



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00022-2010-PI/TC

LIMA

RODRIGO MARTÍN FERNÁNDEZ
NAZARIO EN REPRESENTACIÓN DE
1177 CIUDADANOS

**SENTENCIA
DEL PLENO JURISDICCIONAL
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD
1177 ciudadanos contra la Municipalidad Distrital de La Molina

Asunto:

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por
1177 ciudadanos contra la Ordenanza N.º 173-
MDLM, emitida por el Concejo Municipal de la
Municipalidad Distrital de La Molina.

Magistrados firmantes:

**MESÍA RAMÍREZ
ÁLVAREZ MIRANDA
VERGARA GOTELLI
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
URVIOLA HANI**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00022-2010-PI/TC

LIMA

RODRIGO MARTÍN FERNÁNDEZ
NAZARIO EN REPRESENTACIÓN DE
1177 CIUDADANOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima (Arequipa), a los 23 días del mes de mayo de 2011, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Mesía Ramírez, Álvarez Miranda, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Urviola Hani, pronuncia la siguiente sentencia

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por 1177 ciudadanos contra la Ordenanza N.º 173-MDLM, emitida por el Concejo Municipal de la Municipalidad Distrital de La Molina.

II. NORMA OBJETO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Ordenanza N.º 173-MDLM, del 31 de diciembre de 2008, que regula el uso comercial de la vía pública en el distrito de La Molina

Artículos impugnados:

- **“Artículo Cuarto (segundo párrafo).- (...)**
La Autorización Municipal tendrá vigencia de un año y deberá ser permanentemente exhibida en el módulo de venta o diariamente portada por el comerciante. Podrá ser renovada a solicitud del interesado, presentada en la Unidad de Trámite Documentario dentro de los treinta días anteriores a su vencimiento”.
- **“Artículo Sexto.-** El uso comercial de la vía pública puede ser concedido sólo a personas que tengan como única fuente de ingreso esta actividad en los rubros de comercialización de bienes o servicios que se precisarán en el respectivo reglamento, en la ubicación determinada por la Municipalidad y dentro de los horarios que para cada actividad fije el Reglamento”.
- **“Artículo Séptimo (segunda parte).- (...)** Tampoco pueden ser sujetos de autorización dos o más miembros de una misma familia que mantengan parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con otro comerciante que cuente con Autorización Municipal. Esta prohibición alcanza también al conviviente”.
- **“Artículo Octavo.-** El comercio en la vía pública con Autorización Municipal se ejerce en forma personal, directa y exclusiva, salvo situaciones excepcionales, debidamente acreditadas en las que la Subgerencia de Comercialización, previa solicitud escrita, autorizará el reemplazo del titular hasta por 45 (cuarenta y cinco) días en caso de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00022-2010-PI/TC

LIMA

RODRIGO MARTÍN FERNÁNDEZ
NAZARIO EN REPRESENTACIÓN DE
1177 CIUDADANOS

enfermedad y, hasta 30 (treinta) días por año, por razones de índole personal.

La designación del suplente se efectuará con la presentación de la solicitud, correspondiendo a la Subgerencia de Comercialización extender la autorización temporal respectiva”.

- **“Artículo Duodécimo.-** Está prohibido el trabajo o la permanencia de menores de edad en el módulo, alimentarse o pernoctar en el mismo, así como la presencia de personas distintas al titular de la Autorización, en cuyo caso dará lugar a la sanción correspondiente”.

- **“Artículo Décimo Quinto.-** Los titulares de la Autorización Municipal para la conducción de módulos dedicados al expendio de periódicos, diarios, revistas, loterías y complementarios, están terminantemente prohibidos de exhibir en sus módulos imágenes, figuras, estampas, fotografías, afiches, o cualquier otra representación que atente contra el pudor público, la moral y las buenas costumbres; así como vender este tipo de publicaciones a menores de edad.

Entiéndase por complementarios aquellos productos publicitarios o de comunicación tales como discos compactos, videos, libros, fascículos, y encartes distribuidos por los diarios y revistas”.

- **“Artículo Vigésimo.-** El titular de la Autorización Municipal queda obligado a cumplir estrictamente las condiciones que a continuación se precisan:
1. *Desempeñar personalmente la actividad autorizada (...).”*

III. ANTECEDENTES

Con fecha 27 de agosto de 2010, 1177 ciudadanos interponen demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 4º (segundo párrafo), 6º, 7º (segunda parte), 8º, 12º, 15º y 20º, inciso 1º, de la Ordenanza N.º 173-MDLM, que regula el uso comercial de la vía pública en el distrito de La Molina, publicada en el diario oficial “El Peruano” el 15 de enero de 2009, por afectación de los derechos constitucionales a no ser discriminado, a la libertad de trabajo y a la libertad de empresa.

La Municipalidad Distrital de La Molina, representada por su Alcalde don José Luis Dibós Vargas Prada, contesta la demanda el 28 de octubre de 2010 y solicita que ésta sea declarada infundada en todos sus extremos. Manifiesta que no se han afectado los derechos constitucionales invocados por los demandantes y que la Ordenanza impugnada ha sido expedida conforme a la Ordenanza N.º 002-MML de la Municipalidad Metropolitana de Lima, publicada el 17 de abril de 1985, que reglamenta el comercio ambulatorio en la Provincia de Lima.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00022-2010-PI/TC

LIMA

RODRIGO MARTÍN FERNÁNDEZ
NAZARIO EN REPRESENTACIÓN DE
1177 CIUDADANOS

IV. FUNDAMENTOS

§1. Petitorio de la demanda

1. El objeto de la demanda es que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 4º segundo párrafo, 6º, 7º (segunda parte), 8º, 12º, 15º y 20º (inciso 1) de la Ordenanza Municipal N.º 173-MDLM, emitida por el Concejo Municipal de la Municipalidad Distrital de la Molina el 31 de diciembre de 2008 y publicada en el diario oficial "El Peruano" el 15 de enero de 2009.

§2. El Bloque de la Constitucionalidad como parámetro de control de la producción normativa municipal

2. La referencia al parámetro de constitucionalidad o Bloque de la Constitucionalidad está contenida en el artículo 79º del Código Procesal Constitucional como principio de interpretación, cuyo tenor es: "(...) para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona" (subrayado nuestro).
3. En anteriores oportunidades, el Tribunal Constitucional ya se pronunció sobre el contenido del parámetro de constitucionalidad, señalando que el mismo "(...) puede comprender a otras fuentes distintas de la Constitución y, en concreto, a determinadas fuentes con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional (v.g. la ley autoritativa en relación con el decreto legislativo). En tales casos, estas fuentes asumen la condición de "normas sobre la producción jurídica", en un doble sentido; por un lado, como "normas sobre la forma de la producción jurídica", esto es, cuando se les encarga la capacidad de condicionar el procedimiento de elaboración de otras fuentes que tienen su mismo rango; y, por otro, como "normas sobre el contenido de la regulación", es decir, cuando por encargo de la Constitución pueden limitar su contenido" (STC N.º 007-2002-AI/TC y STC N.º 0041-2004-AI/TC).
4. En estos casos, las infracciones directas a las normas que conforman el parámetro de constitucionalidad determinarán, por consiguiente, afectaciones indirectas a la jerarquía normativa de la Constitución, como lo prevé el artículo 75º del Código Procesal Constitucional.
5. Las competencias de las municipalidades como Gobiernos Locales están previstas en el artículo 195º de la Constitución, y desarrolladas legalmente en la Ley



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00022-2010-PI/TC

LIMA

RODRIGO MARTÍN FERNÁNDEZ
NAZARIO EN REPRESENTACIÓN DE
1177 CIUDADANOS

Orgánica de Municipalidades (Ley N.º 27972). Entre otras atribuciones, las municipalidades están facultadas para reglamentar el comercio ambulatorio conforme al artículo 83º, numeral 3.2, de la misma Ley. Esta norma señala que es una función específica exclusiva de una municipalidad distrital,

“Regular y controlar el comercio ambulatorio, de acuerdo a las normas establecidas por la municipalidad provincial” (subrayado nuestro).

La norma al efecto dictada por la municipalidad provincial (en el presente caso, por la Municipalidad Metropolitana de Lima) y así lo ha indicado la emplazada, es la Ordenanza N.º 002 de la Municipalidad Metropolitana de Lima, publicada el 17 de abril de 1985, que reglamenta el comercio ambulatorio en Lima Metropolitana.

6. Pues bien, por mandato del Bloque de la Constitucionalidad, la Municipalidad Distrital de La Molina, al regular el comercio ambulatorio, debe observar lo dispuesto en la Constitución, la Ley Orgánica de Municipalidades y la mencionada Ordenanza N.º 002, de 1985, de la Municipalidad Metropolitana de Lima. Por ello, al analizar la norma impugnada, este Tribunal deberá observar si ésta guarda coherencia con dichas normas.

§3. Límite temporal de la “autorización municipal” para uso comercial de la vía pública (artículo 4º, segundo párrafo)

a) Argumentos de la demanda

7. Señalan los demandantes que el segundo párrafo del artículo 4º de la Ordenanza impugnada afecta su derecho a la libertad de empresa, al limitar a un año la vigencia de la autorización municipal para el uso comercial de la vía pública, no obstante que dicha autorización tiene en esencia la misma naturaleza jurídica que la “licencia de funcionamiento”, teniendo esta última vigencia indeterminada, según la Ley N.º 28976, Ley Marco de Licencias de Funcionamiento (artículo 11º). Además, esta norma les impone la obligación de realizar un procedimiento administrativo de renovación cada once meses, con lo consecuente pago de S/. 55.00 (cincuenta y cinco y 00/100 nuevos soles), exigencia que no es proporcional ni razonable para la actividad económica que realizan, dado que pertenecen al sector de micro y pequeña empresa.

b) Argumentos de la contestación de la demanda

8. La emplazada afirma que el segundo párrafo del artículo 4º de la Ordenanza impugnada fue expedido tomando como base la Ordenanza N.º 002 de la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00022-2010-PI/TC

LIMA

RODRIGO MARTÍN FERNÁNDEZ
NAZARIO EN REPRESENTACIÓN DE
1177 CIUDADANOS

Municipalidad Metropolitana de Lima publicada el 17 de abril de 1985 y que reglamenta el comercio ambulatorio en la Provincia de Lima, y en cuyo artículo 6º se señala que la autorización municipal del trabajador ambulante es de carácter personal e intransferible y su vigencia es anual. Para la emplazada, no puede compararse la “licencia de funcionamiento” con la “autorización municipal” para el uso comercial de la vía pública, pues mientras la primera es otorgada para un inmueble o instalación de carácter permanente, la segunda es otorgada para un “módulo” con la finalidad de hacer uso de la vía pública y, por tanto, tiene una naturaleza temporal o provisoria.

Para la emplazada, la renovación de la “autorización municipal” treinta días antes del vencimiento de su vigencia, permite que la Municipalidad pueda conocer la manifestación de voluntad del beneficiado de continuar o no con el uso de la vía pública para saber si dispone o no de plazas para otros interesados. Además, expresa que debe tenerse en cuenta que las vías públicas pueden ser objeto de modificaciones o de ejecución de obras públicas, que puede implicar con el tiempo eliminar un punto considerado como factible para uso comercial. En lo que respecta al cobro de la tasa S/. 55.00, según la emplazada éste se encuentra debidamente justificado, más aún si se toma en cuenta que el uso de la vía pública es totalmente gratuito y el beneficiado no paga suma alguna por los servicios con los cuales se ve favorecido, como, por ejemplo, la limpieza pública.

c) *Consideraciones del Tribunal Constitucional*

9. Los demandantes cuestionan el segundo párrafo del artículo 4º de la Ordenanza N° 173-MDLM, que prescribe:

“Artículo Cuarto (segundo párrafo).- (...)

La Autorización Municipal tendrá vigencia de un año y deberá ser permanentemente exhibida en el módulo de venta o diariamente portada por el comerciante. Podrá ser renovada a solicitud del interesado, presentada en la Unidad de Trámite Documentario dentro de los treinta días anteriores a su vencimiento”.

Los demandantes consideran que la norma impugnada afecta su libertad de empresa, por obligarlos a renovar cada año la “autorización municipal” para el ejercicio del comercio en la vía pública, a diferencia lo que ocurre con la “licencia de funcionamiento”, que tienen una vigencia indefinida.

10. Ante todo, debe determinarse si el derecho constitucional comprometido en el presente caso es efectivamente la libertad de empresa. Al respecto, este Tribunal ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en el sentido de que el ejercicio del



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00022-2010-PI/TC

LIMA

RODRIGO MARTÍN FERNÁNDEZ
NAZARIO EN REPRESENTACIÓN DE
1177 CIUDADANOS

comercio ambulatorio está comprendido bajo el ámbito de protección de la libertad de trabajo (artículo 2º, inciso 15, de la Constitución), no de la libertad de empresa, pues el contenido o ámbito de protección del derecho fundamental a la libertad de trabajo está constituido por el libre ejercicio de *toda* actividad económica (cfr. STC 8726-2005-PA/TC, fundamento 6). En consecuencia, a este Tribunal le corresponde apreciar si la Ordenanza impugnada vulnera la libertad de trabajo.

11. En primer término, como ya se ha mencionado, conforme al Bloque de la Constitucionalidad (artículo 83º, numeral 3.2, de la Ley Orgánica de Municipalidades), la regulación que haga la Municipalidad emplazada sobre el comercio ambulatorio debe respetar la respectiva regulación de la Municipalidad Provincial, que en este caso es la Ordenanza N.º 002, de 1985, de la Municipalidad Metropolitana de Lima.
12. El artículo 6º de la mencionada Ordenanza N.º 002 prescribe que la autorización municipal para el “Trabajador Ambulante” tiene vigencia “anual”. Por tanto, la norma impugnada guarda la debida coherencia con la normatividad de la Municipal Metropolitana de Lima, al prescribir que la “Autorización Municipal tendrá vigencia de un año”.
13. En segundo lugar, los demandantes alegan que resulta discriminatorio que la “autorización municipal” para el comercio en la vía pública tenga una vigencia anual, debiendo ser renovada cada año con el costo que ello supone, mientras que la “licencia de funcionamiento” tiene una vigencia indefinida. Para los demandantes, ambos permisos son una autorización que otorga la municipalidad para que el comerciante pueda realizar una actividad económica dentro de un espacio determinado, con la única diferencia que el primero se ejecuta en un predio privado y el segundo en un espacio público.
14. El Tribunal tiene dicho que la igualdad es un derecho y un principio constitucional cuyo contenido constitucionalmente garantizado contiene un mandato de prohibición de discriminación (STC 0045-2004-AI/TC, fundamento 20). La determinación de si se ha incurrido en tal prohibición, presupone la comparación de la medida cuestionada con una situación fáctica o jurídica con determinadas propiedades. La comparación de un objeto, sujeto o situación jurídica nunca se realiza consigo misma, sino en relación a un objeto, sujeto o situación que le sirve de término de comparación.
15. Este Tribunal ha hecho referencia a las características que debe observar el término de comparación en el plano del control abstracto de normas. En la STC 0014-2007-PI/TC (fundamento 12), el Tribunal sostuvo que “las dos situaciones de hecho que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00022-2010-PI/TC

LIMA

RODRIGO MARTÍN FERNÁNDEZ
NAZARIO EN REPRESENTACIÓN DE
1177 CIUDADANOS

han merecido un trato desigual por parte del legislador deben (...) compartir una esencial identidad en sus propiedades relevantes”.

16. De conformidad con la Ley Marco de Licencias de Funcionamiento (Ley N.º 28976), la “licencia de funcionamiento” es una autorización “que otorgan las municipalidades para el desarrollo de actividades económicas en un establecimiento determinado” (artículo 3º), entendiéndose por “establecimiento”, según el artículo 2º de dicha Ley, el “inmueble, parte del mismo o instalación determinada **con carácter de permanente**, en la que se desarrollan las actividades económicas con o sin fines de lucro” (subrayado nuestro). Por su parte, la “autorización municipal” para el uso comercial de la vía pública se otorga “para el desarrollo de actividades comerciales de bienes o servicios en la **vía pública**” (artículo 2º de la Ordenanza impugnada; subrayado nuestro).
17. Conforme lo ha expresado este Tribunal, “la vía pública es un bien de dominio público destinado para un uso público, entendiéndose que todas las personas tienen derecho a su uso común general” (STC 05420-2008-PA/TC, fundamento 8). Asimismo, de acuerdo a la Ordenanza N.º 002, de 1985, de la Municipalidad Metropolitana de Lima (cuya observancia por la emplazada viene ordenada por el Bloque de la Constitucionalidad), las zonas autorizadas para el comercio ambulatorio son “lugares cerrados o abiertos autorizados expresamente por las Municipalidades con **carácter temporal**, para ejercer el comercio ambulatorio” (artículo 3º, inciso “c”; subrayado nuestro).
18. A partir de ello, el Tribunal observa que el término de comparación propuesto por los demandantes es inválido. Esta invalidez radica en que entre la “licencia de funcionamiento” y la “autorización municipal” para el ejercicio del comercio en la vía pública, no existe identidad esencial de propiedades que permita realizar la comparación.
19. En efecto, la “licencia de funcionamiento” se otorga sobre un “inmueble, parte del mismo o instalación determinada con carácter de permanente”, mientras que la “autorización municipal” se concede para el comercio en la vía pública y tiene un carácter temporal. Como ha dicho este Tribunal, “la autorización para el comercio ambulatorio es un *acto específico de tolerancia* por el que las municipalidades facultan a particulares a realizar un uso especial de los bienes públicos. La características de este tipo de autorizaciones son: *acto jurídico unilateral, revocable y puede ser objeto de la aplicación de una tasa*” (STC 03893-2009-PA/TC, fundamento 2; STC 05420-2008-PA/TC, fundamento 5).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00022-2010-PI/TC

LIMA

RODRIGO MARTÍN FERNÁNDEZ
NAZARIO EN REPRESENTACIÓN DE
1177 CIUDADANOS

20. Por ello, siendo inadmisibile, desde el punto de vista del contenido protegido por el principio-derecho de igualdad, que la “licencia de funcionamiento” (otorgada sobre un inmueble, parte de él o instalación determinada con carácter de permanente) pueda compararse con la “autorización municipal” para el ejercicio del comercio en la vía pública (acto específico de tolerancia por la que se otorga a particulares el uso especial de un bien de dominio público con carácter temporal), el Tribunal considera que el *tertium comparationis* no es adecuado para identificar si en el segundo párrafo del artículo 4º de la Ordenanza impugnada existe una vulneración al contenido protegido por el principio-derecho de igualdad, por lo que este extremo de la demanda debe desestimarse.
21. Finalmente, los demandantes consideran que el pago de S/. 55.00 por la renovación anual de la “autorización municipal” para el ejercicio del comercio en la vía pública, no es proporcional ni razonable para la actividad económica que realizan, dado que pertenecen al sector de micro y pequeña empresa.
22. Conforme a la jurisprudencia de este Tribunal antes citada, la autorización para el comercio ambulatorio puede ser objeto del pago de una tasa (cfr. STC 03893-2009-PA/TC, fundamento 2; STC 05420-2008-PA/TC, fundamento 5). Sin embargo, la legalidad del valor de dicha tasa (S/. 55.00) no es un asunto que, en principio, corresponda analizar en el presente proceso constitucional —que tiene por finalidad realizar un control abstracto de constitucionalidad para la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa (artículo 75º del Código Procesal Constitucional)— en la medida que dicho importe no constituya un impedimento irrazonable o desproporcionado que obstaculice o disuada el ejercicio del comercio ambulatorio, circunstancia que no se aprecia en el presente caso.

Por estas consideraciones, este Tribunal considera que el segundo párrafo del artículo 4º no afecta la libertad de trabajo de los demandantes y no es inconstitucional.

§4. El requisito del comercio ambulatorio como única fuente de ingresos (artículo 6º)

a) Argumentos de la demanda

23. Los demandantes alegan la inconstitucionalidad del artículo 6º de la Ordenanza impugnada, que dispone que el uso comercial de la vía pública puede ser concedido sólo a personas que tengan como única fuente de ingreso esa actividad. Para los demandantes, esta norma vulnera la libertad de empresa (entendida como libertad



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00022-2010-PI/TC

LIMA

RODRIGO MARTÍN FERNÁNDEZ
NAZARIO EN REPRESENTACIÓN DE
1177 CIUDADANOS

de trabajo, según ya se ha sustentado), pues una persona, en ejercicio de tal libertad, podría crear no sólo el negocio de comercio ambulatorio, sino otro más, por lo que la norma impugnada impide el natural crecimiento y desarrollo personal del administrado como agente económico.

b) Argumentos de la contestación de la demanda

24. Según la emplazada el uso de la vía pública fue concebido como una ayuda a las personas de muy escasos recursos, a fin de que puedan contar con un ingreso que permita cubrir sus necesidades básicas. Además, con la promoción del desarrollo económico a través del uso comercial de la vía pública, la Municipalidad busca que las personas de escasos recursos económicos produzcan un pequeño capital con el fin de iniciar una actividad comercial debidamente formal dentro de un establecimiento comercial.

c) Consideraciones del Tribunal Constitucional

25. Los demandantes alegan la inconstitucionalidad del artículo 6º de la Ordenanza N° 173-MDLM, que establece:

“Artículo Sexto.- El uso comercial de la vía pública puede ser concedido sólo a personas que tengan como única fuente de ingreso esta actividad en los rubros de comercialización de bienes o servicios que se precisarán en el respectivo reglamento, en la ubicación determinada por la Municipalidad y dentro de los horarios que para cada actividad fije el Reglamento”.

26. A juicio de este Tribunal, la prohibición de que el autorizado para el uso comercial de la vía pública no tenga más fuente de ingreso que esta actividad, tiene como fin constitucional legítimo reservar esta autorización —acto específico de tolerancia para el uso especial de un bien de dominio público— a aquellas personas de escasos recursos que no estén en condiciones de generarse otra fuente de ingreso para su subsistencia, autorización que está sujeta a regulación municipal conforme al Bloque de la Constitucionalidad, según se ha visto.
27. Como ya ha señalado este Tribunal, de acuerdo al inciso 15) del artículo 2º en concordancia con el inciso 8) del artículo 195º de la Constitución, el derecho a la libertad de trabajo se ejerce con sujeción a la ley y en armonía con otros derechos y fines constitucionalmente relevantes; por ello, este Tribunal considera que en el presente caso no se ha vulnerado el derecho invocado, pues la regulación contenida en el artículo 6º de la Ordenanza impugnada forma parte de la facultad de la Municipalidad emplazada para regular el comercio ambulatorio, más aún cuando éste se desarrolla en la vía pública (cfr. STC 4658-2005-PA/TC, fundamento 3).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00022-2010-PI/TC

LIMA

RODRIGO MARTÍN FERNÁNDEZ
NAZARIO EN REPRESENTACIÓN DE
1177 CIUDADANOS

Consecuentemente, no es inconstitucional el artículo 6º de la Ordenanza impugnada, por lo que debe declararse infundada la demanda en este extremo.

§5. Autorización Municipal para miembros de una misma familia (artículo 7º, segunda parte)

a. Argumentos de la demanda

28. Según los demandantes es inconstitucional el artículo 7º (segunda parte) de la Ordenanza impugnada, pues limita la libertad de trabajo, ya que la Municipalidad emplazada pretende que el bienestar de la familia se base en que cada uno de sus miembros ejerza una actividad distinta a la de los otros, sin respetar el derecho de estos a desempeñar el tipo de trabajo que deseen.

b. Argumentos de la contestación de la demanda

29. La emplazada afirma que los demandantes se equivocan cuando sostienen que el artículo 7º de la Ordenanza impugnada limita la libertad de trabajo, pues el sentido de la norma es que dentro de una misma familia no se beneficie más de uno de sus miembros con las autorizaciones de uso para el comercio en la vía pública. Esto en razón de su carácter asistencial y excepcional, esto es de ayuda a una persona no tenga la posibilidad de formalizar un negocio como corresponde.

c. Consideraciones del Tribunal Constitucional

30. La norma cuya inconstitucionalidad denuncian los demandantes por afectar la libertad de trabajo, prescribe:

“Artículo Séptimo (segunda parte).- (...) Tampoco pueden ser sujetos de autorización dos o más miembros de una misma familia que mantengan parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con otro comerciante que cuente con Autorización Municipal. Esta prohibición alcanza también al conviviente”.

31. El Tribunal observa que el objetivo de la norma objeto de control es impedir que los miembros de una misma familia obtengan más de una “autorización municipal”, pues las ganancias obtenidas por la suma de ingresos de todos ellos desnaturalizaría la finalidad perseguida con dicha autorización, que es conceder, excepcionalmente y de modo temporal, el uso de la vía pública para un fin comercial a aquellas personas de escasos recursos que no están en condiciones de generarse ingresos de otro modo para su subsistencia. Sin embargo, a juicio de este Tribunal, ello no



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00022-2010-PI/TC

LIMA

RODRIGO MARTÍN FERNÁNDEZ
NAZARIO EN REPRESENTACIÓN DE
1177 CIUDADANOS

justifica una prohibición absoluta como la contenida en la norma impugnada, pues pueden darse circunstancias que hagan que no se presente la situación que la norma bajo análisis intenta proscribir, no obstante que la “autorización municipal” se otorgue a más de un miembro de una misma familia. Este podría ser el caso de los miembros de una misma familia que mantengan parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que puedan tener su propia carga familiar.

32. El Tribunal advierte que, en parte, tal déficit ha sido remediado por el Reglamento de la Ordenanza impugnada, aprobado por Decreto de Alcaldía N.º 010-2009 (Reglamento de Uso Comercial de la Vía Pública en el Distrito de La Molina, publicado en el diario oficial “El Peruano” el 26 de junio de 2009), cuyo artículo 9º prescribe:

“(…) tampoco pueden ser sujetos de autorización dos (02) o más miembros de una misma familia, que mantengan parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con otro comerciante que cuente con Autorización Municipal para esta actividad. Esta prohibición alcanza también al conviviente, salvo que cada uno de ellos tenga una carga familiar, demostrada documentariamente” (subrayado nuestro).

33. En opinión del Tribunal, dicho precepto reglamentario sólo supera parcialmente la omisión advertida en la segunda parte del artículo séptimo de la Ordenanza impugnada, pues ella no comprende el caso de los miembros de una misma familia que mantengan parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que tengan su propia carga familiar y que ésta pueda demostrarse documentariamente.

34. Tal déficit en materia de derechos, incluso con la precisión incorporada por el artículo 9º de su Reglamento, no supera la objeción de constitucionalidad que se le ha realizado. Pero tampoco autoriza para que este Tribunal declare la inconstitucionalidad de la disposición afectada. En realidad, lo que ella tiene de inconstitucional no afecta a su disposición, sino a la “norma derivada” que de ella se comprende, esto es, al significado prescriptivo que, como consecuencia lógica, se desprende de la disposición impugnada. De ahí que una interpretación conjunta de la segunda parte del artículo séptimo de la referida Ordenanza y del artículo 9 de su Reglamento, deba considerar como excepciones a la regla que estipula la primera, tanto el caso del conviviente que tenga carga familiar distinta de su pareja, como el caso de los miembros de una misma familia que mantengan parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad con el titular de la autorización municipal que, al igual que el caso anterior, puedan tener su propia carga familiar y ésta se demuestre documentalmente.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00022-2010-PI/TC

LIMA

RODRIGO MARTÍN FERNÁNDEZ
NAZARIO EN REPRESENTACIÓN DE
1177 CIUDADANOS

Así, superada la omisión legislativa inconstitucional, este extremo de la demanda debe desestimarse.

§6. Ejercicio personal del comercio ambulatorio (artículos 8º y 20º inciso 1)

a. Argumentos de la demanda

35. Los demandantes cuestionan la constitucionalidad del artículo 8º de la Ordenanza impugnada, en concordancia con su artículo 20º, inciso 1º, pues alegan que esta norma vulnera la libertad de trabajo y empresa, ya que se impide que, por ejemplo, cuando una persona tiene una limitación física temporal, pueda trabajar su ayudante, o mientras el comerciante autorizado realiza una gestión personal que implique abandonar el módulo unas horas, pueda ser reemplazado por alguien, sea éste un familiar o un tercero.
36. Cuestionan también los demandantes lo relativo al plazo para la autorización del reemplazante. Refieren que no está dentro de la potestad de la Administración determinar el tiempo de duración de una enfermedad o tiempo de duración de un hecho imprevisto que determine la ausencia del titular de la "autorizado municipal". Con esta regulación, aducen, la emplazada perjudica al agente económico porque si el titular se enferma por tiempo más prolongado pierde su autorización.

b. Argumentos de la contestación de la demanda

37. La emplazada señala que siendo la única fuente de subsistencia el uso comercial de la vía pública por parte de la persona que se ha beneficiado con la "autorización municipal", es evidente que su ejercicio debe ser personal ya que de lo contrario no se justificarían tales autorizaciones.
38. A juicio de la emplazada, es evidente que la conducción personal del negocio es una demostración que el beneficiado tiene como única actividad la que ejerce en la vía pública. Ello no obsta para que en situaciones de abastecimiento o atención de algún aspecto relacionado con el negocio, pueda ausentarse algunas horas. De otro lado, si bien los demandantes señalan que una enfermedad puede tener un tiempo de tratamiento mayor al señalado en la norma, nada impide que el interesado pueda comunicar este hecho y solicitar una ampliación del plazo establecido, por cuanto el espíritu de la norma es que se cumpla la principal condición de la autorización, esto es que el uso comercial de la vía pública sea el único medio de subsistencia del administrado.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00022-2010-PI/TC

LIMA

RODRIGO MARTÍN FERNÁNDEZ
NAZARIO EN REPRESENTACIÓN DE
1177 CIUDADANOS

c. Consideraciones del Tribunal Constitucional

39. Los demandantes alegan la inconstitucionalidad del artículo 8º de la Ordenanza N°173-MDLM, según el cual:

“Artículo Octavo.- El comercio en la vía pública con Autorización Municipal se ejerce en forma personal, directa y exclusiva, salvo situaciones excepcionales, debidamente acreditadas en las que la Subgerencia de Comercialización, previa solicitud escrita, autorizará el reemplazo del titular hasta por 45 (cuarenta y cinco) días en caso de enfermedad y, hasta 30 (treinta) días por año, por razones de índole personal.

La designación del suplente se efectuará con la presentación de la solicitud, correspondiendo a la Subgerencia de Comercialización extender la autorización temporal respectiva”.

En concordancia con esta norma, los demandantes impugnan la siguiente disposición, que será analizada conjuntamente:

“Artículo Vigésimo.- El titular de la Autorización Municipal queda obligado a cumplir estrictamente las condiciones que a continuación se precisan:

- 1. Desempeñar personalmente la actividad autorizada (...).”.*

40. La disposición impugnada pretende que sea la persona beneficiada con la “autorización municipal” la que efectivamente preste el servicio correspondiente, lo cual permitiría evitar situaciones en las que, por ejemplo, pueda cederse este derecho y, de esta manera, se ejerza alguna actividad económica paralela, desnaturalizándose el sentido de esta autorización.
41. Sin embargo, los demandantes alegan que la norma impide incluso la ausencia momentánea del módulo de atención y también cuestionan la razonabilidad de los plazos máximos de autorización de ausencia contenidos en la norma impugnada (45 ó 30 días, según el caso), pues estiman que eventualmente puede excederlos el tiempo de duración de una enfermedad o de un hecho imprevisto que determine la ausencia del comerciante.
42. La emplazada contesta que nada impide que, en situaciones justificadas, el beneficiado pueda ausentarse algunas horas del módulo. A juicio de este Tribunal, del propio texto de la norma impugnada cabe interpretar lo señalado por la emplazada, pues sería irrazonable y desproporcionado que, bajo el pretexto de garantizar el desempeño personal de la actividad autorizada, la norma impidiera incluso la ausencia momentánea del beneficiado para atender un asunto personal o



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00022-2010-PI/TC

LIMA

RODRIGO MARTÍN FERNÁNDEZ
NAZARIO EN REPRESENTACIÓN DE
1177 CIUDADANOS

de índole comercial, con la amenaza de ser sancionado con la pérdida de la autorización. Una interpretación razonable de la norma impugnada permite que tales ausencias momentáneas puedan darse, correspondiendo a la Municipalidad emplazada realizar las acciones de fiscalización respetivas.

43. Distinta situación se presenta en relación a los plazos máximos de autorización de reemplazo por enfermedad (45 días) o por motivos personales (30 días). En opinión de este Tribunal y contrariamente a lo señalado por la emplazada, el texto de la norma impugnada no prevé posibilidad de prórroga de los plazos señalados, pudiendo ocurrir que, como aducen los demandantes, una enfermedad o un motivo de índole personal exceda tales plazos.
44. Por ello, este Tribunal considera que, entre tanto la Municipalidad de La Molina no modifique la disposición impugnada, deberá considerarse los plazos máximos de autorización para el reemplazo del titular de la “autorización municipal” (30 y 45 días, según corresponda), como susceptibles de ser prorrogados si es que existen motivos justificados.
45. En lo relativo al artículo 20º, inciso 1, de la Ordenanza impugnada, donde se señala el deber del titular de la “autorización municipal” de desempeñar personalmente la actividad autorizada, este Tribunal considera que esta disposición en nada perjudica la supuesta autorización de reemplazo prevista en el artículo 8º de dicha Ordenanza, pues esta norma tiene por finalidad destacar los deberes generales del beneficiado con la “autorización municipal”, a fin de que ésta responda a su naturaleza y finalidad. Por tal motivo, debe declararse infundada la demanda en lo que respecta a la inconstitucionalidad del artículo 20º, inciso 1, de la Ordenanza impugnada.

§7. Prohibición de la presencia de menores de edad en el módulo de comercio ambulatorio (artículo 12º)

a) Argumentos de la demanda

46. Respecto al artículo 12º de la Ordenanza impugnada, los demandantes alegan que esta disposición atenta contra los derechos de la madre al trabajo y del niño a permanecer al lado de su madre, especialmente en los primeros meses de vida, para poder ser alimentada por ésta. Es una norma discriminatoria para quienes, en razón de sus limitados recursos, no pueden dejar a los niños en una guardería privada, teniendo en cuenta que la emplazada no ha sido capaz de organizar un sistema de cunas y guarderías infantiles, pese al mandato del numeral 3.2 del artículo 84º de la Ley Orgánica de Municipalidades.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00022-2010-PI/TC

LIMA

RODRIGO MARTÍN FERNÁNDEZ
NAZARIO EN REPRESENTACIÓN DE
1177 CIUDADANOS

b) Argumentos de la contestación de la demanda

47. La emplazada señala que lo que la norma prohíbe es el trabajo efectuado por menores de edad en el módulo, trabajo que muchas veces ha sido constatado por la Municipalidad.

c) Consideraciones del Tribunal Constitucional

48. El artículo 12º de la Ordenanza N°173-MDLM cuya inconstitucionalidad reclaman los demandantes, dispone:

“Artículo Duodécimo.- Está prohibido el trabajo o la permanencia de menores de edad en el módulo, alimentarse o pernoctar en el mismo, así como la presencia de personas distintas al titular de la Autorización, en cuyo caso dará lugar a la sanción correspondiente”.

49. Junto con esta disposición debe tenerse en cuenta los horarios para el uso comercial de la vía pública según rubro o actividad, señalados en el artículo 28º del Reglamento de la Ordenanza impugnada (Decreto de Alcaldía N.º 010-2009, de la Municipalidad Distrital de La Molina), cuyo cumplimiento es de lunes a domingo:

- Venta de golosinas: de 08:00 a.m. a 10:00 p.m.
- Venta de helados: de 09:00 a.m. a 07:00 p.m.
- Venta de periódicos, diarios y revistas: de 06:00 a.m. a 10:00 p.m.
- Venta de emolientes: de 06:00 a.m. a 8:00 a.m. y de 06:00 p.m. a 12:00 p.m.
- Servicio de cerrajería: de 08:00 a.m. a 09:00 p.m.
- Servicio de lustrado de calzado: de 08:00 a.m. a 07:00 p.m.
- Servicio de cambio de moneda extranjera: de 08:00 a.m. a 10:00 p.m.

Como puede apreciarse, según los horarios establecidos, la separación entre hijos y progenitores puede ser de varias horas al día de lunes a domingo, llegando en algunos casos a alcanzar hasta las 16 horas diarias, como en el caso de la venta de periódicos.

50. Los demandantes cuestionan que la norma impugnada atenta contra los derechos de la madre al trabajo y del niño a permanecer al lado de su madre, en particular durante los primeros meses de vida, para poder ser alimentada por ésta, y es especialmente perjudicial tratándose de personas que, por sus limitados recursos, no pueden dejar a sus niños en una guardería privada. Por su parte, la emplazada sostiene que el sentido de la norma es la proscripción del trabajo de menores.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00022-2010-PI/TC

LIMA

RODRIGO MARTÍN FERNÁNDEZ
NAZARIO EN REPRESENTACIÓN DE
1177 CIUDADANOS

51. Sobre el trabajo de menores en el módulo, la norma impugnada, en efecto, establece su prohibición absoluta. Respecto a esta materia, el Código de los Niños y Adolescentes permite el trabajo de menores a partir de los doce años, bajo ciertas condiciones, como, por ejemplo, que la actividad laboral no importe riesgo o peligro (cfr. artículo I de su Título Preliminar y artículo 22º). Desde esta perspectiva, el trabajo en la vía pública puede ser considerado riesgoso para el menor y así lo ha entendido el Decreto Supremo N° 003-2010-MIMDES, pues ha incluido dentro de la relación de trabajos peligrosos para los adolescentes los que se “realicen en la vía pública y que exponen a las y los adolescentes a accidentes de tránsito, violencia, explotación sexual y abuso”. Por estas consideraciones, este Tribunal considera que la norma impugnada no es inconstitucional al prohibir el trabajo de menores.
52. Sin embargo, la norma impugnada no sólo prohíbe el trabajo de menores de edad, sino también, conforme señalan los demandantes, la permanencia de estos en el módulo, con lo cual proscribire también su presencia aun cuando no fuera para el trabajo.
53. La Constitución, en su artículo 4º, señala el deber del Estado de protección del niño y del adolescente, especialmente en situación de abandono. De conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos del niño deben interpretarse de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas (1989). El artículo 18º, numeral 3, de dicha Convención, prescribe: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas”.
54. Desde esta perspectiva, si la emplazada no está en posibilidad de poner a disposición del autorizado para el comercio en la vía pública el servicio de cunas y guarderías infantiles, debe permitir, en protección de los derechos del niño y su interés superior (cfr. artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes), la presencia de menores de edad en el módulo cuando ello se justifique en razón de la necesidad de que estos permanezcan al cuidado de sus padres.
55. Puede tenerse en consideración aquí, por ejemplo, lo regulado por la Ley N.º 27240, que en su artículo 1º (modificado por la Ley N.º 28731), numeral 1.1, dispone: “la madre trabajadora, al término del período postnatal, tiene derecho a una hora diaria de permiso por lactancia materna, hasta que su hijo tenga un año de edad. En caso de parto múltiple, el permiso por lactancia materna se incrementará



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00022-2010-PI/TC

LIMA

RODRIGO MARTÍN FERNÁNDEZ
NAZARIO EN REPRESENTACIÓN DE
1177 CIUDADANOS

una hora más al día. Este permiso podrá ser fraccionado en dos tiempos iguales y será otorgado dentro de su jornada laboral, en ningún caso será materia de descuento”.

56. En vista de ello, este Tribunal no encuentra razonable que la norma impugnada prohíba, por ejemplo, la presencia en el módulo de un menor hasta de un año de edad, a quien su madre deba asistir en sus necesidades de lactancia o la prohíba en otras circunstancias en las que la presencia de menores de edad se justifique en razón de la ineludible necesidad de que permanezcan al cuidado de sus progenitores.
57. Consecuentemente, en lo que respecta a la inconstitucionalidad del artículo 12º de la Ordenanza impugnada, el Tribunal considera que la prohibición de la permanencia de menores de edad en el módulo no debe entenderse como si se tratara de una regla absoluta, sino que admite excepciones, en casos debidamente justificados, como los expresados en el fundamento anterior.

§8. Prohibición de más de un giro comercial (artículo 15º)

a) Argumentos de la demanda

58. Para los demandantes, el artículo 15º de la Ordenanza impugnada no autoriza más de un giro comercial en el módulo, lo que constituye una contravención flagrante al pluralismo económico. Sostiene que no existe ningún sustento técnico ni legal para limitar a un agente económico a realizar exclusivamente un giro comercial y no permitirle giros secundarios.
59. Afirman los demandantes que la emplazada sólo permite el giro principal de la venta de periódicos, diarios, revistas, loterías y complementarios, así como la venta de discos compactos, videos, libros, fascículos y encartes distribuidos con periódicos y revistas; y no permite como giro secundario la venta de golosinas y bebidas envasadas en fábrica.

b) Argumentos de la contestación de la demanda

60. Refiere la emplazada que el uso de la vía pública no implica en modo alguno un tema de libertad de empresa, por cuanto su desarrollo no puede tener como zona de ejercicio un lugar que en forma excepcional es cedido en uso para quienes no tengan otra fuente diferente de ingreso. Tal es así que la Municipalidad ha establecido y regulado los giros permitidos en la vía pública, indicando, entre otros, la venta de diarios y revistas como uno de ellos y, de otro lado, la venta de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00022-2010-PI/TC

LIMA

RODRIGO MARTÍN FERNÁNDEZ
NAZARIO EN REPRESENTACIÓN DE
1177 CIUDADANOS

golosinas, para los cuales se autoriza un determinado número de módulos por cada rubro.

61. Cada giro tiene considerado los productos que pueden ser materia de comercio, siendo incompatible el rubro de venta de diarios y revistas con la venta de golosinas. Esto con el único objeto de permitir que se dé oportunidad a quienes ejercen este tipo de actividades de dedicarse exclusivamente a la venta de artículos afines y de esta manera permitir que otras personas tengan la oportunidad de ejercer otros rubros, sin que existe interferencia de actividades, teniendo en cuenta que la norma lo que busca es que todos tengan la oportunidad de beneficiarse con los puntos de venta en las áreas públicas.

c) Consideraciones del Tribunal Constitucional

62. La norma cuya inconstitucionalidad reclaman los demandantes, señala:

“Artículo Décimo Quinto.- Los titulares de la Autorización Municipal para la conducción de módulos dedicados al expendio de periódicos, diarios, revistas, loterías y complementarios, están terminantemente prohibidos de exhibir en sus módulos imágenes, figuras, estampas, fotografías, afiches, o cualquier otra representación que atente contra el pudor público, la moral y las buenas costumbres; así como vender este tipo de publicaciones a menores de edad. Entiéndase por complementarios aquellos productos publicitarios o de comunicación tales como discos compactos, videos, libros, fascículos, y encartes distribuidos por los diarios y revistas”.

63. El Tribunal observa que la disposición impugnada no establece la prohibición alegada por los demandantes, de autorizar más de un giro o rubro comercial en un mismo módulo o, más específicamente, la prohibición de vender golosinas y bebidas envasadas de fábrica para quien tenga autorizada la venta de periódicos, diarios o revistas.

64. Una regla semejante sí se encuentra en el artículo vigésimo, inciso 2), de la Ordenanza, el cual establece que:

“Artículo Vigésimo.- El titular de la Autorización Municipal queda obligado a cumplir estrictamente las condiciones que a continuación se precisan:

(...)

2. Desempeñar únicamente la actividad autorizada”.

65. Esta limitación no ha sido negada por la parte demandada, quien expresa que la misma tiene como propósito que los comerciantes se vean beneficiados, al no



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00022-2010-PI/TC

LIMA

RODRIGO MARTÍN FERNÁNDEZ
NAZARIO EN REPRESENTACIÓN DE
1177 CIUDADANOS

existir interferencias en el ejercicio de las actividades económicas respecto de otros comerciantes ambulatorios.

66. El Tribunal considera que la limitación que la disposición impugnada establece no es excesiva, sobre todo si se tiene en cuenta que la autorización para realizar actividades de comercio ambulatorio es excepcional y que su finalidad es brindar de la misma oportunidad a quienes no tengan otra fuente diferente de ingreso.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad, debiendo interpretarse:
 - a) La segunda parte del artículo séptimo conforme a lo expuesto en el fundamento 34 de esta sentencia.
 - b) El artículo octavo conforme a lo expuesto en el fundamento 44 de esta sentencia; y,
 - c) El artículo duodécimo conforme a lo expuesto en los fundamentos 56 y 57 de esta sentencia.
2. Declarar **INFUNDADA** la demanda en lo demás que contiene.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
ÁLVAREZ MIRANDA
VERGARA GOTELLI
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
URVIOLA HANI

Lo que certifico:

VICTOR ANDRÉS ALZAMORA CARDENAS
SECRETARIO RELATOR