

¿El Tribunal Constitucional en el banquillo de los tribunales arbitrales?

Arbitrajes internacionales y de inversiones en el caso Rutas de Lima

The Constitutional Court in the dock of arbitration tribunals?

International and investment arbitration in the Rutas de Lima case

Raffo VELÁSQUEZ MELÉNDEZ*

Resumen: A propósito del caso Rutas de Lima, resuelto por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 10702-2023-PHC/TC, y mediante la cual se ordenó la suspensión del cobro de peajes en protección de los vecinos de Puente Piedra, el autor analiza las implicancias de esta decisión y de los posibles impactos negativos de su resolución frente a los tribunales arbitrales internacionales que trae un escenario poco propicio para la inversión. A decir del autor, el Perú podría verse inmerso en un arbitraje de inversión, accionado por el fondo de inversión que administra Rutas de Lima.

Abstract: Regarding the Rutas de Lima case, resolved by the Constitutional Court in STC Exp. N° 10702-2023-PHC/TC, and through which the suspension of toll collection was ordered to protect the residents of Puente Piedra, the author analyzes the implications of this decision and the possible negative impacts of its resolution before international arbitration tribunals. Providing a scenario that is not conducive to investment, according to the author, Peru could find itself immersed in an investment arbitration, driven by the investment fund managed by Rutas de Lima.

Palabras clave: Rutas de Lima / Arbitraje / Expropiación *de facto* / Obligación estatal / Tribunal Constitucional

Keywords: Rutas de Lima / Arbitration / *De facto* expropriation / State obligation / Constitutional Court

Recibido: 04/04/2024

Aprobado: 02/05/2024

* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Maestría en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha. Maestría en Derecho Administrativo y regulación de servicios públicos. Maestría en argumentación jurídica por la Universidad de Alicante. Especialista en arbitraje comercial y de las inversiones por la Universidad Complutense de Madrid. Socio de RVM Abogados.

I. INTRODUCCIÓN

A través de la STC Exp. N°1072-2023-PHC/TC, el Tribunal Constitucional (en adelante, el TC) declaró fundada la demanda de hábeas corpus de Ramón Lucianeti Pairazamán León contra la Municipalidad Metropolitana de Lima (en adelante, MML) y Rutas de Lima S. A. C. (en adelante, RDL).

El argumento central del fallo fue que la concesión otorgada por la MML a RDL, en el extremo referido al peaje de Chillón en el distrito Puente Piedra, es lesivo del derecho fundamental a la libertad de tránsito de las personas. Ello porque no existen vías alternas que permitan entrar, salir o incluso trasladarse dentro de Puente Piedra sin pagar dicho peaje. El TC destaca que las otras dos vías existentes (no sujetas al cobro de peajes) requieren recorrer altas distancias para cruzar al otro extremo de la carretera Panamericana Norte.

Bajo ese razonamiento, el TC entendió que el cobro del peaje limitaba de manera irrazonable la libertad de tránsito. Por lo tanto, declaró fundado el hábeas corpus y ordenó a RDL suspender el cobro del peaje Chillón hasta que se implementen vías alternas razonables, o hasta que la justicia penal defina si el contrato de concesión entre la MML y RDL tuvo un origen ilícito o no.

Este caso plantea numerosas interrogantes que valen la pena estudiar. Por ejemplo, parece que el TC comete un grave error al confundir la legitimación activa abierta para los hábeas corpus con la protección de derechos colectivos (STC Exp. N° 01072-2023-PHC/TC, ff. jj. 87-90). También sería pertinente evaluar por qué se debe perjudicar a un individuo por las

acciones de otro, dado que la existencia, deficiencia y/o mejora de pistas alternas son responsabilidad de la MML y no de RDL. Además, debería evaluarse (y posiblemente sancionarse) la actuación de la Defensoría del Pueblo, que intervino como *amicus curiae* en este caso, pero que olvidó esa condición (que le exige ser un experto imparcial y sin intereses propios) para plantear su propio amparo contra RDL y la MML en donde también solicitó el cese del cobro del peaje.

No obstante, en estas líneas nos limitaremos únicamente a aclarar los varios aspectos arbitrales que giran alrededor del caso y que generan varias confusiones.

Por ello, haremos referencia a los dos laudos internacionales emitidos en la controversia entre la MML y RDL, que respaldan la validez del contrato de concesión y el aumento del peaje. También hablaremos sobre la ratificación de validez de esos laudos por parte de los tribunales estadounidenses. Por último, exploraremos la posibilidad de que el fallo del TC dé lugar a un arbitraje de inversiones contra el Estado peruano, lo que podría resultar en una indemnización tan considerable que los ahorros actuales en peajes serían insignificantes en comparación con los pagos indemnizatorios a los inversionistas de RDL.

En resumen, estas líneas tendrán un enfoque principalmente descriptivo sobre los asuntos arbitrales mencionados. Aspiramos a ser más periodistas y menos columnistas, evitando actuar como jueces sobre lo correcto o incorrecto del caso desde nuestro punto de vista jurídico. Nos centraremos en proporcionar una descripción objetiva de un hecho noticioso que puede resultar difícil de comprender debido a su complejidad. Reconocemos

que esta controversia tiene múltiples facetas y, por lo tanto, buscamos aclarar los hechos antes de entrar en un análisis más prescriptivo.

II. LOS ARBITRAJES ENTRE RUTAS DE LIMA Y LA MUNICIPALIDAD METROPOLITANA DE LIMA

1. Reseña de los arbitrajes vinculados al caso

El 9 de enero de 2013 se suscribió el contrato de concesión entre la MML y RDL¹. Inicialmente se pactó una duración de treinta años, pero ese plazo fue prorrogado mediante el acta de junio de 2016, en donde también se acordó implementar la nueva Unidad de Peaje Chillón en Puente Piedra, junto con un aumento de tarifas.

Eso provocó una enérgica reacción de los habitantes de Puente Piedra en enero de 2017, durante la gestión del alcalde de la MML, Luis Castañeda Lossio. Aunque este funcionario había aprobado el Acta de junio de 2016, decidió cerrar aquella unidad con la frase “el peaje de Puente Piedra no va más”.

Este acontecimiento dio lugar al primer arbitraje entre la MML y RDL que concluyó el 11 de mayo de 2020 con el laudo arbitral favorable a RDL. Aquí se ordenó a la MML pagar a RDL más de seis millones de soles por afectar la recaudación del peaje, incluyendo los intereses devengados.

Mientras el primer arbitraje aún se tramitaba, RDL inició un segundo arbitraje contra la MML debido a la falta de aumento en los peajes pactado entre las partes. Este proceso concluyó con el Laudo Arbitral del 16 de diciembre de 2022, que también fue favorable a RDL, pues ordenó el pago de veintiocho millones de soles por lo dejado de recaudar y el aumento de la tarifa de los peajes

En los dos procesos arbitrales, la MML solicitó la nulidad del contrato de concesión debido a su supuesto origen ilícito, alegando que fue otorgado como consecuencia de actos de corrupción de funcionarios. De hecho, este argumento fue trasladado a los pedidos judiciales de nulidad de los laudos arbitrales que presentó la MML ante la Corte Distrital de Columbia de los Estados Unidos.

Con relación al primer laudo arbitral, la MML sostuvo que la Corte debería revocar la decisión del tribunal, argumentando que los representantes de RDL habían sobornado a funcionarios de la MML, de modo que serían falsas sus declaraciones que niegan tales actos. En cuanto al segundo laudo, la MML argumentó que el tribunal arbitral incurrió en mala conducta al admitir algunos de los anexos, especialmente aquellos relacionados con una acusación fiscal de 3878 páginas presentada mucho después del cierre de las pruebas.

Aquí conviene hacer una precisión evidente. Los tribunales arbitrales no

1 La concesión es “el acto administrativo por el cual las entidades públicas titulares de proyectos otorgan a un Inversionista la ejecución y explotación de infraestructura pública o la prestación de servicios públicos, por un plazo determinado, cuyos derechos y obligaciones están regulados en el respectivo Contrato” (Decreto Supremo N° 240-2018-EF, artículo 5.8).

determinan la culpabilidad penal de los involucrados ni la existencia de un delito, solo verifican la probabilidad preponderante de que un hecho verificado pueda ser calificado por la norma civil como ilícito y, a la vez, por la norma penal como delito. Eso ocurriría, por ejemplo, en este caso en donde la MML demandó la nulidad de un contrato estatal porque estimó que su adjudicación fue producto de acuerdos ilícitos previos. En este tipo de situaciones hay cierta dificultad probatoria, pues los involucrados no suelen reconocer sus ilícitos ni dejan documentos que prueben ello. De modo que los árbitros tendrán que resolver en virtud de indicios que acrediten un evento específico, a partir del cual podrán deducir razonablemente la existencia o no de los ilícitos alegados².

Recientemente, mediante decisión del 12 de marzo de 2024, la Corte Distrital de Columbia de los Estados Unidos rechazó las dos solicitudes de anulación de los laudos arbitrales por supuestos actos ilícitos y, con ello, confirmó su validez.

Es importante destacar que el 29 de diciembre de 2022, RDL inició un tercer arbitraje contra la MML. En esta ocasión, los reclamos incluyen: (i) la falta de liberación de terrenos para la realización de las obras para la concesión en el Tramo Ramiro Prialé; (ii) la falta de reajuste por inflación a la tarifa de peaje en el periodo 1 de enero de 2019 a 22 de

febrero de 2022; (iii) la existencia de puntos de fuga en las unidades de peaje de Huaylas y Villa; y, (iv) la ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato como consecuencia de las normas introducidas por el Estado peruano en el contexto del virus COVID-19.

En lo que sería una respuesta paralela a dicho arbitraje, el 30 de enero de 2023, Rafael López Aliaga, actual alcalde de la MML, anunció el inicio de un procedimiento administrativo de caducidad del contrato de concesión.

Ante esto, RDL solicitó al tribunal arbitral una medida cautelar que suspenda el referido intento de caducidad, de modo que el contrato mantenga su vigencia. El 13 de junio de 2023, el tribunal arbitral concedió la medida cautelar solicitada, manteniendo así el *statu quo* del contrato de concesión hasta que se resuelva la controversia arbitral.

En medio de estas idas y venidas, surgió un nuevo protagonista: el TC que ordenó suspender del cobro de peaje de Chillón.

2. Recuento de los tipos de arbitrajes que existen

Para comprender los tipos de arbitrajes que han sido objeto de disputa entre RDL y la MML es necesario realizar un breve recuento de los distintos tipos de arbitraje que existen.

2 Debido a esta dificultad probatoria, Partasides (2010) y Mourre (2006) proponen crear reglas de presunción en contra de la parte que sea renuente a ofrecer el instrumental probatorio, mientras que Born (2014) aboga por un mayor estándar de prueba cuando se pretenda destruir la presunción de validez de contratos por motivos de corrupción; y Gaillard (2019) postula el uso de razonamientos indiciario que dependa de las “banderas rojas” o señalizadores de corrupción. Desde luego que nos inclinamos a favor de la primera postura, pues en asuntos contractuales no rige la presunción de inocencia que exige un alto estándar de prueba y a que compete a los árbitros fijar el peso de las pruebas.

El artículo 1 de la Ley de Arbitraje regula el lugar del arbitraje, asunto que genera una variedad de consecuencias que permiten: (i) diferenciar entre los arbitrajes nacionales, internacionales y extranjeros; y, (ii) definir el régimen jurídico aplicable a ellos.

Según la citada ley, están los *arbitrajes nacionales* que tienen *lugar en el Perú* y que usualmente se derivan de: (a) acuerdos con prestaciones ejecutadas en el Perú; (b) entre partes peruanas; y/o, (c) regidos por las normas de fondo y forma también peruanas.

De otro lado, tenemos los *arbitrajes internacionales* que también tienen *lugar en el Perú*, pero se sustentan en situaciones que tienen (a) ciertos elementos extranjeros en su objeto o prestaciones; o, (b) en la nacionalidad de los contratantes; y, (c) que pueden estar regidos por el Derecho peruano o por otro sistema jurídico (artículo 5 de la Ley).

Finalmente, existe otra modalidad de *arbitrajes internacionales* que la ley solo regula de forma tangencial en tanto tienen *lugar fuera del Perú*. Para una mejor distinción los podemos llamar *arbitrajes extranjeros*, pues tienen lugar en otros países, aunque pueden tener algunos efectos en territorio peruano, como la ejecución de medidas cautelares, la actuación de pruebas o la ejecución de laudos. Para ello, la ley prevé distintos mecanismos de auxilio judicial en temas cautelares y probatorios, así como procesos de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros (ver artículo 74, numeral 1, de la Ley).

El “lugar” del arbitraje es una noción jurídica antes que física. Las partes tienen libertad para fijar dicho lugar y no están

obligadas por sus circunstancias a que sea donde tienen sus domicilios o donde realizan el negocio. Incluso, puede ocurrir que las partes decidan celebrar las audiencias arbitrales en otro país, aun cuando el “lugar” acordado para el arbitraje sea el Perú. Es decir, aunque las actuaciones se den en el extranjero, estaremos ante un arbitraje nacional o internacional porque se acordó que el lugar del arbitraje sea en el Perú.

Ahora bien, la *lex causae* es la norma aplicable al fondo del caso que en los *arbitrajes nacionales* será el derecho peruano, pero en el caso de los *arbitrajes internacionales* o *extranjeros* puede ser de otro país si así lo eligen las partes (por ejemplo, muchos comerciantes chinos en sus contratos con extranjeros suelen acordar la aplicación del Derecho inglés). Pero esta libertad de elección de la *lex causae* no es ilimitada, ya que no se puedan pactar normas contrarias al derecho imperativo y orden público del país sede del arbitraje. Se puede pactar normas extranjeras e incluso normas extraestatales, pero siempre que se manejen dentro de lo lícito o dentro del orden público internacional.

De otro lado, la *lex arbitri* o *lex fori* es la legislación estatal de arbitraje que se aplica para determinar la eficacia del proceso arbitral. El lugar pactado por las partes es el que define qué *lex arbitri* se aplica. Desde luego, la validez del proceso arbitral se relaciona solo con la regulación arbitral imperativa y no con aquellas normas arbitrales dispositivas que pueden ser modificadas por la voluntad de las partes; en ese sentido, Park señala que “un árbitro debe inclinarse ante las normas obligatorias del país en el que se sienta”.

Importa resaltar que la *lex arbitri* es distinta a las reglas procesales o al Reglamento Arbitral pactado para el trámite

arbitral. Por ejemplo, en un arbitraje con lugar en Perú (por ende, cuya *lex arbitri* es la ley peruana) se acuerda que el trámite procesal se sujete al Reglamento de Arbitraje de la Cámara Comercio Internacional con sede en París (“CCI”). Si bien se aplicará el Reglamento Arbitral de la CCI, su uso no podrá ir en contra de los límites imperativos fijados por la *lex arbitri*.

En todo caso, debe quedar claro que una vez que las partes han definido el lugar del arbitraje no podrán pactar para que se aplique una *lex arbitri* distinta, sino que se aplicará la del lugar elegido para el arbitraje. Tendrán libertad *ex ante* para elegir o evitar una *lex arbitri*, al decidir el lugar del arbitraje, pero *ex post* desaparecerá esa libertad de elección, salvo que se pongan de acuerdo en cambiar el lugar del arbitraje.

Cuestión distinta son los llamados *arbitrajes de inversión* que usualmente son administrados y tramitados ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias de Inversiones (en adelante, Ciadi). Por ahora solo diremos que, a diferencia de los otros tipos de arbitraje, aquí la controversia no es solo entre las partes que suscribieron el convenio arbitral, sino entre el inversionista extranjero y el Estado que supuestamente perjudicó esa inversión. El laudo arbitral, por ende, vinculará *in totum* al Estado, y no solo al ente estatal que afectó la inversión y/o que suscribió el acuerdo arbitral.

3. El convenio arbitral entre Rutas de Lima y la Municipalidad Metropolitana de Lima

Ahora sí estamos en condiciones de estudiar con mayor detalle los arbitrajes que se han llevado a cabo entre RDL y la MML, los cuales se fundamentan en la cláusula 19.12, literal b, del contrato de concesión.

“El TC no tiene competencia para pronunciarse sobre la validez del contrato de concesión por supuestos orígenes ilícitos. Esta es una cuestión que corresponde a los tribunales arbitrales internacionales, por lo tanto, el TC no podría desconocer la eficacia de esas decisiones jurisdiccionales.”

Según la cláusula arbitral, las controversias que no sean de índole técnico se resolverán mediante arbitraje de derecho, en donde la *lex causae* será el Derecho peruano (cláusulas 1.77 y 19.12, literal b, del contrato de concesión). En caso de que el monto de la controversia supere los diez millones de dólares, no pueda ser cuantificado o exista desacuerdo sobre su cuantía, el arbitraje tendrá lugar en Washington D. C. y será tramitado según el reglamento arbitral del Convenio Ciadi (tratado del cual el Perú es parte). Sin embargo, si el Ciadi declina de asumir el arbitraje, entonces el arbitraje también tendrá lugar en Washington D. C., pero será tramitado por un tribunal *ad hoc* bajo las reglas arbitrales de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, CNUDMI).

Por último, si la controversia no supera los diez millones de dólares, se resolverá mediante un arbitraje nacional, que se llevará a cabo en la ciudad de Lima y

se registrá por el reglamento arbitral de la Cámara de Comercio de Lima (CCL)³.

Lo descrito anteriormente puede ser resumido de la siguiente manera:

Cualidades del caso	Arbitraje internacional (extranjero)	Arbitraje nacional
Monto	+ US\$ 10 mill. o incuantificable	- US\$ 10 mill.
Lugar	Washington D. C.	Lima
<i>Lex causae</i> (fondo)	Ley peruana	Ley peruana
<i>Lex arbitri</i>	Federal Arbitration Act de EE. UU.	Ley de Arbitraje de Perú
Reglamento arbitral	Reglamento Ciadi (si asume)	Reglamento arbitral de la CCL
	Reglamento CNUDMI (si no asume)	

RDL decidió iniciar tres arbitrajes con cuantías superiores a diez millones de dólares y montos incuantificable. En consecuencia, tuvo que iniciar *arbitrajes internacionales* del tipo *arbitrajes extranjeros*, con sede en Washington D. C.

Al respecto, el Ciadi declinó de asumir competencia en aplicación del artículo 25.1 del Convenio Ciadi, el cual establece que su competencia se extiende a los Estados “o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro [Ciadi] por dicho Estado”. Dado que la MML es una subdivisión política no acreditada ante el Ciadi por el Estado peruano, este organismo internacional determinó que carecía de jurisdicción para conocer del caso iniciado por RDL contra la MML.

Este hecho condujo a que los tres arbitrajes iniciados por RDL se tramiten en Washington D. C. bajo reglas arbitrales CNUDMI. Además, se aplica la ley peruana para el fondo (*lex causae*) y la ley estadounidense para los asuntos procesales (*lex arbitri*). Por eso, cuando la MML demandó la anulación de los dos laudos arbitrales extranjeros tuvo que recurrir a la Corte del Distrito de Columbia, tal como lo prevé el artículo 10 de la Federal Arbitration Act de EE. UU. Y, como ya reseñamos, los dos laudos impugnados judicialmente por la MML fueron confirmados en primera instancia por dicha corte.

En resumen, mediante dos laudos arbitrales internacionales/extranjeros se ha declarado la validez del contrato de

3 Ciertamente, en virtud de esta última parte del convenio arbitral, RDL y la MML tramitaron un arbitraje nacional que tuvo lugar la ciudad de Lima. Este caso fue resuelto por laudo arbitral del 27 de diciembre de 2019, que declaró fundada en parte la demanda de RDL y, por ende, se anularon distintas penalidades impuestas por la MML. Como esa controversia no se relaciona con la validez del contrato de concesión y/o con el cobro de peajes, no ha sido relevante para la actual que se suscitó sobre esas materias. Véase: <https://www.munlima.gob.pe/images/MERETRICIO/Laudo-arbitral-Rutas-de-Lima-S.A.C.-vs-MML.pdf>

concesión (en el sentido de que no emana de actos ilícitos), así como la legalidad del cobro del peaje por parte de RDL. Estas decisiones, además, han sido ratificadas en primera instancia por el Poder Judicial de EE. UU.

III. LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL CASO RUTAS DE LIMA

1. ¿Qué resolvió el TC?

La unidad de peaje Chillón está situada en el kilómetro 25 de la carretera Panamericana Norte (distrito de Puente Piedra), es decir, se ubica en la principal vía de tránsito de la costa limeña, lo que la convierte en un punto de acceso esencial para el transporte en Lima.

El señor Ramón Lucianeti Pairazamán León presentó una demanda de hábeas corpus con el objetivo de remover la unidad de peaje ubicada en esa área y detener el cobro por el uso de la vía. Argumentó que el uso de esta unidad de peaje viola el derecho fundamental al libre tránsito de los residentes de Puente Piedra, pues obstaculiza el desplazamiento de los lugareños de un lado a otro de la carretera Panamericana Norte o hacia cualquier distrito al sur de la capital, ya que se ven obligados a utilizar la vía concesionada y pagar peajes como contraprestación por su uso, sin tener rutas alternativas disponibles.

Al respecto, el TC estableció como cuestión controvertida determinar si la forma como se implementó el contrato de concesión afecta la efectividad del derecho fundamental al libre tránsito de don Ramón Lucianeti y de quienes residen en el distrito de Puente Piedra (STC Exp. N° 01072-2023-PHC/TC, f. j. 3). Y añadió que el TC deberá: “*examinar*

si la implementación fáctica del mencionado contrato perturba, más allá de lo que resulta razonable y proporcional, la efectividad del derecho fundamental al libre tránsito de don Ramón y de quienes residen en Puente Piedra” (STC Exp. N° 01072-2023-PHC/TC, f. j. 5) (El énfasis es nuestro).

En primer lugar, el TC consideró que sería lesivo de la libertad de tránsito (STC Exp. N° 01072-2023-PHC/TC, ff. jj. 59-63) la colocación de muros de concreto instalados en las zonas adyacentes a la vía concesionada para bloquear los accesos y las salidas laterales y así evitar: (i) el cruce intempestivo de peatones y vehículos; (ii) garantizar la seguridad de las personas y conductores; y, (iii) dotar de mayor fluidez a la vía concesionada.

El TC señala que para cruzar la carretera Panamericana Norte, los vecinos de Puente Piedra deben ingresar a esa vía, lo que limita severamente su desplazamiento vehicular y los obliga a pagar la tarifa de peaje. Es decir, los residentes deben pagar el peaje de manera forzosa para desplazarse dentro de su mismo distrito y para salir de él, lo que afectaría también la economía familiar al tener que realizar este pago obligatorio para llevar a cabo sus actividades cotidianas.

En segundo lugar, el TC reconoce que existe un dilema que debe ser resuelto considerando los principios de razonabilidad y proporcionalidad. De un lado, señala que el cobro de peaje sería legítimo –no afectaría la libertad de tránsito– si existiera al menos una vía alterna a disposición de quienes no quieren pagar el peaje. De otro lado, indica que esta vía alternativa no puede ofrecer la misma eficiencia que la vía concesionada, ya que, de ser así, nadie elegiría utilizar la vía

con peaje al no obtener ninguna ventaja adicional. Es decir, se debe encontrar un punto medio que haga racional una y otra situación.

En ese sentido, el TC señala que existen al menos dos vías de tránsito vehicular que podrían ser consideradas *formalmente* como alternativas. Sin embargo, *materialmente* no podrían ser calificadas como tales, ya que no resulta razonable ni proporcional tener que recorrer distancias de 13 y 8 kilómetros, respectivamente, para cruzar el distrito sin utilizar la vía concesionada. El TC señala que para transitar entre ambos extremos de la vía concesionada, una de las vías alternativas requiere que los residentes de Puente Piedra salgan de su distrito, atraviesen los distritos de Los Olivos o Carabayllo y Comas, para luego regresar a Puente Piedra. Mientras que la otra vía alterna cuenta solo con un carril para vehículos que se desplazan en dirección norte-sur, lo que hace incapaz de soportar un alto volumen de tránsito vehicular (STC Exp. N° 01072-2023-PHC/TC, ff. jj. 65-80).

Por ello, el TC entiende que *materialmente* no existirían vías alternas distintas al peaje, lo que constituiría una violación al derecho a la libertad de tránsito. En consecuencia, el TC ordenó a RDL suspender el cobro del peaje en la unidad Chillón hasta que se implementen medidas que pongan fin a la restricción del derecho de libre tránsito.

2. La sentencia del TC vs. los laudos arbitrales internacionales

El TC desliza la posibilidad de que el contrato de concesión de RDL tenga orígenes ilícitos (STC Exp. N° 01072-2023-PHC/TC, ff. jj. 36-58). Señala que las empresas e inversionistas podrían recurrir

a actos de corrupción para obtener contratos de concesión con cláusulas leoninas para el interés público. En tal supuesto, agrega, el fuero arbitral no es la instancia competente para determinar la responsabilidad penal en que hubiera incurrido el inversor, asunto que solo podría ser determinado por la justicia penal ordinaria de Perú.

En ese sentido, el TC señala que existirían indicios vinculados con posibles actos de corrupción entre el inversionista inicial del contrato de concesión (empresa Odebrecht) y funcionarios de la MML, asunto que actualmente es materia de un proceso penal.

El TC, de esta manera, cuestiona la demora del Ministerio Público y el Poder Judicial para resolver las causas penales vinculados con los posibles orígenes ilícitos del contrato de concesión. Por ese motivo, la sentencia del TC ordena suspender el cobro de peajes hasta que se instauren vías alternas o “hasta que la justicia penal emita los pronunciamientos judiciales correspondientes, con calidad de firmes” sobre el origen lícito o ilícito del contrato de concesión. Asimismo, el TC exhorta a estos organismos públicos a resolver las causas penales con la debida celeridad.

Lo que llama la atención de este extremo del fallo del TC es que existen dos laudos arbitrales internacionales que apuntan en una dirección contraria a la sugerida por el TC, ya que descartan la nulidad del contrato de concesión debido a supuestos orígenes ilícitos, tal como los postuló la MML en sus pretensiones arbitrales. De hecho, ese argumento también fue postulado en las dos demandas de anulación de laudo de la MML bajo el artículo 10.1 de la *Federal Arbitration Act*. Sin embargo,

una vez más fue desestimado, esta vez por la sentencia de la Corte Distrital de Columbia de los EE. UU.

Específicamente, en el fundamento 62 del memorando del fallo judicial (caso Rutas de Lima vs. Municipalidad Metropolitana de Lima II)⁴, la jueza estadounidense señala que durante el proceso arbitral se verificó que existen indicios insuficientes de corrupción vinculados al contrato de concesión. Incluso remarca que el análisis de los árbitros sobre los alegados actos de corrupción se sustentó en un estándar de preponderancia de la prueba, que es más bajo que un estándar de prueba penal (más allá de toda duda razonable) y a pesar de eso no se acreditó la existencia de actos ilícitos de corrupción vinculados al contrato de concesión⁵.

En este punto, las preguntas que surgen son evidentes: ¿estaba el TC vinculado por lo decidido en los dos laudos arbitrales internacionales que confirmaron la validez de los contratos de concesión? ¿No debería respaldar el TC las conclusiones de los laudos arbitrales que indican la ausencia de actos de corrupción relacionados con el contrato de concesión?

«No es nueva la posibilidad de que una decisión del TC sea considerada como un agravio al Derecho Internacional de las inversiones y, en esa medida, que el Estado peruano enfrente el riesgo de ser condenado a ingentes indemnizaciones en arbitrajes Ciadi debido a esos fallos jurisdiccionales.»

Bajo el Derecho peruano, el TC no está jurídicamente vinculado a lo decidido en los laudos arbitrales internacionales, ya que no fue parte del arbitraje internacional y, por ende, los efectos del laudo no debían alcanzarle (pero esa cuestión *podría* cambiar bajo el Derecho Internacional, cuando se solicita el reconocimiento y ejecución de laudo arbitral en el extranjero⁶). Lo que sí es claro es que el TC no tiene competencia para

4 Recuperado de https://jsumundi.com/en/document/decision/en-rutas-de-lima-s-a-c-v-municipalidad-metropolitana-de-lima-ii-memorandum-opinion-of-the-united-states-district-court-for-the-district-of-columbia-tuesday-12th-march-2024#decision_60976

5 Como nota aparte se debe señalar que algunas de las nuevas pruebas presentadas por la MML para evidenciar los alegados actos de corrupción se tratarían de declaraciones en procedimientos de “colaboración eficaz” de ciudadanos peruanos y brasileños. Sin embargo, la jueza indica que tales declaraciones carecen de garantías suficientes del debido proceso, por lo que rechazó su admisión como pruebas del caso (fundamentos 67-69 del memorando de la sentencia).

6 Los reparos que tenemos sobre este tema pueden explicarse en el siguiente caso: Ecoexpress Javier Prado S. A. era titular de una de las concesiones otorgada por la MML para el sistema de corredores complementarios de transporte público en la avenida Javier Prado. Esa relación contractual dio lugar a tres *arbitrajes nacionales* sobre incumplimiento de contrato, indemnizaciones y resolución del contrato que concluyeron reconociendo derechos por más de doscientos millones de soles a la empresa.

pronunciarse sobre la validez del contrato de concesión por supuestos orígenes ilícitos. Esta es una cuestión que corresponde a los tribunales arbitrales internacionales, por lo tanto, el TC no podría desconocer la eficacia de esas decisiones jurisdiccionales.

Si bien el fallo del TC no niega la existencia ni la validez de los laudos arbitrales internacionales, hace mención a ellos solo para resaltar que allí se mencionan posibles actos de corrupción y para concluir que tales indicios deben ser analizados por la justicia penal, es decir, en lugar de usar los laudos arbitrales para remarcar lo que allí se decidió (no existen indicios de actos ilícitos), el TC cita los laudos para resaltar algo contrario a lo decidido (sí existen ilícitos de actos ilícitos). Juzguen ustedes este criterio del TC.

Usando el razonamiento aplicado en el fallo del TC podríamos afirmar que, *formalmente*, el TC reconoce la existencia y validez de los laudos arbitrales internacionales, pero *materialmente* los desconoce. Esto se debe a que el TC deja sin efecto parte del contrato de concesión de RDL al

ordenar la suspensión del cobro de peajes pactado, a pesar de que los laudos arbitrales internacionales ratificaron la validez de esos extremos del contrato. Sin decirlo expresamente, el TC estima inválido parte del contrato de concesión (porque contrae el derecho fundamental a la libertad de tránsito) y debido a ello decreta su ineficacia temporal.

IV. LO QUE SE PODRÍA VENIR: UN ARBITRAJE DE INVERSIÓN

El principal accionista de RDL es Brookfield Asset Management, un fondo de inversión canadiense que tiene el 57 % de participaciones. Esta empresa ya advirtió que en este caso se podría generar una “violación a las garantías que los tratados celebrados por el Estado peruano otorgan como protección a los inversionistas extranjeros en el Perú” (Brookfield, 2023, párr. 3). Y ante el reciente fallo del TC ha declarado que: “Esta actuación arbitraria constituye una clara violación del Estado peruano a los derechos y garantías ofrecidos a Brookfield como inversionista y está despojando a la Concesión de parte sustancial de los ingresos necesarios para

La empresa cedió sus derechos a su accionista y acreedor, José Sam Yuen, quien solicitó el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales ante la Corte del Distrito de Columbia de EE. UU. Lo curioso es que se solicitó la ejecución de los laudos contra la MML y contra todo el Estado peruano. Mediante sentencia del 5 de enero de 2024, el juez del caso reconoció los laudos arbitrales y ordenó su ejecución contra la MML y contra el Estado peruano, esto bajo el entendido de que el Estado había renunciado a su inmunidad jurisdiccional al haber suscrito la Convención de Nueva York (José Sam Yuen vs. Municipalidad Metropolitana de Lima, ATU y República del Perú, ff. jj. 57-59 del memorando de sentencia).

En suma, un tribunal estadounidense está extendiendo la vinculatoriedad de *laudos nacionales* entre un particular y la MML hacia todo el Estado peruano, de modo que, incluso se podrían embargar las cuentas, bonos, fondos o derechos del Estado peruano en territorio de EE. UU.

Recuperado de <https://jusmundi.com/en/document/pdf/other/en-ecoexpress-javier-prado-s-a-v-instituto-metropolitano-protransporte-de-lima-and-municipalidad-metropolitna-de-lima-petition-for-confirmation-recognition-and-enforcement-of-foreign-arbitral-awards-friday-5th-january-2024>

sostenerla” (Canal N, 9 de marzo de 2024, párr. 3).

Estos son claros indicios de que Brookfield, al menos, está evaluando iniciar un arbitraje de inversiones contra el Estado peruano como consecuencia de la reciente decisión del TC. Por lo tanto, es necesario una breve referencia a este posible nuevo escenario arbitral que se avecina.

1. El derecho de inversiones y los arbitrajes Ciadi

El derecho de inversiones es parte del Derecho Internacional y es reconocido por los Estados a través de Tratados Bilaterales de Inversión (en adelante, TBI), Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (en adelante, APPRI) o Tratados de Libre Comercio (en adelante, TLC). Y, como remarca el profesor Sornarajah, actualmente muchos de esos tratados buscan ampliar el concepto de inversión para así asegurar que la protección del tratado se extienda a una mayor gama de actividades del inversionista extranjero (2010, p. 10).

De manera general se puede definir a la “inversión” como la colocación de activos en un proyecto con el objetivo de obtener beneficios a largo plazo. El derecho de inversiones busca proteger a los inversionistas extranjeros al establecer garantías especiales que les permitan enfrentar los riesgos (como cambios políticos o legales) asociados a sus inversiones en otros países.

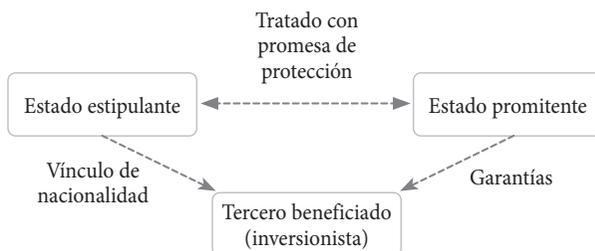
Entre esas garantías se puede mencionar el estándar de *trato nacional*, es decir, la exigencia de tratar al inversionista extranjero que proviene del país X, en forma similar a como el país X trata a los inversionistas extranjeros que recibe en su territorio. También está la garantía de

nación más favorecida, según el cual un Estado debe tratar por igual a los inversionistas nacionales y extranjeros. Se prevé incluso la *prohibición de expropiar* (*de facto* o jurídicamente) la inversión al margen de la ley y sin indemnización como otras de las garantías de las inversiones. Y también la denegación de justicia por parte del Estado receptor de las inversiones, lo que se vincula con la contravención de las garantías internacionales propias del debido proceso, entre otras.

El Perú ha suscrito alrededor de 40 acuerdos internacionales, entre ellos, el TBI Canadá del 29 de mayo de 2008, vigente desde el 1 de agosto de 2009, el cual podría invocar Brookfield para iniciar un arbitraje de inversiones contra el Estado peruano. De hecho, bajo ese TBI ya se tramita un arbitraje Ciadi contra el Estado peruano, precisamente, por un alegado agravio al derecho de inversiones como consecuencia de otro fallo del TC.

En efecto, existe la posibilidad de que los extranjeros demanden directamente a los Estados que recibieron sus inversiones en un arbitraje internacional sin siquiera contar con convenio arbitral para ello. Eso siempre que existan tratados entre el país del inversionista y el país receptor de la inversión (TBI, APPRI o TLC), y siempre que la inversión reúna ciertas características de temporalidad, magnitud, riesgos y cualidades, que las hacen merecedoras de la protección que prevén los tratados.

En esos tratados el Estado anfitrión de las inversiones (*promitente*) asegura que se someterá a la competencia de un tribunal arbitral internacional de inversiones si agravia al inversionista extranjero (*estipulante*). Esto puede ser graficado de la siguiente manera:



Fuente: Linares Cantillo (2020)

La mayoría de los arbitrajes de inversión son administrados por el Ciadi (institución del Banco Mundial), aunque también es posible que las partes designen a otra institución que administre dicho arbitraje. En todos los casos, la *lex causae* no será el contrato incumplido por el Estado o las normas internas del país demandado, sino que se aplicarán las garantías o estándares fijados en los tratados de inversión y la costumbre del derecho de inversiones. Esto no significa que el Derecho nacional será totalmente ajeno a los arbitrajes, sino que será tomado en cuenta para evaluar la manera como fue o debieron ser aplicadas las reglas al inversionista extranjero. Y será en función de esos elementos que el tribunal arbitral evaluará si la actuación del Estado generó o no un agravio contra las inversiones según los estándares del Derecho Internacional aplicables.

Es importante señalar que en los arbitrajes Ciadi, los laudos arbitrales vinculan al Estado peruano *in totum*, no solo al inversionista o a la entidad que participe en el arbitraje, o a la entidad estatal que perjudicó directamente la inversión. El laudo arbitral vinculará a todos los organismos del Estado peruano, pues la entidad estatal que interviene en el arbitraje Ciadi lo hace como representante de todo el Estado.

2. Los fallos del Tribunal Constitucional frente a arbitrajes Ciadi

No es nueva la posibilidad de que una decisión del TC sea considerada como un agravio al Derecho Internacional de las inversiones y, en esa medida, que el Estado peruano enfrente el riesgo de ser condenado a ingentes indemnizaciones en arbitrajes Ciadi debido a esos fallos jurisdiccionales. Aunque en los arbitrajes de inversiones no se podrá revertir o anular los fallos del TC, los inversionistas sí pueden solicitar ser reparados como consecuencia de esas decisiones, montos que, de ser el caso, pagaremos nosotros.

Veamos un par de ejemplos que aún están en trámite. Bank of Nova Scotia Final del formulario, entidad financiera de origen canadiense y accionista de Scotiabank Perú, inició un arbitraje contra el Estado peruano ante el Ciadi bajo el TBI con Canadá. En forma similar, la empresa Telefónica S. A., accionista mayoritario de Telefónica del Perú, inició un arbitraje Ciadi bajo el TBI con España. En ambos casos, la STC Exp. N° 00222-2017-AA/TC y la STC Exp. N° 0328-2016-AA/TC, respectivamente, declararon improcedentes las demandas de amparo de Scotiabank Perú y Telefónica del Perú, decisiones que los demandantes estiman lesivas de las garantías de las inversiones.

Los inversionistas alegan que los fallos constitucionales vulneran las garantías de trato justo y equitativo, suponen una negativa de justicia y la expropiación de parte de las inversiones. Remarcan que el TC negó la posibilidad de que Scotiabank Perú y Telefónica del Perú se liberen del pago de intereses moratorios devenidos por las demoras excesivas cometidas por el propio Estado peruano al momento de resolver las impugnaciones administrativas y judiciales de deudas tributarias. Y eso a pesar de que, para otras empresas nacionales y extranjeras, el TC sí declaró fundadas las demandas de amparo sobre el mismo asunto. Eso significaría que los inversionistas deben desprenderse de varios millones de soles para pagar al Estado peruano los intereses por la demora cometida por el mismo Estado peruano⁷.

De manera similar, Brookfield podría iniciar un arbitraje Ciadi contra el Estado

peruano bajo el TBI con Canadá como consecuencia de la reciente STC Exp. N° 01072-2023-PHC/TC. Para ello podría alegar, por ejemplo, que el fallo del TC supone una denegación de justicia en la medida que materialmente desconoce la eficacia de laudos arbitrales internacionales que reconocen la validez de su contrato de concesión y, a pesar de eso, suspendió la eficacia de parte de ese contrato (el cobro del peaje)⁸.

También podría alegar una expropiación *de facto* de sus inversiones, en la medida que la decisión del TC podría dejar sin retorno económico a la inversión realizada para la mejora de la carretera Panamericana Norte, lo que hace que pierda la propiedad a pesar de que formalmente sigue siendo titular de la concesión.

Desde luego que el Estado peruano tendrá a su alcance la posibilidad de defenderse y negar el agravio de las inversiones, por

7 Telefónica, además del fallo judicial, invoca los fallos del Tribunal Fiscal y las resoluciones emitidas por la Sunat.

8 En esta materia no existen criterios uniformes, sino que existe una multiplicidad de casos, de manera que cada situación amerita una evaluación específica.

A manera de ejemplo, pueden citarse el caso *Petrobart vs. Kyrgyz Republic* (arbitraje de inversiones administrado por la Cámara de Comercio de Estocolmo) en donde el inversionista extranjero había obtenido un fallo favorable contra KGM, una empresa estatal. Al día siguiente, un viceministro de Kyrgyz Republic se acercó al presidente del tribunal, pidiéndole suspender la ejecución del fallo debido a la grave situación financiera de KGM. Algunos días después, el tribunal suspendió la ejecución y antes de que venciera la suspensión KGM fue declarada en quiebra y el inversor no pudo hacer ejecutar su fallo favorable. El tribunal arbitral concluyó que la intervención del Gobierno en los procedimientos judiciales era contraria al Estado de derecho y supuso una negativa de justicia al inversionista extranjero.

Por su parte, en el caso *Flughafen Zürich vs Venezuela* (arbitraje Ciadi) se trataron de establecer criterios generales para discernir si una sentencia local carecía manifiestamente de razonamiento y constituía una negación de justicia, a saber: (i) primero, cuando la sentencia omite toda referencia a la norma en el ordenamiento jurídico en que se ampara el [tribunal local] para tomar la decisión que adoptó; (ii) segundo, cuando la sentencia contiene explicaciones ilógicas o inconsistentes; y, finalmente, (iii) cuando, al pretender ofrecer razones válidas, la sentencia expone claramente el sesgo o prejuicio del tribunal.

ejemplo, podría insistir con su argumento de que el contrato de concesión no tuvo orígenes lícitos y, en esa medida, no calificaría como inversión protegida bajo el derecho internacional invocado. También podría sostener que no hubo una negativa directa de la justicia, sino que sí se otorgó a RDL toda posibilidad de defensa, de modo que solo se pretendería usar al arbitraje como un mecanismo de apelación de las decisiones emitidas por las cortes domésticas del Perú, asunto para el cual no cabe competencia del Ciadi. O también podría alegar que el impacto económico de RDL no es significativo o no elimina del todo el contenido económico del contrato de concesión, de modo que no calificaría como una expropiación *de facto*, sino como una simple regulación de los efectos del contrato.

Este no es el espacio para realizar un análisis detallado sobre la viabilidad de uno u otro argumento según el derecho de inversiones. Como se indicó al principio, solo queremos dar cuenta de los hechos actuales y de los riesgos potenciales a los que nos enfrentamos en el ámbito arbitral como consecuencia de la decisión del TC.

V. CONCLUSIONES

Parece claro que la cuestión de fondo resuelta por el TC –al menos vista desde la óptica del ciudadano– tiene una nota de justicia que ameritaba alguna medida urgente. Ciertamente, el cobro de peajes cada vez que se busca cruzar de un lado a otro de la carretera Panamericana Norte se percibe como algo absurdo y excesivo. Sin embargo, parece también que el TC erró al inyectar su dosis de justicia, ya que la falta de vías alternas razonables y libres de peaje, así como el diseño y las limitaciones de la vía concesionada son responsabilidad del propio Estado.

Esta fábula parece conocida. El Estado (con el vestido de la MML) invita a participar en un proceso de selección para mejorar y administrar una vía pública (bajo las condiciones y diseños establecidos por el mismo Estado), a cambio del cobro de peajes. Luego el Estado (todavía usando el mismo vestido) pretende librarse del mismo contrato que invitó a celebrar. El mecanismo prediseñado por el Estado para solucionar las controversias (arbitraje) indica que los intentos del Estado carecen de fundamento jurídico, ratificando así la validez del contrato. Finalmente, el Estado (ahora con los ropajes de TC), indica que el particular ha cometido un exceso por no tomar medidas que corresponden al Estado realizar (¿?), esto es, por no diseñar e implementar vías alternas.

Comprender este entramado de controversias y diferencias arbitrales, judiciales y constitucionales entre actores nacionales y extranjeros requiere mucha atención y la mayor objetividad. De lo contrario, correremos el riesgo de ver la justicia de uno de los actores y olvidar la justicia de los otros involucrados.

Esperamos que las líneas anteriores hayan servido para comprender la magnitud de la controversia y los riesgos a los que nos enfrentamos cada vez que el TC hace justicia sin tener en cuenta que no es el único que decide en materia de inversiones, y que sus decisiones ya son sometidas al banquillo de los acusados en los arbitrajes de inversión.

REFERENCIAS

- Born, G. (2014). *International Commercial Arbitration* (2ª ed.). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- Brookfield. (2023). *Comunicado de Brookfield - Rutas de Lima*. <https://rutasdelima.pe/comunicado-de-brookfield/>

- Canal N. (9 de marzo de 2024). *Empresa responsable de Rutas de Lima rechazó la sentencia del Tribunal Constitucional*. <https://canaln.pe/actualidad/empresa-responsable-rutas-lima-rechazo-sentencia-tribunal-constitucional-n471602>
- Gaillard, E. (2019). The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration. *Arbitration International*, 3, pp. 1-19.
- Linares, A. (2020). *El derecho aplicable en el arbitraje de inversión*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Mourre, A. (2006). Arbitration and Criminal Law: Reflections on the Duties of the Arbitrator. *Arbitration International*, 22(1), pp. 95-118.
- Park, W. (2012). *Arbitration of international business disputes* (2 ed.). New York: Oxford University Press.
- Partasides, C. (2010). Proving Corruption in International Arbitration: A Balanced Standard for the Real World. *ICSID Review*, 25(1), pp. 47-62.
- Paulsson, J. (2005). *Denial of justice in international law*. New York: Cambridge University Press.
- Sornarajah, M. (2010). *The international law on foreign Investment* (3 ed.). New York: Cambridge University Press.
- Velásquez, R. (2021). Comentarios al artículo 1 de la Ley peruana de arbitraje. *Revista Argentina de Arbitraje*, (7), pp. 1-16.