



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 9667-2006-PA/TC
LIMA
ASOCIACION PERUANA DE
AGENTES AFILIADOS A IATA
(APAAI)

RAZÓN DE RELATORÍA

Lima, 17 de agosto de 2007

La resolución recaída en el Expediente N.º 9667-2006-PA/TC es aquella conformada por los votos de los magistrados Landa Arroyo, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen y García Toma, que declara **IMPROCEDENTE** la demanda. El voto del magistrado García Toma aparece firmado en hoja membretada aparte, y no junto con las firmas de los demás magistrados debido al cese en funciones de este magistrado.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 26 días del mes de junio de 2007, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la presencia de los magistrados Landa Arroyo, Gonzáles Ojeda, Alva Orlandini, García Toma, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Mesía Ramírez, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto adjuntos de los magistrados Landa Arroyo y Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen y García Toma y los votos singulares de los magistrados Gonzales Ojeda, Vergara Gotelli y Mesía Ramírez

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Asociación Peruana de Agentes Afiliados a IATA contra la sentencia emitida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 154, su fecha 16 de agosto de 2006, que declara improcedente la demanda de amparo interpuesta.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 25 de mayo de 2004, la Asociación Peruana de Agentes Afiliados a IATA (APAAI), representada por su presidente, el señor Guru Ram Sharma, interpone demanda de amparo contra la Línea Aérea Continental Airlines, solicitando se deje sin efecto la decisión de la demandada consistente reducir el pago de la Comisión por concepto de venta de pasajes individuales al 1% y se reponga y se cumpla dicho pago del 10% a favor de las Agencias de Viaje y Turismo, y que fue establecido por la Resolución Directoral N.º 021-80-TC/AE, del 18 de abril de 1980.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sostiene la recurrente que mediante Resolución Directoral N.º 25-79-TC/AE, del 23 de mayo de 1979, se estableció el pago del 9% como comisión que las líneas de transporte aéreo internacional que operan en el país deberán abonar a las agencias de viajes y turismo por la venta de pasajes individuales, sea en conexión con servicios terrestres o sin ellos. Posteriormente y de acuerdo con el artículo 1º de la antes referida Resolución Directoral N.º. 021-80-TC/AE se estableció que las líneas de servicio de transporte aéreo internacional que operan en el Perú, abonarán a las agencias de viaje y turismo una comisión del 10% por concepto de venta de pasajes individuales en conexión con servicios terrestres o sin ellos, criterios que se han mantenido vigentes hasta la fecha. Ello no obstante, llegado el año 2000, algunas líneas aéreas (entre las que se encuentra la demandada) redujeron de manera unilateral la comisión respectiva al 6%, infringiendo de ese modo la antes citada Resolución Directoral, lo que terminó por causar la desaparición o quiebra de aproximadamente el 20% de las agencias de viaje y turismo existentes. Más recientemente, incluso la misma demandada ha decidido reducir nuevamente la comisión, aunque esta vez hasta el 1%, lo que además de amenazar y vulnerar sus derechos ha traído consigo la desaparición y quiebra de más del 70% de agencias que quedan (más o menos 2,800), perjudicando a miles de familias que dependen de dicho sector. Como consecuencia de lo señalado, las líneas aéreas han retenido en forma indebida y desde el año 2000 aproximadamente un promedio de US\$ 30'000,000.00, lo que a su vez ha conllevado a que el Estado haya dejado de percibir un aproximado de US\$ 9'000,000.00 por impuestos dejados de cobrar y que incluso se aplican no a las líneas aéreas sino a las agencias de viaje. Agrega la demandante que a pesar que las líneas aéreas necesitan de las agencias de viaje y utilizan su infraestructura (ya que fuera de los aviones realizan una inversión mínima en personal, mobiliario, oficinas, etc.) actúan en su contra, no apreciándose por otra parte que exista algún beneficio para el usuario con la medida adoptada. Finalmente alega que no se ha tomado en cuenta que las líneas aéreas utilizan un recurso natural del territorio peruano (aire y suelo) y que el transporte aéreo tiene el carácter de servicio público.

Contestación

Continental Airlines, representada por su mandatario nacional Carlos Deustua Landázuri contesta la demanda negándola y contradiciéndola, fundamentalmente por considerar que lo que se pretende por parte de la demandante es el incremento de una comisión mercantil por la prestación de un servicio consistente en la intermediación en la venta de pasajes aéreos. A este respecto, afirma la demandada, que la citada comisión fue reducida por la empresa de acuerdo con las facultades contractuales (mas no laborales) que se tenía con los agentes, no siendo el órgano jurisdiccional el idóneo para establecer el precio o tarifa que se debe pagar. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la última norma que reguló el pago de las citadas comisiones data del año 1980 y que la misma en la práctica fue derogada por las normas de liberalización de la economía peruana. En efecto, encontrándose vigente la Constitución de 1979, la Dirección General de Transporte Aéreo expidió la Resolución Directoral N.º. 021-80-TC/AE, la misma que estableció la obligación de abonar a favor de las agencias de viajes una



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

comisión del 10% calculada sobre el valor del boleto vendido. Posteriormente y con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N°. 757 (Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada) se estableció que sólo las tarifas de los servicios públicos podían ser fijadas administrativamente. Por último y con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1993, se consagró un modelo de economía social de mercado, diametralmente opuesto al sistema regulatorio consagrado en la Constitución de 1979 y es en dicho contexto que se promulga la Ley de Aeronáutica Civil N°. 27261 que consagra la libertad tarifaria y la de contratación. Agrega el demandado que si bien la fuerza de la costumbre hizo que hasta el año 2000 la Comisión fijada por el Estado continuara siendo pagada en buena parte con las operaciones de venta de boletos en la que las agencias de viaje participaban como agentes intermediadores entre las aerolíneas y sus pasajeros, debe indicarse que desde el año 1991, y con mayor énfasis desde 1993, las aerolíneas negociaron en forma independiente el porcentaje a pagar por concepto de comisión de venta a las agencias de viajes. Es desde entonces que se mantuvo el 10% pero coexistió con porcentajes inferiores y superiores que cada aerolínea negoció con las agencias de viajes. En dicho contexto fueron reduciendo sus porcentajes diversas aerolíneas. Cabe añadir que la Asociación Peruana de Viaje y Turismo (APAVIT) reclamó a las aerolíneas internacionales por presunta comisión de prácticas restrictivas de la libre competencia, en la modalidad de concertación de precios, señalando que estas se habían puesto de acuerdo para rebajar las comisiones, asimismo acusó el incumplimiento de un supuesto contrato de agenciamiento tácito y por ello solicitó la intervención del INDECOPI para que garantizara su incumplimiento, denuncia que sin embargo concluyó en forma desestimatoria mediante Resolución N.º 043-2004-INDECOPI/CLC, del 19 de julio del 2004.

Resolución de Primera Instancia

El Vigésimo Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 22 de febrero del 2005, declara infundada la demanda, fundamentalmente por considerar que en el marco de la actual Constitución, al promulgarse los Decretos Legislativos 668 y 757, la venta de pasajes aéreos dejó de ser un mercado regulado para convertirse en uno de libre competencia, por lo que las agencias de viaje se encontraban en plena libertad para cobrar las comisiones que desearan mientras las líneas aéreas se hallaban en igual libertad para pagar las comisiones que considerasen convenientes. En dicho contexto, la Resolución Directoral que se invoca perdió eficacia dentro del marco económico establecido por la actual Constitución y normas regulatorias del mercado y libre competencia.

Resolución de Segunda Instancia

La recurrida reforma la apelada y declara improcedente la demanda argumentando que desde el 26 de diciembre de 2003, fecha en que la demanda cursó a la Asociación demandante una carta en la que informaba de la reducción de la comisión para las agencias de viaje, hasta la fecha de interposición de la demanda, esto es, el 25 de mayo de 2004, ha transcurrido en exceso el plazo previsto en el artículo 37º de la Ley



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

N.º 23506 (o el actualmente previsto en el artículo 44º del Código Procesal Constitucional) para interponer demanda de amparo, no percibiéndose de las pruebas anexadas circunstancia objetiva alguna que haya determinado imposibilidad de interponer demanda por parte de la recurrente.

Por los fundamentos expuestos por los señores magistrados Landa Arroyo y Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen y García Toma, el Tribunal Constitucional en uso de la atribuciones conferidas por la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS

**LANDA ARROYO
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GARCÍA TOMA**

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
SECRETARIO RELATOR (1)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 9667-2006-PA/TC
LIMA
ASOCIACIÓN DE AGENTES
AFILIADOS A IATA

FUNDAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS LANDA ARROYO Y ALVA ORLANDINI

Con pleno respeto por la opinión de nuestros colegas, emitimos el siguiente voto en expresión de discrepancia del fallo a que se ha llegado en esta sentencia, el mismo que sustentamos en las consideraciones que se exponen a continuación

La recurrente interpone demanda de amparo contra Continental Airlines Inc. por la presunta vulneración de sus derechos a la dignidad, a la integridad, al trabajo, a la propiedad y a la libertad de empresa, comercio e industria, a fin de que se deje sin efecto la decisión de la demandada de reducir el pago de la comisión por concepto de venta de pasajes individuales al 1%, y se reponga el pago de 10% a favor de las agencias de viajes y turismo. Manifiesta que el porcentaje solicitado ha sido establecido normativamente en la Resolución Directoral N.º 021-80-TC/AE, de fecha 18 de abril de 1980.

La recurrente señala que si bien inicialmente tanto la demandada como las demás líneas aéreas cumplieron con pagar a las agencias de viajes y turismo una comisión de 10% por concepto de venta de pasajes individuales en conexión con servicios terrestres o sin ellos, llegado el año 2000 algunas de ellas –entre las que se encuentra la demandada– redujeron a 6% la referida comisión. La demandante alega que este hecho motivó la desaparición o quiebra de aproximadamente el 20% de las agencias de viajes y turismo existentes; con lo cual la reciente reducción constituye una amenaza y vulneración no sólo a los derechos fundamentales de las referidas agencias, sino también a los derechos de las familias que dependen de dicha actividad.

De lo actuado en autos, se advierte que si bien en el presente caso, la demandante alega la vulneración de sus derechos fundamentales a la dignidad, a la integridad, al trabajo, a la propiedad y a la libertad de empresa, comercio e industria, ninguna de las objeciones planteadas incide en el contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados, toda vez que lo que se cuestiona es la reducción de una comisión de naturaleza mercantil, cuya validez deberá ser evaluada de conformidad con las normas pertinentes previstas en el Código de Comercio, así como con arreglo al uso y la práctica mercantil de la plaza respectiva (artículo 271º del Código de Comercio). En consecuencia, es de aplicación el artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional, que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

señala que los procesos constitucionales no proceden cuando “[l]os hechos y el peticitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado”.

Con esta afirmación no se niega la posibilidad de cuestionar la validez de la comisión mercantil establecida por la empresa demandada, en caso la demandante considere que ésta ha sido indebidamente reducida; sino sólo se puntualiza que, a efectos de dicha revisión, existe una vía en sede judicial que sí resulta adecuada para la evaluación de los derechos que pudieran haber sido afectados y –a diferencia del proceso de amparo– cuenta con una estación probatoria que permite acreditar fehacientemente las violaciones invocadas (artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional). Por este motivo, no corresponde emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la materia.

No obstante, estimamos pertinente formular algunas consideraciones finales dadas las singulares características que presenta la relación comercial que vincula a las partes de este proceso, más aún si el artículo 273° del Código de Comercio señala –aludiendo al contrato de comisión mercantil– que: “[e]l comitente podrá revocar la comisión conferida al comisionista, en cualquier estado del negocio, poniéndolo en su noticia; pero quedando siempre obligado a las resultas de las gestiones practicadas antes de haberle hecho saber la revocación.”

En nuestro ordenamiento jurídico, las controversias que surjan en torno a las libertades económicas, deben encontrar solución con base en una interpretación constitucional sustentada en los alcances del Estado Social y Democrático de Derecho (artículo 43° de la Constitución) y la Economía Social de Mercado (artículo 58° de la Constitución) (*Cfr.* STC Exp. 1963-2006-PA, FJ 3). En efecto, una controversia como la que se plantea en autos no debe encontrar solución al margen de las previsiones constitucionales vigentes que garantizan, entre otros aspectos, la prohibición del abuso de derecho (artículo 103° de la Constitución), la libre competencia (artículo 61° de la Constitución) y el rol del Estado en materia económica, en tanto promotor de las pequeñas empresas en todas sus modalidades (artículo 59° de la Constitución).

Se trata, en definitiva, de elementos que cobran especial relevancia si se tiene en consideración que en el presente caso: a) existe una innegable asimetría entre las líneas aéreas y las agencias de viajes, habida cuenta que el servicio público de transporte aéreo no puede ser prestado por un número ilimitado de aerolíneas, y b) si bien es cierto que el servicio que brindan las agencias de viajes no es, en esencia, un servicio público, también lo es que se trata de un servicio vinculado a éste. En efecto, toda vez que la actividad que realizan las agencias de viajes y turismo facilita un acceso informado al servicio público de transporte aéreo, incide favorablemente en los usuarios del mismo; tarea que sin duda interesa al Estado peruano, puesto que éste “(...) defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado (...)” (artículo 62° de la Constitución).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En ese sentido, el juzgador ordinario, al momento de resolver la presente controversia jurídica, debe considerar lo señalado por el Tribunal Constitucional.

Por las razones expuestas, se ha debido declarar **IMPROCEDENTE** la demanda

SS.

LANDA ARROYO
ALVA ORLANDINI

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
SECRETARIO RELATOR (r)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 9667 -2006-PA/TC
LIMA
ASOCIACIÓN DE AGENTES
AFILIADOS A IATA.

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO JUAN BAUTISTA
BARDELLI LARTIRIGOYEN**

No encontrándome de acuerdo con las opiniones vertidas por mis honorables colegas, que proponen declarar fundada la demanda formulo el siguiente voto teniendo en cuenta los siguientes fundamentos:

1. La recurrente interpone la presente demanda de amparo, con el objeto que la emplazada Línea Aérea Continental Airlines, reponga el porcentaje del 10% correspondiente al pago de la comisión por concepto de venta de pasajes aéreos individuales a favor de las Agencias de Viaje y Turismo, establecido por la Resolución Directoral N° 021-80-TC/AE, de fecha 18 de abril de 1980, , ya que su disminución en forma unilateral al 1%, vulnera sus derechos constitucionales allí especificados.

Respecto de la legitimidad para obrar de la demandante:

1. Que si bien es cierto el proceso constitucional debe estar regido por el principio *pro actione*, en el caso de autos se trata de una persona jurídica la que alega ser afectada en sus derechos constitucionales .
2. Conforme a lo señalado en el fundamento 10-) de la STC N° 00518-2004-AA/TC, las personas jurídicas son representadas procesalmente por sus gerentes o administradores, quienes gozan de facultades generales y especiales de representación procesal.
3. En ese sentido, existe la denominada *legitimación ad processum* o también conocida como legitimación procesal la cual se define como la “(...) aptitud o idoneidad para actuar en un proceso en el ejercicio de un derecho propio o en representación de otro (...)” (COUTURE Eduardo, “Fundamentos de Derecho Procesal Civil”, Editorial Depalma, Argentina 1974, pags 379-380).
4. Como se señala en la demanda de fojas 16, la misma es interpuesta por la Asociación Peruana de Agentes Afiliados a IATA debidamente representada por Guru Ram Sharma, Presidente de la Junta Directiva, conforme aparece de fojas 12.
5. Sin embargo, no se señala que el mismo tenga facultad especial para demandar, basada en el principio de literalidad, conforme a la exigencia contenida en el artículo 75° del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria.; la misma que al ser norma procesal de orden público es de obligatorio cumplimiento.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

6. De otro lado, se señala en la demanda que la recurrente integra la Asociación de Viajes y Turismo (APAVIT), situación que no esta acreditada en autos, produciendo confusión en torno a la parte legitimada para accionar, ya que se desprende que serían dos las personas jurídicas demandantes, lo que no se ha tenido en consideración durante la tramitación de este proceso.
7. Asimismo en el fundamento 3.6-) del escrito de demanda se señala que se van a ver perjudicados los clientes, es decir en definitiva los consumidores, siendo el caso entonces precisar que la demanda, se debió interponer en defensa de intereses difusos, conforme a lo señalado por el artículo 40° del Código Procesal Constitucional.
8. Se advierte de autos que se tiene por apersonado al Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, mediante resolución de fojas 32, sin precisar en calidad de que se le incorpora, ni mucho menos notificado un sin número de resoluciones recaídas en estos autos. Si fuera entendida su intervención como litisconsorte facultativo, debió darse cumplimiento a lo señalado en el artículo 54° del Código acotado.
9. En ese sentido, de acuerdo a lo señalado en el artículo 427° inciso 1) del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria, la demanda es improcedente cuando el demandante carezca de legitimidad para obrar

Respecto de la naturaleza jurídica de la Comisión del 10% establecida en la Resolución Directoral N° 0021-80-TC/AE:

10. Las agencias de viaje brindan un servicio de intermediación entre los usuarios y las líneas aéreas en cuanto a la venta de pasajes. Dicha intermediación tiene naturaleza mercantil, encontrándonos frente al denominado contrato de comisión mercantil, consagrado en nuestro Código de Comercio, artículo 237° que señala: *“se reputará comisión mercantil el mandato, cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio, sea comerciante o agente mediador de comercio el comitente o el comisionista”*.
11. Como tal entonces, las comisiones que perciben las agencias de viaje están regulados por las normas contractuales y la libre y espontánea voluntad de las partes, tratándose en consecuencia de un servicio privado el que brindan a los usuarios.
12. De otro lado, no es la única forma de venta de pasajes, ya que como es de conocimiento público, las propias líneas aéreas lo hacen a través del internet. Siendo el caso señalar que las agencias de viaje no prestan un servicio público, como lo hacen las líneas aéreas, y en ese sentido el Estado no puede fijar tarifas.



13. Así mismo dado el carácter mercantil y privado de este contrato, el artículo 273° del Código acotado, señala que el comitente puede revocar la comisión conferida al comisionista, en cualquier estado del negocio, notificándolo con la debida anticipación, quedando sólo obligado al pago de las gestiones efectuadas antes de la revocación.
14. Tan es cierto que de lo que se trata aquí es de un contrato mercantil, que la propia accionante, conforme se aprecia de fojas 216 a 220 iba a iniciar un proceso de obligación de dar suma de dinero, por lo que previamente inició un proceso conciliatorio ante la “Asociación Centro de Conciliación Nuestro Derecho”, siendo el petitorio que compañías de aviación: *“paguen a las agencias de viajes y turismo el porcentaje del 4% por concepto de venta de pasajes individuales establecido por Resolución Directoral N° 021-80-TC/AE, del 18 de abril de 1980, desde el año 2000 hasta la fecha, porque incumpliendo con la norma legal mencionada han dejado de pagar a las agencias el porcentaje referido”*. }
15. Que en todo caso, la posibilidad de cuestionar la naturaleza jurídica del contrato y su validez, requiere de estación probatoria, la que no existe en un proceso de amparo, de acuerdo a lo señalado en el artículo 9° del Código Procesal Constitucional

Respecto de la vigencia de la Resolución Directoral N° 0021-80-TC/AE-CA

16. No está demás señalar, que considero oportuno referirme a la vigencia de la resolución cuestionada. La Carta Política de 1993 establece en su artículo 58° que: *“La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”*
17. Al respecto es importante señalar la jurisprudencia que sobre esta materia ha señalado el Tribunal Constitucional. En la STC N° 0018-2003-AI/TC, fundamento 2-) se establecen cuales son las funciones del Estado dentro de la economía social de mercado: *“(…) En este ámbito de concurrencia e intercambio autodeterminativo, en donde aparecen de un lado los ofertantes de bienes y servicios y, de otro, los consumidores o usuarios, el Estado cumple plurales funciones, a saber: a) El estado reconoce y efectiviza un conjunto de garantías destinadas a asegurar el goce de las libertades económicas, los derechos laborales y el derecho a la propiedad de los agentes económicos, b) El estado defiende el interés de los consumidores y usuarios como consecuencia de las relaciones asimétricas con el poder fáctico de las empresas proveedoras, c) El estado interviene subsidiariamente en el ámbito de la producción, circulación o distribución de bienes o en la prestación directa de los servicios, sólo cuando se encuentre fehacientemente acreditado que por inacción o*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

defección de la iniciativa privada, dicha provisión o suministro no atiende las demandas de la población (...)

De otro lado, en la STC N° 00034-2004-AI/TC fundamento 37), con relación a la definición de servicio público el Tribunal Constitucional sostiene que : “(...) *el contenido del concepto servicio público, así como el hecho que determinadas actividades económicas califiquen dentro del mismo, resulta una tarea que se resuelve en cada ordenamiento jurídico de manera particular*” Sin embargo en dicha sentencia se precisa en el fundamento 40) que son elementos de los servicios públicos los siguientes: “(...) *a) Su naturaleza esencial para la comunidad, b) la necesaria continuidad de su prestación en el tiempo, c) su naturaleza regular, es decir, que debe mantener un estándar mínimo de calidad, d) La necesidad de que su acceso se de en condiciones de igualdad*”.

En cuanto a que el Estado fije precios y tarifas, el Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia antes referida, fundamento 14) : “*La prohibición que el estado determine los precios y tarifas no supone que el Estado, entendido como uno Social y Democrático de Derecho, deje de ejercer su poder de policía administrativa o delegue toda su responsabilidad a la esfera del mercado, puesto que, en aquellos casos donde el ideal de igualdad material no se logre mediante la sujeción a las reglas del mercado (...), es necesario e indispensable que el Estado intervenga de manera excepcional*”.

En el supuesto negado que la comisión mercantil fuera considerada tarifa, su creación debería ser por Ley del Congreso, conforme a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 4° del Decreto Legislativo N° 757

18. Asimismo el artículo 61° de la Constitución en su primer párrafo señala: “*El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios*”.

19. El modelo de Constitución entonces es de economía social de mercado, de libertad de oferta y demanda, libre competencia, de abstención estatal en muchos aspectos, y es dentro de ese contexto que se debe situar la cuestionada norma, vale decir la Resolución Directoral N° 021-80-TC/AE de fecha 18 de abril de 1980.

20. No está demás recordar que, se expidieron los Decretos Legislativos N° 670, cuyo artículo 5° señala: “*La fijación de tarifas y fletes por los servicios de transporte aéreo de pasajeros, carga y correo, es libre y será fijada por los operadores aéreos que cuenten con Permiso de Operación, de acuerdo a las reglas del mercado*” y el artículo 4° del Decreto Legislativo N° 757 precisa que: “*La libre competencia implica que los precios en la economía resultan de la oferta y la demanda de acuerdo a lo dispuesto por la Constitución y las Leyes*” y que “*los únicos precios*



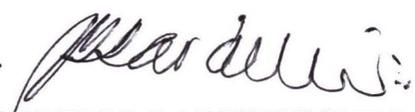
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

que pueden fijarse administrativamente son las tarifas de los servicios ~~públicos~~, conforme a lo que se disponga expresamente por la Ley del Congreso de la República”. Además en el literal f) de su Primera Disposición Final expresamente se señala que se **deroga** “toda norma legal que se oponga a lo dispuesto en el presente Decreto Legislativo”

21. En consecuencia, el Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco de la Inversión Privada fue publicado en el diario oficial El Peruano el 13 de noviembre de 1991 y entró en vigencia a los 30 días de su publicación, de conformidad con lo establecido en su Tercera Disposición Final, por lo que quedó derogada la Resolución Directoral N° 21-80-TC/AE en virtud del literal f) de su Primera Disposición Final, el 13 de diciembre de 1991.
22. En el supuesto negado que no exista esta tácita derogación, la norma infra legal cuestionada no sólo contraviene los Decretos Legislativos antes mencionados sino además la propia Constitución que establece una economía social de mercado y libre competencia, afectándose el principio de supremacía constitucional consagrado en el artículo 51° de la Constitución del Perú.

Por estas razones mi voto es porque se declare **IMPROCEDENTE** la demanda

ss.


BARDELLI LARTIRIGOYEN

Lo que certifico:


Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
SECRETARIO RELATOR (r)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

001

EXP. N.º 9667-2006-PA/TC
LIMA
ASOCIACIÓN PERUANA DE AGENTES VIAJES
AFILIADOS A IATA

VOTO DEL MAGISTRADO VICTOR GARCÍA TOMA

Lima, 25 de mayo de 2007

Discrepando, con el debido y recíproco respeto, de la opinión compartida de mis colegas que suscriben la ponencia en la que optan por declarar fundada la demanda emito este voto, ya que estimo que la demanda es improcedente por los mismos fundamentos en que sostengo mi voto emitido en la causa N.º 6539-2006-PA/TC que a continuación reproduzco:

1. Que la recurrente, que agrupa a varias agencias de viaje, interpone demanda de amparo interpone demanda de amparo contra Continental Airlines Inc. por la presunta vulneración de sus derechos a la dignidad, a la integridad, al trabajo, a la propiedad y a la libertad de empresa, comercio e industria, a fin de que se deje sin efecto la decisión de la demandada de reducir el pago de la comisión por concepto de venta de pasajes individuales al 1%, y se reponga el pago de 10% a favor de las agencias de viajes y turismo. Manifiesta que el porcentaje solicitado ha sido establecido normativamente en la Resolución Directoral N.º 021-80-TC/AE, de fecha 18 de abril de 1980.
2. Asimismo, la recurrente señala que si bien inicialmente tanto la demandada como las demás líneas aéreas cumplieron con pagar a las agencias de viajes y turismo una comisión de 10% por concepto de venta de pasajes individuales en conexión con servicios terrestres o sin ellos, llegado el año 2000 algunas de ellas –entre las que se encuentra la demandada– redujeron a 6% la referida comisión. La demandante sostiene que este hecho motivó la desaparición o quiebra de aproximadamente el 20% de las agencias de viajes y turismo existentes; con lo cual, la reciente reducción constituye una amenaza y vulneración no sólo a los derechos fundamentales de las referidas agencias, sino también a los derechos de las familias que dependen de dicha actividad.
3. Opino que ni la pretensión ni los hechos relacionados con los derechos, algunos de naturaleza personalísima, cuya vulneración es denunciada por la demandada inciden en el contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados; toda vez que lo que se cuestiona es la reducción de una comisión de naturaleza mercantil, cuya validez



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

deberá ser evaluada en el terreno de la legalidad infraconstitucional de conformidad con las normas pertinentes previstas en el Código de Comercio, así como con arreglo al uso y la práctica mercantil de la plaza respectiva (artículo 271° del Código de Comercio). En consecuencia, son de aplicación los artículos 5.1 y 38 del Código Procesal Constitucional, que señalan respectivamente que los procesos constitucionales no proceden cuando “[l]os hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado” y “en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo”.

4. Considero además que los fundamentos del voto de mis colegas no hacen alusión alguna a los derechos constitucionales —con excepción de una genérica mención a la libertad de contratación a la que me referiré mas adelante— cuya lesión alega la recurrente y, en todo caso analiza la naturaleza de cumplimiento obligatorio con que cuenta la Resolución Directoral N.º 021-80-TC/AE (FFJJ 46); en este sentido aun analizando la demanda adecuándola a una de cumplimiento esta sería improcedente toda vez que el diseño constitucional *ratione materiae* establecido por la Carta Magna establece que el proceso de cumplimiento procede contra la renuencia de un funcionario o de una autoridad pública no siendo el caso aplicable a los particulares, por lo demás no se trata de la exigibilidad de cumplimiento de una norma legal que cumple con los requisitos a que se refiere precedente dictado por este Colegiado en el expediente 168-2005-AC/TC (FFJJ 14)
5. Con relación a la alegada vulneración del derecho a la libertad de contratación concuerdo con la postura de mis colegas respecto de que respecto de que la libertad de contratación tiene como marco la autonomía de la voluntad, y este elemento constitutivo no es absoluto y tiene como de sus límite a la proscripción del abuso del derecho. Sin embargo la proscripción del abuso del derecho debe apreciarse en los procesos constitucionales, en cada caso, con relación a los derechos constitucionales y tiene especial vinculación con los principios en materia de protección a los consumidores o usuarios e inclusive con los derechos de los trabajadores frente al desequilibrio en su relación contractual con el empleador. Pero, cuando abordamos a través de la casuística el ámbito de las relaciones contractuales he considerado, junto con mis colegas, en la STC 410-2002-AA/TC que no se puede entender que

“cualquier problema que se plantee en el orden civil o, mejor aún, que sea regulado por el llamado derecho privado, pueda ser objeto, sin más, de dilucidación en el seno del amparo constitucional. Evidentemente, ni este proceso ni ningún otro de los que forman parte de la jurisdicción constitucional de la libertad, tienen por finalidad proteger cualquier clase de derechos o intereses subjetivos, sino, solamente, aquellos que se han reconocido en la Norma Suprema del Estado. Por



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

101

ello, y como en diversas oportunidades se ha advertido, para que eventuales abusos en las relaciones entre privados sean planteados en el ámbito de los procesos constitucionales, no basta que se produzca un mero abuso del derecho o que se haya vulnerado un interés o derecho subjetivo de orden estrictamente legal, sino que es preciso que ello repercuta directamente en un derecho cuyo contenido sea constitucionalmente protegido.

Hablar del contenido constitucionalmente protegido de un derecho no significa, desde luego, que todos sus ámbitos puedan ser objeto de tutela judicial constitucional. En el ámbito de los derechos constitucionales de contenido patrimonial es preciso, pues, desmenuzar aquello que está íntimamente ligado al libre desenvolvimiento de la personalidad y aquello de contenido eminentemente económico y, como es obvio, se trata de una tarea que debe analizarse caso por caso”

6. En el presente caso, como ya lo he considerado *supra* es de aplicación el Código de Comercio e incluso se podría lanzar la hipótesis, como lo hace INDECOPI en los fundamentos 34 y 35 de la Resolución 043-2004-INDECOPI/CLC del 19 de julio de 2004, que la reducción de la comisión de parte de una línea aérea podría generar una respuesta en las agencias de viajes que afecte la colocación sus pasajes hacia los usuarios finales privilegiando aquellos de las líneas aéreas que brindan mayores comisiones; no obstante no excluyo la posibilidad de que en un proceso como el amparo se pueda emitir un pronunciamiento sobre el fondo —en la relación entre el abuso del derecho y la libertad contractual en el ámbito de las relaciones privadas contractuales de contenido patrimonial como la presente— si de las condiciones del mercado vinculadas con el servicio público de transporte aéreo y las operaciones que realizan las agencias de viaje (*verbigracia* todos los servicios que prestan) se aprecie una sujeción sumamente estrecha con la comisión mercantil que la empresa demandada ofrece, de manera que se advierta, de modo evidente, la existencia de una relación de absoluta isonomía e innegable subordinación económica de la demandante respecto de la demandada, circunstancia que en mi opinión no se desprende de autos de manera fehaciente y debidamente documentada.
7. Por otro lado, aun cuando en el voto de mis colegas se argumenta que el presente caso trae una controversia que gira en torno a los derechos de los usuarios o consumidores en la medida en que se advierte que la regulación de las comisiones se encuentran ligadas a la condición de servicio público del transporte aéreo, no encuentro cumplido el requisito de procedibilidad de la acción que supone la necesidad de que el demandante tenga la legitimada procesal activa para denunciar, en la vía constitucional, la vulneración de tales derechos en la medida en que el consumidor final y el usuario del servicio de transporte aéreo no es la asociación demandante, que agrupa a las agencias de viajes que por la vía de la intermediación vende los pasajes de las líneas aéreas, lo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

que es más, la demandada debió sustentar su intervención en defensa de derechos difusos para provocar un pronunciamiento de mérito en el ámbito de dichos derechos, lo que, en mi opinión, constituye un requisito fundamental para la evaluación de la procedencia de la demanda. En este sentido no encuentro asidero procesal para pronunciarse respecto de la relación entre el servicio público de transporte aéreo y la demanda de la recurrente como si lo ha encontrado la posición con la que discrepo.

8. No obstante lo opinado valga abundar que el servicio que brindan las agencias de viajes no se encuentran dentro del ámbito de los servicios públicos. En efecto, la Ley 28525, Ley de Promoción los servicios de Transporte Aéreo publicada en el Diario Oficial El Peruano el 25 de mayo de 2005, en su artículo 1, declara al “servicio de transporte aéreo como un servicio público, de interés y necesidad nacional, orientado a satisfacer las necesidades de traslado de pasajeros, carga y correo de un punto de origen a un punto de destino”, y define su ámbito de aplicación circunscribiéndolo a las personas naturales y jurídicas que realicen actividades de aviación comercial y general, así como otras actividades aeronáuticas civiles, tales como aeroclubes, escuelas de aviación de tripulantes técnicos, centros de instrucción de controladores de tránsito aéreo, centros de instrucción de técnicos de mantenimiento, talleres de mantenimiento de aeronaves y estaciones reparadoras ubicadas en territorio nacional, entre otras”; asimismo, el Decreto Supremo que reglamenta 028-2006-MTC que reglamenta la referida ley establece que el “Estado sólo participará en actividades de aviación comercial cuando no exista ningún operador privado que brinde servicios de transporte aéreo regular o no regular, transporte aéreo especial o trabajo aéreo, en la zona o punto a ser atendido”. Queda claro en mi opinión que la declaración de servicio público se limita a las actividades relacionadas directamente con el servicio de transporte mas no lo relacionado con los contratos que regulan las relaciones comerciales entre las agencias de viajes y las líneas aéreas para lo cual, al menos desde la dimensión formal se requeriría de una ley.

Por estas consideraciones, mi voto es por declarar improcedente la demanda en aplicación de los artículos 5.1 y 38 del Código Procesal Constitucional.

S
GARCÍA TOMA

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
SECRETARIO RELATOR (.)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 9667-2006-PA/TC
LIMA
ASOCIACIÓN PERUANA DE AGENTES VIAJES
AFILIADOS A IATA

**VOTOS SINGULARES DE LOS MAGISTRADOS GONZALES OJEDA,
VERGARA GOTELLI Y MESÍA RAMÍREZ**

Con el debido respecto por la opinión de nuestros colegas, disentimos del fallo emitido en la presente sentencia, por las razones siguientes

1. Conforme aparece del petitorio de la demanda, el objeto del presente proceso constitucional es que la Línea Aérea Continental Airlines proceda a dejar sin efecto su decisión unilateral de reducir el pago de la comisión por concepto de venta de pasajes aéreos individuales al 1%, reponiendo y cumpliendo con el pago de la misma en el orden del 10%, en favor de las Agencias de Viaje y Turismo establecido por la Resolución Directoral N° 021-80-TC/AE del 18 de Abril de 1980, ya que a juicio de la recurrente (Asociación Peruana de Agentes Afiliados a IATA), se viene vulnerando sus derechos constitucionales.

Demanda constitucional y plazo prescriptorio. Naturaleza del agravio producido (Art. 5 inciso 10 del Código Procesal Constitucional)

2. Habida cuenta del argumento desestimatorio utilizado por la resolución recurrida, consideramos pertinente precisar que en el caso de autos no se configura la causal de improcedencia prevista en el inciso 10) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional, concerniente al plazo para promover un proceso constitucional. En efecto, de lo que aparece descrito en el petitorio de la demanda se aprecia que lo que se pretende no sólo se orienta a dejar sin efecto la reducción al 1% realizada sobre las comisiones por concepto de venta de pasajes sino y sobre todo la inmediata restauración del porcentaje del 10% inicialmente previsto por la Resolución Directoral invocada. Desde la perspectiva descrita, queda claro que mientras no se configure la citada restauración de porcentaje, no puede hablarse *stricto sensu*, de un acto único y exclusivo en el tiempo, sino de uno con carácter prolongado que adopta los caracteres de una verdadera omisión.
3. Por consiguiente y tomando en consideración que los acontecimientos violatorios adoptan no sólo el carácter de una conducta positiva, trasuntada en la existencia del porcentaje equivalente al 1%, sino el de un comportamiento negativo, consistente en la no restauración del 10% del citado porcentaje, se trata de la hipótesis de excepción expresamente prevista en el inciso 5) del artículo 44° del Código Procesal constitucional (...si el agravio consiste en una omisión, el plazo no transcurrirá mientras ella subsista...), careciendo de todo sentido efectuar la contabilización del plazo prescriptorio previsto en el primer párrafo del citado dispositivo legal. Una



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

vez dilucidados los aspectos procedimentales cabe emitir un pronunciamiento de fondo.

Cuestiones constitucionalmente controvertidas

4. En lo que respecta al fondo mismo de la controversia planteada, dadas sus características, consideramos imperativa su dilucidación considerando los siguientes aspectos:
 - a) El concepto de servicio público asumido por la Constitución vigente;
 - b) El grado o nivel de intervención del Estado en materia de servicios públicos;
 - c) La libertad contractual y rol del Estado;
 - d) La naturaleza de la comisión por concepto de viajes aéreos individuales.

El concepto de servicio público en el marco de la Constitución de 1993. Elementos constitutivos

5. El artículo 58° de la Constitución nos introduce al tema indicando básicamente que el Estado en el marco de la economía social de mercado actúa principalmente en las áreas de promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.
6. En lo que respecta al concepto de servicio público, conviene recordar que el Tribunal Constitucional ha desarrollado una primera aproximación del mismo en la sentencia recaída en el Exp. N° 005-2003-AI/TC (Caso: Sesenta y cuatro Congresistas de la República). En aquella ocasión, el Tribunal dejó claramente establecido que aquel constituye la prestación que efectúa la administración del Estado en algunos casos en forma directa (a través del gobierno central o sus reparticiones), en otros, de manera indirecta (a través de concesiones), teniendo en cualquier supuesto y por objetivo esencial la satisfacción de necesidades de interés común o general.
7. Ciertamente y aunque tal consideración no significa que la Constitución haya definido todos y cada uno de los ámbitos sobre los que ha de recaer la noción de servicio público, no deja de ser menos cierto que, respecto de lo que este último constituye, resulta perfectamente posible individualizar una serie de elementos o características comunes, los mismos que por otra parte y de acuerdo con lo que se expuso en la sentencia recaída en el Exp. N° 0034-2004-AI/TC (Caso: Cinco Mil Ciudadanos), justifican la posición especial de aquellos como bienes jurídicos de primer orden y, en específicos casos, como actividades económicas de especial promoción para el desarrollo del país.
8. Un primer elemento constitutivo de todo servicio público suele encontrarse asociado a su grado de trascendencia o relevancia para la comunidad, esto es, no debe tratarse de una actividad que sólo pueda limitarse o circunscribirse al beneficio de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

determinado grupo de individuos o de ciertos intereses concebidos de modo particular. Aun cuando el servicio dispensado pueda recaer sobre cada persona a título individual en la lógica de que cada quien resulta un usuario destinatario de una prestación estatal, debe estar dirigido en sus efectos e incidencias al bienestar de todas las personas en su conjunto o de todos los que integran la colectividad. Es eso lo que lo hace fundamental o trascendente, más allá del requisito formal que pueda representar su sola nominación, por conducto de la ley.

9. Un segundo elemento o característica busca reparar en el carácter continuo de la prestación en el tiempo. Como es evidente, todo servicio público, salvo que se trate de uno nacido dentro de un contexto excepcional o de emergencia, o ligado a la presencia de algún recurso escaso o no renovable, debe brindarse de manera ininterrumpida, pues, por principio, se trata de una actividad con trascendencia permanente antes que de una necesidad episódica o circunstancial. Los servicios públicos, en otras palabras y salvo excepciones muy concretas, no se presumen temporales, pues ello sería contrario a la propia relevancia y correlativa continuidad que reclama su naturaleza.
10. El tercer elemento constitutivo supone el ofrecimiento del servicio garantizando un estándar mínimo de calidad, lo que como es evidente impone sobre el Estado una tarea de mejoramiento progresivo en la satisfacción de las demandas por parte de los usuarios. Ello, por otra parte, supone, entre otras cosas, establecer ciertos límites en cuanto al nivel de la prestación (límites por debajo de los cuales no podría aceptarse como legítimo el servicio dispensado), plazos razonables en cuanto a la satisfacción de las solicitudes para la prestación invocada, el establecimiento de instancias de control administrativo que supervisen de manera eficaz los servicios realizados, etc. En resumidas cuentas, no se trata de brindar prestaciones de manera mecánica y sin ningún referente objetivo, sino de una manera que resulte compatible con las finalidades que lo justifican.
11. Muy ligado al elemento precedente se encuentra también otro de suyo relevante, dentro del contexto de los roles que la propia Constitución asigna a los protagonistas de la vida económica. Se trata, en resumidas cuentas, de garantizar desde el Estado la participación de los usuarios y consumidores en la definición o determinación de los objetivos de la actividad reputada como servicio público, la proposición directa en las modalidades de organización y gestión, y de darse las condiciones necesarias, hasta de la propia administración del mismo. Como ya se ha dicho precedentemente, no siempre es el Estado el que directamente otorga el servicio. Si, en determinados casos, pueden serlo también los particulares (vía concesión), no existe argumento contrario a la posibilidad de que sea el propio usuario o consumidor el encargado de la administración del servicio. Lo que se busca con este cuarto elemento es pues reconocer el rol y posicionamiento que el ordenamiento confiere al protagonista de la vida económica, quien por razones casi naturales resulta el primer interesado en la calidad de los servicios públicos dispensados.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

12. Vinculada a los dos elementos anteriores se vislumbra asimismo la necesidad de que los servicios públicos se encuentren adaptados a los requerimientos cambiantes y variados de los usuarios y consumidores. Se trata, en otros términos, de garantizar que la prestación recibida no sólo pueda ser brindada de manera óptima, sino buscando siempre la mejor opción de servicio. Como se dijo, en otro momento, no se trata de que la prestación a recibirse se mantenga sin avances o mejoras; siempre ha de buscarse progresivas evoluciones en los estándares de calidad así como la priorización de las mejores alternativas.
13. El sexto elemento que puede caracterizar a los servicios públicos, tiene que ver con el acceso a los mismos, dentro de condiciones de absoluta igualdad. Sobre este particular y aunque naturalmente no se trata de ignorar las distintas posiciones que desde el punto de vista económico o social puedan acompañarle al destinatario de cada servicio, se busca que este último, a despecho de las mismas, recaiga sobre todas las personas sin exclusión alguna y siempre con tendencia hacia la plena universalidad. La idea es que los servicios sean de todos o para todos, y no exclusiva o excluyentemente para determinados sectores. Dentro de dicho contexto, y aun cuando el servicio represente un costo, identificado en un *quántum* económico determinado, este deberá considerar elementales criterios de distinción entre quienes menos o más recursos ostenten.
14. Por último y aunque no necesariamente bajo la forma de un elemento constitutivo sino de un límite al desarrollo o puesta en práctica de todos y cada uno de los servicios públicos, se encuentra su obligada vinculación a los derechos fundamentales y al resto de bienes jurídicos de relevancia. La presencia de estos últimos y el respeto a su contenido esencial es garantía de que los servicios no terminen convirtiéndose en instrumentos de desvirtuación constitucional. El Estado, en pocos términos, puede invocar la importancia o trascendencia de los servicios públicos, mas nunca así la utilización de los mismos en forma contraria a lo que representan sus propias finalidades, que no son otras que las pretendidas desde la propia Constitución.

El grado o nivel de intervención del Estado en materia de servicios públicos

15. En materia de servicios públicos, es claro a la par que indiscutible que el Estado asume un rol protagónico. Ello sin embargo y como ya se adelantó en otro momento no supone ni tiene por qué interpretarse como que aquel tenga que intervenir en todos los casos, directamente. La participación, bien que trascendente, no tiene que ver con el hecho de que sea el Estado el administrador inmediato en los servicios públicos, sino, en todo caso, su último garante.
16. Conforme ya se ha señalado desde la sentencia recaída en el Expediente N° 005-2003-AI/TC la prestación de los servicios, si bien es definida legalmente por el Estado, puede no sólo ser ofrecida directamente, sino también indirectamente a través de particulares vía concesiones. Es más, esta última variante es la que, si nos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

atenemos a las tendencias asumidas por diversos modelos comparados, viene siendo la más frecuente.

17. Sin merituar la conveniencia o no de un sistema de servicios públicos definido de acuerdo a quienes resulten sus administradores, se considera que, en uno u otro caso, el Estado participa en forma gravitante, incluso desde el instante mismo en que el servicio es configurado. Es al Estado a quien le corresponde precisar la actividad que va a ser considerada servicio público, y es, a la par, quien se va a responsabilizar por la orientación o política que ha de servir de sustento a dicho servicio.
18. En la Constitución Peruana de 1993, la participación del Estado en materia de servicios públicos ha quedado expresamente reconocida en el artículo 58°, como uno de los ámbitos de la denominada economía social de mercado, concepto este último que se adscribe dentro del Estado Social de Derecho, proclamado de manera reiterada y uniforme por el Tribunal Constitucional en jurisprudencia precedente.
19. El rol del Estado dentro de contextos como los anteriormente señalados impone pues no sólo garantizar la existencia misma de los servicios públicos, sino su adecuada prestación, independientemente de quien los administre. Ello, en resumidas cuentas, permite que desde el Estado no sólo se regulen los aspectos esenciales del mismo, sino que éste intervenga constantemente sea en el momento en que éstos son ejecutados, sea cuando el destinatario de los servicios reclame frente a un servicio mal dispensado. A tales efectos la relación Servicio Público-Estado es indisoluble en cualquiera de sus etapas, sin que sea posible invocar ámbitos exentos de control o fiscalización.

La libertad contractual y el rol del Estado

20. La libertad de empresa en la STC 7320-2005-AA/TC ha sido definida como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios para satisfacer la demanda de los consumidores y usuarios.
21. Si bien la Constitución Política de 1993 ha consagrado, en el artículo 62°, la libertad contractual, ello no impide que el Estado, en determinadas circunstancias, pueda entrar a regular o definir una situación de discrepancia o inexistencia de acuerdo derivada de las relaciones contractuales. Pues el dogma de la autonomía de la voluntad no puede ser aceptado sin reserva, debido a que el estado actual de la economía y el mercado han demostrado que existen situaciones en las que es necesario que el Estado intervenga para proteger al contratante débil.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

22. Como bien ha dicho el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N°. 1963-2006-AA/TC, “[N]o cabe duda de que la Constitución de 1993, al reconocer y proteger la libertad contractual como derecho fundamental y garantía institucional del régimen económico peruano, releva la importancia de esta libertad en el seno del Estado Social y Democrático de Derecho; sin embargo, tal reconocimiento no debe, de ninguna manera, ser interpretado de manera errónea, encasillándolo exclusivamente en la categoría de libertad negativa con el fin de que los particulares puedan oponerse de manera irrestricta a cualquier intervención del poder estatal”.
23. En ese sentido, debe tenerse presente que el carácter social y democrático de nuestro régimen obliga al Estado a no ser indiferente ante las actividades económicas de los particulares y a impedir cualquier abuso de estos, declarando que no hay libertad contractual absoluta. Sin embargo, su intervención debe obedecer, exclusivamente, a razones de convivencia social y eficiencia económica, orientadas a lograr un equilibrio básico en el mercado limitando la acción de los actores con un excesivo poder de mercado poniendo límites al poder económico.
24. La referida actuación estatal revela gran importancia cuando se trata de áreas de especial valoración como son por ejemplo la salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura, pues estos sectores esenciales no pueden quedar expuestos aisladamente a los riesgos del mercado.
25. Lo referido precedentemente no contraviene de ninguna manera la libertad contractual reconocida en nuestro texto constitucional, la cual sigue siendo el principio básico inspirador de la contratación en el Perú; pues si bien se dan ciertas limitaciones a este derecho, estas no son con la finalidad de eliminarlo sino para proteger la libertad de contratación de los contratantes débiles que en la actualidad son la mayoría debido a las nuevas operaciones contractuales generadas por el avance tecnológico.

La naturaleza jurídica de la comisión por concepto de viajes aéreos

26. En el presente caso resulta ineludible precisar la naturaleza jurídica de la comisión por concepto de viajes aéreos individuales. Tal precisión se impone en tanto sobre dicho extremo existen versiones contrapuestas entre las partes que participan del presente proceso. La parte demandante considera, por su lado, que la citada comisión resulta plenamente legítima a la par que exigible, en tanto el transporte aéreo tiene el carácter de un servicio público, encontrándose la misma directamente ligada a la prestación de dicho servicio. La parte demandada, a su turno, considera que se trata de una simple comisión mercantil, derivada de las relaciones contractuales entre las empresas aéreas y las agencias de venta de sus pasajes, en las que por principio no podría intervenir el Estado.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

27. Aun cuando la denominada “comisión por concepto de venta de pasajes aéreos individuales” tiene antecedentes inmediatos en la Resolución Directoral N° 0048-76-TC-cae, del 15 de junio de 1976 y en la Resolución Directoral N° 0025-79-TC-AE-ca, del 23 de mayo de 1979 (ambas expedidas preconstitucionalmente), cuando quedó regulada mediante la invocada Resolución Directoral N° 021-80-TC/AE, del 18 de abril de 1980, sus contenidos quedaron constitucionalizados a la par que enmarcados dentro de la línea de orientación económica perfilada por la entonces vigente Constitución Política del Estado de 1979.

28. Como es perfectamente conocido, la Carta Constitucional de 1979 tenía una idea perfectamente afianzada en torno de los roles que al Estado le correspondía cumplir en los ámbitos económicos y sociales del país. Los artículos 110°, 111°, 112°, 113°, 114° y 115° de dicha norma fundamental patentizaban dicha orientación. Por otra parte y aun cuando no existía una definición expresa del rol del Estado específicamente en materia de transporte aéreo, queda claro que la existencia de imposiciones o pagos como la Comisión por concepto de venta de pasajes aéreos individuales se adscribía dentro del criterio de que el Estado podía, como en efecto lo hacía, regular aspectos centrales o colaterales a dicha actividad.

29. La afirmación de la parte demandada, en el sentido de que a principios de la década de los años noventa, se produjeron una serie de cambios en la orientación económica del país, no deja sin embargo de ser cierta. En efecto, poco antes y aún después de producido el autogolpe de Estado del año 1992, se emprendieron desde el gobierno una serie de reformas tendientes a liberalizar la economía de una forma mucho más elástica a como venía siendo manejada en el marco de los gobiernos precedentes. Es en dicho contexto que se expiden, entre otras normas, el Decreto Legislativo N° 668 (sobre Medidas destinadas a garantizar la libertad de comercio exterior e interior como condición fundamental para el desarrollo del país), el Decreto Legislativo N° 670 (sobre Eliminación de restricciones, trámites y procedimientos que impiden el desarrollo de la Aviación Civil, facilitando la participación del capital privado, nacional o extranjero, en los servicios de transporte aéreo) y sobre todo el Decreto Legislativo N° 757° (mediante el cual se Aprueba la Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada).

30. En el caso particular del Decreto Legislativo N° 757, si bien se precisó en el segundo párrafo de su artículo 4° que *“Los únicos precios que pueden fijarse administrativamente son las tarifas de los servicios públicos conforme a lo que se disponga expresamente por Ley del Congreso de la República”*, no deja de ser menos cierto que en su artículo 11° también se estableció 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”*.

31. Si bien la parte demandada acierta en señalar que la economía de los años noventa fue mucho más flexible que la de los años precedentes, se equivoca al identificar dicho cambio como una desvirtuación absoluta o total de los roles y



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

responsabilidades asumidos por el Estado. En efecto, conviene precisar que los antes citados Decretos, si bien mucho más flexibles en su orientación, fueron expedidos, todos ellos, estando aún vigente la Constitución de 1979, no podían por tanto, así hubiese sido ese su propósito, desnaturalizar las obligaciones y funciones explícitamente conferidas por el ordenamiento. Prueba de lo dicho es precisamente el citado artículo 11° del Decreto Legislativo N° 757, que imponía sobre el Estado un rol garantista en materia de servicios a la par que de promoción de los agentes privados que coadyuvaran a fortalecerlos.

32. Tampoco y por otra parte puede argumentarse que porque se fomentó la liberalización de la economía, ello haya supuesto sin más o automáticamente una derogación explícita o tácita de la Resolución Directoral N° 021-80-TC/AE. No es esa la forma como el Estado se desvincula de las obligaciones generadas por él. De haber sido cierta dicha nueva orientación (por lo menos en la forma como la entiende la demandada) la citada comisión hubiese desaparecido inmediatamente o desde los primeros momentos de fomentarse dicho cambio y no muchos años después, como se afirma que ocurrió.
33. Que probablemente el Estado se desatendió de fiscalizar el cumplimiento de la Comisión fijada en la Resolución Directoral N° 021-80-TC/AE, es un hecho objetivamente constatable, dadas las decisiones que años después asumieron diversas líneas aéreas, pero de allí a decir que haya existido una derogación automática de la citada resolución, como ya se ha señalado y por decir lo menos, es algo acentuadamente opinable, dado que las normas imperativas no quedan sin efecto, porque la orientación económica de un país cambia. Con una lógica de tal naturaleza bastaría con que la dirección asumida por la política tributaria de un determinado Estado cambie, para que todas las normas tributarias provenientes de un periodo anterior queden, todas ellas, automáticamente derogadas.
34. Se considera que la discusión sobre si la Resolución Directoral N° 021-80-TC/AE quedó o no derogada, no tiene en realidad mucho efecto práctico, por lo menos en el presente caso. Lo importante no es en rigor su vigencia, aunque tampoco se ha demostrado que ésta se haya perdido. Lo importante es precisar la naturaleza jurídica del mandato que contiene y si de acuerdo a las características que le acompañan al mismo es posible o no exigir hoy en día un pago o comisión por concepto de venta de pasajes aéreos individuales.
35. A este respecto y si de lo que se trata es de precisar la naturaleza jurídica de la Comisión por concepto de venta de pasajes aéreos individuales, es necesario ubicarse en dos momentos distintos. El correspondiente al periodo en que no era cuestionada su existencia (cuando dicha norma fue expedida) y el correspondiente al periodo actualmente transitado.
36. Cuando la Resolución Directoral N° 021-80-TC/AE fue emitida, el propósito de la misma no parecía otro que el de imponer el pago de una suma de dinero en favor de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

cada empresa que, mediante sus servicios, coadyuvara a la venta de los pasajes por los servicios aéreos ofrecidos por aerolíneas de aviación comercial. La Constitución Política de 1979, bajo cuya vigencia quedó legitimada dicha comisión o pago, permitía que el Estado regulara, como en efecto se hizo, la actividad comercial que tuviese que ver con el transporte aéreo, en la lógica de que este último constituía un auténtico servicio público. La propia demandada, por otra parte, tampoco ha cuestionado que la citada comisión haya resultado de alguna forma lesiva a dicha Constitución, pues, por principio, el modelo económico social por ella implementado permitía la intervención del Estado en diversos ámbitos de la vida del país, y en especial en el de carácter estrictamente económico.

37. Lo que la demandada en cambio sí argumenta, es que la referida comisión no tiene forma de armonizarse con la vigente Constitución de 1993, bajo el supuesto de que dicha Carta (como otras normas de carácter infraconstitucional) liberaliza totalmente la economía y, por consiguiente, no permite la intervención regulatoria del Estado en ámbitos como el aquí señalado.
38. Consideramos que afirmar que la economía del país se encuentra totalmente liberalizada en función de lo dispuesto por la vigente Constitución, es partir de un supuesto no precisamente certero o incontrovertible. Puede, en efecto, decirse que el modelo económico proyectado por la Constitución de 1993 es mucho más garantista en términos de libertades económicas que el previsto en su día por la Constitución de 1979, pero afirmar que el Estado se sustenta en principios de absoluto liberalismo económico, en base a los cuales no se legitima ningún tipo de intervención, es incurrir en un maximalismo inaceptable.
39. Si bien es cierto que el rol del Estado según la vigente Constitución es en materia económica subsidiario, eso no significa que en determinados aspectos de la vida económica no exista una cierta o elemental dosis de intervencionismo. Como se ha señalado en los fundamentos 14 a 18 del presente voto, el rol interventor o fiscalizador del Estado es especialmente vital a la par que trascendente en materia de servicios públicos y ello se explica en la lógica de que nuestro modelo estructural responde al de un Estado Social de Derecho, antes que al de uno de vertientes o facetas estrictamente liberales.
40. Se ha dicho por la demandada que la Comisión por concepto de venta de pasajes aéreos no tiene la naturaleza de un servicio público y que por tanto, no puede el Estado regularla. Que, por el contrario, se trata de una comisión mercantil sujeta a las condiciones contractuales acordadas entre las empresas aéreas y las empresas de venta de pasajes. Sobre este particular advertimos que si bien la venta de pasajes es una actividad comercial que puede encontrarse sujeta a ciertas condiciones contractuales, la misma no se encuentra directamente vinculada a la prestación de servicio público indiscutible, como lo es sin duda el transporte aéreo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

41. Aun cuando hasta hace poco tiempo no se tenía una definición muy precisa del rol que cumplía el transporte en nuestro país, dicha omisión ha quedado totalmente superada con la promulgación de la Ley N° 28525, cuyo artículo 1° ha establecido expresamente “*Declárese el servicio de transporte aéreo como un servicio público, de interés y necesidad nacional, orientado a satisfacer las necesidades de traslado de pasajeros, carga y correo de un punto de origen a un punto de destino*”; agregando asimismo que “*El Estado garantiza la prestación continua, regular, permanente y obligatoria del servicio de transporte aéreo y vela por su normal funcionamiento*”.
42. Si, como lo dice la citada normativa, el transporte aéreo es un servicio público de interés y necesidad nacional, y que el Estado garantiza su prestación y vela por su normal desenvolvimiento, es indiscutible que la actividad comercial destinada a canalizar la venta de pasajes mediante los cuales se pueda brindar dicho servicio, no puede resultarle indiferente al Estado, desde que aquella representa una de las garantías para que dicho servicio realmente se materialice. Naturalmente y si bien se trata de un servicio colateral o aditivo al servicio principal, no significa ello que su tratamiento quede librado *stricto sensu* a las leyes de la oferta y la demanda.
43. En tal sentido, puede discutirse en términos de conveniencia comercial acerca de los alcances del monto correspondiente a la comisión que corresponda por concepto de venta de pasajes aéreos, pero en cambio no cabe discutir acerca de la existencia misma de la citada Comisión. Dicho en otras palabras, la fijación del monto o porcentaje que debería corresponder por el servicio que prestan las empresas encargadas de la venta de pasajes es algo que bien podría resolverse entre las partes (la empresa encargada de la venta de pasajes y la empresa de aviación comercial) apelando a las leyes de la oferta y de la demanda o a un acuerdo en que el Estado asuma un papel resolutor en caso de discrepancia o ausencia de acuerdo, para proteger al contratante débil; pero lo que no se puede cuestionar, de ninguna forma, es la existencia misma de la comisión como tal y su exigibilidad y respeto en tanto actividad directamente vinculada a la prestación de un servicio público.
44. Vistas las cosas desde la perspectiva graficada, la denominada Comisión por concepto de venta de pasajes aéreos tiene una doble naturaleza. En cuanto a su reconocimiento y exigibilidad, el Estado asume un rol fiscalizador indiscutible, frente al cual no cabe alegar consideraciones de libre mercado. En cuanto al monto que ha de suponer, debe tratarse de un acuerdo por principio a tomarse entre las partes directamente involucradas. Son ellas las que primariamente deben decidir el *quántum* que corresponda, y sólo será en caso de discrepancia o inexistencia absoluta de acuerdo, que este deberá ser objeto de determinación o definición por parte del Estado.

La no incidencia de la Comisión por concepto de venta de pasajes individuales en los precios correspondientes a los pasajes aéreos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

45. De conformidad con la facultad conferida por el artículo 119° del Código Procesal Constitucional, el Tribunal Constitucional solicitó al Ministerio de Transportes y Comunicaciones información a efectos de precisar si existen o no incidencias en los precios de los pasajes aéreos generadas por la tantas veces señalada Comisión por concepto de su venta. Dicha solicitud, desde un punto de vista sustantivo, ha sido realizada, en tanto es preocupación de este Tribunal merituar los alcances del servicio aéreo en relación con quienes resultan destinatarios del mismo. En respuesta al requerimiento formulado, la Secretaría General del Ministerio de Transportes y Comunicaciones ha enviado el Informe N° 043-2007-MTC/12 del 27 de Enero del 2007, en el cual, respecto del extremo que específicamente se le solicitaba informar, sostiene que *“(...) la comisión pagada por las líneas aéreas a las Agencias de Viaje, es parte del costo que asumen las líneas aéreas y por tanto, inciden directamente en el precio final de venta del pasaje”*.
46. Aun cuando la posición del Ministerio de Transportes y Comunicaciones es, como ya se ha dicho, la de advertir sobre una presunta incidencia en la política de precios de los pasajes, no ha argumentado ni mucho menos respaldado sus afirmaciones en ningún tipo de información o referente técnico, lo que, por consiguiente, no persuade, siquiera elementalmente, de la verosimilitud de tales afirmaciones. Por el contrario, lo que queda claro, si nos atenemos a las frecuentes variaciones en los montos de los pasajes, es que estas se han venido dando independientemente del porcentaje establecido por la referida Comisión. Si bien las comisiones son (o deberían ser), como se ha dicho, del 10%, tal porcentaje aumenta o decrece al compás del monto establecido por cada pasaje. Su presencia no es, pues, determinante en la forma en que se pretende graficar. Por otra parte, el que existan agencias de viajes encargadas de la venta de pasajes, no supone imposición alguna, sino la necesaria cobertura a una actividad que alguien debe asumir, no existiendo por lo demás exclusión alguna para que si cada empresa aérea lo estima pertinente asuma directamente dicha actividad, siempre que desde luego cuente con los requisitos para ello.

Dilucidación de la controversia

47. Merituados los argumentos de las partes así como las instrumentales obrantes en el expediente, consideramos que la demanda interpuesta resulta legítima en términos constitucionales, habida cuenta de que **a)** No ha quedado acreditado que la Resolución Directoral N° 021-80-TC/AE, del 18 de Abril de 1980, haya quedado formalmente derogada expresa o tácitamente, lo que supone que aquella se encuentra vigente y en tanto no se disponga lo contrario por parte del Estado, esta resulta plena y absolutamente exigible; **b)** En tanto lo importante de la Resolución Directoral invocada es el reconocimiento de una obligación por parte de las aerolíneas comerciales en el pago de un monto o comisión en favor de las empresas encargadas de la venta de pasajes aéreos, es dicha regla la que resulta plenamente exigible; **c)** A la fecha y en la medida en que el porcentaje de 10% del monto total de cada pasaje aéreo vendido es lo que se exige en favor de la empresa recurrente,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

tal y cual consta en la resolución directoral invocada, dicho pago debe realizarse con carácter obligatorio por parte de la aerolínea comercial demandada, sin que pueda invocarse argumento en contrario; **d)** Sin embargo y en la eventualidad de que se produzca discrepancia respecto del monto o porcentaje fijado, el mismo podrá ser objeto de variación por parte del Estado. Ello no obstante y mientras éste último se encargue de definir dicha situación, el citado porcentaje del 10% resultará plenamente exigible; **e)** Queda claro, en todo caso, que la fijación de los montos correspondientes al porcentaje de la Comisión por venta de pasajes aéreos, es un asunto primariamente negociable por las partes directamente involucradas, y sólo y como ya se ha señalado, en caso de discrepancia, es que quedará zanjado con lo que decida el Estado.

Por estos fundamentos, se ha debido declarar **FUNDADA** la demanda de amparo interpuesta por la Asociación Peruana de Agentes Afiliados a IATA y Ordenar a la Línea Aérea Compañía Panameña de Aviación S.A. (COPA AIRLINES) dejar sin efecto cualquier disposición que desconozca la Resolución Directoral N°. 021-80-TC/AE, del 18 de abril de 1980, debiendo cumplirse, bajo responsabilidad, los mandatos contenidos en la misma.

SS

**GONZÁLES OJEDA
VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ**

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
SECRETARIO RELATOR ()