



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02812-2010-PA/TC  
CUSCO  
ACUARIOS INTERNACIONAL  
TRAVEL SERVICE S.R.L. Y OTROS

### RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 16 de agosto de 2011

#### VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por Acuarious Internacional Travel Service S.R.L. y otros contra la resolución expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco, de fojas 424, su fecha 24 de marzo de 2009, que confirmando la apelada, declaró fundada la excepción de incompetencia, nulo todo lo actuado y concluido el proceso de amparo de autos; y,

#### ATENDIENDO A

1. Que con fecha 12 de abril de 2007, la recurrente interpone demanda de amparo contra LAN PERU S.A., a fin de que se deje sin efecto la unilateral e inconstitucional decisión de rebajar el pago de la comisión por venta de boleto de avión de 10% al 1%, y que en consecuencia, se cumpla con pagar el 10% por comisión vigente, conforme lo dispone la Resolución Directoral N.º 021-80-TC/AE del 18 de abril de 1980. Invoca la vulneración de sus derechos constitucionales a la igualdad, a la libertad de empresa, a la libertad de trabajo y la proscripción constitucional del abuso de posición de dominio.
2. Que la emplazada LAN PERÚ S.A. contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, y propone las excepciones de incompetencia por razón de la materia, de falta de agotamiento de la vía previa y de prescripción.
3. Que el Juzgado Civil Transitorio del Cusco, con fecha 25 de noviembre de 2008, declara fundada la excepción de incompetencia por razón de la materia, nulo todo lo actuado y concluido el proceso de amparo de autos, por estimar que, conforme a los artículos 5.1 y 5.2 del Código Procesal Constitucional, el derecho afectado es de orden legal y no constitucional, de manera que existen vías distintas al amparo en las que los demandantes pueden hacer valer sus derechos.
4. Que dicha decisión fue confirmada por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco por argumentos similares, esto es, tras considerar que el proceso de amparo no constituye la vía idónea para dilucidar la cuestión controvertida.



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**



EXP. N.º 02812-2010-PA/TC  
CUSCO  
ACUARIOS INTERNACIONAL  
TRAVEL SERVICE S.R.L. Y OTROS

5. Que independientemente de que los juzgadores de las instancias precedentes hayan declarado la nulidad de todo lo actuado, tras declarar fundada la excepción de incompetencia por razón de la materia propuesta por la emplazada, lo que queda claro para este Tribunal es que se trata de una resolución desestimatoria equivalente a una improcedencia de la demanda de amparo de autos, máxime cuando se ha invocado la causal prevista en el numeral 5.2 del Código Procesal Constitucional.
6. Que en ese sentido, conviene precisar que la materia aquí controvertida ya ha sido objeto de pronunciamiento, por mayoría, por parte de este Tribunal Constitucional (Cfr. Sentencias recaídas en los Expedientes N.ºs 01248-2008-PA/TC y 03792-2008-PA/TC, publicadas el 13 de abril de 2010), a las que por economía y celeridad procesal se remite, conforme a las cuales consideró que la pretensión demandada debía ser resuelta en el proceso contencioso administrativo, por ser una vía igualmente satisfactoria para la tutela de los derechos presuntamente afectados, según lo manda el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

**RESUELVE**, con los votos singulares de los magistrados Vergara Gotelli y Eto Cruz, y con los fundamentos de voto de los magistrados Beaumont Callirgos y Urviola Hani

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**BEAUMONT CALLIRGOS**

**CALLE HAYEN  
URVIOLA HANI**

**Lo que certifico:**

VICTOR ANDRÉS ALZAMORA CARDENAS  
SECRETARIO RELATOR



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 02812-2010-PA/TC  
CUSCO  
ACUARIOS INTERNACIONAL  
TRAVEL SERVICE S.R.L. Y OTROS

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO  
BEAUMONT CALLIRGOS**

En el presente proceso constitucional, si bien coincido con la resolución que declara **IMPROCEDENTE** la demanda, reitero los principales argumentos que expuse en la STC 04941-2008-PA, y en los votos que suscribí, recaídos en los Expedientes N° 01248-2008-PA y N° 03792-2008-PA.

1. 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 57° del Código de Comercio). Por tanto, no pueden admitirse ni deben presentarse situaciones en virtud de las cuales LAN PERÚ S.A. 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 5.1° y 38° 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.”
2. Sin perjuicio de lo indicado, estimo pertinente precisar que bajo tal argumentación no se está negando la posibilidad de cuestionar la validez de la comisión mercantil establecida por LAN PERÚ S.A. —dado que la asociación 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.



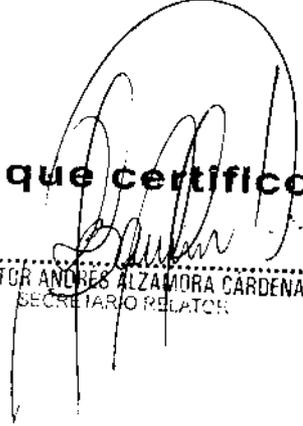
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

3. 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 recurrente para que lo haga valer, en todo caso, en la vía y forma legal que corresponda.

SR.

BEAUMONT CALLIRGOS

Lo que certifico:

  
VICTOR ANDRES ALZAMORA CARDENAS  
SECRETARIO RELATOR



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02812-2010-PA/TC  
CUSCO  
ACUARIOS INTERNACIONAL TRAVEL  
SERVICE S.R.L. Y OTROS

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO  
URVIOLA HANI**

Sin perjuicio del respeto que me merece la opinión de mis colegas Magistrados, emito el presente voto asumiendo los fundamentos y la conclusión del voto del magistrado Beaumont Callirgos recaído en los Expedientes N° 01248-2008-PA/TC y 03792-2008-PA/TC.

S.

URVIOLA HANI

**Lo que certifico:**

VICTOR ANDRES AIZAMORA CARDENAS  
SECRETARIO RELATOR



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02812-2010-PA/TC  
CUSCO  
ACUARIOS INTERNACIONAL TRAVEL  
SERVICE S.R.L. Y OTROS

### VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto singular por los fundamentos siguientes:

#### Petitorio de la demanda

1. Con fecha 12 de abril de 2007 la empresa recurrente interpone demanda de amparo contra la empresa LAN PERU, con el objeto de que se deje sin efecto su decisión de reducir la comisión por venta de boleta de avión al 1%, debiendo respetar y cumplir el 10% a favor de las agencias de viaje, conforme a lo dispuesto por la Resolución Directoral N° 021-80-TC/AE.ca de 18 de abril de 1980, puesto que dicho accionar se está afectando sus derechos constitucionales a la libertad empresa, libertad de trabajo, derecho a la igualdad.
2. En el presente caso la emplazada, Lan Perú S.A., contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, y propone las excepciones de incompetencia por razón de la materia, de falta de agotamiento de la vía previa y de prescripción.
3. El Juzgado Civil Transitorio del Cusco, declaró fundada la excepción de incompetencia por razón de la materia, nulo todo lo actuado y concluido el proceso de amparo de autos, por estimar que el derecho que se le alega como vulnerado es de orden legal y no constitucional, pudiendo acudir a la vía ordinaria respectiva para hacer valer su derecho. La Sala Superior revisora confirma la apelada por similares argumentos.
4. 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



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02812-2010-PA/TC  
CUSCO  
ACUARIOS INTERNACIONAL TRAVEL  
SERVICE S.R.L. Y OTROS

permitirse que una persona jurídica, que ve en el proceso constitucional de amparo la forma más 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.

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

5. 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.
6. 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.
7. 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.
8. 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



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02812-2010-PA/TC  
CUSCO  
ACUARIOS INTERNACIONAL TRAVEL  
SERVICE S.R.L. Y OTROS

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.

9. 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 PERU 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

10. 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.
11. 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 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02812-2010-PA/TC  
CUSCO  
ACUARIOUS INTERNACIONAL TRAVEL  
SERVICE S.R.L. Y OTROS

en los casos anteriores (Exps. 06539-2006-PA/TC y 09667-2006-PA/TC) expresé que *“Si bien la Constitución Política de 1993 ha consagrado, en el artículo 62º, 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).*

12. 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, puede imponer a las agencias de viajes la unilateral reducción de la comisión por venta de boletos 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.
13. 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, puesto 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 libertad a las empresas, pudiendo éstas regular sus reglas en el mercado, quedando el Estado limitado sólo a un rol subsidiario en materia económica.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02812-2010-PA/TC  
CUSCO  
ACUARIOS INTERNACIONAL TRAVEL  
SERVICE S.R.L. Y OTROS

14. 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.
15. En el caso de autos observamos que desde la perspectiva de las agencias de viajes – demandante– se observa que la empresa LAN Perú 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.
16. 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 los boletos de la empresa 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, puesto que las aerolíneas abusan 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02812-2010-PA/TC  
CUSCO  
ACUARIOS INTERNACIONAL TRAVEL  
SERVICE S.R.L. Y OTROS

17. Finalmente debe tenerse presente que la reducción de la comisión por pago 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.
18. 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.
19. 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 la 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

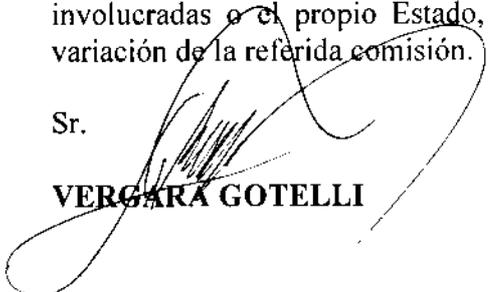
EXP. N.º 02812-2010-PA/TC  
CUSCO  
ACUARIOS INTERNACIONAL TRAVEL  
SERVICE S.R.L. Y OTROS

por venta de pasajes aéreos por las mismas partes y sólo en caso de discrepancia, dejar al Estado la facultad de decidir.

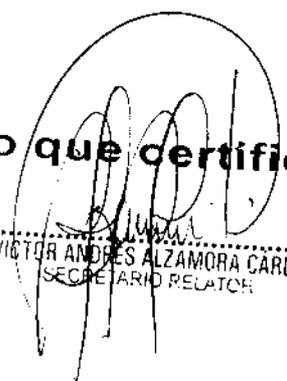
20. Por lo expuesto, observándose que la reducción de la comisión por pago de venta de boletos al 1% ha sido unilateral y arbitraria, considero, como lo hice en casos anteriores, que la demanda debe ser estimada puesto que no sólo se está afectando los derechos de una empresa que se encuentra disminuida por otra poderosa, sino que también encontramos involucrado al público usuario.
21. Siendo ello así considero 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.
22. Por todo lo expuesto considero errada la posición de la ponencia puesta a mi vista que declara la improcedencia de la demanda, por considerar que existe una vía igualmente satisfactoria para la protección del derecho invocado, agregándose también en dicha resolución que el Tribunal desestimó dicha pretensión en casos anteriores, debiéndose tener presente que precisamente en dichas causas a las que se hace referencia, tuve un voto singular.
23. Por ello reitero mi posición expuesta en los Exps. N.ºs 01248-2008-PA/TC y 03792-2008-PA/TC, en los que emití un voto singular en casos análogos declarando fundada la demanda, por las mismas razones por las que expongo. Por ello con mayor razón rechazo lo expresado.

Por ello es que la demanda de amparo propuesta por la empresa Acuarious Internacional Travel Service S.R.L. y otros 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:**

  
VICTOR ANDRÉS ALZAMORA CARDENAS  
SECRETARIO RECAJCH



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02812-2010-PA/TC  
CUSCO  
ACUARIOS INTERNACIONAL  
TRAVEL SERVICE S.R.L. Y OTROS

### VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ETO CRUZ

Por las consideraciones que paso a exponer, no concuerdo con la posición mayoritaria; por lo que mi voto es por declarar infundada la demanda.

#### §1. Respecto al rechazo liminar de la presente demanda

1. Del expediente de autos se aprecia que tanto el juez constitucional de primer grado así como el de segundo grado declaran fundada la excepción de incompetencia por razón de la materia. Así, el Juzgado Civil Transitorio del Cusco, con fecha 25 de noviembre de 2008, señala que resulta de aplicación el artículo 5º, incisos 1) y 2), del Código Procesal Constitucional; y, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco, reitera la misma fundamentación de hecho y derecho, considerando que el acto lesivo presentada por la demanda no incide en el contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados, por lo que existen vías distintas al amparo en las que los demandantes pueden hacer valer sus derechos.
2. Que, no obstante, los juzgadores de las instancias precedentes han declarado fundada la excepción de incompetencia por razón de la materia propuesta por la emplazada, y en consecuencia la nulidad de todo lo actuado; cabe precisar que de acuerdo a los criterios que habilitan la competencia del Tribunal se trata de una resolución desestimatoria equivalente a una improcedencia de la demanda de amparo de autos, máxime si la *ratio decidendi* ha invocado la causal prevista en el artículo 5º, inciso 2), del Código Procesal Constitucional.
3. De otro lado, debe advertirse que si bien el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado en dos casos anteriores (STC N.º 6539-2006-PA/TC, STC N.º 9667-2006-PA/TC y STC N.º 1248-2008-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, sin embargo, que se dicte 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 6º del Código Procesal Constitucional).
4. En ese sentido, siendo evidente que en las dos decisiones anteriores no se emitió un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión, no se configura el supuesto previsto



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02812-2010-PA/TC

CUSCO

ACUARIOS INTERNACIONAL

TRAVEL SERVICE S.R.L. Y OTROS

en el artículo 6º del Código Procesal Constitucional. Ello por cuanto 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. En ese sentido, considero perfectamente posible ingresar al fondo de la controversia y dictar un pronunciamiento de mérito.

5. 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, sino que, materialmente, también ha cuestionado los argumentos de la demanda (fojas 136, 240). Siendo ello así, considero que se puede ingresar a resolver de manera sustantiva este proceso, pues ello no implica la afectación del derecho de defensa de la emplazada.

### §2. Sobre el petitorio de la demanda de autos

6. 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 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 al derecho a la igualdad. Por lo que previamente estimo pertinente referirme a los mismos en el marco de la Constitución vigente.
7. 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. En ese sentido, conforme a lo dispuesto en los artículos 58º, 59º, 61º, 65º y 84º 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.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02812-2010-PA/TC

CUSCO

ACUARIOS INTERNACIONAL

TRAVEL SERVICE S.R.L. Y OTROS

8. 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. No pudiendo ser entendido éste 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 1º de la Constitución)– no sólo sea declarativamente respetada sino concretada a través del mercado y de las libertades económicas.
9. 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, por cuanto el mercado no es la medida de todas las cosas y sin lugar a dudas no es la medida del ser humano<sup>1</sup>.
10. 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 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.
- vi. Dentro de este conjunto de garantías, en lo que respecta al presente pronunciamiento corresponde realizar una especial referencia a la libertad de empresa consagrado en el artículo 59º de la Constitución “[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

<sup>1</sup> HÄBERLE, Peter. “Incursus. 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



EXP. N.º 02812-2010-PA/TC  
CUSCO  
ACUARIOS INTERNACIONAL  
TRAVEL SERVICE S.R.L. Y OTROS

todas sus modalidades”.

12. 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).

13. 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.

14. Dentro de este marco se desarrollará el análisis, a fin de determinar la validez constitucional de la comisión por concepto de viajes aéreos.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02812-2010-PA/TC  
CUSCO  
ACUARIOS INTERNACIONAL  
TRAVEL SERVICE S.R.L. Y OTROS

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

#### 3.1. La configuración de los servicios públicos

15. En lo que respecta al concepto de servicio público, este Tribunal 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), 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.
16. En el mismo sentido, mediante STC N.º 0034-2004-AI se determina que si bien nuestro ordenamiento jurídico no recoge una definición específica sobre el concepto de servicio público, y nuestro texto Constitucional 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 58 de la Constitución); de ahí la importancia de que vía legislativa se desarrolle los servicios públicos y sus alcances.
17. Sin embargo, se debe tomar en cuenta que existen una serie de elementos que en conjunto permiten caracterizar un servicio como público (STC N.º 0034-2004-AI, fundamento 40). Estos son:
  - a) Su *naturaleza esencial* para la comunidad. Aun cuando el servicio dispensado pueda recaer sobre cada persona a título individual en la lógica de que cada quien resulta un usuario destinatario de una prestación estatal, debe estar dirigido en sus efectos e incidencias al bienestar de todas las personas en su conjunto o de todos los que integran la colectividad.
  - b) La *necesaria continuidad* de su prestación en el tiempo. No se presumen temporales, pues ello sería contrario a la propia relevancia y correlativa continuidad que reclama su naturaleza.
  - c) Su naturaleza *regular*, es decir, que debe mantener un *estándar mínimo de calidad*. no se trata de brindar prestaciones de manera mecánica y sin ningún referente objetivo, sino de una manera que resulte compatible con las finalidades que lo justifican.
  - d) La necesidad de que su *acceso* se dé *en condiciones de igualdad*. La idea es que los servicios sean de todos o para todos, y no exclusiva o



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02812-2010-PA/TC  
CUSCO  
ACUARIOS INTERNACIONAL  
TRAVEL SERVICE S.R.L. Y OTROS

excluyentemente para determinados sectores (STC 9667-2006-PA/TC).

### 3.2. El nivel de intervención del Estado en materia de servicios públicos

18. Conforme 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.
19. 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. Pues bien, el ámbito de cuestiones no previsto en la reglamentación administrativa, puede y debe resolverse, mediante la aplicación de los criterios contractualistas<sup>2</sup>.
20. El rol del Estado dentro de contextos como los anteriormente señalados impone pues no sólo garantizar la existencia misma de los servicios públicos, sino su adecuada prestación, independientemente de quien los administre. Ello, en resumidas cuentas, permite que desde el Estado no sólo se regulen los aspectos esenciales del mismo, sino que éste pueda intervenir en el momento en que estos son ejecutados, sea cuando el destinatario de los servicios reclame frente a un servicio mal dispensado. A tales efectos la relación Servicio Público-Estado es indisoluble en cualquiera de sus etapas, sin que sea posible invocar ámbitos exentos de control o fiscalización, siempre atendiendo 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

21. 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

<sup>2</sup> GARRIDO FALLA, Fernando y Otros. *Tratado de Derecho Administrativo*, volumen II. Madrid: Tecnos, 12ª edición, p 466.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02812-2010-PA/TC  
CUSCO  
ACUARIOS INTERNACIONAL  
TRAVEL SERVICE S.R.L. Y OTROS

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”.

22. 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, a mi criterio queda perfectamente establecido que el servicio público se limita a las actividades relacionadas directamente con el servicio de transporte, mas 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**

23. 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.
24. 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02812-2010-PA/TC  
CUSCO  
ACUARIOS INTERNACIONAL  
TRAVEL SERVICE S.R.L. Y OTROS

podía, como en efecto lo hacía, regular aspectos centrales o colaterales a dicha actividad.

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

26. No obstante, 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**

27. A este respecto y si de lo que se trata es de precisar la naturaleza jurídica de la Comisión por concepto de venta de pasajes aéreos individuales, es necesario ubicarse en dos momentos distintos. El correspondiente al periodo en que no era cuestionada su existencia (cuando dicha norma fue expedida), y el correspondiente al periodo actualmente transitado.

28. Desde la perspectiva constitucional, cuando la Resolución Directoral N.º 021-80-TC/AE fue emitida, el propósito de la misma no parecía otro que el de imponer el pago de una suma de dinero en favor de 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



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02812-2010-PA/TC  
CUSCO  
ACUARIOS INTERNACIONAL  
TRAVEL SERVICE S.R.L. Y OTROS

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 el negocio entre particulares.

29. Lo que la demandada en cambio sí argumenta es que la referida comisión no tiene forma de armonizarse con la vigente Constitución de 1993, en 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.
30. 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 que nuestro modelo estructural responde al de un Estado social y democrático de Derecho, tal como ha sido configurado *supra*.
31. Pero dicha lectura constitucional del modelo económico imperante en estos dos momentos, es decir, el de la Constitución de 1979 y 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 intermediarios 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. Así, además, ha



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02812-2010-PA/TC  
CUSCO  
ACUARIOS INTERNACIONAL  
TRAVEL SERVICE S.R.L. Y OTROS

simplificado el pago del servicio no sólo mediante la tarjeta de crédito, sino además, como pagos en autoservicios y supermercados por citar ejemplos quedando 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; es así que 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 expuestas<sup>3</sup>.
- 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.

En consecuencia, la comisión por concepto de venta de pasajes aéreos no tiene la naturaleza de un servicio público ni forma parte del mismo. 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 le vaya fijando el mercado, el mismo que es, en definitiva, el que asigna un determinado valor a los bienes y servicios que los particulares ofrecen en un marco de libre competencia.

Asimismo, corresponde destacar 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 como 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 del monto por concepto de venta de pasajes aéreos en cualquier ruta, que conste en un contrato celebrado conforme a derecho.

Siendo que en cualquier caso, de existir indicios de una infracción a la buena fe

<sup>3</sup> Ver: [http://www.feaav.org/informes/inf\\_completo\\_ingles\\_service\\_fec.pdf](http://www.feaav.org/informes/inf_completo_ingles_service_fec.pdf)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02812-2010-PA/TC  
CUSCO  
ACUARIOS INTERNACIONAL  
TRAVEL SERVICE S.R.L. Y OTROS

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.

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

32. 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.
33. 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 vigor, 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 que sea su origen, según los alcances que el mismo ordenamiento constitucional haya previsto [STC N.º 0014-2003-AI, fundamento 2, párrafo 4; STC N.º 0047-2004-AI/TC, fundamento 10].
34. Por tanto, en cuanto a la vigencia de la Resolución Directoral N.º 021-80-TC/AE.ca, del 18 de abril de 1980, cabe exponer 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.
35. 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



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02812-2010-PA/TC  
CUSCO  
ACUARIOS INTERNACIONAL  
TRAVEL SERVICE S.R.L. Y OTROS

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

36. En el mismo sentido, el artículo 84º 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 deroga:

[...] todas aquellas disposiciones legales y reglamentarias que se opongan a la presente Ley.

37. Todo lo cual se incardina en una concepción constitucional en torno a las formas y los modos concretos en los que el Estado se encontraría habilitado para fijar precios y tarifas. Al respecto, el Tribunal [STC N.º 0034-2004-AI/TC, fundamentos 13 y 14] 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.
38. 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02812-2010-PA/TC  
CUSCO  
ACUARIOS INTERNACIONAL  
TRAVEL SERVICE S.R.L. Y OTROS

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.

39. 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 mandato legal que disponga ello, ni situación fáctica excepcional para el ejercicio de esa potestad.
40. Cabe referir que los criterios de alcance constitucional encuentran su correlato en el sector respectivo, conforme consta en el Oficio N.º 119-2007-MINCETUR/VMT, dirigido por el Viceministro de Turismo al Presidente de la Asociación de Agencias de Viajes y Turismo (fojas 121), que alude a la derogación tácita de la Resolución Directoral materia del presente proceso de amparo. Asimismo, el Informe N.º 019-2006-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 122), 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 resultan procedentes en la medida en que revisten una incidencia lesiva en la libertad de contractual, libertad de empresa, la iniciativa privada y el principio de pluralismo económico.
41. Obra también el Informe N.º 0112-2007-MTC/12, del 26 de febrero de 2007, emitido por el Director General de Aeronáutica Civil (fojas 125), 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.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02812-2010-PA/TC

CUSCO

ACUARIOS INTERNACIONAL

TRAVEL SERVICE S.R.L. Y OTROS

42. De todo lo cual se desprende la posición del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, que desde un punto de vista sustantivo constituye un pronunciamiento técnico que ha sido tomado en consideración por este Tribunal para mejor resolver.

### §6. Regulación de posiciones dominantes

43. 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 general<sup>4</sup>.

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

Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades 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 5º).

44. Siendo que 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.º 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.º 29299 y el D.L. 807.

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



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02812-2010-PA/TC

CUSCO

ACUARIOS INTERNACIONAL

TRAVEL SERVICE S.R.L. Y OTROS

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 103º), la libre competencia (artículo 61º) y el rol del Estado en materia económica, en tanto promotor de las pequeñas empresas en todas sus modalidades (artículo 59º). De allí que el Tribunal, 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; en consecuencia, dicha alegación no es materia de pronunciamiento en el presente proceso de amparo.

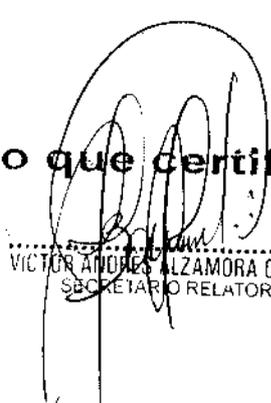
Por estos fundamentos expuestos, mi VOTO es por:

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda.
2. Declarar que las agencias de viajes y LAN PERÚ deberán mantener y sostener relaciones contractuales que no incurran en supuestos de abuso del derecho que el artículo 103º de la Constitución no ampara, tal como ha sido señalado en el fundamento 31 *in fine*.
3. Exhortar al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – INDECOPÍ a que promueva y garantice la leal competencia y los derechos de los consumidores conforme a lo expresado en los fundamentos 43 y 44.

S.

**ETO CRUZ**

**Lo que certifico:**

  
VICTOR ANDRÉS ALZAMORA CÁRDENAS  
SECRETARIO RELATOR