



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

39

EXP. N.º 04941-2008-PA/TC
LIMA
UNION TOURS S.A.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, al primer día del mes de febrero de 2010, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia; con el fundamento de voto del magistrado Mesía Ramírez, que se agrega; los votos singulares de los magistrados Vergara Gotelli y Landa Arroyo, que se acompañan; y el voto singular en el que confluyen los magistrados Eto Cruz y Álvarez Miranda, que también se anexa.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Unión Tours S.A. contra la sentencia expedida por la Séptima Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 186, su fecha 13 de marzo de 2008, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

La recurrente, con fecha 28 de marzo de 2007, interpone demanda de amparo contra Lan Perú S.A., a fin de que cesen los actos atentatorios y violatorios a sus derechos constitucionales a la libertad de empresa, a la libertad de trabajo y a la igualdad. Como consecuencia de ello, solicita la demandante que la demandada deje sin efecto su unilateral, ilegal y arbitraria decisión de rebajar el pago de la comisión por venta de boleto de avión al 1%, y que reponga, respete y cumpla con cancelar el 10%, conforme a lo dispuesto por la Resolución Directoral N° 21-80-TC/AE.ca, de fecha 18 de abril de 1980.

Manifiesta que si bien el cobro de la comisión de 10% se mantuvo sin variación alguna hasta el año 2000, a partir de dicha fecha algunas aerolíneas extranjeras decidieron arbitraria y unilateralmente reducir el monto de la comisión al 6%. Asimismo, manifiesta que las agencias de viaje debían soportar el asedio sistemático de las aerolíneas, en razón a su posición de dominio dentro del mercado. Considera que tras ello, todas las aerolíneas, nacionales y extranjeras, concertaron la comisión en 6%, sin que el Estado peruano se interesara en hacer respetar la Resolución Directoral N° 21-80-TC/AE.ca.

Agrega que Lan Perú S.A., el 12 de diciembre de 2006, procedió a remitir una carta a la Asociación Peruana de Agentes Afiliados a IATA (APAAI), donde explica su decisión de rebajar al 1% la comisión que pagará a dichas agencias de viajes por la venta de boletos de avión, soslayando los efectos de la Resolución Directoral N° 21-80-TC/AE.ca.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Cuadragésimo Séptimo Juzgado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 2 de abril de 2007, rechaza *in limine* y declara improcedente la demanda, en aplicación del inciso 2), artículo 5.º del Código Procesal Constitucional, por considerar que existen vías procedimentales específicas igualmente satisfactorias para ventilar la controversia.

La demandada se apersona al proceso contradiciendo la demanda y sosteniendo que el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado expresamente en forma previa sobre procesos similares al que se encuentra bajo estudio, como en las sentencias emitidas en los Expedientes N° 6539-2006-PA y N° 9667-2006-PA, en los cuales desestima las demandas presentadas en aplicación del inciso 1), artículo 5.º del Código Procesal Constitucional.

La Sala revisora confirma la apelada en aplicación de los incisos 1) y 2), artículo 5.º del Código Procesal Constitucional, por considerar que existen vías procedimentales específicas igualmente satisfactorias para dirimir la pretensión.

FUNDAMENTOS

1. La recurrente interpone demanda de amparo contra Lan Perú S.A., a fin de que cesen los actos atentatorios y violatorios a sus derechos constitucionales a la libertad de empresa, a la libertad de trabajo y a la igualdad. Como consecuencia del cese de los actos atentatorios de los derechos constitucionales, solicita se deje sin efecto su unilateral, ilegal y arbitraria decisión de rebajar el pago de la comisión por venta de boleto de avión al 1%; y que se reponga, respete y cumpla con cancelar el 10% conforme a lo dispuesto por la Resolución Directoral N° 21-80-TC/AE.ca, de fecha 18 de abril de 1980.
2. Manifiesta que con la demandada existe un contrato de servicios de venta de boletos de viaje por el que recibe el 10% del producto bruto por dicha venta, el cual, con fecha 12 de noviembre de 2006, fue modificado unilateral y arbitrariamente cuando la demandada remitió una carta a las agencias de viajes en la que expresa su decisión de rebajar del 10% al 1% el monto de comisión que pagará por boleto de avión, contraviniendo lo dispuesto por Resolución Directoral N° 021-80-TC/AE, a pesar que hasta el año 2000 el contrato fue respetado y la comisión solo tuvo una reducción al 6%, que se soportó en razón de la posición de dominio de las aerolíneas extranjeras en el mercado.
3. En efecto, este Tribunal advierte que la Resolución Directoral N° 21-90-TC/AE.ca contiene un mandato que obliga a las líneas de servicio de transporte aéreo internacional que operan en el Perú a que abonen 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.

[Handwritten marks and signatures in the left margin]



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

4. Desde la perspectiva constitucional, se puede advertir que el propósito de la emisión de la Resolución Directoral N.º 021-80-TC/AE.ca, no fue otro que la de regular el pago de una suma de dinero en favor de 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 a la que ambas partes se sometieron sin cuestionamiento alguno, pues, por principio, el modelo económico social implementado en la Constitución permitía la intervención del Estado en diversos ámbitos económicos de la vida del país, incluso en el negocio entre particulares.
5. Sin embargo, con la emisión de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada (D.L. N.º 757), el Estado garantizó la libre iniciativa y las inversiones privadas, esto es, el derecho que tiene toda persona natural o jurídica a dedicarse a la actividad económica de su preferencia y en cualquiera de las formas empresariales o contractuales permitidas por la Constitución y las leyes; disposición legal a la cual también se sometieron las partes del proceso, y ello se puede advertir desde el momento en que aceptaron la reducción del porcentaje de venta de boleto del 10% al 6%, propio de un acto jurídico bilateral de carácter mercantil, sujeto a condiciones contractuales entre las aerolíneas y las empresas de venta de pasajes, infiriéndose del mismo que nos encontramos frente a un acuerdo entre privados, sujeto a la buena fe contractual.
6. De autos fluye que si bien la demandante invoca la violación de sus derechos fundamentales a la igualdad, a la libertad de trabajo y a la libertad de empresa, sin embargo, ninguna de las objeciones planteadas incide en el contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados, toda vez que lo que aquí se cuestiona es la reducción de una comisión de naturaleza mercantil, cuya validez deberá ser evaluada en el terreno de la legalidad infraconstitucional y 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).
7. Los contratos de comercio, como es sabido, deben ejecutarse y cumplirse de buena fe, según los términos en que fueron hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones (artículo 57º del Código de Comercio). Por tanto, no pueden admitirse ni deben presentarse situaciones en virtud de las cuales la empresa demandada pretenda no pagar la contraprestación pactada que conste en un contrato celebrado conforme a Derecho; de existir alguna infracción a la buena fe contractual y a las prestaciones recíprocas establecidas contractualmente, a juicio del Tribunal Constitucional, resultan de aplicación los artículos 5.1º y 38º

Handwritten notes in blue ink on the left margin, including a vertical line and some scribbles.

Handwritten scribble in blue ink at the bottom left of the page.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

del Código Procesal Constitucional, que disponen, 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”.

- 8. Sin perjuicio de lo expuesto, este Colegiado estima pertinente precisar que bajo tal argumentación no se está negando la posibilidad de cuestionar la validez de la comisión mercantil establecida por la empresa demandada –dado que la recurrente considera que ésta ha sido indebidamente reducida-, sino que 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, máxime cuando, conforme al artículo 9° del Código Procesal Constitucional, el proceso de amparo carece de una estación probatoria que permita acreditar fehacientemente las violaciones invocadas.

- 9. En conclusión, no corresponde emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, razón por la cual la demanda también debe ser desestimada en aplicación del artículo 5.2° del Código Procesal Constitucional, quedando a salvo el derecho de la empresa recurrente para que lo haga valer, en todo caso, en la vía y forma legal que corresponda.

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

HA RESUELTO

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN**

Lo que certifico

**FRANCISCO MORALES SARAVIA
SECRETARIO GENERAL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**



FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MESÍA RAMÍREZ

Haciendo uso de la facultad establecida por el artículo 5.º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y a pesar de que concuerdo con el fallo de la mayoría, manifiesto, a través de este voto, mi parecer discrepante con la fundamentación de la sentencia, por las siguientes razones:

1. La Sociedad demandante pretende que se deje sin efecto la disminución del monto de las comisiones pagadas a las agencias de viajes que representa por concepto de venta de pasajes aéreos; y que, en consecuencia, se ordene a Lan Perú S.A. que continúe abonando a las agencias de viajes que representa el monto de la comisión fijada por la Resolución Directoral N.º 021-80-TC/AE, del 18 de abril de 1980.
2. De la lectura de la demanda se infiere que el acto considerado lesivo es de carácter omisivo, por cuanto se alega que la afectación consiste en que Lan Perú no está cumpliendo con ejecutar el monto de la comisión fijada por la Resolución Directoral N.º 021-80-TC/AE, del 18 de abril de 1980, que a consideración de la Sociedad demandante constituye un acto de cumplimiento obligatorio.
3. Teniendo presente ello, estimo que la pretensión demandada debe ser resuelta en el proceso contencioso administrativo, por ser la vía igualmente satisfactoria para la tutela de los derechos presuntamente afectados (art. 5.2 del CPCConst.), debido a que Lan Perú es una persona jurídica bajo el régimen privado que presta un servicio público y que puede ser demandada en dicho proceso, y porque la omisión de ejecución de acto administrativo de cumplimiento obligatorio (Resolución Directoral N.º 021-80-TC/AE) constituye una actuación impugnable en dicho proceso.

Para arribar a dicha conclusión he tomado en cuenta los siguientes elementos: **a)** Lan Perú es una persona jurídica bajo el régimen privado que presta un servicio público, por lo que en virtud del artículo I del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General es considerada una entidad de la Administración Pública; **b)** al ser Lan Perú una entidad de la Administración Pública puede ser demandada en el proceso contencioso administrativo si la pretensión tiene relación con el servicio público que presta; y **c)** la Resolución Directoral N.º 021-80-TC/AE, al ser un acto administrativo de cumplimiento obligatorio que regula en cierta medida la prestación del servicio público, como lo es la comisión por venta de pasajes aéreos, su omisión o renuncia de cumplimiento puede ser demandada en el proceso contencioso administrativo.

4. A ello debe agregársele, que la Sociedad demandante en la fundamentación de su demanda también alega que la actuación de Lan Perú constituye un ejercicio abusivo de su posición dominante que debe ser sancionada.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sobre el particular, debo señalar que dicha pretensión no puede ser tutelada en el proceso de amparo, por cuanto para determinar la realización de dicha conducta prohibida es necesario la existencia de una etapa probatoria, así como la actuación de medios probatorios, siendo el proceso contencioso administrativo la vía satisfactoria para resolver dicha pretensión.

5. Finalmente, se señala que la conducta omisiva de Lan Perú perjudicaría al usuario final del servicio, es decir, que la demanda en principio no solo busca tutelar intereses particulares, sino también intereses difusos (usuarios), razón por la que también considero que el proceso contencioso administrativo es la vía igualmente satisfactoria, toda vez que en aplicación supletoria del Código Procesal Civil, un extracto de la demanda debe ser publicado a fin de que las asociaciones de consumidores participen en el proceso para manifestar su posición a favor o en contra de la demanda, lo cual no podría realizarse en el proceso de amparo por su naturaleza sencilla y rápida.

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

Sr.
MESÍA RAMÍREZ

Lo que certifico

FRANCISCO MORALES SARMIENTO
SECRETARIO GENERAL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N° 04941-2008-PA/TC
LIMA
UNIÓN TOURS S.A.

VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto por los fundamentos siguientes:

Petitorio de la demanda

1. Con fecha 28 de marzo de 2007 la empresa recurrente interpone demanda de amparo contra la empresa Lan S.A. con el objeto de que cese los actos atentatorios y violatorios a sus derechos constitucionales a la libertad empresa, libertad de trabajo, derecho a la igualdad, y en consecuencia se deje sin efecto la decisión de rebajar la comisión por venta de boleta de avión al 1%, debiendo respetar y cumplir el 10% conforme a lo dispuesto por la Resolución Directoral N° 21-80-TC/AE.ca de 18 de abril de 1980.

Refiere la empresa recurrente que el cobro de la comisión de 10% se mantuvo hasta el 2000, puesto que en dicha fecha algunas aerolíneas extranjeras decidieron unilateralmente reducir el monto de la comisión al 6%, lo que trajo como consecuencia que posteriormente todas las aerolíneas, nacionales y extranjeras, concertaran la comisión en 6%, sin que el Estado peruano se interesara en hacer respetar la Resolución Directoral N° 21-80-TC/AE.ca. Es así, en este contexto que la empresa demandada, posteriormente, con fecha 12 de diciembre de 2006, remitió una carta a la Asociación Peruana de Agentes Afiliados a IATA, APIA, donde explica su decisión de rebajar al 1% la comisión que pagará a las agencias de viaje por la venta de los boletos de avión, sin tener presente lo dispuesto por la Resolución Directoral N° 21-80-TC/AE.ca.

2. Las instancias precedentes declararon la improcedencia *in limine* de la demanda de amparo en atención a que existen vías procedimentales igualmente satisfactorias para la protección del derecho invocado conforme lo expresa el inciso 2) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional.
3. Entonces tenemos que el tema de la alzada trata de un rechazo liminar de la demanda (*ab initio*), en las dos instancias (grados) precedentes, lo que significa que no hay proceso y por lo tanto no existe demandado (emplazado). Por ello cabe mencionar que si el Superior revoca el auto venido en grado para vincular a quien todavía no es demandado porque no ha sido emplazado por notificación expresa y formal, corresponde entonces revocarlo y ordenar al inferior a admitir la demanda a trámite y correr traslado de ella al demandado. Lo que se pone en conocimiento es "el recurso interpuesto" y no la demanda, obviamente, mandato que tiene el propósito de vincular al pretense demandado con lo que resulte de la intervención de este Tribunal en relación específica al auto cuestionado. Cabe mencionar que el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

46

artículo 47° del Código Procesal Constitucional es copia del artículo 427° del Código Procesal Civil que en su parte final dice: “*Si la resolución que declara la improcedencia fuese apelada, el Juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto. La resolución superior que resuelva en definitiva la improcedencia, produce efectos para ambas partes*”, numeral que precisamente corresponde al rechazo in limine de la demanda y las posibilidades que señala para el superior (confirmar o revocar el auto apelado).

4. Es preciso señalar que al concedérsele al actor el recurso extraordinario de agravio constitucional, el **principio de limitación** aplicable a toda la actividad recursiva le impone al Tribunal Constitucional (Tribunal de alzada) la limitación de sólo referirse al tema del cuestionamiento a través del recurso de agravio constitucional, y nada más. Por ello es que el recurso de apelación concedido y notificado al que debería ser considerado demandado si la sala superior revoca el auto cuestionado, produce efectos para ambas partes.
5. Por cierto si el Superior revoca el auto venido en grado, para vincular a quien todavía no es demandado, tiene que ponérsele en su conocimiento “el recurso interpuesto” y no la demanda, obviamente.
6. En atención a lo señalado se concluye en que es materia de la alzada el pronunciamiento de este Tribunal respecto del rechazo liminar, estando en facultad sólo para pronunciarse por la confirmatoria del auto recurrido o su revocatoria; sin embargo he venido expresando en sendos votos que excepcionalmente podría ingresarse al fondo, para darle la razón al demandante, en casos de suma urgencia cuando se verifique la existencia de situaciones de hecho que exijan la tutela urgente, es decir cuando se evidencie estado de salud grave o edad avanzada del demandante u otro según la evaluación del caso concreto.
7. En el presente caso se advierte que existe una demanda de amparo propuesta por una persona jurídica, habiendo en reiteradas oportunidades expresado mi posición respecto a la falta de legitimidad de éstas para interponer demanda de amparo en atención a que su finalidad está dirigida incrementar sus ganancias. Es por ello que uniformemente he señalado que cuando la Constitución habla de los derechos fundamentales, lo hace pensando en la persona humana, esto es en el ser humano física y moralmente individualizado. Hacia él pues se encuentran canalizados los diversos atributos, facultades y libertades, siendo solo él quien puede invocar su respeto y protección a título subjetivo y en sede constitucional. Es por ello que nuestra legislación expresamente señala que la defensa de los derechos fundamentales es para la “**persona humana**”, por lo que le brinda todas las facilidades para que pueda reclamar la vulneración de sus derechos fundamentales vía proceso constitucional de amparo, exonerándoseles de cualquier pago que pudiera requerirse. En tal sentido no puede permitirse que una persona jurídica, que ve en el proceso constitucional de amparo la forma mas rápida y económica de conseguir sus objetivos, haga uso de este proceso excepcional y urgente, puesto que



ello significaría la desnaturalización total de dicho proceso. No obstante ello considero que existen casos excepcionales en los que este colegiado puede ingresar al fondo de la controversia, pese a la falta de legitimidad del demandante, en atención i) a la magnitud de la vulneración del derecho, ii) que ésta sea evidente y de inminente realización (urgencia) y iii) que ponga en peligro la propia subsistencia de la persona jurídica con fines de lucro. Además debe evaluarse el caso concreto y verificar si existe alguna singularidad que haga necesario el pronunciamiento de emergencia por parte de este Colegiado. Siendo así en este caso solo cabe evaluar de los argumentos esgrimidos en la demanda y de lo actuado en el presente proceso constitucional de amparo si existe alguna razón de urgencia para revocar el auto de rechazo liminar y admitir a trámite la demanda, puesto que lo contrario implicaría confirmar el mencionado auto de rechazo liminar. Además se puede presentar un caso excepcional en el que pese a existir rechazo liminar este Colegiado pueda ingresar a evaluar el fondo de la controversia, debiendo realizarse para ello una evaluación del caso en concreto.

Respecto al rechazo liminar

8. En el caso de autos se observa que si bien las instancias precedentes rechazaron liminarmente la demanda, también encontramos de fojas 113 y 185 que el que debió ser demandado –Lan Perú S.A.– no sólo se apersonó al proceso sino que además realizó una defensa de fondo, contradiciendo los argumentos esbozados por la demandante en su demanda. En tal sentido en este caso debe tenerse lo expresado por el demandado como la contestación de la demanda.

Respecto a la posibilidad de un pronunciamiento de fondo pese a ser la demandante una persona jurídica con fines de lucro.

9. Tenemos una demanda de amparo interpuesta por una persona jurídica con fines de lucro, habiendo señalado reiteradamente que ellas carecen de legitimidad para obrar activa para interponer demandas de amparo, pero estableciendo situaciones excepcionales en las que por presentarse una situación de urgencia se hace necesaria la intervención de este Colegiado.
10. En el presente caso se observa que la empresa demandante pretende por medio del proceso constitucional de amparo que se deje sin efecto la reducción del 10% al 1% del pago por comisión por venta de boletos de avión, considerando que con ello se está vulnerando sus derechos constitucionales a la libertad de empresa, libertad de trabajo y el derecho a la igualdad. Por tanto primero debemos analizar si es éste un caso excepcional que amerite un pronunciamiento urgente por parte de este colegiado.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

48

11. Es necesario señalar que en el presente caso si bien las agencias de viaje no brindan el servicio público de transporte aéreo a la comunidad su labor guarda íntima relación con éste, puesto que con la función que realizan facilita a los consumidores el acceso al servicio público que brindan las aerolíneas. Es en tal sentido que si bien las agencias de viajes no realizan un servicio público, es verdad también que están directamente ligadas a éste —específicamente el transporte aéreo—. Es así que al observarse que éstas demandan por una arbitraria reducción al 1% el pago de la comisión por venta de boleto de avión —que es precisamente la actividad que realizan—, es urgente que este Colegiado se pronuncie sobre el fondo de la controversia puesto que la decisión de la empresa demandada de ser arbitraria podría poner en peligro la propia subsistencia de las agencias de viaje.
12. Además resulta interesante realizar un análisis de la controversia, puesto que en la realidad la decisión de la empresa demandada podría constituir la exteriorización del poder de una empresa de transporte aéreo, que finalmente va a repercutir en la colectividad, ya que los consumidores son los destinatarios de dicho servicio, debiendo evaluarse también si existe un trato abusivo por parte de la aerolínea demandada hacia los consumidores en atención a su posición de dominio en el mercado. Finalmente también considero necesario el ingreso al fondo de la litis, en este caso por haber resuelto anteriormente dos causas que están íntimamente relacionadas y en las cuales emití un voto concordante con los de otros dos “magistrados” (Jueces Constitucionales), razón por la que en este caso no podría dejar de pronunciarme igualmente sobre el fondo de la materia controvertida.
13. Por tanto considero que en el presente caso al ser la demandante una empresa de turismo que está ligada al servicio público de transporte aéreo que reclama por la reducción unilateral de la comisión por la venta de pasajes por parte de la empresa Lan Perú S.A. al 1%, es necesario abordar el conflicto puesto que señala la empresa recurrente que se le está vulnerando su derecho a la libertad de empresa, libertad de trabajo e igualdad lo que está trayendo como consecuencia que se encuentre en una ***situación que pone en peligro no sólo su propia existencia sino que también va a incidir directamente en tipo servicio que se brinda al público usuario.***

En el presente caso

14. Encontramos la reclamación dirigida a cuestionar la reducción del 10% al 1% del pago de comisión por venta de boletos de avión, considerando que ésta decisión del demandado es arbitraria.
15. El Estado es el encargado de brindar los servicios públicos, en general desde que estos están dirigidos a satisfacer necesidades básicas de la colectividad, por lo que se convierte en su principal garante. Es en tal sentido que la participación del Estado se convierte en prioritaria, ya que tendrá como función propia el velar porque el servicio público que brinde al público consumidor sea de óptima calidad, desde que este servicio tendrá incidencia en toda la colectividad. Ello claro no significa que sea



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

el Estado quien va a administrar directamente dicho servicio público sino que será el encargado de garantizar la existencia misma del servicio y de su adecuada prestación, al margen de quien los administre. Esto, en resumidas cuentas ha de permitir que desde el Estado no sólo se regulen los aspectos esenciales sino que también intervenga éste constantemente en el momento en que estos son ejecutados, cuando el destinatario de los servicios reclame frente a una entrega mal dispensada. A tales efectos la relación Servicio Público-Estado es indisoluble en todas sus etapas, sin que sea posible invocar ámbitos exentos de control o fiscalización. Es por ello que en la posición que sostuve en los casos anteriores (Exps. 06539-2006-PA y 09667-2006-PA) expresé que *“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.*

(...)

*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. 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.**” (Subrayado nuestro).*

16. En el presente caso más que evaluar la vigencia de un dispositivo legal (Resolución Directoral N° 021-80-TC/AE.ca) considero que debe evaluarse si una empresa como Lan Perú S.A., puede imponer a las agencias de viajes la unilateral reducción de la comisión por venta de boletas de avión al 1%, sin que el Estado intervenga en dicha relación comercial que así deviene en riesgo de cancelación de sus actividades siendo éstas benéficas para los consumidores.
17. Tenemos que la Constitución Política del Perú de 1993 liberalizó la economía, limitando la intervención del Estado en el ámbito estrictamente económico, dejando al mercado para que se rija sólo por sus propias reglas. Es así que el Estado se convierte en un tercero que no participa en las relaciones comerciales, otorgando así un singular estatus a las empresas, puestos que ha procurado que éstas realicen una mayor inversión, tendiente al crecimiento económico del país. Es por ello que se considera que el modelo económico impuesto en la Carta Constitucional de 1993 es más garantista, en términos de libertades económicas, puesto que le otorga gran



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

libertad a las empresas, pudiendo éstas regular sus reglas en el mercado, quedando el Estado limitado sólo a un rol subsidiario en materia económica.

18. No obstante ello no puede asumirse que dicha limitación impuesta al Estado por la Carta del 1993 otorga legitimidad a las empresas para que realicen cualquier tipo de accionar que no puedan ser fiscalizadas o supervisadas por el ente estatal. Y este rol es necesario principalmente en materia de servicios públicos, puesto que el Estado es el obligado a brindarlos con la calidad requerida para que puedan satisfacer necesidades básicas de la colectividad.
19. En el caso de autos observamos que desde la perspectiva de las agencias de viajes – demandante– se observa que la empresa Lan Perú S.A. redujo la comisión por venta de boletos aéreos al 1% teniendo pleno conocimiento de que dicha actividad es su principal labor como empresas, por lo que tal disminución resulta evidentemente insuficiente para que dichas las agencias puedan seguir subsistiendo como empresas, obligándolas con ello a desaparecer. En tal sentido la reducción mencionada es totalmente irrazonable teniendo en cuenta sobre todo, como lo hemos mencionado, que la venta de pasajes aéreos es la principal actividad que desarrollan dichas agencias, siendo totalmente desproporcionado su margen de ganancia por una imposición arbitraria de quien ha conseguido un evidente dominio del mercado.
20. Por esto es que me permito señalar que no sólo debemos observar el conflicto desde la perspectiva de las agencias de viaje sino también de los consumidores, ya que si se observara que la reducción de la comisión por venta de boletos implica reducción de costos a la aerolínea con la consecuente reducción de los costos de los pasajes aéreos en beneficio de los consumidores (como ha sucedido en Chile, país en el que por haberse implementado e incentivado la venta vía internet de los pasajes aéreos, se ha disminuido los costos de Lan, trayendo ello como consecuencia la reducción de sus tarifas aéreas en beneficio de los usuarios) se podría justificar la decisión de la demandada, situación contraria en el Perú que significa el abuso de su posición de dominio para obtener mayores ganancias en desmedro de las agencias de viaje y de los propios consumidores, lo que evidentemente el Estado no puede permitir. En el caso de autos nuestra experiencia nos muestra que la empresa demandada a pesar de la reducción de la referida comisión a las agencias, no ha reducido el costo de los pasajes aéreos, lo que evidencia el aprovechamiento al máximo de su posición de dominio en mercado de transporte aéreo. Cabe además señalar que las agencias de viaje no solo ofrecen el servicio de venta de pasajes aéreos (nacionales e internacionales) sino que también brindan una mejor orientación al público usuario, tendiente a brindarle todas las opciones existentes de viajes, tours, hospedaje, etc., servicio que no brindan las aerolíneas, puesto que en éstas la orientación al usuario es muy limitada y abusiva puesto que funcionarios de cuarto nivel hacen lo que quieren al momento de los vuelos de sus naves.
21. Finalmente debe tenerse presente también que conforme se señala en la ponencia presentada por el Magistrado Landa Arroyo, la reducción de la comisión por pago



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

51

de venta de boletos aéreos va en contra de lo pactado por la Asociación de Transporte Aéreo Internacional (IATA) y las agencias de viaje, puesto que en sus acuerdos establecieron que “Por la venta del servicio de transporte aéreo y de servicios auxiliares por parte del agente, en virtud del presente Acuerdo, el transportista deberá remunerar al agente en forma y en la cantidad que se establezcan periódicamente, y comunicarlo a la agente de la Aerolínea. Esa remuneración deberá constituir una compensación total por los servicios prestados a la Aerolínea”. En tal sentido al haber un acuerdo previo no se puede pretender posteriormente reducir arbitraria y unilateralmente la referida comisión, puesto que ésta no sólo quiebra con lo pactado anteriormente sino que afecta directamente de manera negativa a las agencias de viaje, parte principal en el servicio a la comunidad.

22. Es así que no se puede aceptar el dominio de una empresa poderosa sobre otra que se ve debilitada por una reducción de comisión que no solo es irrazonable sino arbitraria puesto que contraviene acuerdos previamente pactados entre ellas. Por ello es que considero que con dicha reducción no sólo está en peligro la subsistencia de las agencias de viaje –las que también apoyan al transporte aéreo con la venta de pasajes– sino también se afecta al público usuario, quien será finalmente el mayor afectado ya que ni se reducirán los pasajes aéreos ni podrán acceder a la orientación y atención más diligente que brindan las agencias de viaje.
23. Finalmente debo señalar que si bien no cabe la intromisión o intervención de este Colegiado en la transacción que realizan dos personas jurídicas con fines de lucro fijando montos o estableciendo porcentajes, tampoco podemos estar ajenos a una realidad palpitante que nos muestra el dominio de una empresa poderosa en desmedro de otra, lo que además repercute de forma negativa en el servicio público brindado a la colectividad. Es en tal sentido que considero que dicha reducción no es ni puede ser considerada como razonable o proporcional a la labor que realizan las agencias de viaje, por lo que este Colegiado no puede permitir ni avalar una situación arbitraria que causa desmedro y pone en peligro la existencia de la propia persona jurídica. Y no sólo se ha realizado la evaluación en la perspectiva del demandante sino también del público usuario, el que no se ha visto beneficiado con una disminución en el valor de los pasajes, evidenciándose así que la empresa demandada sólo se ha preocupado por incrementar sus ganancias. En tal sentido considero que a reducción unilateral de la comisión por la venta de boletos aéreos es arbitraria, debiendo en todo caso realizar la fijación y/o negociación de los montos correspondientes al porcentaje de la Comisión por venta de pasajes aéreos por las mismas partes y sólo en caso de discrepancia, dejar al Estado la facultad de decidir.
24. Por lo expuesto, observándose que la reducción de la comisión por pago de venta de boletos al 1% ha sido unilateral y arbitraria considero, como lo hice en casos anteriores, que la demanda debe ser estimada, puesto que no sólo se está afectando los derechos de una empresa que se encuentra disminuida por otra poderosa, sino que también encontramos involucrado al público usuario. Siendo ello así considero



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

52

EXP. N° 04941-2008-PA/TC

LIMA

UNIÓN TOURS S.A.

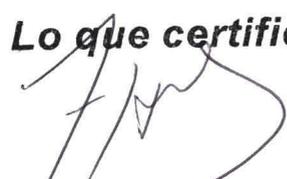
que debe mantenerse la comisión establecida por la Resolución Directoral N° 021-80-TC/AE, del 18 de abril de 1980, hasta que por propio acuerdo de las partes o por intervención del propio Estado, ante una situación de necesidad se decida realizar la variación de la referida comisión.

Por ello es que la demanda de amparo propuesta por la empresa Unión Tours S.A. debe declararse **FUNDADA**, debiéndose en consecuencia 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 ella, hasta que las partes directamente involucradas o el propio Estado, ante discrepancia, intervenga para realizar alguna variación de la referida comisión.

Sr.


VERGARA GOTELLI

Lo que certifico


 **FRANCISCO MORALES SARAVIA**
SECRETARIO GENERAL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04941-2008-PA/TC
LIMA
UNION TOURS S.A.

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO LANDA ARROYO

Visto el recurso de agravio constitucional interpuesto por Unión Tours S.A. contra la sentencia expedida por la Séptima Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 186, su fecha 13 de marzo de 2008, que declaró improcedente la demanda de autos, el magistrado firmante emite el siguiente voto:

La recurrente, con fecha 28 de marzo de 2007, interpone demanda de amparo contra Lan Perú S.A., a fin de que cesen los actos atentatorios y violatorios a sus derechos constitucionales a la libertad de empresa, libertad de trabajo y a la igualdad. Como consecuencia de ello, solicita la demandante que la demanda deje sin efecto su unilateral, ilegal y arbitraria decisión de rebajar el pago de la comisión por venta de boleto de avión al 1 % reponiendo, respetando y cumpliendo con cancelar el 10% conforme a lo dispuesto por la Resolución Directoral N° 21-80-TC/AE.ca de fecha 18 de abril de 1980.

Manifiesta que si bien el cobro de la comisión de 10% se mantuvo sin variación alguna hasta el año 2000, a partir de dicha fecha algunas aerolíneas extranjeras decidieron arbitraria y unilateralmente reducir el monto de la comisión al 6%. Asimismo, manifiesta que las agencias de viaje debían soportar el asedio sistemático de las aerolíneas, en razón a su posición de dominio dentro del mercado. Considera que tras ello, todas las aerolíneas, nacionales y extranjeras, concertaron la comisión en 6%, sin que el Estado peruano se interesara en hacer respetar la Resolución Directoral N.º 21-80-TC/AE.ca.

Agrega que Lan Perú S.A., el 12 de diciembre de 2006, procedió a remitir una carta a la Asociación Peruana de Agentes Afiliados a la IATA (Asociación Internacional de Transporte Aéreo), donde explica su decisión de rebajar al 1% la comisión que pagará a dichas agencias de viajes por la venta de boletos de avión, soslayando los efectos de la Resolución Directoral N° 21-80-TC/AE ca.

El Cuadragésimo Juzgado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 2 de abril de 2007, rechaza *in limine* y declara improcedente la demanda, en aplicación del inciso 2), artículo 5.º del Código Procesal Constitucional, por considerar que existen vías procedimentales específicas igualmente satisfactorias para ventilar la controversia.

La demandada se apersona al proceso contradiciendo la demanda y refiere que el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado expresamente en forma previa sobre

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

procesos similares al que se encuentra bajo estudio, como en las sentencias emitidas en los Expedientes N° 6539-2006-PA y 9667-2006-PA, en los cuales desestima las demandas presentadas en aplicación del inciso 1), artículo 5.º del Código Procesal Constitucional.

La Sala revisora confirma la apelada en aplicación de los incisos 1) y 2), artículo 5.º del Código Procesal Constitucional, por considerar que existen vías procedimentales, específicas igualmente satisfactorias, para dilucidar la pretensión.

1. En el presente caso, solicita la demandante que la demandada deje sin efecto su unilateral, ilegal y arbitraria decisión de rebajar el pago de la comisión por venta de boleto de avión al 1%, y que, por tanto, cumpla con cancelar el 10% de la comisión por venta de boleto de avión, conforme a lo dispuesto por la Resolución Directoral N° 21-80-TC/AE.ca de 18 de abril de 1980.
2. Considerando lo anterior, en el presente caso cabe tener en cuenta que tal como ha informado previamente al Presidente de la Asociación de Agencias de Viajes y Turismo el Vice Ministro de Turismo del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, mediante el Oficio N° 119-2007-MINCETUR/VMT, la Resolución Directoral N° 21-80-TC/AE.ca, que se solicita cumplir, ha sido derogada tácitamente.
3. En tal sentido, consta en autos a fojas 203, copia del Oficio N° 119-2007-MINCETUR/VMT, el cual se establece que:
Al respecto tengo a bien manifestarle que según la evaluación legal efectuada no es precedente la aprobación de una disposición legal que establezca una comisión mínima a favor de las agencias de viaje y turismo por la venta de pasajes aéreos. Una disposición de esta naturaleza resultaría inconstitucional en la medida en que se afectaría los derechos constitucionales tales como la libertad contractual, la libertad de empresa, la iniciativa privada, la pluralidad económica entre otros.

Asimismo, en relación a la Resolución Directoral N.º 21-80-TC/AE.ca expedida por la Dirección General de Transporte Aéreo en el marco de la Constitución de 1979 a través de la cual se estableció para las aerolíneas la obligación legal de abonar a las agencias de viajes una comisión de 10% calculada sobre el valor de cada boleto vendido, es preciso indicarle que la misma fue derogada tácitamente por el Decreto Legislativo N.º 757 - Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada- el cual contiene disposiciones que promueven el crecimiento de la inversión en todos los sectores de la economía.

En este sentido, este despacho es de la opinión que los agentes del sector privado involucrados en esta problemática busquen soluciones empresariales creativas e innovadoras a efectos de subsanar la actual crisis que vienen



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

atravesando, sin vulnerar el marco legal vigente, que tengan viabilidad y sostenibilidad en nuestra economía social de mercado (subrayado agregado).

4. En el mismo sentido se pronuncia la Dirección Nacional de Turismo respecto al interés de la Asociación de Arequipa de Agencias de Viajes y Turismo (AVIT) de impulsar un proyecto de ley que establezca una comisión por venta de boletos aéreos a las agencias de viajes y turismo del Perú, a través del Informe N° 19-2006-MINCETUR/DMT/DNT/TICS de fecha 31 de mayo de 2006.
5. En dicho Informe se estableció lo siguiente:
En ese sentido, la propuesta alcanzada por AVIT referida a que el estado peruano apruebe un dispositivo legal, que asegure a las agencias de viaje, una determinada comisión por la venta de pasajes aéreos, resulta ser inconstitucional, en la medida que atentaría contra la libertad contractual, libertad de empresa, la iniciativa privada, la pluralidad económica, la economía social de mercado, etc., entre otras.
6. También en el mismo sentido se ha pronunciado expresamente el Director General de Aeronáutica Civil del Ministerio de Transportes y Comunicaciones mediante Informe N° 0112-2007-MTC/12 del 26 de febrero de 2007, frente a una solicitud de información del Tribunal Constitucional.
7. En el Informe N° 0112-2007-MTC/12 el Director General de Aeronáutica Civil del Ministerio de Transporte y Comunicaciones ha establecido que;

Al contravenir los principios constitucionales y el Decreto Legislativo N.º 757, la Resolución Directoral N.º 21-80-TC/AE.ca que estableció administrativamente la comisión que debía pagarse a las Agencias de Viaje habría quedado derogada tácitamente.

8. Conforme a ello, estimo que el hecho de que la Resolución Directoral N.º 21-80-TC/AE.ca de 18 de abril de 1980, que sustenta el cobro de la comisión de 10% sobre el valor de cada boleto aéreo vendido de las aerolíneas nacionales e internacionales a favor de las agencias de viajes, se encuentre derogada, no es óbice para emitir un pronunciamiento de mérito por las razones que a continuación expongo, aunque previamente cabe hacer algunas consideraciones procesales con respecto a las sentencias emitidas en los Exp. N.º 6539-2006-PA/TC y N.º 9667-2006-PA/TC.
9. Mediante dichas resoluciones, el Tribunal Constitucional declaró improcedente la demanda de amparo de conformidad con el artículo 5º, inciso 1 del Código Procesal Constitucional, por considerar que, dada la naturaleza jurídica del pago a las agencias de viaje como comisión mercantil, la controversia no podía ser resuelta en el proceso constitucional de amparo sino en la vía ordinaria. Sin embargo, en el presente caso, la controversia, a mi juicio, no gira tanto en torno a aquello, sino sobre la forma como ha iniciado la decisión unilateral de la



56

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

emplazada en la esfera jurídica que otorga la Constitución (artículo 65°) a los usuarios y consumidores.

10. Además de ello, en ambas resoluciones se estableció que

"[e]n 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) (Cr. 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, ello 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 (...)"

11. Considero pues, que, en estricto, la actividad que realizan las agencias de viaje no puede reputarse como servicio público. En efecto, en la STC 034-2004-AI/TC (fundamento 40) se ha señalado que lo que caracteriza a un servicio público como tal es:

(1) su naturaleza esencial para la comunidad, (2) la necesaria continuidad de la prestación y (3) un estándar mínimo de calidad y (4) el acceso al mismo en condiciones de igualdad. A ello habría que agregar (5) su titularidad (*publicatio*) que es siempre estatal. No debe confundirse ésta con la gestión que puede ser estatal o privada. A estos efectos, la actividad llevada a cabo por las agencias de viaje no califican como servicio público.

12. Ahora, si es verdad, como se dijo en las resoluciones antes citadas, que dicha actividad guarda relación con el servicio público del transporte aéreo, lo cual jurídicamente es muy distinto a decir que son un servicio público más, en la medida que incide favorablemente en la esfera de protección de los usuarios de dicho servicio público. A efectos de la protección constitucional del artículo 65° de la Constitución, es claro el deber que asume el Estado de proteger a todos los usuarios y consumidores de bienes, servicios o actividades que se ofrecen en el mercado libremente, pero que la validez de tales actos es a



57

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

condición que se ejerzan en el marco regulatorio de la economía social de mercado, de conformidad con el artículo 58° de la Constitución.

13. Sobre todo si de lo que se trata es de garantizar un estándar mínimo de calidad y precio de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado, así como que su acceso sea en condiciones de igualdad, seguridad y dignidad en general. Esto es así por cuanto la protección constitucional de los usuarios y consumidores es una concretización de la protección de los derechos fundamentales de las personas y el respeto de su dignidad, que constituyen la finalidad del Estado y la sociedad (artículo 1° de la Constitución).
14. De otro lado, el Tribunal Constitucional también ha considerado que "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". Al respecto, la doctrina autorizada señala que "[ha evolución de los servicios públicos durante los últimos años revela una tendencia hacia la monopolización de la oferta, esto es la progresiva absorción de los pequeños por los grandes gestores, la ampliación de la zona concesional y la concentración empresarial, a pesar de que las legislaciones- inútilmente- siguen proclamando la prohibición del monopolio, en lugar de precisar la figura del abuso de posición de dominio" (Kresalja Baldo y Ochoa César, Derecho constitucional económico, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2009, pp. 560-561).
15. Considero por ello que en la presente controversia, es claro que no se pone en cuestión naturaleza mercantil que tiene el pago de la comisión por parte de las aerolíneas a las agencias de viaje. Pero de las consideraciones vertidas en los fundamentos anteriores y sobre todo de las disposiciones constitucionales que otorgan una protección especial a los consumidores y usuarios, el carácter *unilateral* de dicha comisión no puede ser sinónimo de arbitrariedad en el marco de un Estado constitucional que proscribiera expresamente el abuso del derecho (artículo 103° de la Constitución).
16. El carácter privado de una institución jurídica, como la comisión mercantil, no coloca a ésta fuera de los límites que la Constitución establece inclusive para la autonomía privada de la voluntad. Una lectura constitucional de las disposiciones de Derecho Privado se hace necesaria en una Constitución que, aparte de su fuerza irradiadora de todo el ordenamiento jurídico, consagra valores y principios constitucionales (como el principio de interdicción del abuso de derecho) que alcanzan también a las relaciones entre particulares.
17. De ahí que el monto del pago de la comisión por venta de pasajes aéreos debe ser un monto razonable y proporcional (evidentemente no podría ser el 1%) a la actividad que realizan las agencias de viaje, dado que quiebra la relación positiva que debe existir entre los costos y el beneficio que la libertad de empresa protege. Más aún si así se establece en los acuerdos suscritos entre la Asociación de Transporte Aéreo Internacional (IATA) y las agencias de viajes, al prever que: "*Por la venta del servicio de transporte aéreo y de servicios auxiliares por parte del agente, en virtud del presente Acuerdo, el transportista*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

SB

deberá remunerar al agente en la forma y en la cantidad que se establezcan periódicamente, y comunicarlo a la agente de la Aerolínea. Esa remuneración deberá constituir una compensación total por los servicios prestados a la Aerolínea".

18. El hecho que la disminución de dicho pago se haya realizado en forma progresiva no elimina el elemento de arbitrariedad que dicho proceder de las aerolíneas comporta, sobre todo si ello no se ha reflejado en la disminución de los precios de los billetes aéreos para los usuarios. Lo cual sí ha sucedido en Chile en un orden de 30% en los últimos tres años, donde la intensificación del uso de Internet para la venta de boletos y para el chequeo ha sido uno de los principales elementos que le ha permitido a LAN reducir sus tarifas aéreas en beneficio del público usuario (Cfr. Diario "La Tercera" de Chile, 16-10-2009, p. 30).
19. Así, el pago de la comisión, a mi juicio, no se determina tanto por la existencia de la Resolución Directoral N.º 21-80-TC/AE.ca del 18 de abril de 1980 (que estaría derogada), sino porque debe existir una efectiva contraprestación económica, razonable y proporcional, al servicio que brindan las agencias de viaje y que reduce el beneficio del usuario, quien es en última instancia, el soberano en una economía libre o social de mercado.
20. Dentro de todo este análisis no debe omitirse al consumidor o usuario. Sólo con reparos puede aceptarse la afirmación de que aquél es el eslabón final de la cadena del mercado, siendo que, en realidad y por el contrario, no es una parte más de esa cadena sino el fin primordial del mercado. El mercado –enfático ello– es sólo un instrumento de realización de los consumidores y usuarios y no un fin en sí mismo. En este sentido y en la medida que la presente controversia tiene incidencia en la protección constitucional que otorga el artículo 65º de la Constitución, la demanda debe ser estimada.

Por estas razones mi voto es por:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo de autos.
2. Disponer que la emplazada pague un monto de comisión razonable y proporcional al costo/beneficio de la actividad que realiza Unión Tours S.A.

Sr.

LANDA ARROYO

Lo que certifico

FRANCISCO MORALES SARAVIA
SECRETARIO GENERAL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04941-2008-PA/TC
LIMA
UNION TOURS S.A.

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS ETO CRUZ Y ÁLVAREZ MIRANDA

Con el respeto que merecen nuestros colegas magistrados, no estamos de acuerdo con los fundamentos ni con el fallo de la sentencia firmada en mayoría, por las siguientes consideraciones de hecho y de derecho:

1. Debemos partir por establecer que el problema central del presente caso se circunscribe a **determinar si es que la Resolución Directoral N.º 21-80-TC/AE.ca, del 18 de abril de 1980, está vigente o no, esto es, si es que dicha norma es aplicable en el ordenamiento jurídico en cuestión.** La resolución directoral contiene un mandato que obliga a las líneas de servicio de transporte aéreo internacional que operan en el Perú a que abonen 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. Entonces, la cuestión que habría que resolver es si es que dentro del modelo económico dispuesto por la Constitución está permitido que el Estado intervenga en la relación de dos particulares, determinando cuál es el porcentaje que se debe de pagar por los servicios prestados.
2. La materia de autos no nos coloca ante un mero análisis contable en torno a la relación que debe existir entre los costos y el beneficio empresarial, pues ello supone una injerencia desproporcionada en el contenido de la libertad de empresa que este Tribunal debe proteger, tal como será desarrollado *infra*.
3. En ese sentido, consideramos que las materias constitucionalmente relevantes que debieron haber ameritado un pronunciamiento del Colegiado que integro, son las siguientes:
 - §1. Respecto al rechazo liminar de la presente demanda.
 - §2. Sobre el petitorio de la demanda de autos.
 - §3. El transporte aéreo como servicio público (Ley 28525).
 - §4. En cuanto a las comisiones pagadas a las agencias de viaje y su ubicación en la cadena de prestación del servicio público.
 - §5. Determinación de la vigencia de la Resolución Directoral N.º 021-80-TC/AE.
 - §6. Regulación de posiciones dominantes.

§1. Respecto al rechazo liminar de la presente demanda

4. Del expediente de autos se aprecia que tanto el juez constitucional de primer grado como el de segundo grado han rechazado liminarmente la presente demanda de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

60

amparo. Así, el Cuadragésimo Séptimo Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Lima, con fecha 2 de abril de 2007, rechazó in límine y declaró improcedente la demanda, en aplicación el artículo 5º, inciso 2), del Código Procesal Constitucional; y, la Séptima Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 13 de marzo de 2008, confirmó tal resolución.

5. Debe advertirse que si bien el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado en dos casos anteriores (STC N.º 6539-2006-PA/TC y N.º STC 9667-2006-PA/TC) sobre la misma controversia ahora planteada, también es cierto que en ambos expedientes se declaró, si bien por mayoría, la improcedencia de dichas demandas de amparo. Ello no impide, a nuestro entender, que se dicte ahora un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, por cuanto “[e]n los procesos constitucionales sólo adquiere la autoridad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncia sobre el fondo” (artículo 6 del Código Procesal Constitucional).
6. En ese sentido, siendo evidente que en las dos decisiones anteriores del Tribunal no emitió un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión, estimamos que no se configura el supuesto previsto en el artículo 6º del Código Procesal Constitucional. Y ello porque una decisión sobre cuestiones estrictamente formales, emitida dentro de un proceso constitucional, no enerva la posibilidad de que la misma controversia pueda ser objeto de un ulterior pronunciamiento. Resulta pertinente pues, a nuestro juicio, ingresar al fondo de la controversia y dictar un pronunciamiento de mérito.
7. De otro lado, y a fin de no afectar el derecho de defensa de la emplazada, debe verificarse si, al emitir un pronunciamiento de fondo, no resultaría transgredido tal derecho. Conforme consta en autos, la emplazada no sólo se ha apersonado en el presente proceso constitucional (fojas 166), sino que, materialmente, también ha cuestionado los argumentos de la demanda (fojas 222).
8. Por todo lo señalado anteriormente, de conformidad con el tercer párrafo del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y con los principios de economía y celeridad procesal, somos de la opinión que el Tribunal Constitucional tiene competencia para conocer y resolver el fondo de la controversia constitucional.

§2. Sobre el petitorio de la demanda de autos

9. Mediante la demanda de amparo de autos la recurrente persigue el cese de la amenaza de la demandada de reducir el pago de la comisión por venta de boleto de avión de 10% al 1%, y en consecuencia, se cumpla con el Contrato de Servicios de Venta de Boletos para transporte de pasajeros, respetándose el 10% por comisión vigente, conforme lo dispone la Resolución Directoral N.º 021-80-TC/AE, del 18 de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

abril de 1980. Así, la asociación demandante invoca la vulneración de sus derechos fundamentales a la libertad de empresa, a la libertad de trabajo y a la igualdad. Por ello, estimamos pertinente referirnos a ellos en el marco de la Constitución vigente.

10. Si bien la economía goza de autonomía respecto de la política, en tanto su dinámica interna no depende de la voluntad de los gobernantes sino del comportamiento social de los individuos, observado y descrito científicamente, y que la democracia es ante todo un sistema político destinado a comprender la continua confrontación de intereses y tendencias, resolviéndolas institucionalmente con acuerdo de las mayorías y respeto de las minorías; no obstante, conforme a lo dispuesto en los artículos 58°, 59°, 61°, 65° y 84° de la Constitución, existe una íntima vinculación entre la economía, la democracia y los derechos fundamentales de las personas, por cuanto el sistema democrático que no proteja o brinde condiciones mínimas de bienestar a los ciudadanos no puede garantizar la eficacia plena de los derechos fundamentales.
11. En consecuencia, una economía, para ser considerada eficiente, no puede desconocer los valores y principios constitucionales; toda vez que confundir la tolerancia dentro de un sistema de valores con el relativismo, supone desaprender el valor y la esencia de la democracia. De ahí que sea necesario arribar a un concepto constitucional de mercado, que no puede ser entendido en términos puramente económicos, sino también, desde la perspectiva del Derecho Constitucional, como un espacio social y cultural en el que la dignidad de la persona humana y su defensa –en tanto fin supremo del Estado y de la sociedad (artículo 1° de la Constitución)– no sólo sea declarativamente respetada, sino concretada a través del mercado y de las libertades económicas.
12. La perspectiva económica del mercado y de la libertad de empresa debe incluir el reconocimiento integral de la persona humana –reconocimiento que comprende las relaciones en las que concurre como consumidor o usuario–; porque la única concomitancia que cabe en un Estado social y democrático de Derecho, es la de medio a fin, de aquéllos con respecto a ésta. Ello es así, porque el mercado no es la medida de todas las cosas y sin lugar a dudas no es la medida del ser humano¹.
13. De ahí que una perspectiva constitucional del mercado y de las libertades económicas no puede soslayar determinados elementos constitucionales: (i) la persona humana y su dignidad, en la medida que ésta no puede ser un objeto de los poderes públicos o privados, (ii) las libertades económicas que la Constitución reconoce, pero ejercidas en armonía con el conjunto de valores, principios y derechos constitucionales, (iii) la observancia ineludible de las normas y procedimientos legales, (iv) el respeto de los derechos laborales dentro del marco

¹ HÄBERLE, Peter. “Incurtus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: Siete tesis de trabajo”. En: *Nueve ensayos constitucionales y una Lección jubilar*, Lima, Palestra, 2004, pp. 115-116.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

62

constitucional y legal establecido, lo cual no es sino una manifestación del primer elemento mencionado, y (v) el respeto al medio ambiente, que es también una concretización de la responsabilidad social de las empresas.

14. Dentro de este conjunto de garantías corresponde realizar una especial referencia a la libertad de empresa, consagrada en el artículo 59° de la Constitución, según el siguiente tenor: “[e]l Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades”.
15. A partir de esta disposición constitucional, el Tribunal Constitucional ha definido la libertad de empresa 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 o usuarios. La libertad de empresa tiene como marco una actuación económica autodeterminativa, lo cual implica que el modelo económico social de mercado será el fundamento de su actuación y, simultáneamente, le impondrá límites a su accionar. Consecuentemente, dicha libertad debe ser ejercida con sujeción a la ley –siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan de la seguridad, la higiene, la moralidad o la preservación del medio ambiente–, y su ejercicio deberá respetar los diversos derechos de carácter socio-económico que la Constitución reconoce” (STC N.º 07339-2006-AA/TC, fundamento 53).
16. En cuanto al contenido esencial de la libertad de empresa, está determinado por cuatro tipo de libertades, las cuales terminan configurando el ámbito de irradiación de la protección de tal derecho:
 - a) La *libertad de creación de empresa y de acceso al mercado* significa libertad para emprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado.
 - b) La *libertad de organización* contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros).
 - c) La *libertad de competencia*.
 - d) La *libertad para cesar las actividades* es la posibilidad de actuar con libre voluntad para disponer el cierre o cesación de las actividades de la empresa, cuando ésta no encuentre en el mercado la legítima satisfacción de sus intereses societarios al haber resultado ineficiente su relación en los factores económicos de los que dependía la obtención de utilidades.



17. Dentro de este marco desarrollaremos el análisis que nos permitirá determinar la validez constitucional de la comisión por concepto de viajes aéreos.

§3. El transporte aéreo como servicio público (Ley 28525)

3.1. La configuración de los servicios públicos

18. En lo que respecta al concepto de servicio público, el Tribunal Constitucional expuso un primer desarrollo en la STC N.º 0005-2003-AI, que aquél constituye la prestación que efectúa la administración del Estado en algunos casos en forma directa (a través del gobierno central o sus reparticiones), y 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.
19. En el mismo sentido, mediante STC N.º 0034-2004-AI el Tribunal Constitucional determinó que si bien nuestro ordenamiento jurídico no recoge una definición específica sobre el concepto de servicio público, y la Constitución no ha establecido un listado de actividades que deban considerarse como tales, es innegable la voluntad de observar y encomendar al Estado una tarea de especial promoción en cuanto a ellos (artículo 58º de la Constitución); de ahí la importancia de que, vía legislativa, se desarrolle los servicios públicos y sus alcances.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

64

21. Conforme ya se ha señalado en la STC N.º 0005-2003-AI, 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 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.
22. Al respecto, la Administración, en efecto, comienza por reglamentar (haciendo uso de los poderes que tiene para ello), el funcionamiento y uso del servicio por parte de los administrados. Esta reglamentación será tanto más intensa, y abarcará tantos más aspectos de las relaciones entre servicio y usuarios, cuanto el servicio tenga un carácter más administrativo (o, lo que es lo mismo, menos industrial o comercial), y en tanto se emplee una fórmula directa de gestión. El ámbito de cuestiones no previsto en la reglamentación administrativa, puede y debe resolverse mediante la aplicación de los criterios contractualistas².
23. El rol del Estado dentro de contextos como los anteriormente descritos impone pues no sólo garantizar la existencia misma de los servicios públicos, sino su adecuada prestación, independientemente de quién los administre. Ello, en resumidas cuentas, permite que desde el Estado no sólo se regulen los aspectos esenciales del mismo, sino que éste pueda intervenir en el momento en que estos son ejecutados, o 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, siempre atendiendo a la perspectiva constitucional de considerar a la persona humana, en tanto consumidor o usuario, como fin supremo de los servicios.

3.3. La Ley N.º 28525, de Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo

24. De otro lado, la Ley N.º 28525, de Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 25 de mayo de 2005, declara, en su artículo 1º, 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 (artículo 3º) 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”.

² GARRIDO FALLA, Fernando y Otros. *Tratado de derecho administrativo*, volumen II. Madrid: Tecnos, 12ª edición, p. 466.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

65

25. Asimismo, el Decreto Supremo N.º 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”. Con lo cual, queda perfectamente establecido que el servicio público se limita a las actividades relacionadas directamente con el servicio de transporte, más no lo relacionado a las relaciones comerciales entre las agencias de viajes y las líneas aéreas.

§4. En cuanto a las comisiones pagadas a las agencias de viaje y su ubicación en la cadena de prestación del servicio público

4.1. Modelo económico y comisión por concepto de viajes aéreo

26. Aun cuando la denominada “comisión por concepto de venta de pasajes aéreos individuales” tiene antecedentes inmediatos en la Resolución Directoral N.º 0048-76-TC-cae, del 15 de junio de 1976, y en la Resolución Directoral N.º 0025-79-TC-AE-ca, del 23 de mayo de 1979; cuando quedó regulada mediante la invocada Resolución Directoral N.º 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.

27. La Carta Constitucional de 1979 tenía una idea afianzada en torno de los roles que al Estado le correspondía cumplir en los ámbitos económicos y sociales del país. Los artículos 110º, 111º, 112º, 113º, 114º y 115º 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.

28. 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, se corresponde con las reformas realizadas tendientes a liberalizar la economía de una forma mucho más elástica, como respuesta a la grave crisis de los años precedentes. Es en dicho contexto que se expiden, entre otras normas, el Decreto Legislativo N.º 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.º 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.º 757

Handwritten signature or mark.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

(mediante el cual se Aprueba la Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada).

29. No obstante, consideramos conveniente afirmar que si bien la economía de los años noventa fue más flexible que la de los años precedentes, no cabe identificar dicho cambio como una desvirtuación absoluta o total de los roles y 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.

4.2. La naturaleza de la comisión por concepto de viajes aéreo

30. 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 período actualmente transitado.
31. Desde la perspectiva constitucional, cuando la Resolución Directoral N.º 021-80-TC/AE fue emitida, el propósito de ella no parecía otro que el de imponer el pago de una suma de dinero en favor de 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 económicos de la vida del país, incluso en los negocios entre particulares.
32. Lo que cabe preguntarse es si la referida comisión tiene o no forma de armonizarse con la vigente Constitución de 1993, bajo el supuesto de que dicha Carta (como otras normas de carácter infraconstitucional) liberaliza sustancialmente la economía y, por consiguiente, no permite la intervención regulatoria del Estado en ámbitos como el aquí señalado.
33. 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 intervención estatal razonable y proporcional. Como se ha señalado, 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

que nuestro modelo estructural responde al de un Estado social y democrático de derecho.

34. Pero dicha lectura constitucional del modelo económico imperante en estos dos momentos, es decir, el de la Constitución de 1979 y el de la Carta de 1993, tal como ha sido desarrollado *supra*, no puede entenderse desligado de la realidad que se ha vivido en el transcurso del tiempo. En dicho sentido:

- En un primer momento cuando en nuestro país se hace medianamente accesible el servicio público de transporte aéreo para los usuarios, era mucho más perceptible y sobre todo “necesaria” en términos de eficiencia la participación de las agencias de viaje como intermediarias en la venta de pasajes en el mercado.
- No ocurre lo mismo hoy en día en que, ante el desarrollo de la tecnología, la infraestructura del servicio y la propia globalización de las relaciones comerciales, la extensión de los servicios que prestan las aerolíneas en muchas formas ha desplazado a las agencias de viaje como intermediarios del mercado. Pues bien, la aerolínea demandada ha perfeccionado la prestación del servicio de transporte aéreo con medidas como las ventas telefónicas, el internet, la ubicación estratégica de puntos de venta autorizados, etc. Además, ha simplificado el pago del servicio no sólo mediante la tarjeta de crédito, sino, además, como pagos en autoservicios y supermercados, por citar ejemplos, por lo que habría quedado desfasada la actividad comercial de venta de pasajes por parte de las agencias de viaje.
- Por otro lado, no debe perderse de vista que las pérdidas de las comisiones de las agencias de viaje se identifican como fenómeno mundial; así, a partir del año 2002 han ido desapareciendo los pagos de comisiones en Estados Unidos, Alemania, Bélgica, Reino Unido, entre otros; por las razones ya expuestas³.
- Aunque no es el tema central de discusión, debe establecerse que las agencias de viaje no solamente pueden dedicarse a la venta de pasajes aéreos. Su campo de acción es más amplio, pues pueden realizar otras actividades como reserva de hoteles, venta de paquetes vacacionales, ventas de pasajes de transporte terrestre, etc., con el fin de optimizar su presencia en el mercado a través de relaciones de eficiencia comercial.

35. En consecuencia, estimamos que la comisión por concepto de venta de pasajes aéreos no tiene la naturaleza de un servicio público ni forma parte de él. Se trata de una **comisión mercantil sujeta a las condiciones contractuales acordadas entre las aerolíneas y las empresas de venta de pasajes**, y que dependerá en gran medida no sólo de las condiciones jurídico-constitucionales del sistema, sino, además, de las condiciones propias que les vaya fijando el mercado, el mismo que es, en definitiva, quien asigna un determinado valor a los bienes y servicios que los particulares ofrecen en un marco de libre competencia.

³ Ver: http://www.feaav.org/informes/inf_completo_ingles_service_fee.pdf



36. No debe desatenderse, no obstante, el *principio de buena fe contractual*, en virtud del cual los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueron hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones (artículo 57° del Código de Comercio). Por tanto, no pueden admitirse ni deben presentarse situaciones en virtud de las cuales la empresa demandada pretenda no pagar la contraprestación pactada del monto por concepto de venta de pasajes aéreos en cualquier ruta, que conste en un contrato celebrado conforme a Derecho.

En cualquier caso, de existir indicios de una infracción a la buena fe contractual y de las prestaciones recíprocas establecidas contractualmente, queda expedita la vía procesal correspondiente (ordinaria y constitucional) para el ejercicio de un control *ex post* jurisdiccional.

37. La demandante hace mención a la suscripción de acuerdos entre la Asociación de Transporte Aéreo Internacional (IATA) y las agencias de viajes. Sin embargo, no se cita cuáles son esos acuerdos, ni tampoco el origen y las fecha de los mismos; debiendo indicarse que tampoco obran en autos.

§5. Determinación de la vigencia de la Resolución Directoral N.º 021-80-TC/AE

38. Este extremo del análisis constitucional resulta de importancia central. No obstante, se pretende únicamente fundamentar la vigencia de la resolución directoral referida en informes elaborados por instancias administrativas. Sobre ello interesa resaltar que si bien el Tribunal Constitucional puede valerse de dichos informes a fin de aclarar algún punto controvertido, debe ser la argumentación del propio Tribunal la que determine la constitucionalidad o no de una norma. Mencionamos esto porque estimamos que ha sido omitido; renunciando con ello a exponer los contenidos de la teoría constitucional económica que le sirve de base.
39. En suma, se estaría planteando que la Resolución Directoral N.º 21-80-TC/AE, ca no estaría vigente al no ser compatible con los principios constitucionales y el Decreto Legislativo N.º 757, pero de otro lado se dispone que la emplazada, Lan Perú, pague un monto de comisión, razonable y proporcional al costo/beneficio de la actividad que realiza Unión Tours S.A. Entonces, según la sentencia, la norma en realidad no estaría vigente debido a que el porcentaje del 10% resulta ser desproporcionado, pudiendo el Estado exigir en todo caso el pago de un porcentaje razonable y proporcional, el que no sería incompatible con los principios constitucionales y el Decreto Legislativo N.º 757. No estamos de acuerdo con dicho planteamiento. Para sustentar nuestra posición, pasaremos a señalar lo siguiente.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

40. Con relación a la Constitución como fuente de nuestro Derecho nacional, debe remarcarse que constituye el fundamento de todo el orden jurídico y la más importante fuente normativa. Al respecto, la Constitución es la fuente suprema dentro del ordenamiento, que conforma el orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad.
41. En cuanto norma suprema del ordenamiento, la Constitución prevalece sobre todas las demás y en ese sentido condiciona el resto de las normas, por cuanto determina la invalidez de aquellas que formal o materialmente contradigan las prescripciones constitucionales. Es por ello que la Constitución termina convirtiéndose en el fundamento de validez de todo el ordenamiento instituido por ella. De manera que, una vez que entra en vigencia, cualquier producción normativa de los poderes públicos e, inclusive, los actos y comportamientos de los particulares, deben guardarle lealtad y fidelidad. Ciertamente, no se trata sólo de una adhesión y apoyo que pueda ser medido o evaluado en el plano de la moral o la ética, sino también de una exigencia de coherencia y conformidad de la que es posible extraer consecuencias jurídicas. La infidelidad constitucional, en efecto, acarrea la posibilidad de declarar la invalidez de toda norma o acto, cualquiera sea su origen, según los alcances que el mismo ordenamiento constitucional haya previsto [véase STC N.º 0014-2003-AI, fundamento 2, párrafo 4, y STC N.º 0047-2004-AI/TC, fundamento 10].
42. En cuanto a la vigencia de la Resolución Directoral N.º 021-80-TC/AE.ca, del 18 de abril de 1980, exponemos las siguientes consideraciones. En primer lugar, dicha norma deviene en inconstitucional pues no se encuentra inserta en el modelo de Constitución Económica vigente, que establece una economía social de mercado y libre competencia, tal como ha sido señalado *supra*.
43. En segundo término, tampoco se condice con el constructo legal que, en específico, otorga contenido a las cláusulas constitucionales de libre competencia. El artículo 4º del Decreto Legislativo N.º 757, Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada, del 13 de noviembre de 1991, prescribe 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. Los únicos precios 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.

En consecuencia, a la luz de los principios que integran el modelo de Constitución Económica que sirven de sustento al Decreto Legislativo N.º 757, Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada, se efectuó la derogación tácita de la Resolución Directoral N.º 21-80-TC/AE, puesto que el Decreto Legislativo N.º 757 regula la misma materia de modo incompatible [literal f) que en su Primera



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

70

Disposición Final establece que se deroga toda otra norma legal que se oponga a lo dispuesto en el presente Decreto Legislativo].

44. En el mismo sentido, el artículo 84° de la Ley de Aeronáutica Civil del Perú N.º 27261, del 10 de mayo de 2000, dispone que

La fijación de las tarifas y fletes en las actividades de Aviación Comercial y en especial en el transporte aéreo nacional e internacional de pasajeros, carga y correo es efectuada libremente por los explotadores, de acuerdo a las condiciones del mercado y según los criterios de la oferta y demanda de los servicios.

Y su Novena Disposición Final establece la derogación de

(...) todas aquellas disposiciones legales y reglamentarias que se opongan a la presente Ley.

45. Todo lo cual se incardina en una concepción constitucional en torno a las formas y modos concretos en los que el Estado se encontraría habilitado para fijar precios y tarifas. Al respecto, el propio Tribunal Constitucional ha establecido que, en principio, siendo la oferta y la demanda en un mercado sin distorsiones el mecanismo mediante el cual se determinan los precios y tarifas, no resulta admisible la intervención del Estado en este ámbito, en la perspectiva de proteger la libre iniciativa privada y la libre empresa [STC N.º 0034-2004-AI/TC, fundamentos 13 y 14].
46. Lo que 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 con la finalidad de afirmar los principios de la economía social de mercado, supuesto que, sin embargo, y como ha quedado expuesto *supra*, no se presenta en el caso de autos.
47. Siendo que, en consecuencia, el proceso de fijación de comisiones por la venta de un producto, compete directamente a las partes interesadas en el marco de una relación de naturaleza mercantil, no correspondiendo al Estado interferir en ese proceso de negociación, por no encontrarse mandado legal que disponga ello, ni situación fáctica excepcional para el ejercicio de esa potestad.
48. Cabe referir que estos criterios encuentran su correlato a nivel del sector respectivo, conforme consta en el Oficio N.º 119-2007-MINCETUR/VMT dirigido por el Vice Ministro de Turismo al Presidente de la Asociación de Agencias de Viajes y Turismo (fojas 203), que alude a la derogación tácita de la Resolución Directoral materia del presente proceso de amparo. Asimismo, el Informe N.º 019-2006-

f



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

MINCETUR/VMT/DNT/HCS, de fecha 31 de mayo de 2006, emitido por la Dirección Nacional de Turismo en atención al interés de la Asociación de Arequipa de Agencias de Viajes y Turismo - AVIT (fojas 204), a través de la cual se considera que las pretensiones legisferantes vinculadas a establecer una comisión mínima, a favor de las agencias de viaje por las venta de pasajes aéreos, no resulta procedente en la medida que revisten una incidencia lesiva en la libertad de contractual, libertad de empresa, la iniciativa privada y el principio de pluralismo económico.

49. Tenemos también el Informe N.º 0112-2007-MTC/12, del 26 de febrero de 2007, emitido por el Director General de Aeronáutica Civil (fojas 208), que en atención a una consulta formulada por el Tribunal Constitucional respecto de si se encontraba acreditado o no que la denominada comisión por concepto de venta de pasajes aéreos establecida mediante Resolución Directoral N.º 021-80-TC/AE tenía incidencia directa sobre los precios correspondientes a los pasajes aéreos [en el marco del trámite del proceso 9667-2006-PA/TC], eleva la consideración que dicha Dirección General no tiene competencia para fijar administrativamente tarifas ni comisiones como las contenidas en la Resolución Directoral N.º 021-80-TC/AE, pues las mismas son fijadas por la oferta y la demanda, y corresponde al pago que dichas empresas realizan por el servicio que las agencias prestan de comercializar sus pasajes, siendo, por tanto, un monto fijado dentro de la relación contractual existente entre ambos agentes del mercado.
50. De todo ello se desprende la posición del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, que desde un punto de vista sustantivo constituye un pronunciamiento técnico que debe ser tomado en consideración para efectos de mejor resolver.

§6. Regulación de posiciones dominantes

51. El instrumento normativo que regula los mecanismos para evitar el ejercicio de prácticas abusivas al amparo de posiciones dominantes es el Decreto Legislativo N.º 701. Sin embargo, cabe anotar que estas posiciones dominantes no son jurídicamente reprochables, pero en tanto generadoras de una situación de concentración de poder económico en el mercado, nuestra legislación busca evitar aquellos actos que, sobre la base de dicha concentración, puedan crear perjuicios para el interés económico general⁴.

En ese sentido, el artículo 3º del Decreto Legislativo N.º 701 establece que

Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades

⁴ LAZARTE MOLINA, Jorge. *Libertad de empresa y servicio público*. Lima: Fondo Editorial UPC, 2005, pp. 50-51.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional.

A estos efectos se entiende que existe abuso de posición de dominio cuando una determinada empresa que goza de tal situación en el mercado actúa indebidamente para obtener beneficios económicos, causando un perjuicio a otros, que no hubiera sido posible de no poseer tal posición (artículo 5°).

52. Estos actos se hallan prohibidos y son sancionables administrativamente a través del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, Organismo Público Descentralizado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros por disposición de la Ley N.° 27789, que goza de autonomía técnica, económica, presupuestal y administrativa y tiene por finalidades las establecidas en la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI, el Decreto Ley N.° 29299 y el D.L. 807.

Por tanto, dentro de dicho marco jurídico, corresponde a este organismo dar cumplimiento a sus atribuciones en los procedimientos que sean de su conocimiento, a fin de controlar que los agentes económicos vinculados a la prestación de servicios de transporte aéreo no incurran en infracciones contra las previsiones constitucionales vigentes que garantizan, entre otros aspectos, la prohibición del abuso de derecho (artículo 103°), la libre competencia (artículo 61°) y el rol del Estado en materia económica, en tanto promotor de las pequeñas empresas en todas sus modalidades (artículo 59°). De allí que el Tribunal Constitucional, bajo el principio interpretativo de corrección funcional de la Constitución, está obligado a respetar y hacer respetar las atribuciones, facultades y competencias de cada órgano o institución; somos de la opinión, en consecuencia, que dicha alegación no es materia de pronunciamiento en el presente proceso de amparo.

Por tales motivos, nuestro voto es porque la demanda se declare **INFUNDADA**, y que las agencias de viajes y Lan Perú mantengan y sostengan relaciones contractuales que no incurran en supuestos de abuso del derecho que el artículo 103° de la Constitución no ampara, tal como ha sido señalado. Asimismo, porque se **EXHORTE** al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – INDECOPI para que promueva y garantice la leal competencia y los derechos de los consumidores conforme a las consideraciones expuestas.

Sres.

ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

Lo que certifico



FRANCISCO MORALES SARA
SECRETARIO GENERAL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL