



Pleno. Sentencia 359/2020

Con fecha 25 de agosto de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, ha emitido la siguiente sentencia, que declara **FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad.

Asimismo, el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera formuló fundamento de voto.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que el voto mencionado se adjunta a la sentencia y que los señores magistrados proceden a firmar digitalmente en señal de conformidad.

SS.

**LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA**

**Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator**



PLENO JURISDICCIONAL

EXPEDIENTE 0006-2020-PI

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

25 de agosto de 2020

Caso de la ley que suspende el cobro de peajes

PODER EJECUTIVO C. CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad planteada contra el artículo único de la Ley 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”.

Magistrados firmantes:

SS.

LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA



TABLA DE CONTENIDOS

I. ANTECEDENTES

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

B. DEBATE CONSTITUCIONAL

B-1. DEMANDA

B-2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

B-3. *AMICUS CURIAE*

B-4. TERCEROS

II. FUNDAMENTOS

§1. PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD Y DELIMITACIÓN DE LA PRESENTE CONTROVERSIA

§2. APROBACIÓN DE LEYES MEDIANTE SESIONES VIRTUALES

§3. EL MODELO ECONÓMICO DE LA CONSTITUCIÓN

§4. LAS APP EN EL MARCO CONSTITUCIONAL

§5. INFRAESTRUCTURA PÚBLICA Y CONTRATOS DE CONCESIÓN

§6. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 31018

III. FALLO



SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 25 días del mes de agosto de 2020, reunido el Tribunal Constitucional en la sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Ledesma Narváez (presidenta), Ferrero Costa (vicepresidente), Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, que se agrega.

I. ANTECEDENTES

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

Con fecha 2 de junio de 2020, el procurador público especializado en materia constitucional del Poder Ejecutivo interpone demanda de inconstitucionalidad contra el artículo único de la Ley 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”. Alega que la referida norma es inconstitucional por vulnerar los artículos 58, 62 y 137 de la Constitución.

Por su parte, con fecha 24 de julio de 2020, el apoderado especial del Congreso de la República contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos.

B. DEBATE CONSTITUCIONAL

B-1. DEMANDA

Los argumentos de la demanda son los siguientes:

- El Poder Ejecutivo sostiene que la presente controversia sobre la suspensión del cobro de peajes se debe analizar desde una perspectiva constitucional; dado que lo recaudado por dicho cobro se relaciona con el mantenimiento de las vías nacionales, lo cual permite garantizar el tránsito de las personas en el territorio nacional. Así, la existencia de vías para el tránsito y su debido mantenimiento permiten el ejercicio de la libertad de circulación en condiciones que garanticen la vida e integridad personal de conductores y pasajeros.
- Argumenta que, de conformidad con la normativa vigente, el acondicionamiento de las vías para la prevención de riesgos y la supresión de situaciones que puedan significar un peligro para la vida e integridad de los usuarios se encuentra a cargo de las empresas concesionarias. Estas deben garantizar la existencia de una vía en óptimas condiciones que cumpla los niveles de servicio señalados en el contrato y, de esa forma, permitir el adecuado desplazamiento de usuarios en condiciones de seguridad.



- El Poder Ejecutivo alega que el peaje es el monto que el usuario paga por el derecho de utilizar la infraestructura vial. Su finalidad principal se orienta al mantenimiento de dichas vías, por lo que el cobro de peaje está relacionado con el deber de mantener una infraestructura adecuada para el tránsito de vehículos. De lo anterior, la parte demandante deduce que, cuando la Ley 31018 suspende el cobro de peajes, compromete seriamente el cumplimiento de las obligaciones de los concesionarios de las redes viales.
- La demanda precisa que en el Perú existen dos modalidades de administración de la infraestructura vial: la primera es a través de Provías del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), y la segunda es mediante empresas concesionarias en el marco del Decreto Legislativo 1362 y su reglamento. Esta última modalidad se efectuará conforme a las condiciones establecidas en los contratos de concesión. Concluye que, en la presente controversia, se cuestiona que la Ley 31018 establezca una suspensión en el cobro de peajes al margen de lo estipulado en los contratos de concesión.
- Argumenta que la ley cuestionada suspende el cobro de peajes en todas las unidades de la red de vía nacional, departamental y local que se hayan concesionado; y, por lo tanto, su aplicación no alcanza al ámbito del cobro de peaje en la red vial no concesionada.
- Además, señala que las redes viales concesionadas se pueden cofinanciar o autofinanciar. En el primer caso, el riesgo de la demanda recae en el Estado, de ahí que una afectación en el cobro de la tarifa no repercute en el concesionario, toda vez que los pagos a los que está obligado el concedente se deben seguir realizando. En el segundo caso, el riesgo de la demanda recae en el concesionario. Así, cualquier tipo de afectación en el cobro de la tarifa que incida en la recaudación de cada concesión vial puede generar que se activen los mecanismos de compensación previstos en cada contrato.
- Sostiene que, en el ordenamiento jurídico, existen ciertas exoneraciones para el cobro de peajes. En tal sentido, precisa que los vehículos de las Fuerzas Armadas, de la Policía Nacional del Perú, del Instituto Nacional Penitenciario y de las compañías de bomberos, y las ambulancias están exentos del pago de peaje en las redes viales, en el marco del Decreto Legislativo 1328. Esta medida rige tanto para las carreteras concesionadas como para las no concesionadas.
- Por otro lado, destaca que, el 29 de marzo de 2020, la Dirección Ejecutiva de Provías Nacional del MTC autorizó, mediante la Resolución Directoral 592-2020-MTC/20, 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. En los fundamentos de la referida resolución, esta medida no se sustenta en evitar el contagio del COVID-19 o fortalecer el aislamiento social obligatorio, sino en problemas logísticos para el cobro de peaje y la necesidad de garantizar las actividades permitidas durante el estado de emergencia.



- Precisa que, a diferencia del caso de las redes viales no concesionadas, la suspensión del cobro de peajes en las redes viales concesionadas se debe analizar teniendo en cuenta lo estipulado en los contratos de concesión. De esta forma, en el marco de las concesiones viales cofinanciadas, destaca que, en virtud del Oficio Múltiple 0014-2020-MTC/19, treinta y dos unidades de peaje de las diez concesiones viales cofinanciadas suspendieron temporalmente el cobro de la tarifa de peajes. Señala que esta suspensión se ha realizado respetando la naturaleza de la concesión y el procedimiento establecido en cada contrato.
- Alega que, por tratarse de una concesión cofinanciada, la suspensión no afecta las obligaciones relacionadas con la operación y conservación de la infraestructura. Así, el cumplimiento de los niveles de servicio y seguridad de los usuarios de la vía no se vincula directamente al monto recaudado por la tarifa del peaje, dado que el riesgo de la demanda recae en el Estado. De ahí que, en las coordinaciones con las concesionarias autofinanciadas, no se haya concluido con un acuerdo de suspensión temporal del cobro de peaje, debido a que esto generaría contingencias económicas a la concesión como el incumplimiento en sus obligaciones de operación y mantenimiento.
- Por otro lado, en virtud del artículo 137 de la Constitución, refiere que el Poder Ejecutivo tiene competencia para declarar el estado de emergencia, lo cual implica la facultad de dictar medidas para enfrentar la emergencia presentada y que deben ser acatadas por todas las personas e instituciones. Sin embargo, precisa que 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 de los vehículos a fin de asegurar los bienes y servicios esenciales, lo cual conlleva garantizar sus fuentes de financiamiento.
- En virtud de ello, concluye que la Ley 31018 contraviene las competencias del Poder Ejecutivo establecidas en el artículo 137 de la Constitución, referidas a la potestad de adoptar medidas que sean razonables y proporcionales al objetivo que sustenta la declaración del estado de emergencia.
- Alega, por otro lado, que la Constitución de 1993 reconoce al Estado peruano como un Estado social (artículo 43), cuyo régimen económico es el de la economía social de mercado (artículo 58). Una de las características de esta es la intervención del Estado en determinadas áreas de la actividad económica, entre ellas, las de infraestructura y servicios públicos.
- Sostiene, además, que, para cumplir el artículo 58 de la Constitución, el Estado debe adoptar todas aquellas medidas que se orienten al desarrollo del país como la construcción y el mantenimiento de redes viales, que comprende la celebración de contratos de concesión a través de las Asociaciones Público-Privadas (APP). De ahí que se hayan desarrollado acciones que permitan reconocer al Estado como responsable en el cumplimiento de los contratos que suscribe, otorgando la



seguridad jurídica necesaria para que estos acuerdos no sean afectados por decisiones externas a la voluntad de las partes que los suscriben.

- Por ello, la suspensión del pago de peajes establecida por ley implica una irrupción de carácter unilateral respecto del cobro de peajes por los concesionarios. Esta situación limita la posibilidad de exigir que el concesionario cumpla sus deberes de mantenimiento de las obras viales debido a que, en los contratos autofinanciados, el cobro de peaje constituye el mecanismo de recuperación de la inversión. Por ende, su suspensión arriesga la sostenibilidad de la infraestructura, lo cual, a su vez, compromete la seguridad de los usuarios.
- En consecuencia, el procurador de la parte demandante concluye que la Ley 31018 contraviene el artículo 58 de la Constitución, dado que afecta las políticas diseñadas por el Estado para promover el desarrollo del país en el ámbito de la infraestructura vial.
- Por otro lado, el Poder Ejecutivo argumenta que la Ley 31018 vulnera la prohibición constitucional de modificar los contratos mediante una ley. Asimismo, cita la Sentencia 0006-2012-PI/TC, en la cual el Tribunal Constitucional señaló que, del artículo 62 de la Constitución, se desprende que la libertad de contratar es una garantía frente a la intervención del Estado.
- En tal sentido, subraya que el contrato de concesión vial establece un régimen económico que comprende un mecanismo por el cual el concesionario recuperará la inversión realizada. Señala que los propios contratos de las APP regulan las condiciones, los requisitos y las formalidades, así como el trámite que se debe seguir para la suspensión de obligaciones por motivos de fuerza mayor, los acuerdos de las partes y otros allí establecidos. Esta suspensión genera diversos efectos, entre los que se encuentran la inexigibilidad de las obligaciones y la ampliación del plazo del contrato.
- Por otro lado, el demandante agrega que los mecanismos de compensación constituyen compromisos que el Estado asume, 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 las APP. Refiere que estos pueden ser, de acuerdo con el MTC, el ingreso mínimo anual garantizado, la garantía tarifaria o el restablecimiento del equilibrio económico financiero.
- Finalmente, señala que la Ley 31018 desconoce el contenido contractual pactado por las partes debido a la suspensión de los derechos y las obligaciones del concesionario vinculados al cobro de peajes, y a la prohibición de otorgar la compensación correspondiente al concesionario por la afectación causada. Con ello, se están desconociendo los derechos, las obligaciones y los mecanismos de compensación estipulados en los contratos de concesión suscritos por el Estado peruano y los concesionarios.



B-2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

En la contestación de la demanda, se exponen los siguientes argumentos:

- El apoderado especial del Congreso de la República contesta la demanda solicitando que se declare infundada. Sostiene que, de acuerdo con el artículo 137, inciso 1, de la Constitución, el Poder Ejecutivo puede dictar medidas restrictivas de las libertades de reunión y tránsito, así como de la inviolabilidad de domicilio. Argumenta que la restricción contenida en la Ley 31018 (esto es, la suspensión del cobro de peajes en la red vial nacional, departamental y local concesionada) no es una materia de regulación exclusiva del Poder Ejecutivo.
- Señala también que la Ley 31018 se debe interpretar a la luz de los principios que orientan la separación de poderes, especialmente, el principio de cooperación entre poderes. Dado el actual contexto, los órganos constitucionales y los poderes del Estado deben adoptar decisiones orientadas a la reducción del incremento del número de afectados por el COVID-19 y, así, proteger eficientemente la vida y la salud de la población.
- Por otro lado, sostiene que, si bien la Constitución consagra en su artículo 58 que la iniciativa privada se puede desplegar libremente, esta se debe enmarcar en el modelo económico adoptado por la Constitución, es decir, el de economía social de mercado. Por ello, argumenta que toda persona natural o jurídica tiene la facultad de realizar actividades de aprovechamiento económico, pero en concordancia con el bien común y el desarrollo social.
- Alega que la Ley 31018 pretende garantizar el equilibrio entre el estímulo a la iniciativa privada y el bienestar general. Sostiene que, a través de la ley cuestionada, se protegen los derechos fundamentales como la vida y la dignidad de las personas, así como la salud y seguridad pública, en armonía con el bien común y el bienestar general.
- Argumenta que el límite de las libertades contractuales contenido en artículo 62 de la Constitución, referido a la garantía de inmodificabilidad de los contratos, se debe interpretar en concordancia con los artículos 2 (inciso 14), 44, 73 y 103 de la Constitución.
- Señala que el derecho a la libre contratación contenido en el artículo 2, inciso 14, de la Constitución no es absoluto. Refiere que el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 0011-2013-PI/TC, ha señalado que, bajo el Estado social y democrático de derecho, el bien común determina de manera inmanente el contenido garantizado constitucionalmente por el derecho fundamental a la libre contratación.
- Para el apoderado del Congreso, el artículo 44 de la Constitución consagra el deber de que el Estado actúe permanentemente con el fin de satisfacer el bien común. Así, en función del contexto actual, todos los órganos del Estado deben cumplir su obligación de promover el bienestar general.



- El demandando sostiene que la Ley 31018 tiene como objetivo garantizar el abastecimiento de alimentos, medicamentos y combustible en el territorio nacional durante el estado de emergencia nacional.
- Por ello, alega que, con la exoneración temporal del pago de peaje, el Estado cumple su deber de defender el interés de los consumidores y usuarios de los bienes y servicios esenciales durante el estado de emergencia nacional. Además, esto se relaciona con la garantía de los consumidores y usuarios contenida en el artículo 65 de la Constitución.
- Por otro lado, sostiene que, entre los bienes estatales de dominio público, se encuentran aquellos destinados al uso público como la infraestructura vial. Argumenta que dichos bienes se supeditan a un régimen de propiedad especial, lo cual significa que están dirigidos a la satisfacción de los intereses y finalidades públicas.
- Alega que, en este marco, se pactan concesiones entre el Estado y las empresas para el aprovechamiento económico de la infraestructura vial. Refiere que, en el caso de los contratos de concesión en infraestructura vial, solo se ha contemplado la modificación contractual por acuerdo de las partes. No obstante, para el demandado, la normativa emitida por el Estado referida a la promoción de la inversión privada en infraestructura habilita la modificación unilateral de las concesiones por razones de interés general como la circunstancia actual producto del brote del COVID-19.
- Sostiene que, de acuerdo con el artículo 103 de la Constitución, la ley cuestionada se aplica de conformidad con la teoría de los hechos cumplidos. En virtud de esta, los contratos se rigen por las normas vigentes en cada momento y no, ultractivamente, por las existentes al momento de su suscripción.
- Finalmente, alega que la incidencia en las disposiciones constitucionales 58 y 62 (esto es, la modificación unilateral de los contratos de concesión de infraestructura vial) se justifica en la situación actual producto del brote del COVID-19. Por ello, sostiene que se requiere la suspensión del cobro de peajes para mantener el abastecimiento de alimentos, medicamentos y combustibles en el territorio nacional durante el estado de emergencia nacional.

B-3. AMICUS CURIAE

Con fecha 30 de julio de 2020, este Tribunal admitió el informe presentado por los señores Natale Amprimo Plá, César Ochoa Cardich, Carlos Rodríguez Manrique y Eduardo Joo Garfias, mediante el cual aportan elementos jurídicos que coadyuvan a resolver la presente controversia.



Asimismo, el 13 de agosto de 2020, este Tribunal admitió el informe jurídico del señor César Landa Arroyo.

B-4. TERCEROS

El 13 de agosto de 2020, este Tribunal incorporó como terceros en el presente proceso de inconstitucionalidad a las empresas Concesionaria Vial del Perú SA, Concesionaria Vial del Sol SA, Desarrollo Vial de los Andes SA y Concesionaria Peruana de Vías - Covinca SA.

II. FUNDAMENTOS

§1. PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD Y DELIMITACIÓN DE LA PRESENTE CONTROVERSIA

1. Mediante el proceso de inconstitucionalidad, la Constitución ha confiado al Tribunal Constitucional el control de constitucionalidad de las leyes y las normas con rango de ley. En este proceso, quien cuenta con legitimación para interponer la demanda, *prima facie*, no persigue la tutela de intereses subjetivos, sino "la defensa de la Constitución" como norma jurídica suprema (cfr. Sentencia 00020-2005-PI y 00021-2005-PI/TC, fundamento 16).
2. Aun cuando se trata de un proceso fundamentalmente objetivo, es decir, un proceso en el que se realiza un juicio de compatibilidad abstracta entre dos fuentes de distinta jerarquía ("Por un lado, la Constitución, que actúa como parámetro (...); y, por otro, la ley o las normas con rango de ley, que constituyen las fuentes sometidas a ese control"), tal como ha afirmado este Colegiado (Sentencia 00032-2004-AI/TC, fundamento 2), también tiene una dimensión subjetiva, en la medida que son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, según establece el Artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.
3. La finalidad del proceso de inconstitucionalidad es la defensa de la Constitución en su condición de Ley Superior. Ella ostenta el máximo nivel normativo, por cuanto es obra del Poder Constituyente, reconoce los derechos fundamentales del ser humano, contiene las reglas básicas de convivencia social y política, además de regular el proceso de producción de las demás normas del sistema jurídico nacional.
4. Asimismo, el artículo 75 del Código Procesal Constitucional establece que el proceso de inconstitucionalidad tiene por finalidad la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa. Asimismo, el artículo III del Título Preliminar de dicho código prescribe que "el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este



Código al logro de los fines de los procesos constitucionales”.

5. En el presente caso, el Poder Ejecutivo cuestiona que la Ley 31018 vulnera los artículos 58, 62 y 137 de la Constitución. El artículo único de la ley impugnada dispone lo siguiente:

Suspéndase con carácter excepcional y provisional del 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.

6. Como se puede advertir, la suspensión del cobro de peaje que se dispone en la ley tiene las siguientes características:
 - a. Es aplicable a las redes viales concesionadas.
 - b. Tiene por objeto evitar el contacto con los usuarios y cumplir el aislamiento obligatorio.
 - c. Se extiende mientras dure el estado de emergencia.
 - d. No causará ni generará derecho compensatorio alguno.
7. A efectos de comprender la cuestión de fondo, se requiere esbozar el modelo económico de la Constitución, en el cual se desenvuelve la presente controversia, así como el marco de las APP, en cuyo contexto se celebraron los contratos de concesión en los que incide la ley cuestionada.



§2. APROBACIÓN DE LEYES MEDIANTE SESIONES VIRTUALES

8. Previamente, este Tribunal no puede dejar de considerar que este es el primer caso en el que una ley aprobada mediante sesiones virtuales del Pleno del Congreso de la República es materia de un proceso de inconstitucionalidad. Por ello, es imperativo realizar el control del respectivo procedimiento legislativo y verificar si este respeta los parámetros establecidos en la Constitución.
9. Para analizar estas interrogantes y verificar si el procedimiento legislativo de la Ley 31018 respeta los derechos de cada congresista a la participación libre, a la deliberación y al voto, así como el principio de democracia representativa, cabe destacar que la citada actividad parlamentaria toma como referencia normativa, entre otras, al artículo 51-A del Reglamento del Congreso de la República, adicionado por la Resolución Legislativa del Congreso 002-2020-2021-CR, publicada el 28 de marzo de 2020, que establece lo siguiente:

En circunstancias de gravedad que impidan el desarrollo de sesiones presenciales, el presidente del Congreso, con acuerdo de la Junta de Portavoces representativo de tres cuartos del número legal de congresistas, puede disponer el desarrollo de sesiones virtuales del Pleno y de los demás órganos de la organización parlamentaria.

La herramienta digital o tecnológica que se implemente para estos efectos debe garantizar el carácter público de los debates virtuales, salvo que se justificara su carácter reservado o secreto, así como la identificación y el ejercicio pleno de los derechos de los congresistas que integran los órganos parlamentarios, entre los que destacan los derechos de participación, deliberación y voto.

10. Asimismo, el artículo 27-A de este reglamento, también adicionado por la citada Resolución Legislativa del Congreso 002-2020-2021-CR, indica lo siguiente:

Cuando ocurran circunstancias de gravedad que impidan el normal funcionamiento del Congreso, los órganos mencionados en el artículo precedente podrán sesionar virtualmente, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 51-A.

Asimismo, los despachos congresales y los grupos parlamentarios podrán funcionar de manera virtual o remota, utilizando las herramientas tecnológicas que les facilitará la administración del Congreso.



Para efectos de la verificación del quórum y de la votación, se podrá considerar, salvo previsión contraria, que el portavoz traslade el voto nominal de los miembros que componen su grupo parlamentario.

11. Al respecto, el Tribunal Constitucional estima necesario destacar, en primer término, que la actual emergencia sanitaria que afronta nuestro país no solo ha obligado a cambiar diferentes formas de vivir, sino también a que las instituciones públicas redimensionen sus procedimientos para cumplir los fines constitucionales y legales que se les han asignado. Por ello, un gran reto para el Estado es compatibilizar el efectivo cumplimiento de la función pública y el correcto uso de la tecnología para lograrlo. Cabe destacar que esta siempre debe ser un medio al servicio de la función pública y no al revés.
12. Dado el desarrollo tecnológico de los últimos tiempos, es claro que existen diferentes opciones al alcance de las instituciones públicas para que cumplan sus fines constitucionales y legales. Así, hay diferentes plataformas, sistemas o medios informáticos, entornos virtuales, etcétera, idóneos y eficaces en la labor parlamentaria. De ninguna forma, el uso de estos medios puede desnaturalizar los mandatos constitucionales que rigen la actividad parlamentaria: no debe reducir o eliminar la deliberación pública; impedir la participación libre de cada congresista en el debate de una ley, reforma constitucional, antejudio político, etcétera; ni impedir la publicidad de la argumentación y del voto de cada congresista.
13. Si bien es conforme con la Constitución que, en ejercicio de su autonomía, el Poder Legislativo realice sesiones virtuales, estas deben garantizar el debate público, así como los derechos de cada congresista a la participación libre, a la deliberación y al voto. Cabe destacar que el congresista al participar, deliberar y votar, no solo está ejerciendo un derecho, sino que también representa a la nación. Es decir, la ciudadanía también tiene el derecho de verificar cómo se está efectuando la representación otorgada y controlar la actuación de sus representantes. Así, el artículo 45 de la Constitución establece que “el poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen”.
14. En cuanto a la importancia del debate público en el sistema democrático, el Tribunal Constitucional ha sostenido que la democracia no se puede concebir como un agregado de preferencias de aquellos que ejercen el poder. Antes bien, la adopción de decisiones (particularmente, las que emanan del Congreso, que es el órgano deliberante por antonomasia) se debe fundamentar en un constante y nutrido intercambio de argumentos, lo cual requiere que todos los que intervengan en ella cuenten con los datos necesarios para emitir una opinión informada que se oriente al bien público (cfr. Sentencia 00001-2018-PI/TC, fundamento 23).



15. Asimismo, este Tribunal ha señalado que “la democracia, bien entendida, implica que los que participan en el proceso deliberativo sean parte de un compromiso según el cual no deben existir preferencias inmutables fijadas de antemano, sino que, en el desarrollo del debate público, ellos puedan ratificar o modificar sus respectivos planteamientos iniciales” (Sentencia 00012-2018-PI/TC, fundamento 21).
16. Por otro lado, conviene precisar que la tecnología actual posibilita una mayor publicidad de la deliberación parlamentaria y de la representación que ejerce cada congresista. Así, aquel que no pueda asistir presencialmente, ya sea para proteger su salud, por razones de representación u otra que impida su presencia física, tiene la posibilidad de participar, deliberar y votar públicamente, desde cualquier parte del país, con la ayuda de los medios tecnológicos que el Parlamento ponga a su disposición. Lo que no puede efectuarse, por contravenir los derechos de cada congresista y el principio de democracia representativa, es que la participación, la deliberación y el voto no sean públicos.
17. Conforme a lo expuesto, el Poder Legislativo ha aprobado el segundo párrafo del artículo 51-A del Reglamento del Congreso, el cual expresa, en gran medida, cómo se compatibiliza el efectivo cumplimiento de la función pública y el correcto uso de la tecnología para lograrlo. Así, este párrafo establece lo siguiente:

La herramienta digital o tecnológica que se implemente para estos efectos debe garantizar el carácter público de los debates virtuales, salvo que se justificara su carácter reservado o secreto, así como la identificación y el ejercicio pleno de los derechos de los congresistas que integran los órganos parlamentarios, entre los que destacan los derechos de participación libre, deliberación y voto.
18. No sucede lo mismo con el último párrafo del artículo 27-A del Reglamento del Congreso, que le otorga al portavoz de un grupo parlamentario la potestad de trasladar la votación nominal de los congresistas que lo integran a efectos de la verificación del *quorum* y de la votación, sin que se haga pública la participación libre, la deliberación y el voto de cada uno.
19. En dicho contexto, son dos las prácticas que ameritan pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el caso de autos: i) la exoneración de la Junta de Portavoces del envío a comisión de la respectiva autógrafa observada; y ii) si en las sesiones virtuales en las que se aprobó la Ley 31018, se han respetado el carácter indelegable del voto, entre otros derechos de cada congresista.
20. Sobre la primera práctica cabe mencionar previamente que es clara la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre el control de las exoneraciones realizadas por las Juntas de Portavoces. Así, en la Sentencia 00012-2018-PI/TC se sostuvo que “la aprobación de las diferentes exoneraciones contempladas en el Reglamento del Congreso (de dictamen en comisión, de pre-publicación en el portal oficial, de doble votación, etc.) se ha convertido en una práctica frecuente y no en un verdadero procedimiento excepcional, poniendo en entredicho la legitimidad del debate que se desarrolla en el Congreso de la República” y que “un procedimiento



legislativo de excepción no puede ser aplicado de forma masiva. De lo contrario, se convierte en los hechos en el procedimiento legislativo regular. Si bien la potestad de establecer exoneraciones por parte de la Junta de Portavoces es discrecional, ello no implica que pueda ser usada de modo arbitrario” (fundamentos 33 y 34).

21. Asimismo, en el fundamento 35 de dicha sentencia, este Tribunal sostuvo que “aunque la potestad para establecer exoneraciones sea discrecional, ello no significa que no existan razones subyacentes a la adopción del acuerdo de exoneración. En efecto, este mecanismo no debería ser empleado, en línea de principio, en los casos en los que se advierta la necesidad de un importante nivel de especialización y/o tecnicidad de los temas a debatir, así como en aquellos que revistan elevada complejidad, ya que ello demanda, por su naturaleza, un mayor grado de deliberación. Evidentemente, este Tribunal también advierte que existen contextos y escenarios políticos en los que la excesiva extensión del debate puede generar ciertos niveles de inconvenientes ante la presencia de una situación que demanda un accionar inmediato por parte del Congreso de la República, lo que podría ameritar el empleo de las exoneraciones reguladas. Todos estos factores deberían ser sopesados en el momento en que se decide la posibilidad de emplearlas”.
22. En el presente caso, el acuerdo de exoneración está mencionado en la página 24 del acta del 7 de mayo: "Al respecto, informó que la Junta de Portavoces, en la sesión virtual del 30 de abril de 2020, acordó la exoneración del trámite de envío a comisión (...)". En el acta del 30 de abril de 2020 se menciona lo siguiente: "Acuerdo 35-2020-2021/JUNTA-CR Exoneración de trámite de envío a comisión y ampliación de Agenda de autógrafa observada por el señor Presidente de la República Proyectos de ley 4951 y 4985/2020-CR. Autógrafa observada por el señor Presidente de la República. Se propone suspender 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. Se acordó la exoneración del trámite de envío a comisión y la ampliación de Agenda, respecto de la autógrafa observada por el señor Presidente de la República (...)".
23. En el acta que contiene el acuerdo de exoneración del trámite de envío a comisión de los proyectos de Ley 4951 y 4985/2020-CR, no constan las razones subyacentes que justifiquen la adopción del acuerdo de exoneración, más aún si la respectiva autógrafa había sido observada.
24. En consecuencia, no resultando justificada la exoneración del trámite de envío a comisión de los proyectos de Ley 4951 y 4985/2020-CR, el Tribunal Constitucional considera que dicha práctica aplicada indiscriminadamente y sin respetar su excepcionalidad no se ajusta a los parámetros constitucionales.
25. Respecto a la segunda práctica, cabe mencionar la revisión del expediente virtual de la Ley 31018 y de las respectivas actas del Congreso de fechas 6 y 7 de mayo. En el acta de 7 de mayo consta que se realizó la votación y expresamente se menciona que "Consultados los portavoces por la RELATORA para el traslado nominal del voto de los integrantes de sus grupos parlamentarios, el PRESIDENTE indicó que, la



insistencia de la autógrafa observada por el Presidente de la República, fue aprobada por 103 votos a favor, dos en contra y 23 abstenciones (...)" . Por tanto, no hay constancia de votación de cada congresista. Sólo la hay sobre lo que dicen los portavoces respecto de tales votos.

26. En consecuencia, teniendo en cuenta que en las sesiones virtuales mediante las que se aprobó la Ley 31018, no se ha respetado el carácter personal, directo e indelegable del voto, el Tribunal Constitucional considera que dicha práctica no se ajusta a los parámetros constitucionales. Más aún teniendo en cuenta que la Constitución (artículo 31) prescribe que es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos políticos, entre los cuales se encuentra el derecho político a ser elegido y todos los derechos que dimanen del mismo.
27. Sin embargo, este Tribunal considera que existe un sentido interpretativo que compatibiliza el último párrafo del artículo 27-A mencionado con los derechos de cada congresista a la participación libre, a la deliberación y al voto, así como con las disposiciones constitucionales sobre democracia representativa. Conforme a este sentido interpretativo, el portavoz de un grupo parlamentario podrá trasladar la votación nominal de los congresistas que lo integran solo cuando se garantice el carácter público de los debates virtuales, salvo en los casos en que se justifique su carácter reservado o secreto, así como cuando se identifique y permita el ejercicio pleno de los derechos de cada congresista a la participación libre, a la deliberación y al voto, tal como se desprende del segundo párrafo del artículo 51-A del Reglamento del Congreso.
28. Asimismo, el primer párrafo del artículo 51-A del Reglamento del Congreso se debe interpretar en el sentido de que se podrán desarrollar sesiones virtuales siempre y cuando se garantice el carácter público de los debates virtuales, excepto en los casos en que se justifique su carácter reservado o secreto, así como cuando se permita el ejercicio pleno de los derechos de cada congresista a la participación libre, a la deliberación y al voto, tal como se desprende del segundo párrafo del artículo citado.
29. Por tanto, el Tribunal Constitucional considera que las sesiones virtuales del Congreso de la República se realizarán conforme con la Constitución, siempre y cuando se interpreten los artículos 27-A y 51-A, entre otros, del Reglamento del Congreso en el sentido de que se garantice i) el carácter público de los debates virtuales; ii) la participación libre, la deliberación y el voto públicos de cada congresista y iii) el carácter indelegable del voto

§3. EL MODELO ECONÓMICO DE LA CONSTITUCIÓN

30. Se denomina “Constitución económica” al conjunto de disposiciones constitucionales que emanan del régimen económico de la ley fundamental, las cuales suponen el establecimiento de un plexo normativo que tiene como finalidad



configurar el ámbito jurídico en el cual se desarrollará la actividad económica del país.

31. Nuestra Constitución adopta un modelo de economía social de mercado, según lo dispuesto por el artículo 58 de la Constitución. Además, este régimen limita la participación del Estado, reservándole una actuación subsidiaria en la actividad empresarial, solo autorizada por ley expresa, y por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional (artículo 60 de la Constitución).
32. En concordancia con los principios orientadores de la economía social de mercado, la Constitución encarga al Estado que actúe, principalmente, en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura (artículo 58 de la Constitución).
33. Además, en dicho artículo, se incluye el principio de libre iniciativa privada que informa el régimen económico de la Constitución y se relaciona con el inciso 17 del artículo 2 de la norma fundamental. En este, se reconoce a toda persona natural o jurídica el derecho a emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia.
34. Por otra parte, el inciso 14 del artículo 2 de la Constitución reconoce el derecho a contratar con fines lícitos, el cual se concibe como el acuerdo entre dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial (artículo 1351 del Código Civil). Dicho pacto no debe contravenir las leyes de orden público. Este derecho garantiza lo siguiente:
 - a. Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir a la contraparte.
 - b. Autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual.
35. En concordancia con los principios orientadores de la economía social de mercado expuestos, la Constitución impone al Estado, como ya se ha mencionado, el deber de actuar en las áreas de promoción de la infraestructura y los servicios públicos (artículo 58 de la Constitución). Sin embargo, esto no implica que su actuación se lleve a cabo necesariamente de manera directa. En nuestro ordenamiento jurídico, existe todo un conglomerado de normas destinadas a regular la participación de los sectores público y privado en estos ámbitos.

§4. LAS APP EN EL MARCO CONSTITUCIONAL

36. La realización de los fines estatales se puede lograr mediante la inversión directa de los recursos públicos o con la cooperación de las empresas privadas. Esta segunda opción ha generado el desarrollo de un marco normativo orientado a regular esas relaciones entre los sectores público y privado.



37. Efectivamente, mediante el Decreto Legislativo 662, se otorgó un régimen de estabilidad jurídica a las inversiones extranjeras.
38. Posteriormente, el Decreto Legislativo 674, Ley de Promoción de la Inversión Privada en las Empresas del Estado, en su artículo 1, dispuso lo siguiente: “Declárese de interés nacional la promoción de la inversión privada en el ámbito de las empresas que conforman la Actividad Empresarial del Estado”.
39. A lo anterior, se sumó el Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, cuyo artículo 39 establece lo siguiente:

Los convenios de estabilidad jurídica se celebran al amparo del artículo 1357 del Código Civil y tienen la calidad de contratos con fuerza de Ley, de manera que no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado. Tales contratos tienen carácter civil y no administrativo, y sólo podrán modificarse o dejarse sin efecto por acuerdo entre las partes.

40. La finalidad de dicho decreto es la siguiente (artículo 1):

[...] garantizar la libre iniciativa y las inversiones privadas, efectuadas o por efectuarse, en todos los sectores de la actividad económica y en cualesquiera de las formas empresariales o contractuales permitidas por la Constitución y las Leyes.

Establece derechos, garantías y obligaciones que se aplican a todas las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que sean titulares de inversiones en el país. Sus normas son de observancia obligatoria por todos los organismos del Estado, ya sean del Gobierno Central, Gobierno Regionales o Locales, a todo nivel.

41. Así, por ejemplo, en el caso de los servicios públicos, en su artículo 11, este decreto dispone que “el Estado asegura la prestación de servicios públicos básicos promoviendo la participación del sector privado, a fin de mejorar la calidad de los servicios”.
42. Mediante el Decreto Legislativo 758, se dictaron normas para la promoción de las inversiones privadas en la infraestructura de servicios públicos.
43. Así, con la entrada en vigor de la Constitución de 1993, y la incorporación del ya descrito modelo de economía social de mercado, se fomenta la participación de los agentes privados en el desarrollo del país. Al Estado le corresponde el establecimiento del marco normativo que regule las condiciones de esta participación.
44. A fin de garantizar la estabilidad de los contratos, se incluyó en la propia Constitución la prohibición de que las leyes modifiquen las condiciones pactadas por los agentes económicos. El artículo 62 expresamente establece que “los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase”.



45. Se supera, de esta manera, la práctica frecuente de modificar los contratos por medio de normas que alteran las condiciones que las partes consideraron al contratar.
46. Concordante con el modelo constitucional descrito, el artículo 73 de la Constitución también establece que se pueden conceder los bienes de uso público a particulares, conforme a ley, para su aprovechamiento económico.
47. En este marco, se promulgó el Decreto Legislativo 839, Ley de la Promoción de la Inversión Privada en Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos. Con posterioridad, se expidió el Decreto Legislativo 1012, que aprobó la “Ley marco de Asociaciones Público-Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada”.
48. El Decreto Legislativo 1012 fue derogado por el Decreto Legislativo 1224, que aprobó la “Ley marco de la promoción de la inversión privada mediante las Asociaciones Público-Privadas y los proyectos en activos”.
49. El Decreto Legislativo 1224 fue derogado por el Decreto Legislativo 1362, a través del cual se regula la promoción de la inversión privada mediante las APP y los proyectos en activos.

§5. INFRAESTRUCTURA PÚBLICA Y CONTRATOS DE CONCESIÓN

50. La administración de la infraestructura de la red vial en el país se puede efectuar de dos formas: la primera de manera directa, a través de Provías del MTC, y la segunda mediante las concesiones, cofinanciadas o autofinanciadas, que se desenvuelven en el marco del Decreto Legislativo 1362 y su reglamento (Decreto Supremo 240-2018-EF), conforme a las cláusulas establecidas en los respectivos contratos.
51. Como se reseñó *supra*, la Ley 31018 dispuso la suspensión del cobro de peajes en la red vial nacional, departamental y local concesionada. Por tal motivo, no incide en el ámbito de la administración de la infraestructura vial no concesionada.
52. El Decreto Legislativo 1362 dispone que, mediante el contrato de las APP, el inversionista puede explotar los bienes objetos del contrato (artículo 21.2). Asimismo, establece lo siguiente:

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

53. Por su parte, el artículo 3.1 del referido decreto legislativo declaró de interés nacional la promoción de la inversión privada mediante las APP y los proyectos en



activos para contribuir al crecimiento de la economía nacional, y al cierre de brechas en infraestructura o servicios públicos, entre otros.

54. Asimismo, en el artículo 22 de este decreto legislativo, se establece que el régimen económico-financiero de las APP presenta la siguiente clasificación:

1. Cofinanciadas: son aquellas que requieren cofinanciamiento, u otorgamiento o contratación de garantías financieras o garantías no financieras que tienen probabilidad significativa de demandar cofinanciamiento.
2. Autofinanciadas: son aquellas con capacidad propia de generación de ingresos, que no requieren cofinanciamiento y cumplen con las siguientes condiciones:
 - a. Demanda mínima o nula de garantía financiera por parte del Estado, conforme lo establece el Reglamento.
 - b. Las garantías no financieras tienen una probabilidad nula o mínima de demandar cofinanciamiento, conforme lo establece el Reglamento .

55. Por su parte, los artículos 111 y 112 del Reglamento del Decreto Legislativo 1362 establecen las causales de suspensión y terminación del contrato de las APP:

Artículo 111. Suspensión del Contrato

111.1 El Contrato de APP se suspende por las siguientes causales:

1. En caso de guerra externa, guerra civil o fuerza mayor que impidan la ejecución del Contrato o prestación de servicios.
2. Cuando se produzca una destrucción parcial de la infraestructura pública o de sus elementos, de modo que resulte imposible su utilización por un determinado período en los términos señalados en el Contrato correspondiente.
3. Por cualquier otra causal convenida en el Contrato.

111.2 La suspensión extiende el plazo del Contrato de APP por un período equivalente al de la causa que la originó, salvo disposición contraria en el Contrato.

111.3 Durante el período de suspensión del Contrato de APP se interrumpe el cómputo del plazo de vigencia del Contrato. El Contrato debe incluir los mecanismos para establecer la continuidad del proyecto.

Artículo 112. Terminación

112.1 La terminación del Contrato de APP consiste en la extinción de la APP por las causales previstas en el presente Reglamento o en el Contrato.

112.2 La terminación del Contrato de APP se da por:

1. Cumplimiento de plazo del Contrato.



2. Incumplimiento grave del Inversionista, según lo establecido en el Contrato.
3. Incumplimiento grave del Estado, según lo establecido en el Contrato.
4. Acuerdo de las partes.
5. Resolución por parte del Estado por razones de interés público.
6. Destrucción total de la infraestructura pública.
7. Otras causales que se estipulen en el Contrato.

112.3 Cuando el Contrato termine por causa imputable al Inversionista, incluyendo la aplicación de la cláusula anticorrupción establecida en el respectivo Contrato, el Contrato debe establecer que no procede indemnización a favor del Inversionista, por concepto de daños y perjuicios.

56. La concesión es una modalidad de participación de la inversión privada. El contrato de concesión posee ciertas particularidades: por un lado, se encuentra el interés público, canalizado por la oferta del Estado respecto a un bien o servicio; y, por otro lado, está el interés privado en busca de beneficio económico. En ese sentido, las obligaciones referidas al deber de continuidad del servicio, su mantenimiento y la contraprestación económica (cobro de tarifas) en los contratos de concesión otorgan incentivos para que ambas partes cumplan sus obligaciones. De esta manera, la interacción de ambos intereses beneficia a los usuarios.
57. De ahí que se puede afirmar que el cobro de la tarifa de peaje en los contratos de concesión de infraestructura vial permite a las empresas concesionarias recuperar las inversiones ejecutadas como parte de sus obligaciones contractuales, así como ejecutar las disposiciones relacionadas con la operación de mantenimiento de las vías de acuerdo con los niveles de servicio establecido en el contrato de concesión.
58. En esta relación, las reglas y cláusulas aplicables son determinadas por el Estado, en parte por la naturaleza de los bienes y servicios sobre los que se acuerda. Esta situación guarda sentido con los fundamentos precedentes, en tanto que la propia Constitución (artículo 58) encomendó al Estado su actuación en el área de promoción de la infraestructura.
59. En el marco de esta promoción e incentivo de la inversión privada, además, se reconoce la posibilidad de firmar convenios de estabilidad jurídica, que representan seguridades que otorga la administración pública a la inversión privada. Así, el artículo 25 del Decreto Legislativo 1362 dispone lo siguiente:

25.1 De acuerdo con lo señalado en el artículo 1357 del Código Civil, el Estado queda autorizado para otorgar mediante contrato, a las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, que realicen inversiones al amparo del presente Decreto Legislativo, las seguridades y garantías que, mediante decreto supremo, en cada caso, se consideren necesarias para proteger sus inversiones, de acuerdo con la legislación vigente.



25.2 Tratándose de contratos de Asociación Público-Privada, resulta aplicable lo previsto en el artículo 19 del Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 059-96-PCM.

60. La firma de estos convenios de estabilidad jurídica tiene sustento en el artículo 62 de la Constitución, el cual dispone que “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”.

61. Este Tribunal entiende el contrato-ley de la siguiente manera:

Es un convenio que pueden suscribir los contratantes con el Estado en los casos y sobre las materias que mediante ley se autorice. Por medio de él, el Estado puede crear garantías y otorgar seguridades, concediéndoles a ambas el carácter de intangibles. Es decir, mediante contratos-ley, el Estado, en ejercicio de su *ius imperium*, crea garantías y brinda seguridades; y, al suscribir el contrato-ley, se somete plenamente al régimen jurídico previsto en el contrato y a las disposiciones legales a cuyo amparo se suscribió éste (Sentencia 0005-2003-AI/TC, fundamento 33).

62. Estos convenios se sustentan en la necesidad del Estado de promover las inversiones privadas en determinadas áreas. Al analizar los contratos-ley, este Tribunal sostuvo, en la Sentencia 0005-2003-AI/TC, lo siguiente:

[...] el contenido de los contrato-ley puede y debe sustentarse en razones de interés social, nacional o público [...]. Por su propia naturaleza, a través del contrato-ley, el Estado busca atraer inversiones privadas (de capital) a fin de que promuevan aquellas actividades que el Estado considera que vienen siendo insuficientemente desarrolladas, de acuerdo con los planes y objetivos que se pueda haber trazado en el diseño de la política económica del Estado. Tienen como contenido propiciar un marco de seguridad a los inversionistas no sólo en asuntos privados de la administración, sino, también, en la prestación de actividades de derecho público (fundamento 34).

En ese orden de ideas, este Tribunal precisa que no solo gozan de inmodificabilidad las cláusulas que componen el contrato-ley, cuando así se acuerde, sino también el estatuto jurídico particular fijado para su suscripción. Es decir, tanto la legislación a cuyo amparo se suscribe el contrato-ley como las cláusulas de este último.

Ello es producto de una interpretación sistemática de los dos párrafos del artículo 62° de la Constitución. Por un lado, de conformidad con la primera parte de dicho precepto constitucional, y no sólo respecto a los términos contractuales que contenga el contrato-ley, sino, en general,



para todo término contractual, “éstos no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase” (fundamento 35).

§6. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 31018

63. El artículo 62 de la Constitución señala 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.

64. Este Tribunal entiende el citado artículo del siguiente modo (Sentencia 003-2004-AI/TC, fundamento 13):

[D]e una interpretación sistemática de los dos párrafos del artículo 62° de la Constitución se establece una regla de carácter general, y es que no sólo los términos contractuales contenidos en un contrato-ley, sino que, en general, todo término contractual, “no puede ser modificado por leyes u otras disposiciones de cualquier clase” [STC 005-2003-AI/TC: Caso Contrato - Ley con Telefónica].

65. Asimismo, realizando una interpretación teleológica de esta norma constitucional, este Tribunal Constitucional ha indicado lo siguiente:

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 (Sentencia 006-2012-PI/TC, fundamento 27).

66. La Ley 31018, objeto del presente proceso de inconstitucionalidad, establece lo siguiente:



Suspéndese con carácter excepcional y provisional del 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.

67. Un primer problema que advierte este Tribunal es el referido a la finalidad de la ley, pues una es la señalada en su texto y otra distinta la que indican sus autores y defensores.
68. En efecto, la ley impugnada dice que su finalidad 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”. Sin embargo, las exposiciones de motivos de los proyectos de ley que la originan señalan objetivos distintos.
69. Así, la exposición de motivos del Proyecto de Ley 4951/2020-CR manifiesta lo siguiente:

[...] es de imperiosa necesidad legislar, con el objetivo de **asegurar el tránsito, sin restricciones**, a nivel nacional, de los profesionales comprometidos con la emergencia sanitaria, así como aquellos que velan por el orden, la seguridad y la higiene de la población [énfasis añadido].

70. Por su parte, la exposición de motivos del Proyecto de Ley 4985/2020-CR indica lo siguiente:

Ante la emergencia sanitaria la suspensión del cobro de peajes es una medida que permite contribuir y **facilitar el paso de las personas** que prestan algún servicio al Estado, o a las que están obligadas a asistir a sus centros de labores, siempre y cuando estén autorizadas. La iniciativa permitirá el **tránsito de los vehículos** de instituciones y empresas responsables de transportar alimentos, medicinas, combustible, carga y mercancías, sin hacer pago alguno por concepto de peaje [énfasis añadido].

71. A su turno, el apoderado del Congreso de la República, en el punto 127 de la contestación de la demanda de autos, afirmó que la suspensión temporal del pago de peaje en la red nacional concesionada tiene por objeto garantizar el abastecimiento de alimentos, medicamentos y combustible en el territorio nacional. En la audiencia pública del 12 de agosto de 2020, se le consultó al procurador del Congreso si esto significa que, sin la suspensión del cobro del peaje, dicho abastecimiento corría el peligro de interrumpirse. Ante ello, este respondió afirmativamente, pues con esta



medida se facilita la “transitabilidad de la vía”, promoviendo el transporte de alimentos, medicamentos y otro tipo de productos indispensables durante el estado de emergencia (cfr. del minuto 108 a 109 de la audiencia pública).

72. Este Tribunal no podría, en un exceso de formalismo, limitarse a aceptar lo que la ley impugnada señala como su finalidad; pues, más allá de su texto, esta ley tiene una finalidad real o material, como se evidencia en las citas precisadas anteriormente: “asegurar el tránsito, sin restricciones” (Proyecto de Ley 4951/2020-CR), “facilitar el paso de las personas” y “permitir el tránsito de los vehículos de instituciones y empresas” (Proyecto de Ley 4985/2020-CR), y facilitar la “transitabilidad de la vía” (apoderado del Congreso de la República).
73. Esto permite concluir que la ley impugnada busca, en realidad, otorgar un beneficio económico a las actividades de transporte —las cuales no se han detenido durante el estado de emergencia—, consistente en eximir las del pago del peaje, no obstante, el uso de la red vial concesionada.
74. Este Tribunal aprecia que, en ninguno de los proyectos de ley que origina la ley impugnada, existe algún sustento de cómo la medida de suspensión del cobro de peaje coadyuvará a la mitigación de la pandemia del COVID-19.
75. En cualquier caso, el cobro de peaje durante la pandemia representa un “riesgo mediano de exposición”, según el Ministerio de Salud en su Informe 403-2020-OGAJ-MINSA, del 19 de mayo de 2020, donde se indica lo siguiente (anexo 1-I de la demanda):

[...] el nivel de riesgo para los cobradores de peaje es similar al de los cajeros de un supermercado [...]. Sin embargo, a diferencia de estos, el chofer y el cobrador de peaje 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 través del dinero persiste.

Tomando en cuenta las características de su trabajo y de acuerdo a 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, 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 de peaje 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.



76. Corresponde, ahora, analizar la parte dispositiva de la ley impugnada, la cual comprende los siguientes puntos:

- a. Suspender el cobro de peaje en todas las unidades de peaje de la red vial concesionada nacional, departamental y local.
- b. Esta suspensión no causará ni generará derecho compensatorio.

77. Respecto a los peajes de las redes viales concesionadas, el demandante indica que “actualmente se encuentran en operación dieciséis (16) concesiones viales, de las cuales seis (6) son autofinanciadas y diez (10) cofinanciadas [...]”.

78. El demandante ha precisado que, desde 1979 y actualmente por el Decreto Legislativo 1328 (artículo 1)

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.

79. No obstante, el demandante también señala lo siguiente:

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 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** [énfasis añadido].

80. Conforme a ello, en el caso de las concesiones viales autofinanciadas, el demandante señala que, el 31 de marzo de 2020, el MTC remitió sendas comunicaciones a los seis concesionarios autofinanciados, donde les solicitaban

alguna acción frente al pedido de los transportistas de carga de no cobrar la tarifa del peaje, recibiendo una respuesta negativa. Dichos concesionarios señalaron que ya se estaban viendo afectados con el tráfico disminuido por las medidas del Estado frente a 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.



Asimismo, el demandante puntualizó lo siguiente: “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”.

81. Todo esto permite que el demandante concluya lo siguiente:

[...] la suspensión del pago del peaje 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 que 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.

82. Respecto al mandato de la ley impugnada de que la suspensión del cobro de peaje “no causará ni generará derecho compensatorio”, el demandante sostiene lo siguiente:

[La] afectación al artículo 62 de la Constitución Política del Perú se materializa por cuanto la Ley 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.

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.

83. En relación con las medidas de equilibrio económico financiero afectadas por la ley impugnada, los señores Natale Amprimo Plá, César Ochoa Cardich, Carlos Rodríguez Manrique y Eduardo Joo Garfias (*amicus curiae*) han señalado lo siguiente:

Incluso en el supuesto negado [de] que el legislador hubiera pensado



en [la] protección sanitaria [...], **ello tampoco explicaría el PORQUÉ SE LES IMPIDE A LOS CONCESIONARIOS PODER ACTIVAR LAS MEDIDAS DE EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO que prevén sus contratos**, actuaciones económicas que, como resulta evidente, **NADA TIENEN QUE VER CON LA ACTIVIDAD FÍSICA DE COBRAR UN PEAJE**; actividad que se habría querido restringir en una SUPUESTA salvaguarda de la salud de las personas involucradas en la misma.

84. A ello hay que sumar que el presidente de la República, en el punto 18 de su observación a la autógrafa de la ley impugnada (Oficio 043-2020-PR, del 29 de abril de 2020), se refiere a los contratos de la red vial concesionada como “contratos ley”, “por los cuales —dice— el Estado otorga a un particular garantías o seguridades que no pueden ser modificadas legislativamente”¹.

85. Los terceros del presente proceso de inconstitucionalidad también lo han señalado así. En efecto, las cuatro empresas concesionarias recurrentes señalan tener contratos-ley con el Estado, en virtud del Decreto Ley 25570 (artículo 2) y, respectivamente, los Decreto Supremos 124-2005-EF, 180-2009-EF, 192-2010-EF y 008-2013-EF (cfr. pp. 67-71 de su escrito). Por ello, concluyen lo siguiente:

[...] en el caso de todos y cada uno de los Concesionarios Recurrente, el alcance de las garantías que nos fueron otorgadas por el Estado Peruano mediante los respectivos Contratos de Garantías (Contrato-Ley) es el de todas las declaraciones, seguridades y obligaciones del Concedente establecidas en nuestros respectivos Contratos de Concesión. En consecuencia y en aplicación de la naturaleza de Contrato-Ley que corresponde a cada uno de nuestros Contratos de Garantías, ninguna de las declaraciones, seguridades y obligaciones del Concedente pueden ser modificadas (suspendidas, inaplicadas o, de cualquier forma, alteradas) por lo que disponga una ley posterior.

86. A partir de todo lo revisado, este Tribunal debe concluir que la Ley 31018 vulnera el artículo 62 de la Constitución. Esta ley viola la libertad contractual, al suspender el contenido contractual pactado por las partes relativo al cobro de peajes, pese a que los vehículos usan las carreteras concesionadas y lo han realizado aun en los momentos más estrictos del estado de emergencia por la pandemia del COVID-19.

87. Como ya se ha revisado, la ley impugnada es, en realidad, un beneficio económico otorgado a las actividades de transporte, consistente en eximirlas del pago de peaje. Sin embargo, al conceder tal beneficio, la ley viola el mandato del artículo 62 de la Constitución, conforme al cual los términos contractuales no se pueden modificar por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.

¹Recuperado de http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Observacion_a_la_Autografa/AUOB04951-20200429.pdf>. Consulta: 19 de agosto de 2020.



88. A ello se debe sumar que la ley impugnada infringe también la Constitución al prohibir la compensación correspondiente al concesionario por la afectación causada, desconociendo los derechos, las obligaciones y los mecanismos de compensación estipulados en los contratos de concesión.
89. Por último, este Tribunal aprecia que la Ley 31018 interviene en contratos de concesión que son contratos-ley. Así, desacata el mandato del segundo párrafo del artículo 62 de la Constitución, según el cual estos “no pueden ser modificados legislativamente”.
90. En consecuencia, para este Tribunal, la ley cuestionada no solo vulnera las garantías contractuales de los concesionarios, actuando de modo expresamente prohibido por el artículo 62 de la Constitución, sino que también afectaría la continuidad de los servicios vinculados al mantenimiento y desarrollo de la infraestructura vial, en perjuicio de los usuarios del servicio.

III. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,



HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad; y, en consecuencia, **INCONSTITUCIONAL** la Ley 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”.
2. **ESTABLECER**, como interpretación constitucional de obligatoria aplicación, que las sesiones virtuales del Congreso de la República serán conformes con la Constitución siempre y cuando se interprete que los artículos 27-A, 51-A y demás relacionados con las sesiones, deliberaciones y votaciones comprendidas en los procedimientos parlamentarios del Reglamento del Congreso, garantizan los siguientes aspectos:
 - a. el carácter público, abierto y transparente de los debates virtuales;
 - b. la participación sin restricciones, la libre deliberación, y el voto personal, directo y público de cada congresista; y
 - c. el carácter indelegable del voto.

Dado el carácter no retroactivo de la presente sentencia, la interpretación mencionada será obligatoria a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano*.

Publíquese y notifíquese.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE FERRERO COSTA



FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

I. Consideraciones Generales

Coincido con el sentido de la sentencia, pero he decidido además elaborar el presente fundamento de voto. Ello a pesar de que en nuestro país alguien reprobó la elaboración de fundamentos de voto, y hasta despectivamente habló de una suerte de soberbia de quienes los elabora. Con todo respeto, nada más lejano de nuestra realidad, la cual quien hizo esa afirmación parece desconocer. Ciertamente es que en países como Alemania o Italia son reacios a aceptar votos discrepantes (votos singulares) o fundamentos de voto (votos concurrentes en el sentido de lo resuelto, pero con diferencias en la sustentación de la postura asumida), pero cierto es también cómo en otras altas cortes se aceptan pacíficamente el uso de estos votos.

Y ello tiene una clara justificante. La decisión de quien tiene autoridad debe estar debidamente motivada, para así ser debidamente comprendida en todos esos alcances. Y en un contexto donde las pautas de la interpretación constitucional y el Estado Constitucional no necesariamente son conocidos por la ciudadanía, la motivación del sentido de cada juez(a) o magistrado(a) cuenta, además de otros rasgos, con una función de docencia en materia constitucional, y sobre todo en temas que, en rigor, deberían ser entendidos por todas las personas. Ello sobretodo en un contexto en el cual la configuración de la toma de decisiones judiciales debería ser dialógica (o, dicho con otras palabras, con la participación informada de todas las personas que resultan involucradas).

En ese tenor que, por lo menos en contextos como el norteamericano o el peruano, las altas cortes vinculadas con las labores propias de la jurisdicción constitucional (interpretación-concretización constitucional; formulación de respuestas conforme a los parámetros constitucionales y convencionales.; y control de constitucionalidad y convencionalidad), admiten y hasta promueven la existencia de votos singulares y de fundamentos de voto. Es pues en ese entendimiento que paso a desarrollar el fundamento de voto correspondiente.

II. El uso de competencias de oficio

Cuando una persona lee la presente sentencia, se encuentra con que el demandante centró su interés en un aspecto “de fondo” (en rigor, concepto vinculado al contenido y objeto de la pretensión planteada), y, sin embargo, el Tribunal comienza pronunciándose sobre un problema “de forma” (en puridad, acerca de los diversos elementos y condiciones de la acción planteada). En esto no hay mayor irregularidad, sino un adecuado ejercicio de la función que corresponde a cada juez(a) constitucional.



Me explico: y es que al juez(a) constitucional le corresponde concretizar la Constitución. Puesto en otros términos, garantizar que en una comprensión en abstracto (en el

caso del control abstracto de normas en un proceso de inconstitucionalidad) o a propósito de una situación específica, una acción o una omisión determinada (en el caso del control concreto, como puede darse en un habeas corpus o un amparo) de cualquier precepto normativo o cualquier actuación en omisión, debe responder o entenderse de acuerdo a parámetros constitucionales.

Aquello involucra que, cuando se invoca la actuación de un juez o jueza, la tarea de esos(as) juzgadores(as) sea la de garantizar una interpretación conforme a la Constitución de aquello que se ha puesto en su conocimiento.

El juez(a) constitucional no cumpliría su misión si, habiéndosele pedido que comprenda una norma, acto u omisión conforme a la Constitución, deje de pronunciarse sobre si otros aspectos de norma, acto u omisión cuestionada es inconstitucional, o si solamente podría entenderse como constitucional una disposición si es que se acoge uno de los significados que puede deducirse de la norma, acto u omisión cuestionados, descartando otras opciones.

Es más, no debe olvidarse que el primer ejercicio de la interpretación conforme a la Constitución y el control de constitucionalidad (en este caso dentro de la modalidad conocida como control difuso) es la histórica frase del famoso caso “Marbury versus Madison”, en el cual la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de oficio y no a pedido de parte detecta que los preceptos de una ley (Judiciary Act) no admite una interpretación conforma a la Constitución, y por ende, debe ser declarada inconstitucional.

Eso es precisamente lo que ha pasado en este caso. Eso es lo que hacemos cuando como integrantes del Tribunal Constitucional del Perú hemos tenido que revisar la norma impugnada, encontramos un aspecto inconstitucional o sospechoso de inconstitucionalidad inicialmente no demandado (como en este caso, un procedimiento de configuración las decisiones tomadas en el Congreso de la República). Por ende, no podíamos evitar pronunciarnos al respecto Era más bien nuestro deber.

El juez(a) constitucional tiene además límites en el ejercicio de sus competencias. No es, como pomposamente se dijo alguna vez “un comisario del poder constituyente en funciones”. Su labor es la de, como poder constituido que es, desempeñarse como un(a) intérprete calificado(a) entre otros intérpretes vinculantes de la Constitución, con la diferencia que le toca efectuar una interpretación de cierre o final dentro de cada ordenamiento estatal. Luego, vendría, si se quisiese, o si no se cuenta en el ordenamiento estatal antes mencionado con una fórmula idónea de tutela, una discusión ante órganos convencionales.

III. El juez(a) constitucional interpreta una Constitución respetando sus preceptos y sus valores, dejando de lado sus muy respetables consideraciones personales.



Como ya aquí se ha señalado, el juez(a) constitucional debe interpretar (concretizar) una Constitución. Aun cuando se critica que pueda darse una interpretación absolutamente objetiva (o, dicho de otra forma, sin alguna carga subjetiva), lo cierto es que la tarea del juez(a) constitucional es interpretar, concretizando, una Constitución, Constitución cuyos alcances implícitos o explícitos no puede desconocer.

Y es que el juez(a) constitucional es intérprete de un texto que refleja el pacto o consenso propio de una Constitución (salvo que esta Constitución tenga una connotación semántica, siguiendo los términos de Loewenstein). El juez(a) constitucional no es un intérprete (y menos aún un defensor) de sus propias, y por cierto, muy respetables convicciones. Puede o no gustarle alguna institución recogida en el texto constitucional, pero en el ejercicio de su labor no podrá desconocer su existencia, sino más bien estará obligado a defenderla y preservar sus alcances.

IV. Los problemas existentes en la denominada “inconstitucionalidad formal”

Aunque no se haya tratado de un aspecto denunciado por el demandante al juez(a) constitucional, rápidamente se detectan problemas de constitucionalidad en la configuración de leyes como la que aquí se impugna. Por ende, debemos ser claros: cuando un Tribunal Constitucional cuestiona un procedimiento o una actuación del Congreso, no está invadiendo las competencias de este importante organismo estatal.

Lo que ocurre en estos casos es diametralmente distinto: el Tribunal se limita a hacer su labor de interpretación vinculante y control de constitucionalidad, y en ese sentido, no impone a otros organismos estatales cómo actuar, sino que les señala, pues ese es su deber, cómo deben materializar su quehacer para así no vulnerar el parámetro constitucional que todos (Gobierno, Congreso, otros organismos y la ciudadanía) nos hemos comprometido a defender y cumplir.

Es más, conviene tener presente que el pronunciamiento del Tribunal en estos casos, en principio, no cuenta con un carácter retroactivo. Lo realizado previamente a su pronunciamiento, y sus consecuencias, están protegidos por una presunción de constitucionalidad. La sentencia emitida por el Tribunal que establece algunos cuestionamientos al procedimiento parlamentario utilizado solamente tiene efectos para situaciones posteriores a su emisión y publicación. No funciona como una declaración de un organismo jerárquicamente superior sobre la actuación de otro, pues la relación Tribunal – Congreso es una de competencia y no de jerarquía. Es parte de lo que algunos llaman el control de regularidad constitucional que corresponde a todo juez(a) constitucional.

Luego de esta información anotar cuáles son las pautas incompatibles con la Constitución en las cuales se ha incurrido cuando se ha aprobado la ley aquí impugnada.

Y es que, tal como lo ha dicho esta misma composición del Tribunal Constitucional en la STC 0001.2018-PI/TC, (caso modificación del Reglamento del Congreso sobre regulación de los grupos parlamentarios), fundamento 28, las decisiones en el Estado Constitucional en general, y el Congreso en particular, deben fundamentarse en un



constante y nutrido intercambio de argumentos, lo cual requiere que todos los que intervengan en ella cuenten con los datos necesarios que le permitan emitir una opinión informada que se oriente al bien público.

Es aquí donde el análisis de los artículos 51 A (que establece procedimiento virtual) y 27 A (traslado de la votación a portavoces) complica aceptar su constitucionalidad. Se comprende que hay que adaptarse a situaciones generadas por la actual pandemia, pero no se puede justificar dejar en los hechos fuera del debate parlamentario a quienes siendo congresistas no son portavoces. Ello, por ejemplo, hoy no ocurre con el trabajo también de Congresos o Parlamentos de otros países, varios de ellos latinoamericanos

Y es que el espacio del Congreso es el de la deliberación abierta y transparente. No resulta entonces correcto en la línea, por ejemplo, la realización de debates congresales de madrugada, cuyo desarrollo pocos pueden ver. Tampoco lo es abusar del uso de la dispensa del trámite de comisiones o de la lectura del acta, máxime si se cuenta con un Congreso unicameral (y en este caso, además, cuando no se remite a comisiones un proyecto observado por el Presidente y se opta por la insistencia). Tampoco es adecuado que, existiendo un canal del Congreso, solamente se de a conocer el debate de algunas comisiones y no de otras. No debe perderse de vista que las sesiones reservadas son excepciones que deben estar suficientemente justificadas, y que las exoneraciones de trámite de comisión o de lectura del acta son, de acuerdo con lo dicho por este Tribunal en la STC 12-2018-PI/TC, situaciones de excepción, pues la regla en la actuación congresal es la deliberación amplia, e incluso con convocatoria de quienes sin ser congresistas pueden verse afectados por una decisión tomada por el Congreso.

No puede además confundirse la dinámica de una Junta de Portavoces, en principio destinada a generar acuerdos de política institucional o administrativa, en un espacio que sustituya la decisión de ciento treinta congresistas, máxime si, como aclara la ponencia, hay medios técnicos que permiten conocer lo que los/as congresistas aportan al debate. Debe además tenerse presente que los(as) congresistas, los cuales pueden ser parte de una bancada, no están sujetos a mandato imperativo. Su capacidad de participar en sesiones y votar es indelegable.

El Congreso más bien debe caracterizarse por una dinámica dialógica, en cuyas discusiones, insisto, en la medida de lo posible deben participar todos los actores involucrados en las materias debatidas. El Congreso no está para hacer muchas leyes (muchas de ellas sin contenido relevante), sino para dar buenas leyes, con un amplio debate y en temas realmente relevantes.

Los elementos de inconstitucionalidad en el procedimiento parlamentario seguido son evidentes. Ahora bien, la materialización de cómo actuar sobre ellos se da aquí a través de una sentencia interpretativa, mecanismo utilizado en este caso, y sobre el cual pasará a realizar una breve reseña.

V. Las sentencias interpretativas y su uso en el presente caso



La labor de un juez(a) constitucional es especialmente compleja. Uno de los factores que genera esa mayor dificultad es el carácter de los textos a interpretar.

Y es que los textos constitucionales (y en muchos casos incluso los legales y los de normas de menor rango) no solamente permiten una comprensión. Recurriendo a la siempre útil distinción que hizo Guastini entre disposición y norma, podemos decir, que tanto las disposiciones constitucionales como las del Reglamento del Congreso (normas con rango de ley) tienen diferentes comprensiones o sentidos normativos.

Es por ello que, tratándose de las disposiciones del Reglamento del Congreso, debiera tenerse en cuenta que las mismas pueden contar con diferentes comprensiones o sentidos normativos. Así la lectura de los artículos 51 A y 27 A del Reglamento del Congreso (sobre todo si se los interpreta de manera conjunta o sistemática) pueden llevar a comprensiones y a prácticas en contra de la Constitución.

Es entonces el momento de resaltar un elemento básico de la interpretación constitucional; la del criterio de presunción de constitucionalidad de las normas, actos y omisiones, las cuales se asumen en principio constitucionales mientras haya en ellos una comprensión o un sentido que salve su constitucionalidad.

En ese contexto es que aparecen las denominadas sentencias interpretativas, cuyo objetivo es el de salvar la constitucionalidad de una o varias disposiciones, sobre todo las de rango legal.

Como bien conocemos, hay sentencias interpretativas que incluso son de tipo manipulativo, lo cual a su vez incorpora a las sentencias aditivas, reductoras y sustitutivas. Pero también están las denominadas sentencias interpretativas propiamente dichas, en donde el intérprete (juez(a) constitucional) señala, de manera vinculante, que solamente una de las múltiples interpretaciones es la conforme a la Constitución, y por ende, la interpretación a seguir.

Eso es justamente lo que ha hecho el Tribunal Constitucional peruano en este caso: determinar que, para salvar la constitucionalidad de lo aprobado por el Congreso, este importante organismo tiene que seguir ciertos recaudos, en lo que bien podría llamarse una sentencia interpretativa aditiva (se colocan o demandan la existencia de ciertos presupuestos a cumplir que salven la constitucionalidad de la norma impugnada). Esta es una práctica frecuente no solamente en nuestro tribunal, sino también en otros tribunales constitucionales del mundo.

VI. Apuntes sobre aspectos del objeto y contenido de la pretensión sobre la finalidad de la ley dictada y sus consecuencias

Pasando entonces al análisis del objeto y contenido de lo discutido, los denominados “temas de fondo”, abordaré lo referente a la finalidad de la ley impugnada. Debe tenerse presente que en su momento se sostuvo que la finalidad alegada de dicha norma es la de evitar la propagación del COVID. Con todo respeto, esa alegación, de ser la que realmente sustenta la medida tomada, no soporta un juicio de proporcionalidad.



Explico entonces el sentido de mi razonamiento: si lo que quería evitar era el contacto entre el personal de peajes y quienes vengan conduciendo el vehículo que en ese momento se acerque a la caseta de peaje, sin duda había más posibilidades menos gravosas a las cuales recurrir como el pago por vía electrónica, por citar un ejemplo.

Sin embargo, el asunto es en realidad más delicado. Y es que si se revisa la contestación de la demanda y lo señalado por el señor procurador en la audiencia de vista de la causa, se apunta más bien a buscar favorecer a un grupo de transportistas exonerándole de pagar peaje, costo que por cierto ya estaba incluido entre los gastos que tenían que hacer esos transportistas.

Ahora bien, si esa es la verdadera finalidad, exonerar del pago de peajes en rutas concesionadas (sean cofinanciadas o autofinanciadas), ello ya genera otro problema, abordado en la sentencia, vinculado a lo señalado en el artículo 62 de la Constitución en sus dos párrafos, y especialmente en el segundo. A eso pasaré el presente análisis a continuación.

VII. Lo que se quiere afectar: un contrato ley que recoge una concesión sobre vías a particulares.

Nuestro actual texto constitucional incluye un artículo como el 62, el cual tiene dos párrafos clave. El principio apunta a tutelar la permanencia de los contratos. El Tribunal, para estos casos, ha respetado esa vocación de no modificar los contratos mediante leyes. Sin embargo, ha admitido que tiene que leerse en forma sistemática con el artículo 2 inciso 14), que reclama la posibilidad de contratar, siempre que no contravengan leyes de orden público (caso Municipalidad de Maynas, por ejemplo).

Sin embargo, justo es recordar que la situación esté mucho más acotada en el supuesto recogido en el segundo párrafo del artículo 62, el cual consagra la fórmula del contrato-ley, que establece una clara limitación a que se pueden dictar leyes para modificar su contenido. La modificación de esos contratos-ley es exclusiva responsabilidad de las partes que lo han suscrito: el Estado (en rigor, el Gobierno de turno) y el concesionario. Las concesiones sobre las cuales se planteaba el impedimento de cobro de peaje habían sido celebradas mediante contratos leyes

La dación de la ley impugnada es inconstitucional, pues va contra lo previsto – nos guste o no – en el segundo párrafo del artículo 62 de la Constitución. Es más, el incumplimiento de lo acordado con los concesionarios genera responsabilidades al Estado peruano. Dicho en términos más simples, va a producir una irresponsabilidad contractual, que buscará remediarse en sede nacional o internacional.

El incumplimiento de los contrato-ley con los concesionarios es, además, una potencial situación de generación de gasto, situación a la cual constitucionalmente no está habilitado el Congreso, de acuerdo con el artículo 79 de la Constitución. No desconozcamos además los riesgos que nos produciría incumplir las obligaciones propias del hoy denominado Derecho Internacional de las inversiones.



VIII. Una última reflexión: sobre los alcances del artículo 137 de la Constitución y una recomendación sobre la temporalidad de los estados de emergencia.

El Gobierno, en su demanda, planteaba que el Congreso, al dictar la ley impugnada, alegaba que se habían invadido sus competencias y violado el artículo 137 de la Constitución. Respetuosamente no comparto esa afirmación. Ello en mérito a dos consideraciones: la primera, que la existencia de un Estado de Excepción en aplicación del artículo 137 de la Constitución no impide el ejercicio de la capacidad legislativa del Congreso, dentro de los límites que el propio ordenamiento jurídico ha establecido para esa actividad legisferante. La segunda apunta a que el hecho que el Congreso dicte leyes durante la vigencia de un Estado de Excepción no limita la competencia del Gobierno de declarar Estados de Excepción y dictar medidas a su amparo.

De otro lado, y si bien en el Perú no está reconocido el control jurisdiccional absoluto de un estado de excepción (revisión judicial de la declaratoria de un Estado de Excepción y de las medidas concretas tomadas a su amparo), se reconoce un control parcial, dirigido a las medidas dadas dentro del marco de un estado de excepción, sea un Estado de Emergencia o un Estado de Sitio.

Ahora bien, y en cualquier caso, no conviene perder de vista que, debido a su carácter excepcional, la declaratoria de un Estado de Emergencia (o de Sitio) y las medidas tomadas a su amparo son temporales. Si la coyuntura dentro de un Estado en particular amerita medidas diferentes y con vocación de permanencia, cabe preguntarse si se sostiene mantener una declaratoria de un Estado de Excepción, o lo que procede es el dictado de una nueva normativa. No olvidemos nunca que una característica central de un Estado de Emergencia, un Estado de Sitio y de las medidas tomadas durante su vigencia es la de la temporalidad.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA