su trabajo:

1. Se tienen que desplazar a su puesto de trabajo, posiblemente usando transporte público, lo que implica proximidad a personas potencialmente infectadas.
2. Tienen que interactuar con un número de choferes de vehículos.
3. Tienen que interactuar con cierta proximidad (aproximadamente 1 metro entre la cara del chofer y la del cobrador).
4. Tienen que intercambiar dinero con los choferes.
5. Con frecuencia hay contacto físico entre la mano del cobrador y la del chofer.

Si bien estas son causas que determinan el riesgo de transmisión de COVID-19 y los califican como de riesgo mediano, el nivel de riesgo para los cobradores es similar al de los cajeros de un supermercado, quienes también tienen que desplazarse a su centro de trabajo, tienen que interactuar con un número grande de clientes, tienen que estar próximos a ellos, tienen que intercambiar dinero y están expuestos al riesgo de contacto físico con ellos. Sin embargo, a diferencia de estos, el chofer y el cobrador están en dos ambientes separados por un espacio abierto y ventilado, que en buena medida protege a ambos contra el intercambio directo de secreciones. El riesgo por contacto físico directo o a través del dinero persiste.

Tomando en cuenta las características de su trabajo y de acuerdo con los Lineamientos para la vigilancia, prevención y control de la salud de los trabajadores con riesgo de exposición a COVID-19 del Ministerio de Salud del Perú, los cobradores de peaje son considerados como trabajadores con “Riesgo mediano de exposición”. Los mencionados lineamientos también especifican el tipo de medidas de protección que estos trabajadores deben usar, el que consta únicamente de mascarilla quirúrgica. Esto no excluye la posibilidad de que los cobradores usen medidas adicionales de protección, tales como, protectores de ojos, escudos faciales o láminas transparentes rígidas que sirvan de barrera entre ellos y los choferes. Adicionalmente, la desinfección frecuente de manos y dinero reducirá el riesgo de que estos transmitan el virus entre choferes y al cobrador. Estas medidas ya se vienen utilizando con eficiencia en algunos supermercados.

Otra consideración importante es la exclusión de personas de riesgo de la labor como cobrador de peaje. Estos criterios están listados en los Lineamientos e incluyen criterios basados en la edad, condiciones pre-existente y el índice de masa corporal”.

69. En atención a lo expuesto, el Ministerio de Salud concluye que la Ley suspende una actividad -el cobro de peajes- que no está calificada en los mayores niveles de riesgo, aplicado a todo trabajador con o sin factores de riesgo, cuando con el uso de equipos de protección especial, como sucede con el resto de trabajadores de las actividades de cobranza por un bien o servicio, es posible tener un control de los riesgos del COVID-19. El riesgo de contagio en una actividad de mediana o baja exposición puede ser mitigado mediante el control y supervisión específico del riesgo por parte de la empresa, y por la identificación de factores de riesgo particulares concurrentes en un trabajador específico.

⁶ Informe N° 403-2020-OGAJ/MINSA, de fecha 19 de mayo de 2020 (Anexo 1-I).



70. En consecuencia, la medida de suspensión de la actividad del cobro de peajes prevista en la Ley, aparte de no ser competencia del Congreso, no resulta razonable ni proporcional al objetivo de la declaratoria del estado de emergencia. El mantenimiento de carreteras y el respectivo cobro de peajes no solo garantiza un ejercicio seguro del derecho a la libertad de circulación, sino que, además, existen mecanismos para garantizar una protección adecuada a la salud e integridad de las personas a través de las medidas de prevención y control.

3. VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 58 DE LA CONSTITUCIÓN

66. La Constitución de 1993 reconoce al Estado peruano como un Estado Social (artículo 43°), cuyo régimen económico se enmarca dentro de la Economía Social de Mercado (artículo 58°), una de cuyas características se manifiesta en la obligación del Estado de intervenir en determinadas áreas de la actividad económica. En este sentido, el artículo 58° de la Constitución dispone lo siguiente:

“La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”.

67. Con relación a este artículo, corresponde citar la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 034-2004-PI-TC, de fecha 15 de febrero de 2005, mediante la cual -en el fundamento jurídico 40- desarrolla la naturaleza de todo servicio público, conforme se detalla a continuación:

“40. Ahora bien, para el Tribunal Constitucional, lo sustancial al evaluar la intervención del Estado en materia económica no es solo identificar las causales habilitantes, sino también evaluar los grados de intensidad de esta intervención.

De esta manera, es importante tomar en cuenta que existen una serie de elementos que en conjunto permiten caracterizar, en grandes rasgos, a un servicio como público y en atención a los cuales, resulta razonable su protección como bien constitucional de primer orden y actividades económicas de especial promoción para el desarrollo del país. Estos son:

- a) Su naturaleza esencial para la comunidad.
- b) La necesaria continuidad de su prestación en el tiempo.
- c) Su naturaleza regular, es decir, que debe mantener un estándar mínimo de calidad.
- d) La necesidad de que su acceso se dé en condiciones de igualdad.

41. Resulta relevante tomar en cuenta que hoy en día, lo fundamental en materia de servicios públicos, no es necesariamente la titularidad estatal sino la obligación de garantizar la prestación del servicio, por tratarse de actividades económicas de especial relevancia para la satisfacción de necesidades públicas; y, en ese sentido, deviene en indistinto si la gestión la tiene un privado o la ejerce el propio Estado.

42. Por ello, aun cuando el Estado - en ejercicio de su libre configuración política -, haya concedido u autorizado la gestión del servicio a los particulares, debido a objetivos de orden económico tales como lograr mayor eficiencia en la prestación, ello no le resta capacidad de intervención, pues la garantía de disfrute efectivo de los servicios públicos es una obligación frente a la cual el Estado no puede verse ajeno; de ahí que aun subsista el deber estatal de garantizarlo, regularlo y vigilarlo, dada su naturaleza esencial y continua para toda la población” (negritas y subrayado fuera del texto original).



68. De acuerdo con la Ley N° 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre (LGTTT)⁷, las competencias de los órganos estatales en materia de transporte y tránsito terrestre se clasifican en normativas, de gestión y de fiscalización (artículo 10°). Respecto a la competencia sobre gestión, el artículo 12.2 de la referida ley señala que comprende las siguientes facultades:

- a) Administración de la infraestructura vial pública, de la señalización y gestión de tránsito de acuerdo a las normas vigentes.
- b) Registro de los servicios de transporte terrestre de pasajeros y mercancías.
- c) Otorgamiento de concesiones, permisos o autorizaciones para la prestación de los servicios de transporte terrestre, de acuerdo a lo que establece la presente Ley, los reglamentos nacionales correspondientes y las normas vigentes en materia de concesiones”.

69. En consecuencia, para la gestión de infraestructura vial es de aplicación la LGTTT así como la normativa del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada (SNPIP). Conforme a este marco normativo, las carreteras de la red vial pueden ser gestionadas por las entidades competentes (ministerios, gobiernos regionales o gobiernos locales) sea de forma directa o indirecta:

- De forma directa: Mediante órganos o unidades orgánicas de la propia administración pública.
- De forma indirecta: Mediante su entrega en concesión al sector privado. En este caso son de aplicación las normas técnicas sectoriales, así como las normas del SNPIP y lo dispuesto en los respectivos contratos de Asociación Público Privada (en adelante, APP).

70. Sin perjuicio de la explicación más detallada que se realizará en una sección posterior, aquí corresponde indicar que un contrato de Asociación Público Privada regula la ejecución del proyecto de APP entre el Estado y el inversionista. En el mismo se establecen los derechos y obligaciones de las partes, el régimen de los bienes del proyecto, su estructura económico-financiera, la asignación de riesgos entre las partes, las garantías para el proyecto, los incumplimientos por desempeño, las reglas de suspensión y la terminación del contrato, los procedimientos de compensación, entre otros aspectos.

71. En consecuencia, a fin de dar cumplimiento al artículo 58° de la Constitución, que obliga al Estado a adoptar todas aquellas medidas orientadas al desarrollo del país, lo cual comprende el desarrollo de la infraestructura para el tránsito y la circulación de las personas, a través de los órganos estatales competentes se realizan actividades orientadas a la construcción y mantenimiento de redes viales, que comprende la celebración de contratos de concesión a través de las Asociaciones Público Privadas.

72. Esto ha implicado el diseño de un marco normativo para la celebración de tales contratos, los cuales establecen un conjunto de garantías para promover la inversión en infraestructura. Asimismo, ha supuesto el desarrollo de acciones que permitan reconocer al Estado peruano como responsable en el cumplimiento de los contratos que suscribe, otorgando la seguridad jurídica necesaria para que estos acuerdos no se vean afectados por decisiones externas a la voluntad de las partes que los suscriben.

⁷ Publicada el 8 de octubre de 1999 en el Diario Oficial “El Peruano”.



PERÚ

Ministerio
de Justicia
y Derechos Humanos

Consejo de Defensa
Jurídica del Estado

Defensoría del Pueblo



73. En este sentido, la suspensión del pago de peajes establecida por la Ley implica una irrupción de carácter unilateral respecto del cobro de peajes por los concesionarios, es decir, un incumplimiento de obligaciones contractuales por parte del Estado peruano. El mencionado incumplimiento limita al concesionario para cumplir con sus deberes de mantenimiento de las obras viales, en tanto se trata de un contrato de prestaciones recíprocas. En el caso de los contratos autofinanciados, el cobro de peaje constituye el mecanismo de recuperación de la inversión, por lo que su suspensión pone en peligro la sostenibilidad de la infraestructura; es decir el mantenimiento, la operatividad, conservación y transitabilidad en las vías concesionadas no estaría garantizada, lo cual compromete la seguridad de los usuarios y el cumplimiento de los niveles de servicio aplicables.

74. Por lo expuesto, la Ley contraviene el artículo 58° de la Constitución, dado que afecta las políticas diseñadas por el Estado peruano para promover el desarrollo del país en el ámbito de la infraestructura vial.

4. LA LEY N° 31018 VULNERA LA PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL DE MODIFICAR CONTRATOS MEDIANTE UNA LEY

4.1 Prohibición constitucional de modificar contratos mediante una ley

75. En el Título III de la Constitución, sobre el Régimen Económico, el artículo 62° dispone lo siguiente:

“La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente”.

76. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la prohibición constitucional de modificar los contratos mediante leyes, prevista en el citado artículo 62° del texto constitucional. En la sentencia recaída en el expediente 006-2012-PI/TC (FJ. 23) señaló lo siguiente⁸:

“El artículo 62 de la Constitución dispone que “Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase”. Así, establece un límite a la potestad normativa del Estado, en virtud del cual la ley —y, eventualmente, otras fuentes formales de derecho— no pueden utilizarse para modificar el contenido de un contrato”.

77. La referida sentencia del Tribunal Constitucional ha precisado, en el fundamento N° 27, la interpretación del artículo 62° de la Constitución Política y su vinculación con la libertad de contratar, como una garantía frente a la intervención del Estado. Al respecto ha señalado:

⁸ Al respecto, el Tribunal Constitucional también se pronuncia en las sentencias recaídas en los expedientes N° 2825-2004-AA (FJ. 7) y 3155-2004-AA (FJ. 7).



“27 [...] es necesario interpretar la parte pertinente del artículo 62 de la Constitución desde una perspectiva teleológica. A entender de este Tribunal Constitucional, esta tiene por finalidad garantizar la eficacia del derecho a la libertad contractual dentro de los límites establecidos por la ley. En efecto, el ordenamiento jurídico reconoce a las personas un amplio margen de libertad para realizar pactos que constituyan ley entre las partes. Si el Estado interviniera las relaciones contractuales modificando sus términos a través de disposiciones normativas de carácter general —como efectivamente ocurrió en el Perú en décadas pasadas—, la libertad contractual podría quedar disminuida o, inclusive, vaciada por completo de contenido. La parte pertinente del artículo 62 de la Constitución, sin embargo, se configura como una garantía idónea para remover ese riesgo asegurando que sean las partes del contrato y no terceros ajenos a la relación jurídica en cuestión, quienes tengan la última palabra respecto a su contenido [...]”.

78. En el presente caso, la Ley objeto de impugnación resulta contraria al artículo 62° de la Constitución, por cuanto modifica los términos previstos en los contratos de concesión relacionados con la infraestructura vial, en materias relativas al cobro de peaje y compensaciones. Para la mejor comprensión de este argumento, corresponde exponer los aspectos centrales de los contratos de concesión mediante Asociaciones Público Privadas (APP).

4.2 Contratos de concesión mediante APP⁹

79. Como se expuso líneas arriba, para la gestión de infraestructura vial se puede aplicar la normativa del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada (SNPIP). De esta manera, las carreteras pueden ser gestionadas por las entidades competentes (ministerios, gobiernos regionales o gobiernos locales) mediante su entrega en concesión al sector privado. En este caso, son de aplicación las normas técnicas sectoriales, así como las normas del SNPIP y lo dispuesto en los respectivos contratos de Asociación Público Privada (APP).

4.2.1 Marco normativo y características de las APP

80. De acuerdo con el Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la promoción de la inversión privada mediante asociaciones público privadas y proyectos en activos, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 240-2018-EF, el Estado es responsable de garantizar el cumplimiento de las obligaciones estipuladas en los contratos de APP y, asimismo, de mantener el adecuado equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia del proceso de promoción, procurando la no alteración de la asignación de riesgos y la naturaleza del proyecto.

81. Las principales características de las APP son las siguientes:

- i. *Se emplean para desarrollar proyectos públicos*: El empleo de la modalidad de APP está dirigido al desarrollo de proyectos de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a estos, innovación tecnológica o investigación científica.

⁹ Para la elaboración de esta sección de la demanda se ha tomado como fuente el Informe N° 065-2020-EF/68.02, elaborado por la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada del Ministerio de Economía y Finanzas.



- ii. *Constituyen una modalidad de participación de la inversión privada:* A diferencia de la contratación pública regulada en la Ley de Contrataciones del Estado, en el modelo de APP se distribuyen riesgos entre las partes y se emplean recursos preferentemente privados.
- iii. *Distribución de riesgos:* Se trata de una de las características más relevantes de la modalidad de APP, dado que permite asignar al privado la obligación de asumir los efectos (en términos de costos o plazos) generados por eventos adversos que pudieran afectar al proyecto durante su ejecución. Así, el Decreto Legislativo N° 1362 establece que en los contratos de APP debe existir una adecuada y óptima distribución de riesgos entre el ente público y el privado.
- iv. *Equilibrio económico financiero:* La cláusula del mismo nombre se encuentra expresamente regulada en el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362 y permite incluir disposiciones sobre el restablecimiento del Equilibrio Económico Financiero, únicamente cuando este se vea afectado por cambios en las leyes aplicables¹⁰. Es decir, en caso existan variaciones significativas en los ingresos o los costos de los inversionistas, a causa de cambios normativos, las partes pueden solicitar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato a través de los instrumentos previstos en este último, sea mediante pagos, variación de las retribuciones, tarifas, ampliaciones de plazo, u otros que resulten idóneos para tal fin.
- v. *Mecanismo de pago:* El mecanismo de pago a las fuentes de financiamiento del proyecto de APP está en función de la clasificación del proyecto (cofinanciado o autofinanciado) y puede provenir de pagos periódicos que realiza el ente público al privado y/o del cobro de una tarifa a los usuarios.
- vi. *Suscripción de contratos de largo plazo:* El largo plazo en este tipo de contratos se justifica en que el desarrollo de proyectos de infraestructura pública o servicios públicos requiere de importantes montos de inversión, por lo que se necesita un tiempo o plazo contractual suficiente para que las empresas alcancen el retorno de sus inversiones y una rentabilidad razonable.

4.2.2 Clasificación de las APP: cofinanciadas y autofinanciadas

82. De conformidad con el artículo 22° del Decreto Legislativo N° 1362, y el párrafo 30.1 del artículo 30 de su Reglamento, las APP pueden clasificarse en autofinanciadas y cofinanciadas.

¹⁰“Artículo 37.- Restablecimiento del equilibrio económico financiero

37.1 Los Contratos pueden incluir disposiciones sobre el equilibrio económico financiero en las que se precise que su restablecimiento puede ser invocado por cualquiera de las partes, únicamente cuando éste se vea afectado significativamente debido al cambio de leyes aplicables, en la medida en que dichos cambios tengan impacto directo con aspectos económicos o financieros, vinculados a la variación de ingresos o costos asumidos por el Inversionista.

37.2 Una afectación se entiende como significativa cuando se hubiesen alcanzado los porcentajes que para tales efectos debe establecer el respectivo Contrato de APP. En estos supuestos, se restablece el equilibrio económico financiero al momento anterior a la afectación significativa producida por los cambios en las leyes aplicables” (subrayado y negritas fuera del texto original).



83. Las APP autofinanciadas son aquellas con capacidad propia de generación de ingresos, que no requieren cofinanciamiento y cumplen con las siguientes condiciones:

- Requieren garantías financieras¹¹ mínimas o nulas por parte del Estado, entendidas como aquellas que no superan el cinco por ciento (5%) del Costo Total de Inversión (CTI), o del Costo Total del Proyecto (CTP) en caso no contengan componente de inversión.

- Requieren garantías no financieras¹² con probabilidad mínima o nula de demandar cofinanciamiento, entendidas como aquellas en las que la probabilidad de demandar cofinanciamiento no sea mayor al diez por ciento (10%) para cada uno de los primeros cinco (05) años de vigencia de la cobertura de la garantía prevista en el Contrato.

84. Por su parte, las APP cofinanciadas son aquellas que requieren cofinanciamiento, y/o en caso de requerir garantías –financieras o no financieras–, las mismas superan los límites señalados en el numeral anterior.

4.2.3 Obligaciones de las concesiones viales

4.2.3.1 Principales obligaciones previstas en los contratos de concesión

85. Las principales actividades o prestaciones que forman parte de la Concesión –que constituyen el objeto de los derechos y obligaciones de las partes en virtud de cada Contrato de Concesión Vial– son las siguientes:

a) Régimen de bienes

86. Por su naturaleza, el contrato de concesión implica que la propiedad de los bienes entregados en concesión, así como de los bienes adquiridos por el Concesionario (mejoras) y que corresponden a bienes de la concesión es del Estado. En este sentido, el Estado entrega bienes y/o derechos de concesión para la explotación económica de los mismos, a efectos de la prestación de los servicios objeto de concesión. Por lo tanto, es obligación del Concesionario realizar actividades destinadas a preservar los bienes que le fueron entregados en concesión, realizando mantenimiento rutinario, periódico y de emergencia, a fin de lograr que las carreteras permanezcan en el estado y nivel de servicio requeridos en el Contrato de Concesión.

b) Construcción, rehabilitación y mejoramiento de la infraestructura vial concesionada

87. En el Contrato de Concesión, el Concesionario suele comprometer un determinado nivel de inversión. Sea que se trate de ampliación de la infraestructura o su mantenimiento

¹¹ Las garantías financieras son aquellos aseguramientos de carácter incondicional y de ejecución inmediata, otorgados y contratados por el Estado, con el fin de respaldar las obligaciones de la contraparte de la entidad pública titular del proyecto (inciso 1 del párrafo 23.1 del artículo 23 del Decreto Legislativo N° 1362).

¹² Las garantías no financieras son aquellos aseguramientos estipulados en el contrato de APP que potencialmente pueden generar obligaciones de pago a cargo del Estado, por la ocurrencia de uno o más eventos de riesgo propios del proyecto (inciso 2 del párrafo 23.1 del artículo 23 del Decreto Legislativo N° 1362).



y modernización, todo contrato debe generar incentivos para obtener un nivel óptimo de inversión, en función de alcanzar y mantener niveles adecuados de servicio.

88. Las inversiones a cargo del Concesionario corresponden al tipo de proyecto y permiten una adecuada tasa de retorno (principio de razonabilidad): el Estado establece una serie de inversiones mínimas (denominadas también inversiones comprometidas) que el Concesionario se encuentra obligado a efectuar. Las inversiones que se exigen obedecen a las necesidades del negocio y son cubiertas con los ingresos que la Concesión genere.

89. Bajo esa línea, el Concesionario se obliga a ejecutar las labores de construcción (por ejemplo, segundas calzadas, pasos a desnivel, óvalos e intercambios viales), rehabilitación y/o mejoramiento de la carretera que se señalan en cada contrato de concesión vial dentro del plazo que se establezca en el mismo, hasta la puesta en servicio de la infraestructura vial, sin perjuicio de las actividades de conservación y mantenimiento.

90. El cumplimiento de los niveles de servicio que se establecen en el Contrato de Concesión se encuentra a cargo del Concesionario.

c) Conservación de los bienes de la concesión según los términos de cada contrato

91. Entre las obligaciones del Concesionario está la de conservar los bienes de la Concesión. Dicha obligación va a la par de garantizar la continuidad y calidad del servicio de acuerdo a lo establecido en el contrato. Ello significa, entre otros aspectos, asegurar que el adecuado mantenimiento y conservación de la infraestructura no afecte la continuidad del servicio, dada la naturaleza de uso público de la misma.

92. En caso sucediera una situación de Emergencia Vial, el Concesionario realizará las labores que sean necesarias para recuperar de forma inmediata el tránsito a través de la vía, preservando la seguridad de los usuarios. Dicha atención se realizará con cargo a los recursos del Concesionario.

d) Explotación del servicio según los términos de cada contrato

93. La explotación de la concesión por el Concesionario constituye un derecho en la medida que es el mecanismo mediante el cual recuperará la inversión que realice en la obra, así como un deber, en la medida en que está obligado a cumplir con determinados parámetros, niveles, capacidad y otros aspectos asociados a la inversión, así como estándares e índices de servicio propios de la explotación, previstos en cada Contrato. A manera de ejemplo, se expone lo señalado en los contratos de concesión de las carreteras autofinanciadas:

Concesión	Cláusula 8.1 de los Contratos	Definición de Explotación
Autopista del Sol. Tramo Vial: Trujillo - Sullana	La Explotación de los Tramos de la Concesión por el CONCESIONARIO <u>constituye un derecho</u> , en la medida que es el <u>mecanismo</u>	Comprende en líneas generales los siguientes aspectos: • La operación de la infraestructura vial e
Red Vial 4, Tramo Vial: Pativilca - Santa - Trujillo - Puerto Salaverry		



Red Vial 5. Tramo Vial: Ancón - Huacho - Pativilca	<u>mediante el cual el</u> CONCESIONARIO	instalaciones del tramo concesionado.
IIRSA Centro Tramo II	<u>recuperará la inversión</u> <u>como consecuencia de la</u> <u>prestación del Servicio,</u> así como un deber, en la medida en que el	<ul style="list-style-type: none"> • La prestación de los servicios obligatorios y opcionales. • El cobro a los usuarios de la Tarifa de Peaje, por la utilización de la infraestructura vial e instalaciones, así como por la prestación de los mencionados servicios, en los términos establecidos en los contratos.
Red Vial 6. Tramo Vial: Puente Pucusana - Cerro Azul - Ica	CONCESIONARIO está obligado a cumplir con determinados parámetros, niveles, capacidad y otros asociados a la inversión, así como con estándares e índices de Serviciabilidad propios de la Explotación de los Tramos, previstos en el presente Contrato.	

94. Dependiendo del Contrato de Concesión, el Concesionario se encuentra obligado a implementar o proporcionar los siguientes servicios de forma gratuita:

- i. Central de Emergencia, que deberá funcionar durante las 24 horas de todos los días del año. Asimismo, deberá atender las solicitudes de emergencias y/o accidentes que ocurran en su concesión.
- ii. Servicios de Emergencia de auxilio mecánico.
- iii. Sistema de comunicación de emergencia en tiempo real, que permita realizar llamadas gratuitas exclusivamente a la central de emergencia.
- iv. Ambulancia y equipo de emergencia para primeros auxilios y traslado de personas al centro médico más cercano.
- v. Oficinas y equipamiento a la Policía Nacional del Perú para permitir labores propias de estas autoridades.

e) Régimen económico

95. Cada contrato de concesión vial establece un Régimen Económico, que comprende el mecanismo por el cual el Concesionario recuperará la inversión realizada.

96. En el caso de los contratos de carreteras autofinanciadas, este tipo de ingresos es la principal fuente de financiamiento, mientras que en caso de las concesiones cofinanciadas el Concesionario percibe de manera complementaria ingresos adicionales provenientes del Estado (cofinanciamiento).

97. Desde una perspectiva técnica, el peaje debe financiar los costos de construcción, mantenimiento y operación de la carretera, así como reducir las externalidades negativas que se puedan presentar como consecuencia de la mayor demanda (congestión). A través del cobro del peaje, el Concesionario recupera su inversión (ya sea parcial o totalmente), permitiéndole financiar la infraestructura vial y su mantenimiento, garantizando altos niveles de servicio.

98. En el caso de los contratos de concesión viales bajo la competencia del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), las unidades de peaje son gestionadas por el Concesionario correspondiente, en el marco de cada contrato de concesión.



99. En tanto, en lo que respecta a los ingresos por la recaudación de peaje en algunos casos se destinan a favor del Concedente para aminorar el pago del cofinanciamiento, o a favor del Concesionario para el repago del financiamiento de las obligaciones de inversión, conservación y operación, según el tipo de modalidad de contrato de APP.

100. En el caso de los contratos de **concesión cofinanciados**, el riesgo de demanda recae en el Estado, toda vez que en este tipo de concesiones el flujo vehicular no es suficiente para cubrir la construcción, operación y mantenimiento de la carretera. Por ello, el Estado debe cofinanciar dichas actividades, las cuales son realizadas por el Concesionario en el marco de cada contrato de concesión, por lo que las obligaciones de pago que debe asumir el Estado se encuentran previstas en los respectivos contratos. Sobre la base de lo señalado, cualquier tipo de afectación en el cobro de la tarifa de peajes que genere un impacto en la recaudación de cada concesión vial no afecta las obligaciones de pago que el Concedente tiene con el Concesionario.

101. En el caso de los **contratos de concesión autofinanciados** el riesgo de la demanda recae en el Concesionario, toda vez que la tarifa de peaje sirve para retribuir la inversión que realiza sobre la infraestructura vial, en cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Cualquier tipo de afectación en el cobro de la tarifa de peaje que afecte a la recaudación de cada concesión vial podría generar que se activen mecanismos de compensación.

4.2.3.2 Suspensión de obligaciones

102. Los contratos de APP consideran un régimen de suspensión de obligaciones contractuales de las partes ante hechos o eventos no imputables a aquellas, que imposibiliten el cumplimiento de las obligaciones asignadas a las mismas. Dicho régimen permite la continuidad del proyecto frente a eventos adversos que pudieran afectar el normal desenvolvimiento de las partes en la ejecución de sus obligaciones contractuales.

a) Causales

103. De conformidad con la normativa de APP, las causales de procedencia para la suspensión del contrato pueden clasificarse en: (i) Eventos de Fuerza Mayor; (ii) Acuerdo de las Partes y; (iii) Otros establecidos en el contrato.

i) Eventos de Fuerza Mayor

La regulación sobre la suspensión de obligaciones por un evento de fuerza mayor puede encontrarse desarrollada en una cláusula específica de "Fuerza-Mayor" o estar considerada como un supuesto de suspensión de obligaciones en los contratos. En ambos casos, la configuración de esta causal procede siempre que se produzca un evento, condición o circunstancia no imputable a las partes, que impida a alguna de ellas cumplir con las obligaciones a su cargo o cause su incumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso.

La sola configuración de un evento de fuerza mayor no determina por sí misma la suspensión de las obligaciones, toda vez que se requerirá que el evento o circunstancia invocado afecte el cumplimiento de las obligaciones de la parte afectada, a pesar de



todos los esfuerzos razonables que esta pudiera adoptar para prevenirlos o mitigar sus efectos. En ese sentido, debe existir una relación directa entre el evento de fuerza mayor y la afectación en el cumplimiento de una obligación u obligaciones determinadas.

Corresponderá a la parte afectada con el incumplimiento, solicitar que un evento sea calificado como "Fuerza Mayor" y demostrar la verificación de las condiciones, requisitos y el cumplimiento de las formalidades a efectos que se proceda con la suspensión de las obligaciones a su cargo, de acuerdo con lo establecido en los respectivos contratos de concesión.

ii) Acuerdo de las Partes

Los contratos de APP contemplan la posibilidad de que las partes puedan acordar la suspensión de sus obligaciones para viabilizar la continuidad del contrato. Esta causal constituye un supuesto residual para la suspensión de obligaciones en los contratos de APP, debido a que operará frente a situaciones o circunstancias distintas a las reguladas en el texto contractual y que resulten razonables para dar continuidad al proyecto.

Al igual que cualquier supuesto invocado de suspensión de obligaciones, el acuerdo de las partes debe encontrarse debidamente sustentado y, además, se requerirá la opinión previa del regulador.

iii) Otros establecidos en el contrato

Adicionalmente a los supuestos señalados, las partes podrán regular la existencia de eventos o circunstancias, que, por sus características, determinen la necesidad de la suspensión de obligaciones. La delimitación de "Otros eventos" será aplicable para eventos o circunstancias que, sin estar contenidos en la definición de fuerza mayor, por su naturaleza e importancia impidan a las partes el cumplimiento de sus obligaciones. En estos casos, la sola configuración de los "Otros eventos" habilita a cualesquiera de las partes a solicitar la suspensión de obligaciones.

b) Procedimiento de suspensión de obligaciones

104. Los Contratos de APP regulan las condiciones, requisitos, formalidades, así como el trámite a seguir para la suspensión de obligaciones.

105. A efectos de su invocación, tratándose de fuerza mayor, corresponderá a la parte afectada con el incumplimiento solicitar la calificación de un hecho como tal. En cualquier caso, ya sea por fuerza mayor o por cualquier otro evento establecido contractualmente, la parte afectada con el incumplimiento deberá comunicar a la otra parte y al regulador la ocurrencia del evento sobre el cual sustenta su solicitud, los detalles del mismo, la obligación o condición afectada, el periodo estimado de restricción total o parcial de sus actividades, el grado de impacto previsto, entre otra información relevante para tener certeza del impacto del hecho en las obligaciones a cargo de las partes.



c) Efectos de la suspensión de obligaciones

106. La suspensión de obligaciones genera diversos efectos, siendo los principales: (i) la inexigibilidad de las obligaciones afectadas con el incumplimiento y; (ii) la ampliación de plazo del contrato.

i) *Inexigibilidad de obligaciones*

La inexigibilidad de ejecución de las obligaciones implica que no podrá requerirse a cualquiera de las partes su cumplimiento por haber acontecido determinadas situaciones de carácter no imputable a aquellas. Un efecto inmediato de la inexigibilidad de las obligaciones es la inaplicación de las penalidades relacionadas con las obligaciones afectadas. Así, para el caso de obligaciones afectadas por un hecho de fuerza mayor o caso fortuito, éstas quedarán automáticamente suspendidas desde la ocurrencia del evento de fuerza mayor o caso fortuito y mientras dure dicho evento, por lo cual el Concesionario no será pasible de aplicación de penalidades relacionadas a las mismas durante este periodo.

ii) *Ampliación de plazo del contrato*

La suspensión de obligaciones faculta al Concesionario a ampliar el plazo de la Concesión, de modo que no sea vea afectado el plazo del contrato, cuando ello resulte necesario. La ampliación de plazo de la Concesión será por un periodo equivalente al de la causa que la originó, salvo que el contrato establezca otro mecanismo de cálculo.

4.2.4 Mecanismos de compensación

107. Los mecanismos de compensación constituyen compromisos que asume el Estado y que comprenden potenciales obligaciones de pago a favor del Concesionario por la ocurrencia de uno o más eventos correspondientes a riesgos propios del proyecto de APP. Los empleados frecuentemente en los contratos de APP, de acuerdo con el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, son los siguientes:

i) *Ingreso Mínimo Anual Garantizado (IMAG)*: Procede ante problemas en el monto de la recaudación; de modo que, independientemente de los usuarios del proyecto, el Estado asegura un ingreso mínimo al inversionista, lo que permite mitigar el riesgo de demanda en los proyectos autofinanciados.

Cada contrato de APP establece el IMAG por año, atendiendo a las características particulares del proyecto.

ii) *Garantía tarifaria*: Aplica cuando por disposición de cualquier entidad pública o por alguna causa de Fuerza Mayor, se impida al Concesionario el cobro del Peaje previsto en el Contrato, y procede a cobrar, por tanto, un peaje inferior o a no cobrar peaje, salvo que la causa que origine dicha situación sea imputable a éste.

En virtud de este mecanismo de compensación, el Concedente reconocerá y pagará al Concesionario la diferencia tarifaria que corresponda con arreglo al procedimiento establecido en los respectivos contratos.

La garantía tarifaria aplica tanto a favor del Concesionario como del Concedente. Así, cuando se incremente el peaje por encima de lo estipulado en el Contrato, el



Concesionario reconocerá y pagará al Concedente la diferencia tarifaria que corresponda por el aumento, salvo que dicho incremento se deba a alguna compensación u otra medida optada como consecuencia de la aplicación de lo estipulado en los contratos.

iii) *Restablecimiento del Equilibrio Económico Financiero*: Este mecanismo se activa cuando el equilibrio económico financiero se vea afectado significativamente como consecuencia de cambios en las leyes u otras disposiciones aplicables. Los contratos de APP consideran los requisitos para su aplicación, siendo necesario que exista una afectación a los ingresos brutos anuales del concesionario en un determinado porcentaje.

4.3 La Ley N° 31018 modifica contratos de concesión

108. La suspensión del cobro de peajes que involucran contratos de concesión y la prohibición de compensación previstas en la Ley, transgreden el artículo 62° de la Constitución Política, en el extremo que los términos de los contratos no pueden ser modificados por leyes u otras normas jurídicas. La vigencia de la Ley implica una irrupción de carácter unilateral respecto del cobro de peajes por los concesionarios, es decir, un incumplimiento de obligaciones contractuales, que comprende, asimismo, una limitación al concesionario para cumplir con sus deberes de mantenimiento de las vías.

109. Del mismo modo, esta afectación al artículo 62° de la Constitución Política del Perú se materializa por cuanto la Ley N° 31018 desconoce que cada contrato de concesión regula distintos mecanismos compensatorios que los concesionarios pueden activar, pues se estaría dejando de lado los términos ya estipulados en los contratos de concesión que permiten afrontar los riesgos ocurridos en la ejecución del contrato, tales como las garantías tarifarias o el restablecimiento del equilibrio económico financiero.

110. Sobre esto último, el Equilibrio Económico Financiero es particularmente relevante en los contratos de APP, en la medida que persigue una doble finalidad: (i) se busca otorgar una protección adecuada al inversionista en caso de daños ocasionados por cambios normativos (es decir tendrá un fin compensatorio) y (ii) se garantiza la continuidad del proyecto de infraestructura o servicios públicos, dado que, al existir una compensación adecuada, se preserva la finalidad económica del contrato y se suprime cualquier incentivo para promover su resolución.

111. Por lo expuesto, el Artículo Único de la Ley N° 31018 desconoce el contenido contractual pactado por las partes, debido a la suspensión de los derechos y obligaciones del Concesionario vinculados al cobro de los peajes y, sumado a ello, la prohibición de otorgar la compensación correspondiente al Concesionario por la afectación causada, con lo cual se están desconociendo los derechos, obligaciones y mecanismos de compensación estipulados en los contratos de concesión, suscritos por el Estado peruano y por los concesionarios, todo lo cual contraviene la Constitución Política del Perú y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.



PERU

Ministerio
de Justicia
y Derechos Humanos

Consejo de Defensa
Judicial del Estado



VI. EFECTOS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

112. El pronunciamiento que emita el Tribunal Constitucional en el presente proceso competencial permitirá establecer límites constitucionales a la labor legislativa del Congreso de la República, tanto respecto a las competencias del Poder Ejecutivo en materia de estados de emergencia, como respecto al contenido de los contratos de concesión en general, y de los de infraestructura vial en particular.

113. Del mismo modo, el fallo del Tribunal permitirá ordenar el complicado escenario jurídico que se ha presentado con la vigencia de la Ley, por las consecuencias que ha originado en las relaciones contractuales entre el Estado peruano (en sus diversos niveles de Gobierno) y las empresas concesionarias de las redes viales, y que podrían ser objeto de arbitrajes en sede nacional e internacional.

POR LO EXPUESTO:

Solicito admitir la demanda de inconstitucionalidad, continuar el proceso conforme a las disposiciones del Código Procesal Constitucional y declararla fundada en todos sus extremos.

PRIMER OTROSÍ: ANEXOS

Adjunto a la demanda los siguientes anexos:

- 1-A Copia simple del Documento Nacional de Identidad de Luis Alberto Huerta Guerrero.
- 1-B Copia simple de la Resolución Suprema N° 024-2017-JUS, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 2 de febrero de 2017, mediante la cual se designa a Luis Alberto Huerta Guerrero como Procurador Público Especializado en Materia Constitucional.
- 1-C Verificación en línea en la página del Colegio de Abogados de Lima (www.cal.org.pe) de la colegiatura y habilitación de Luis Alberto Huerta Guerrero (Registro CAL N° 41824).
- 1-D Copia simple del Documento Nacional de Identidad de Sofía Liliana Salinas Cruz.
- 1-E Copia simple de la Resolución Suprema N.° 121-2015-JUS, de fecha 1 de julio de 2015 y publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 2 de julio de 2015.
- 1-F Copia simple de la Ley N° 31018, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 9 de mayo de 2020.
- 1-G Constancia expedida por el Secretario del Consejo de Ministros, que certifica la aprobación -en su sesión del 20 de mayo de 2020- de la autorización para la interposición de la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 31018.
- 1-H Copia de la Resolución Ministerial 138-2020-JUS, de fecha 27 de mayo de 2020, expedida por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, mediante la cual se delega representación procesal a la Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional.
- 1-I Informe N° 403-2020-OGAJ/MINSA, de fecha 19 de mayo de 2020.
- 1-J Informe Conjunto N° 055-2020-IC-OSITRAN, de fecha 18 de mayo de 2020, sobre "Consecuencias de la Ley N° 31018 en la potencial afectación de los niveles de servicio y los usuarios de la infraestructura vial concesionada".
- 1-K Relación de redes viales concesionadas.



PERÚ

Ministerio
de Justicia
y Derechos Humanos

Oficina de Promoción
Judicial del Estado

Oficina de Promoción
Judicial del Estado
Calle Huancavelica 2410



SEGUNDO OTROSÍ: DELEGACIÓN DE REPRESENTACIÓN

Delego representación en Sofia Liliana Salinas Cruz (Registro CAC N.º 7637) y Jorge Luis Palacios Palacios (Registro CAL N.º 65928) para que en virtud del Decreto Legislativo N.º 1326, representen a esta Procuraduría en el presente proceso.

TERCER OTROSÍ: DOMICILIO PROCESAL

Con la finalidad de se me notifiquen todas las resoluciones expedidas en este proceso, señalo como domicilio procesal la Calle Scipión Llona 350, del distrito de Miraflores (sede del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos).

CUARTO OTROSÍ: AUTORIZACIÓN

Autorizo a Javier Efraín Regalado Mejía (DNI N.º 43273789), Carmen Johana Limaylla Cárdenas (DNI N.º 47462091) y Fiana Lucía Gamboa Huamán (DNI N.º. 46661943) para efectos de recabar y tramitar copias certificadas, oficios, exhortos, partes y otros en el presente proceso.

Lima, 2 de junio de 2020

LUIS ALBERTO HUERTA GUERRERO
Procurador Público Especializado en Materia Constitucional
Registro CAL N° 41824