



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04870-2007-PA/TC

LAMBAYEQUE

SINDICATO DE COMERCIANTES
MINORISTAS DEL MERCADO MODELO
DE CHICLAYO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 12 días del mes de marzo de 2010, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del Magistrado Vergara Gotelli.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por el Frente Asociativo de Comerciantes Minoristas Posesionarios del Mercado Modelo de Chiclayo, debidamente representado por don Feliciano Choquehuanca Santos contra la sentencia expedida por la Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de folios 287, su fecha 27 de julio de 2007, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 17 de octubre del 2005, el Sindicato interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Chiclayo con el objeto de que se declare inaplicable la Ordenanza 017-2005-GPCH, publicada el 1 de julio de 2005, que modificó el reglamento de comercialización de productos y servicios en mercados y camales del gobierno provincial de Chiclayo. Manifiesta que mediante dicha ordenanza se les pretende cobrar derechos como licencia de funcionamiento, derecho informático, derecho de regularización de conducción, derecho de registro de comerciante, entre otros, como si fueran un servicio por derecho de saneamiento, sin respetarse los criterios establecidos en las sentencia 0053-2004-AI/TC, del Tribunal Constitucional. Por consiguiente, alegan que se les está vulnerando los derechos a la igualdad, de propiedad, al trabajo, al debido procedimiento administrativo, violándose además el principio de reserva de ley y el de seguridad jurídica.

Mediante escrito presentado el 15 de noviembre de 2005 representantes de distintas agrupaciones de comerciantes solicitaron su incorporación al proceso alegando que el resultado del mismo afectaría o beneficiaría en gran medida sus derechos. Con fecha 30 de diciembre de 2005, el *a quo* resuelve integrar a la relación jurídica procesal, en calidad de litisconsorte necesario a la: i) Confederación Nacional de Mercados-Zona Norte, ii) Mercado "Nueve de Octubre", iii) Mercado "Benjamín Gamarra", iv) Mercado "José Balta", v) Mercado "Diego Ferré", vi) Mercado "Buenos Aires", vii)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04870-2007-PA/TC

LAMBAYEQUE

SINDICATO DE COMERCIANTES
MINORISTAS DEL MERCADO MODELO
DE CHICLAYO

Mercado “José Quiñones”, viii) Mercado “José Olaya”, ix) Mercado “La Primavera”, x) Sector “Progreso” Plataforma del Mercado Modelo.

El Gobierno Provincial de Chiclayo propone las excepciones de falta de agotamiento de la vía administrativa y de incompetencia. Contestando la demanda, alega que la ordenanza cuya inaplicación se solicita no carece de los vicios de constitucionalidad que se le imputan.

El Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Chiclayo declaró infundada las excepciones de falta de agotamiento de la vía previa y de incompetencia. Con fecha 5 de enero de 2007, declaró infundada la demanda, estimando que los demandantes no precisaron qué artículos de la ordenanza eran los que vulneraban sus derechos. Asimismo, indicó que el contenido de la Ordenanza N.º 017-2005-GPCH no vulnera derechos constitucionales de los demandantes, pues la ordenanza fue expedida en función a la normatividad existente, siendo materia del ámbito de competencias que la ley atribuye a las municipalidades provinciales.

La Sala Superior revisora revocó la apelada y reformándola, la declaró improcedente debido a que la norma cuestionada no tiene naturaleza autoaplicativa.

FUNDAMENTOS

Cuestiones preliminares

1. Los demandantes solicitan la inaplicación de la Ordenanza 017-2005-GPCH, publicada el 1 de julio de 2005. Dicha norma consta de 54 artículos, además de disposiciones complementarias, finales y un anexo. Los actores, como así lo ha indicado el *a quo*, no han precisado qué artículos son aquellos que lesionan o amenazan con vulnerar sus derechos fundamentales. Al respecto, en el escrito de apelación uno de los litisconsortes expuso que “al ser la norma impugnada un todo, sus artículos no funcionan de manera aislada, sino que cada artículo está enlazado con otras, por lo que al ser un todo se solicitó su nulidad total [...].” Tal criterio es evidentemente equivocado porque en nuestro ordenamiento, el proceso de amparo es la herramienta procesal residual dirigida a tutelar los derechos fundamentales de la persona, diferentes a aquellos tutelados por el hábeas corpus y el hábeas data. Resulta ser pues, una potente herramienta contra el abuso que puedan cometer tanto particulares como la Administración. La importancia de la tutela de derechos constitucionales ha implicado que se dote a este proceso de ciertas características



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04870-2007-PA/TC

LAMBAYEQUE

SINDICATO DE COMERCIANTES
MINORISTAS DEL MERCADO MODELO
DE CHICLAYO

que hagan efectiva su finalidad, como son los principios procesales establecidos en el artículo III del Código Procesal Constitucional, resaltando entre ellos el principio de flexibilidad de las formas procesales. Tales principios aplicados a la problemática *iusfundamental* otorgan un gran poder al juez a fin de evaluar el conflicto de intereses suscitado. Esto no quiere decir que la parte demandante no actúe diligentemente a fin de tutelar su derecho. Después de todo el demandante es el gestor de su derecho, por lo tanto es de exigírselle cierto margen de diligencia al momento de interponer la demanda y no como lo han hecho los actores en este caso, remitir al órgano jurisdiccional la tarea de determinar como sus derechos se han vulnerado o se encuentran amenazados.

Delimitación del petitorio

2. Sin perjuicio de lo dicho, es factible inferir que la demanda tiene por objeto que se inapliquen los artículos 29, 30, 31 y 32, y la definición del término “ambulante” establecida en el anexo 1 de la ordenanza. En dichas cláusulas se establece el cobro del derecho informático, derecho de regularización, derecho de conducción y derecho de registro de comerciante, teniendo en cuenta para la determinación del *quantum* de dichos derechos tan solo un porcentaje de la Unidad Impositiva Tributaria (UIT).
3. Los demandantes estiman que con ello se ha vulnerado el principio de reserva de ley y el de no confiscatoriedad ya que para su expedición solo se ha tomado en cuenta el valor referencial de la UIT sin considerar el valor del servicio prestado por la municipalidad. Argumentan además que las municipalidades solo pueden cobrar por la prestación de un servicio efectivo, lo que no ocurre en el caso. Por último, el Frente Asociativo de Comerciantes Minoristas Posesionarios del Mercado Modelo de Chiclayo (FACOMIPOM) -antes Sindicato de Comerciantes Minoristas del Sector Progreso- alega además que la definición de “ambulante” del anexo 1, implica desconocer el legítimo derecho de posesión de sus asociados.

Naturaleza autoaplicativa de la norma

4. El *a quo* ha declarado la improcedencia de la demanda por considerar que se trata de una norma heteroaplicativa. Por consiguiente, debe procederse a determinar si los artículos mencionados de la ordenanza cuestionada son de naturaleza autoaplicativa o heteroaplicativa. Como ya lo ha explicado este Tribunal en constante y regular jurisprudencia, el amparo procede contra normas siempre que estas resulten ser



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04870-2007-PA/TC

LAMBAYEQUE

SINDICATO DE COMERCIANTES
MINORISTAS DEL MERCADO MODELO
DE CHICLAYO

autoaplicativas. Por dicho término debe entenderse a aquellas normas cuya aplicabilidad resulta inmediata, no encontrándose condicionada a la eficacia de un acto posterior o a una eventual reglamentación legislativa, en la medida en que adquiera su eficacia plena en el mismo momento en que entra en vigencia. En tal caso, y siempre que estas normas afecten directamente derechos subjetivos constitucionales, el amparo procederá.

5. En el presente caso se aprecia que los demandantes son asociaciones a cuyos integrantes y asociados se le viene exigiendo el pago de una serie de importes estipulados en la referida ordenanza. En efecto, es de apreciarse que con la norma cuestionada se han creado una serie de mandatos a las cuales los asociados de las recurrentes estarían obligados a cumplir. En tal sentido, habiéndose comprobado que efectivamente los artículos mencionados en el fundamento 3, *supra*, ordenan el pago de ciertos importes, los representados por las asociaciones se encontrarían bajo una situación jurídica de desventaja activa, la misma que es de inmediata aplicación, por lo que se acredita la naturaleza autoaplicativa de la norma.

Concepto de tributo y garantías constitucionales tributarias

6. En la STC 03303-2003-AA/TC (fundamento 4), se ha recogido la definición en la que se establece que el tributo es la “obligación jurídica pecuniaria, *ex lege*, que no constituye sanción de acto ilícito, cuyo sujeto activo es, en principio una persona pública, y cuyo sujeto pasivo es alguien puesto en esa situación por voluntad de la ley” [ATALIBA, Geraldo. *Hipótesis de incidencia tributaria*. Lima, Instituto Peruano de Derecho Tributario, 1987, p. 37].
7. De otro lado, el artículo 74 de la Constitución establece una serie de principios que legitiman la imposición de tributos. Estos son verdaderas garantías de la ciudadanía frente a la potestad tributaria del Estado, tales como el principio de legalidad, de reserva de ley, de igualdad, de no confiscatoriedad y el respeto de los derechos fundamentales. Es por ello que en dicho artículo se establece que los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades. Asimismo establece que los gobiernos regionales y locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerarlas, dentro de su jurisdicción, y con los límites que señala la ley. Por su parte, el inciso 4 del artículo 195 de la Constitución establece que los gobiernos locales son competentes para crear, modificar y suprimir contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos municipales, conforme a ley.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04870-2007-PA/TC

LAMBAYEQUE

SINDICATO DE COMERCIANTES
MINORISTAS DEL MERCADO MODELO
DE CHICLAYO

8. En estos fundamentos se establecen dos planos diferentes de análisis. De un lado, con lo expresado en el fundamento 7, *supra*, se podrá determinar si es que alguna exacción estatal es o no de naturaleza tributaria (*análisis de naturaleza*). De otro lado, en el fundamento 8, *supra*, se precisan variables para determinar si es que determinado tributo resulta ser constitucionalmente legítimo (*análisis de legitimidad constitucional*). Es decir, se parte de la premisa de que determinada exacción estatal es un tributo, centrándose el análisis en el cumplimiento de los principios constitucionales del artículo 74 de la Constitución.
9. Así, por ejemplo, con el primero de los parámetros se puede distinguir que una obligación de pago originada por una infracción administrativa, si bien es una exacción estatal, no puede ser considerada como tributo. Igualmente, una obligación ante la cual el individuo se ha sometido libre y espontáneamente, no siendo dicha prestación un servicio público esencial, tampoco sería una obligación de naturaleza tributaria. Consecuencia de ello es que a estas obligaciones no les es aplicable las garantías del artículo 74 de la Constitución.
10. En cuanto al *análisis de legitimidad constitucional*, con este puede establecerse que un decreto supremo u ordenanza municipal que crean un impuesto es contrario a la Norma Fundamental debido a que no se respetó el principio de reserva de ley o cualquier otro principio del artículo 74 de la Constitución.

Potestad tributaria de las municipalidades

11. Como ya se ha observado, el artículo 74 de la Constitución, en su segundo párrafo, reconoce la potestad tributaria originaria a los gobiernos locales para la creación de tasas y contribuciones, siempre que: a) sea dentro de su jurisdicción; y, b) sea dentro de los límites que señale la ley. Esto quiere decir que la Constitución ha dispuesto que sea por ley como se desarrollen las reglas de contenido material o de producción jurídica que sirvan para determinar la validez o invalidez de las normas municipales que crean tributos. En este caso, dicho contenido se encuentra previsto en las disposiciones de la Ley de Tributación Municipal y en la Ley Orgánica de Municipalidades.
12. De acuerdo al Código Tributario la Tasa es un tributo que consiste en la obligación que tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente. Las tasas pueden ser, arbitrios,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04870-2007-PA/TC

LAMBAYEQUE

SINDICATO DE COMERCIANTES
MINORISTAS DEL MERCADO MODELO
DE CHICLAYO

derechos o licencias. En el presente caso la problemática gira en torno a la aplicación de una serie de Tasas-Derechos por lo que se pasará ha revisar la definición del mismo. Así, el citado código establece que los derechos “son tasas que se pagan por la prestación de un servicio administrativo público o el uso o aprovechamiento de bienes públicos” (subrayado agregado). En similar sentido, el artículo 68 de la Ley de Tributación Municipal, aprobada por Decreto Legislativo N.º 776, indica que la tasa por servicios administrativos o derechos con lasa tasas “que debe pagar el contribuyente a la municipalidad por concepto de tramitación de procedimientos administrativos o por el aprovechamiento particular de bienes de propiedad de la Municipalidad” (subrayado agregado).

13. Para determinar el monto de la tasa por la prestación de un servicio público es claro que tal cobro debe cubrir los costos del servicio, como se ha explicitado en las sentencias 0041-2005-AI/TC y 0053-2004-PI/TC de este Tribunal. Así, se ha dicho que para la determinación del monto de la tasa-arbitrios se debe explicitar una conexión lógica entre el monto que por ella se cobra y los servicios municipales prestados.
14. Sin embargo, para la determinación del monto de las Tasas-Derecho por el uso o aprovechamiento de bienes públicos, debe inferirse que serán otros los criterios a adoptarse. En efecto, puesto que la situación no es la misma, ya que no hay una prestación en puridad de un servicio público, sino la utilización de un bien de titularidad pública, los criterios para determinar deben estar relacionados con tal prestación.

Análisis del caso en concreto

15. Estando a que la controversia gira principalmente entorno al cobro de prestaciones denominados “derechos”, este Colegiado entiende preciso explicitar previamente los mandatos en virtud del cual la Municipalidad demandada viene cobrando tales montos, toda vez que para determinar la naturaleza de determinada figura no es decisivo el *nomen iuris* designando por la administración o el legislador, sino el sustento material al que obedece.

Sobre el Derecho de Merced Conductiva

16. La Constitución asigna como parte de las competencias de los gobiernos locales administrar sus bienes -artículo 195, inciso 3- y en función de ello, el artículo 56 de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04870-2007-PA/TC

LAMBAYEQUE

SINDICATO DE COMERCIANTES
MINORISTAS DEL MERCADO MODELO
DE CHICLAYO

la Ley Orgánica de Municipalidades (Ley N.º 27972) ha definido como bienes de propiedad municipal, entre otros, los *bienes inmuebles de uso público destinados a servicios públicos locales, así como los edificios municipales y todos los bienes adquiridos, construidos y/o sostenidos* por la municipalidad -artículo 56- (subrayado agregado). Además, el artículo 195, inciso 5 de la Constitución, asigna a los gobiernos locales el organizar, reglamentar y administrar sus servicios públicos.

17. De acuerdo al artículo 23 de la citada ordenanza los puestos de los mercados de Chiclayo son de propiedad del Gobierno Municipal de Chiclayo. Es decir, las edificaciones que ocupan los mercados municipales constituyen bienes de dominio público. Este Tribunal ha recogido posiciones que distinguen entre los bienes destinados al uso público y al servicio público, siendo los primeros, los caminos, calles, paseos, puentes, parques y «demás obras públicas de aprovechamiento o utilización general». En cuanto a los bienes de **servicio público**, son los edificios que sirven de soporte a la prestación de cualquier servicio público, tales como «mataderos, mercados, lonjas, hospitales, hospicios, museos (...), escuelas, cementerios, elementos de transporte, piscinas y campos de deporte», etc” [STC N.º 003-2007-CC/TC, F. 31].
18. En tal sentido los mercados a los que se refiere la ordenanza son bienes de dominio público de servicio público. El servicio público prestado consiste básicamente en brindar a la población un centro de abastecimiento para la venta (al por menor o al por mayor) de artículos alimenticios y otros no alimenticios tradicionales. El mercado es por consiguiente, un bien de dominio público, que sirve de soporte para la prestación de un servicio público. Esta relación se genera entre la Administración y la población, debiendo brindar aquella tal servicio. Distinta será la situación jurídica generada entre la municipalidad y quienes ocupen o deseen ocupar un puesto en el interior del mercado municipal, la misma que se determinará en virtud de la autonomía contractual de las partes.
19. En efecto, el Derecho de Merced Conductiva es definido en el anexo 1 de la ordenanza como el “Derecho que cancelan comerciantes que ocupan puestos fijos en mercados, el cual se cancela semanalmente” (sic). Si bien podría argumentarse que se trata de una Tasa-Derecho, en la medida en que se utiliza un bien público, lo cierto es que dicho pago no tiene naturaleza tributaria, ya que no se trata de una obligación impuesta por ley sino de una situación ante la cual el propio sujeto libremente se ha sometido. Para explicar ello debe tenerse en cuenta que el sujeto que desea efectuar negociaciones comerciales en determinado distrito o provincia



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04870-2007-PA/TC

LAMBAYEQUE

SINDICATO DE COMERCIANTES
MINORISTAS DEL MERCADO MODELO
DE CHICLAYO

puede hacerlo indistintamente en cualquier local comercial y no necesariamente en los puestos del mercado. Así la persona interesada tiene abierta la posibilidad para alquilar un local que le permita iniciar su negocio, el que puede pertenecer o no a la municipalidad. En tal sentido puede afirmarse que el sujeto pasivo de la obligación es alguien puesto en esa situación, no por “voluntad de la ley”, sino por voluntad del interesado. Por consiguiente no se está ante una obligación de naturaleza tributaria, no siéndole aplicable los principios y garantías aplicables a los tributos.

20. La merced conductiva a la que alude el supuesto “Derecho de Conducción”, constituye, en puridad, una contraprestación sinalagmática respecto de la cual los asociados del Sindicato demandante al ocupar un puesto en el mercado, son deudores; y la demandada, acreedora en tanto ostenta la titularidad de dicho bien público. Por consiguiente, los alegatos tendientes a cuestionar la confiscatoriedad de dicha contraprestación así como el aludido desconocimiento sobre su real capacidad contributiva, deben ser desestimados.

Sobre el Derecho de Conducción

21. En el anexo 1 de la Ordenanza N.º 017-2005-GPCH se establece que el Derecho de Conducción es la “Facultad otorgada por el Gobierno Provincial de Chiclayo, a través de Resolución de Alcaldía, a personas naturales o jurídicas, para que ejerzan la conducción del puesto y desarrollo en el giro comercial, que se le autoriza, así como el pago de la tasa respectiva por el uso del bien público que debe realizar a favor del Gobierno Provincial de Chiclayo”.

22. En el artículo 23 de la ordenanza cuestionada se establece que sobre los puestos de los mercados de Chiclayo -de propiedad del Gobierno Provincial de Chiclayo-, se podrá solicitar y ejercer el “Derecho de Conducción”. En el artículo 28 se establece que: “El Derecho de Conducción de Puesto se adquiere una vez emitida correspondiente Resolución de Alcaldía que concede la conducción, previa presentación de los requisitos indicados en el presente reglamento en concordancia con lo establecido en el Texto Único Ordenado de Administrativos (TUPA) vigente del Gobierno Provincial de Chiclayo”.

23. Por el llamado Derecho de Conducción se dispone escalas de pago establecidas en porcentajes de la UIT, dependiendo del mercado en donde se encuentre el puesto (art. 30). Frente a ello los demandantes alegan que no se ha tomado en cuenta el verdadero costo del servicio que se presta, por lo tanto, tal cobro es inconstitucional.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04870-2007-PA/TC

LAMBAYEQUE

SINDICATO DE COMERCIANTES
MINORISTAS DEL MERCADO MODELO
DE CHICLAYO

24. El trámite para acceder a un puesto en el mercado consiste en que el sujeto interesado presente su solicitud de conducir un puesto ante la municipalidad la cual será evaluada para su participación en el “sorteo de concesión de derecho de conducción de puesto de mercado”. Una vez llevado a cabo el sorteo, quien resulte beneficiado tendrá que cancelar el monto por el Derecho de Conducción por el cual se permite ocupar el puesto en el mercado.
25. Nuevamente, tal como se explicó para el caso del Derecho de Merced Conductiva, se trata de una situación que responde no a la voluntad de la ley sino, a la voluntad del sujeto interesado, esto es, no es un cobro de naturaleza tributaria.
26. En suma, en lo que a estos dos denominados derechos se refiere, este Colegiado considera relevante advertir que no le corresponde pronunciarse respecto de la cuantía del cobro por tales conceptos. Puesto que tales pagos se realizan en el marco de una relación contractual, surgido del acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial siempre que dicho vínculo –fruto de la concertación de voluntades– verse sobre bienes o intereses que posean apreciación económica, tengan fines lícitos y no contravengan las leyes de orden público.
27. Debe recordarse en ese orden de ideas, que el artículo 2, inciso 14 de la Constitución reconoce el derecho a contratar que garantiza, *prima facie*, (i) la autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante, y (ii) la autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual. En tal virtud, siendo el Derecho de Merced Conductiva y el Derecho de Conducción una contraprestación fruto de una concertación de voluntades, los cuestionamientos referidos a su confiscatoriedad por su cuantía no corresponden ser analizados a través del presente proceso.
28. En lo que se refiere al alegato vinculado al desconocimiento de los montos invertidos por conceptos de remodelación del alcantarillado y sistemas de agua, el pintado del inmueble, la refacción de los aleros, dicho extremo debe ser declarado improcedente en tanto lo discutido no se encuentra referido al contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental analizado, dejándose a salvo el derecho del demandante a cuestionarlo en la vía pertinente para tal efecto.



EXP. N.º 04870-2007-PA/TC

LAMBAYEQUE

SINDICATO DE COMERCIANTES
MINORISTAS DEL MERCADO MODELO
DE CHICLAYO

Sobre el Derecho de Registro Informático

29. Adicionalmente al cobro por los conceptos referidos, de acuerdo al artículo 30, *in fine*, el conductor del puesto se encuentra obligado a cancelar el 1% de una UIT por concepto de Derecho de Registro Informático. Al respecto, en el Anexo 1 de la ordenanza se determina que éste consiste en el “registro ordenado y clasificado de los establecimientos o puestos en base de datos informáticos según giros y secciones en el cual se consigna nombres del titular, domicilio fiscal, documento de identidad, número de puesto, características del puesto y otros”.
30. Se trata pues en este caso de una imposición estatal propia de la función municipal en lo que se refiere al control y ordenamiento de locales comerciales al interior de los mercados y aledaños. Por consiguiente, tratándose de una situación jurídica impuesta por voluntad de la ley se trata efectivamente de un tributo. En efecto, evidentemente se está ante conceptos tributarios de la especie tasa y sub-especie derecho, en tanto la sujeción pasiva del contribuyente se fundamenta en la prestación de un servicio público divisible por parte del Estado en su beneficio, la que en este caso consiste en el registro del mismo en las bases de datos de la Municipalidad.
31. En tal virtud, la regulación legal de la potestad normativa tributaria municipal debe sujetarse al respeto a los principios constitucionales tributarios de reserva de ley, igualdad, no confiscatoriedad y capacidad contributiva, desarrollados por la jurisprudencia constitucional, así como también a la garantía institucional de la autonomía política, económica y administrativa que los gobiernos locales tienen en los asuntos de su competencia.
32. Siendo el principal argumento de la demandante la ilegal cuantificación de los mismos en tanto han sido fijados en función a un porcentaje de la UIT, vale decir, que efectivamente no se ha acreditado en el presente proceso la existencia de un informe económico-financiero que sustente el coste de la referida tasa. Por consiguiente, dicho tributo ha incurrido en lo que se ha denominado confiscatoriedad cuantitativa [STC 0041-2004-AI/TC, Fund. 62].
33. Conforme al criterio establecido en la STC N.º 0041-2004-PI/TC, si bien la capacidad contributiva, con base en el principio de solidaridad, puede excepcionalmente ser utilizada como criterio en la cuantificación del citado tributo, en tales supuestos deberá ser utilizado en conjunción con otros, en cuyo caso, la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04870-2007-PA/TC

LAMBAYEQUE

SINDICATO DE COMERCIANTES
MINORISTAS DEL MERCADO MODELO
DE CHICLAYO

prevalencia de unos sobre otros dependerá de la naturaleza de cada servicio. Empero, a juicio de este Colegiado, dicha situación excepcional no se aprecia en el caso de autos, por lo que constituye un supuesto de confiscatoriedad cuantitativa inaceptable en tanto el único criterio utilizado para su cuantificación ha sido el empleo de la UIT, sin que se haya acreditado que dicho costo esté sustentado en el verdadero costo del servicio.

34. El artículo 81 del Código Procesal Constitucional establece que para los casos de la declaración de inconstitucionalidad de las normas tributarias por vulneración del artículo 74 de la Constitución, el Tribunal debe determinar de manera expresa en la sentencia los efectos de su decisión en el tiempo. Si bien esta norma se dirige a regular los efectos en el caso de los procesos de inconstitucionalidad, lo cierto es que, en virtud de una apreciación ponderada del rol que desempeña la justicia constitucional, resulta propio que en los casos de amparo, en donde se inaplique una norma tributaria, se establezca los efectos en el tiempo de la decisión.
35. En este caso, la inaplicabilidad del artículo 30 de la Ordenanza cuestionada debe considerarse de forma tal que no implique la devolución de las tasas ya canceladas. En tal sentido, no será factible solicitar la devolución del pago de la tasa. De esta manera se sigue la línea de lo decidido en las sentencias de los Exps. N.ºs 0041-2004-AI/TC y 0053-2004-AI/TC respecto a la consideración de los efectos de la determinación de la inconstitucionalidad de normas tributarias.

Sobre el Derecho de Comercialización

36. El artículo 31 de la ordenanza establece que el pago por Derecho de Comercialización en las zonas adyacentes a los mercados se establece en porcentajes de la UIT vigente, diferenciando entre plataformas, interiores y sectores. A criterio de este colegiado, lo cobrado por Derecho de Comercialización obedece a lo que en doctrina se conoce como un "*permiso de ocupación*", en tanto constituye una retribución por el aprovechamiento por parte de un particular de un bien público como lo son las vías públicas. Como resulta obvio, la "*comercialización en las zonas adyacentes al mercado*" presupone la posesión de un determinado espacio físico de las inmediaciones del mismo, vale decir, en la vía pública, cuya titularidad indubitablemente corresponde a la demandada.
37. Ahora bien, a diferencia del uso común general ningún particular tiene, en principio, derecho a la utilización especial del dominio público. Sin embargo, correspondiendo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04870-2007-PA/TC

LAMBAYEQUE

SINDICATO DE COMERCIANTES
MINORISTAS DEL MERCADO MODELO
DE CHICLAYO

a la demandada la titularidad del dominio de las vías públicas, “*solo un acto específico de tolerancia de aquélla puede facultar al particular para realizar este uso* [GARRIDO FALLA, Fernando y otros. *Tratado de Derecho Administrativo*. 12^a ed. Vol. II, Tecnos, Madrid, p. 560]. Como resulta obvio, dicho acto de tolerancia implica *per se* una situación de constante precariedad del autorizado en tanto dicha autorización por regla general es revocable.

38. En efecto, los artículos 80 y 83 de la Ley Orgánica de Municipalidades, respectivamente, establecen como función específica de las Municipalidades distritales regular y controlar el aseo, higiene y salubridad en los establecimientos comerciales, industriales, viviendas, escuelas, piscinas, playas y otros lugares públicos locales, y **regular y controlar el comercio ambulatorio** y otorgar licencias para la apertura de establecimientos comerciales, industriales y profesionales. Asimismo, cabe mencionar que el artículo 49 de la mencionada ley también confiere a la autoridad municipal facultades para ordenar el retiro de materiales o la demolición de obras o instalaciones que ocupen las vías públicas o para hacer ejecutar la orden por cuenta del infractor.
39. Así pues, se está ante un auténtico “acto de tolerancia para un uso especial del dominio del que el particular no podía alegar derecho alguno” [GARRIDO FALLA, Op cit. p. 560], por lo que constituye un acto “administrativo unilateral sin que a ello se oponga el hecho que se concedan previa petición del particular” [Op. cit. p. 560], por contraste con el uso común general, nadie tiene derecho a la utilización especial del dominio público, la que en modo alguno faculta actuaciones arbitrarias de la Administración.
40. En consecuencia, no puede alegarse –como lo hace uno de las demandantes– derechos posesorios adquiridos sobre un espacio de un bien de dominio público. En tal sentido no puede acreditarse vulneración o amenaza de derecho fundamental alguno.

Sobre el derecho al trabajo

41. De un análisis conjunto de los artículos 3 y 43 de la Ley Fundamental, el Estado Peruano, definido por la Constitución de 1993, presenta las características básicas del Estado Social y Democrático de Derecho. Es decir, es un Estado que se ubica como opción intermedia entre los fines que por su propia naturaleza buscan el Estado Liberal y el Estado Social, lo que implica que nuestro Estado Constitucional



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04870-2007-PA/TC

LAMBAYEQUE

SINDICATO DE COMERCIANTES
MINORISTAS DEL MERCADO MODELO
DE CHICLAYO

de acuerdo con tales características, no obvia los principios y derechos básicos del Estado de Derecho tales como la libertad, la seguridad, la propiedad y la igualdad ante la ley; antes bien, pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca.

42. Así pues, si bien este Colegiado ha establecido en su STC N.º 10287-2005-PA/TC que “el contenido o ámbito de protección del derecho al trabajo constituye la facultad de ejercer toda actividad que tenga como finalidad el sustento vital de la persona”, su ejercicio debe ceñirse al contexto descrito en el párrafo precedente, ponderándose, de ser el caso, los legítimos intereses de la sociedad y el Estado con los de los particulares, por consiguiente, en tanto no se aprecia vulneración alguna al respecto, no corresponde amparar dicho extremo de la demanda.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda en la parte referida al cobro por el derecho de registro informático; consecuencia, inaplíquese en el caso concreto el artículo 30, *in fine* de la Ordenanza N.º 017-2005-GPCH, específicamente en lo referido al cobro del Derecho de Registro Informático.
2. Ordenar que la Municipalidad Provincial de Chiclayo se abstenga de cobrar la tasa prevista en el artículo 30 de la Ordenanza N.º 017-2005-GPCH.
3. **INFUNDADA** en lo demás que contiene.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
ALVAREZ MIRANDA

Lo que certifico:

DR. VICTOR ANDRES ALZAMORA CÁRDENAS
SECRETARIO RELATOR



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 04870-2007-PA
LAMBAYEQUE
SINDICATO DE COMERCIANTES
MINORISTAS DEL MERCADO
MODELO DE CHICLAYO

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente fundamento de voto por las siguientes consideraciones:

1. El sindicato recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Chiclayo con la finalidad de que se implique la Ordenanza N° 017-2005-GPCH, publicada el 1 de julio de 2005, que modificó el reglamento de comercialización de productos y servicios en mercados y camales del Gobierno Provincial de Chiclayo.

Refiere que dicha ordenanza pretende realizar cobros por derechos como licencia de funcionamiento, derecho informático, derecho de regularización de conducción, derecho de registro de comerciante, entre los otros, como si fueran un servicio por derecho de saneamiento sin respetarse los criterios establecidos en la sentencia N° 0053-2004-PI/TC, del Tribunal Constitucional, puesto que con ello se vulnera sus derechos a la igualdad, de propiedad, al trabajo y al debido procedimiento administrativo, violándose además el principio de reserva de ley y el de seguridad jurídica.

2. Es necesario señalar que el sindicato recurrente solicita la inaplicación de una ordenanza, sin especificar qué artículos son los que presuntamente le afectarían. En tal sentido el proyecto en mayoría, realizando un análisis de la demanda, considera que lo que en puridad pretende el demandante es la inaplicación de los artículos 29, 30, 31 y 32 y la definición del término ambulante.
3. Es así que en el citado proyecto se ingresa al fondo para evaluar si la existencia de dichos dispositivos son atentatorios de los derechos del demandante. Particularmente considero prudente expresar que el Código Procesal Constitucional señala en su artículo 3° que *“Cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma autoaplicativa incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma.”*
4. Entonces tenemos que ante la solicitud de la inaplicabilidad de una ordenanza se debe de evaluar primero, si dicha norma es autoaplicativa y, segundo, si ésta es incompatible con la Constitución. Esta nueva innovación del referido Código se dio como una forma de garantizar la defensa de los derechos fundamentales, ante la limitación impuesta por el artículo 203°, inciso 7) de la Constitución, referida a la legitimidad para interponer demanda de inconstitucionalidad. Esta limitación ocasionó la existencia de normas inconstitucionales vigentes por no existir demanda



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

de inconstitucionalidad interpuesta por alguno de los legitimados, validando legalmente las vulneraciones de derechos fundamentales. Ante esta situación el Código inserta la figura de la *inaplicación de una norma por inconstitucional*, es decir ante la vigencia de una norma contraria a la Constitución, le dio la posibilidad a cualquier persona para que pueda reclamar la vulneración de sus derechos por la aplicación de una ley incompatible con la Carta Constitucional, buscando un pronunciamiento que sólo tendría efectos *inter partes*. Esto significa que el pronunciamiento sobre el fondo solo tendría efectos para el caso concreto, lo que implica que la norma seguirá vigente hasta que alguno de los sujetos legitimados interponga la demanda de inconstitucionalidad.

5. Siendo así este Colegiado ha venido admitiendo demandas que traían como pretensión la inaplicación del artículo de una ley, una ley en general, o cualquier otro dispositivo, bajo la argumentación de que colisionan con la Carta Constitucional. Es así que este Tribunal no solo es el encargado de aplicar el control concentrado sino también del control difuso, puesto que ante la existencia de una ley o artículos de ésta que colisione con la Constitución este Colegiado queda facultado a inaplicarla por inconstitucional, quedando vigente hasta que alguno de los sujetos legitimados interponga la acción de inconstitucionalidad en contra de ella, debiendo, en dicho caso, este Colegiado realizar el análisis de la norma a la luz de la Constitución (control concentrado). Es así que en la STC N° 03843-2008-PA/TC este Colegiado expresó respecto al control difuso que:

“Este Colegiado ha señalado que en virtud del artículo 138 de la Constitución y del artículo 3 del CPConst. la facultad de controlar la constitucionalidad de las normas autoaplicativas constituye un poder-deber para el juez; por ello las normas privadas que sean contrarias a los derechos constitucionales han de ser inaplicadas en cada caso concreto, esto al margen del control abstracto de las normas legales en la vía que corresponda.

El control difuso es un acto complejo y por ello requiere la verificación de los siguientes presupuestos: “*a) Que en el proceso constitucional, el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma inconstitucional. b) Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa con la resolución del caso. y c) Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la misma*”.

Cfr. Exp N.º 2600-2008-AA.”

6. Es así que este Tribunal, en dicho caso, resolvió por estimar la demanda, disponiendo en consecuencia la inaplicación a los recurrentes las modificaciones de los artículos 11, 12 y 14 de los Estatutos del Sindicato de Chóferes y Transportistas del Cusco, por considerar que son inconstitucionales.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

7. Es por ello que la figura presentada por el Código Procesal Constitucional en su artículo 3º se presentó como la fórmula mas efectiva de salvaguardar los derechos fundamentales de la persona humana, encontrando en ella la forma de bloquear a una norma que encontrándose vigente es inconstitucional, siendo vulneratoria de derechos fundamentales.
8. También debe tenerse presente que las estadísticas nos muestran que la aplicación del control difuso en los procesos ordinarios por parte de los jueces es mínima, lo que implica que no se está realizando un análisis de la norma a luz de la Constitución para resolver los casos llegados a su despacho.
9. Por lo expuesto he considerado necesario realizar la precisión respecto de por qué este Colegiado se pronuncia respecto a demandas de amparo que buscan la inaplicación de normas inconstitucionales, pese a la existencia del proceso de inconstitucionalidad.
10. Conuerdo con el proyecto traído a mi Despacho respecto al extremo que declara fundada la demanda inaplicando como consecuencia al caso concreto el artículo 30º de la referida ordenanza que dispone *que el conductor del puesto se encuentra obligado a cancelar el 1% por concepto de Derecho de Registro Informático* puesto que constituye un supuesto de confiscatoriedad cuantitativa, conforme al criterio esbozado en la STC N° 0041-2004-AI/TC; e infundada los demás extremos de la demanda.

Por lo expuesto la demanda debe declararse **FUNDADA**, en el extremo referido a la aplicación del artículo 30º de la Ordenanza N° 017-2005-GPCH, debiendo en consecuencia inaplicarse éste al caso concreto; e **INFUNDADA** los demás extremos de la demanda.

SS.

VERGARA GOTELLI

Lo que certifico:

DR. VICTOR ANDRES ALZAMORA CÁRDENAS
SECRETARIO RELATOR