



**LAS FACULTADES DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL
EN MATERIA ECONÓMICA: ANÁLISIS DE LA
FRÁGIL SENTENCIA DEL CEMENTO**

Daniel Echaiz Moreno¹

Expediente N° 03116-2009-PA/TC.

Lima.

Cementos Lima S.A.

Sentencia del Tribunal Constitucional

En Lima, a los 10 días del mes de agosto de 2009, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con los votos singulares de los magistrados Vergara Gotelli, Landa Arroyo y Calle Hayen que se agregan.

Asunto.-

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Cementos Lima S.A. contra la resolución de la Séptima Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 258, su fecha 17 de junio de 2008, que confirmando la apelada declara improcedente, *in limine*, la demanda de autos.

Antecedentes.-

¹ **DANIEL ECHAIZ MORENO** (Lima, 1977). Magíster en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado summa cum laudae por la Universidad de Lima. Curso de Especialización en Mercado de Valores por la Comisión Nacional Supervisor de Empresas y Valores (CONASEV). Catedrático de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y Universidad San Ignacio de Loyola. Socio fundador de **ECHAIZ • ESTUDIO JURÍDICO EMPRESARIAL**. Consultor externo del Estudio Flint Abogados. Miembro colegiado del Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Miembro asociado del Instituto Peruano de Derecho Mercantil. Miembro honorario del Ilustre Colegio de Abogados de Arequipa. Miembro del staff de árbitros de los Centros de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud, del Ministerio de Justicia y de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Autor de los libros “Los grupos de empresas. Bases para una legislación integral” (Lima, 2000), “La empresa en el Derecho moderno” (Lima, 2001), “Sociedades. Doctrina, legislación y jurisprudencia” (Trujillo, 2005), “Régimen Comercial Peruano” (Bogotá, 2006) y “Derecho Societario. Un nuevo enfoque jurídico de los temas societarios” (Lima, 2009), así como más de 275 artículos. Conferencista con más de 420 ponencias sustentadas en Perú (Lima, Chiclayo, Tumbes, Cajamarca, Trujillo, Arequipa, Chimbote, Huancayo, Huacho y Piura), Argentina (Buenos Aires) y Venezuela (Maracaibo). Web page: www.echaiz.com • E-mail: daniel@echaiz.com

Con fecha 11 de enero de 2008 la Sociedad recurrente interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), solicitando que se declare inaplicable el artículo 2.º del Decreto Supremo N.º 158-2007-EF, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 13 de octubre de 2007, que modificó de 12% a 0% las tasas de los derechos arancelarios ad valorem CIF establecidas en el Decreto Supremo N.º 017-2007-EF, modificadas por los Decretos Supremos N.ºs 091-2007-EF y 105-2007-EF, para las sub-partidas nacionales 2523 10 00 00 cemento sin pulverizar y 2523 29 00 00 los demás; y que, reponiéndose las cosas al estado anterior, se ordene que toda importación con cargo a las sub-partidas nacionales referidas paguen la tasa del derecho arancelario ad valorem del 12%.

Alega que la modificación de la tasa de los derechos arancelarios de las sub-partidas nacionales referidas vulnera sus derechos constitucionales a la igualdad ante la ley, a la libertad de empresa y a participar en la vida económica de la Nación.

El Trigésimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 22 de enero de 2008, declaró improcedente, *in limine*, la demanda, por considerar que el proceso de acción popular constituye la vía procesal específica, igualmente satisfactoria, para la protección de los derechos constitucionales supuestamente vulnerados, conforme lo establece el inciso 2) del artículo 5º del Código Procesal Constitucional.

Con fecha 13 de mayo de 2008, el Procurador Público Adjunto del Ministerio de Economía y Finanzas se apersona al proceso y, con fecha 23 de junio de 2008, expone sus fundamentos sobre la demanda, aduciendo que el decreto supremo cuestionado no vulnera los derechos alegados por la demandante.

La Sala Superior competente confirmó la apelada, por estimar que los hechos y el petitorio no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados.

Fundamentos.-

§.1. Procedencia de la demanda.-

1. Antes de entrar a analizar el fondo de la controversia, es preciso examinar el rechazo *in limine* dictado por las instancias precedentes, pues tanto en primera como en segunda instancia la demanda fue rechazada liminarmente, argumentándose, por un lado, que debe recurrirse al proceso de acción popular por constituir la vía procesal específica, igualmente satisfactoria, para ventilar la pretensión, y, por otro, que los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados.

En buena cuenta, corresponde determinar si existe otro proceso judicial para resolver la controversia planteada, y si éste es igualmente satisfactorio que el proceso de amparo para defender y proteger los derechos constitucionales que se alegan como vulnerados.

2. Sobre el particular, este Tribunal estima que en el presente caso no cabía rechazar *in limine* la demanda sino admitirla a trámite con el objeto de examinar, entre otros aspectos, si el artículo 2º del Decreto Supremo N.º 158-2007-EF ha afectado los

derechos de la demandante a la igualdad ante la ley, a la libertad de empresa y a participar en la vida económica de la Nación.

Ello debido a que el artículo 3° del Código Procesal Constitucional prevé que en el proceso de amparo se pueda demandar la inaplicación de una norma legal de carácter autoaplicativa, como sucede en el caso de autos. Además, por la trascendencia de la controversia planteada el proceso de amparo constituye la vía idónea y satisfactoria para resolverla, porque la dilucidación de la controversia no requiere la actuación de medios probatorios complejos.

3. Teniendo presente ello, este Tribunal estima oportuno precisar, de manera enunciativa y no taxativa, en qué casos un indebido rechazo liminar de la demanda no debe ser revocado, con el efecto de que se devuelvan los actuados y se ordene la admisión a trámite de la demanda, sino que debe ingresarse a evaluar el fondo de la controversia. Así, en virtud de los principios de celeridad y economía procesal y atendiendo a la finalidad subjetiva de los procesos constitucionales, este Tribunal considera que existen determinados supuestos en los que, pese a existir un indebido rechazo liminar de la demanda, resulta procedente ingresar a evaluar el fondo de la controversia planteada, que son los siguientes:
 - a. Cuando en autos obren medios probatorios idóneos, suficientes y eficaces que sean de actuación inmediata, instantánea y autosuficiente, es decir, cuando los hechos alegados no requieran la actuación de medios probatorios complejos.
 - b. Cuando el derecho de defensa del demandado se encuentre garantizado, bien porque ha sido notificado del concesorio del recurso de apelación, o bien porque se ha apersonado al proceso y ha expuesto sus fundamentos sobre la pretensión demandada.
 - c. Cuando la acción u omisión cuestionada haya sido declarado de manera uniforme y reiterada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como lesiva a los derechos fundamentales, o cuando la acción u omisión cuestionada haya sido declarado por la jurisprudencia del Tribunal como un comportamiento reiterado y reincidente que genera un estado de cosas inconstitucionales.
 - d. Cuando exista un precedente vinculante del Tribunal que haya condenado como lesiva la acción u omisión cuestionada en la demanda, o cuando el acto cuestionado como lesivo haya sido previamente inaplicado vía control difuso por el Tribunal, siempre que se presenten los mismos supuestos (juicio de relevancia) para su inaplicación.
4. Precisados tales supuestos, este Tribunal estima que las instancias inferiores han incurrido en un error al momento de calificar la demanda, por lo que debería revocarse el auto de rechazo liminar y ordenarse que se admita a trámite. No obstante ello, y en atención a lo establecido en el punto b) del fundamento precedente, este Tribunal considera pertinente no hacer uso de la mencionada facultad, toda vez que el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Economía y Finanzas ha sido notificado del concesorio del recurso de apelación y se ha apersonado y expuesto sus fundamentos sobre la pretensión demandada, lo que implica que su derecho de defensa está garantizado.

§.2. Delimitación del petitorio y de la controversia.-

5. La Sociedad demandante pretende que se declare inaplicable el artículo 2.º del Decreto Supremo N° 158-2007-EF, que modificó de 12% a 0% las tasas de los derechos arancelarios ad valorem CIF para las sub-partidas nacionales 2523 10 00 00 cemento sin pulverizar y 2523 29 00 00 los demás; y que, por consiguiente, se ordene que toda importación con cargo a las sub-partidas nacionales referidas paguen la tasa del derecho arancelario ad valorem CIF del 12%.

Sostiene que el artículo referido vulnera su derecho a la libertad de empresa porque no la estimula y maximiza y porque la rentabilidad de las empresas productoras de cemento nacional, como es su caso, será más baja, afectándose de este modo la libre competencia.

Asimismo, señala que el artículo referido lesiona su derecho a la igualdad ante la ley, debido a que arbitrariamente establece un tratamiento diferenciado que resulta erróneo e inútil para lograr promover la eficiencia y la competitividad en la economía, pues genera la contracción de la demanda del cemento producido en el Perú.

Además, alega que el artículo referido constituye una desigualdad de trato en el ejercicio de la potestad tributaria del Estado, pues discrimina a las sub-partidas nacionales correspondientes al cemento con relación a otras sub-partidas nacionales, provocando una injustificada dispersión arancelaria.

6. Sobre la base de estos alegatos, este Tribunal considera que la controversia debe centrarse en determinar si el artículo 2º del Decreto Supremo N° 158-2007-EF vulnera los derechos a la libertad de empresa y a participar en la vida económica de la Nación, así como la libre competencia y el principio-derecho a la igualdad ante la ley.

§.3. Análisis de la controversia.-

§.3.1. Libertad de empresa.-

7. En una economía social de mercado, el derecho a libertad de empresa, junto con los derechos a libre iniciativa privada, a la libertad de comercio, a la libertad de industria y la libre competencia, son considerados como base del desarrollo económico y social del país, y como garantía de una sociedad democrática y pluralista. Coincidente con esta concepción, la Constitución en su artículo 60º reconoce expresamente el pluralismo económico y que la empresa tiene las características de promotora del desarrollo y de sustento de la economía nacional.
8. En este contexto, la libertad de empresa se erige como un derecho fundamental que garantiza a todas las personas a participar en la vida económica de la Nación, y que el poder público no sólo debe respetar, sino que, además, debe orientar, estimular y promover, conforme lo señalan los artículos 58º y 59º de la Constitución.

Para ello, el Estado debe remover los obstáculos que impidan o restrinjan el libre acceso a los mercados de bienes y servicios, así como toda práctica que produzca o pueda producir el efecto de limitar, impedir, restringir o falsear la libre competencia, para lo cual debe formular y establecer todos los mecanismos jurídicos necesarios a fin de salvaguardar la libre competencia. Por dicha razón, el artículo 61º de la Constitución reconoce que el Estado: a) facilita y vigila la libre competencia; b) combate toda

práctica que limite la libre competencia; y c) combate el abuso de posiciones dominantes o monopólicas.

9. De este modo, cuando el artículo 59° de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa está garantizando a todas las personas una libertad de decisión no sólo para crear empresas (libertad de fundación de una empresa) y, por tanto, para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado.

En buena cuenta, la Constitución a través del derecho a la libertad de empresa garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial en condiciones de libertad; así como la actuación, ejercicio o permanencia, en condiciones de igualdad, de la actividad empresarial y los agentes económicos en el mercado y la protección de la existencia de la empresa.

10. Teniendo presente lo señalado, este Tribunal considera que el artículo 2° del Decreto Supremo N° 158-2007-EF no limita ni restringe alguno de los cuatro tipos de libertades que forman parte del contenido del derecho a la libertad de empresa y que fueron precisados en la sentencia recaída en el Expediente N° 03330-2004-AA/TC, por las siguientes razones:

- a. En primer lugar, el artículo cuestionado no limita ni restringe la libertad de creación de empresa que tiene derecho la demandante, pues ésta ya es una empresa constituida (sociedad anónima) que tiene por objeto social la fabricación de cemento, cal y yeso.

Asimismo, porque el artículo cuestionado tampoco le prohíbe a la demandante iniciar cualquier tipo de actividad económica legalmente permitida, bien mediante la creación de una nueva empresa, o bien mediante la adquisición de una empresa ya existente, ni le excluye algún sector económico para el desarrollo de una iniciativa empresarial.

- b. En segundo término, el artículo cuestionado no incide directa ni indirectamente en la libertad de organización de la empresa, ya sea interna o externa, pues no le impone la variación del objeto social elegido, ni le ordena el cambio de nombre, domicilio, o tipo de sociedad. Tampoco el artículo cuestionado le impone a la demandante una política de precios, créditos, seguros y contratación de personal para fabricar cemento, cal y yeso, ni el modo de realización de su actividad económica.

En buena cuenta, el artículo cuestionado no afecta el libre desarrollo de la actividad empresarial de la demandante, pues su contenido normativo no cambia sus objetivos y fines económicos ni modifica o suplanta su poder de dirección y organización de la actividad empresarial, toda vez que no le impone que tipo de cemento, cal o yeso debe fabricar, o la cantidad que debe fabricar, o los días en que debe hacerlo.

- c. En tercer término, el artículo cuestionado no limita ni falsea la libre competencia para fabricar cemento, cal y yeso. No obstante ello, y porque la demandante aduce la afectación de la libre competencia, este alegato será desarrollado *in extenso* en el fundamento 15.

- d. Finalmente, el artículo cuestionado tampoco prohíbe o impide que la sociedad demandante pueda cesar libremente sus actividades económicas en el momento que estime conveniente o salir del mercado. Es decir, que el artículo cuestionado no impone ningún deber que obligue a la demandante a continuar indefinidamente realizando su actividad económica.
11. Por estas razones, el Tribunal considera que el artículo 2° del Decreto Supremo N° 158-2007-EF no afecta ninguna de las cuatro libertades que forman parte del contenido esencial del derecho a la libertad de empresa.

§.3.2. Libre competencia.-

12. Un aspecto fundamental de una economía social de mercado y una consecuencia principal de la libertad de acceso al mercado es la existencia de la libre competencia, sin la cual quedaría vacío de contenido el derecho a la libertad de empresa.

Por ello el artículo 61° de la Constitución delega al legislador la labor de garantizar el acceso al mercado en igualdad de condiciones, al tiempo de reprimir y limitar el abuso de posiciones de dominio o monopólicas a efectos de garantizar no sólo la participación de los agentes económicos, sino de proteger a quienes cierran el círculo económico en calidad de consumidores y usuarios.

13. Así, la libre competencia tiene el carácter de pautas o reglas de juego del mercado, con arreglo a la cual deben actuar todos los agentes económicos y que, en todo momento, ha de ser vigilada y preservada por el Estado, cuya principal función es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres, competitivos y transparentes, así como la de adoptar todas las medidas necesarias que impidan su obstrucción o restricción.

Ello debido a que la Constitución en sus artículos 61° y 65°, asume la posición de que la libre competencia junto con el derecho a la información, promueven de la mejor manera la satisfacción de los intereses de los consumidores y usuarios en el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados de bienes y servicios.

14. En este sentido, conviene recordar que este Tribunal en la sentencia recaída en el Expediente N° 00018-2003-AI/TC ha precisado que la libre competencia plantea el libre juego de la oferta y la demanda, y presupone la presencia de tres requisitos:
- a. La autodeterminación de iniciativas o de acceso de agentes económicos al mercado.
 - b. La autodeterminación para elegir las circunstancias, modos y formas de ejecutar la actividad económica (calidad, modelo, volumen de producción, etc.), es decir, la libertad de actuación dentro del mercado.
 - c. La igualdad de los competidores ante la ley (la no discriminación).
15. Pues bien, teniendo presente el contenido y los presupuestos que configuran la libre competencia, este Tribunal considera que el artículo 2° del Decreto Supremo N° 158-2007-EF no contraviene el artículo 61° de la Constitución, por las siguientes razones:

- a. En primer lugar, el artículo cuestionado no establece una prohibición a las empresas fabricantes de cemento para que sigan desarrollando su actividad empresarial, ni las expulsa del mercado en que se desarrollan.

Asimismo, tampoco prevé la prohibición de que nuevos agentes económicos puedan acceder al mercado de la fabricación del cemento, ni establece condiciones subjetivas de admisión al mercado de la fabricación del cemento que sean irrazonables o desproporcionadas, razón por la cual no puede considerarse afectada la libre competencia en su aspecto esencial de libertad de acceso al mercado.

- b. En segundo término, el artículo cuestionado no limita la libertad de inversión de las empresas que se dedican a la fabricación de cemento, pues no les impone la obligación de invertir por una parte ni la prohibición de invertir por otra. En igual sentido, debe tenerse presente que el artículo cuestionado no elimina ni controla la libertad de formación de los precios en el mercado del cemento, razón por la cual tampoco puede considerarse afectada la libre competencia.
- c. En tercer término, el sentido normativo del artículo cuestionado no produce que el mercado libre, competitivo y transparente de fabricación del cemento se vea limitado, restringido o falseado, toda vez que no incide directa o indirectamente en la libertad de acción y elección de los consumidores ni elimina la oferta y la demanda del mercado de cemento.
- d. Finalmente, porque en autos no se encuentra demostrado que el artículo cuestionado produzca efectos anticompetitivos en el mercado del cemento, pues el acceso a este mercado se encuentra abierto a cualquier agente económico y porque las relaciones comerciales en este mercado no han sido obstruidas.

Asimismo, porque no existen indicios razonables que pongan en evidencia que las demandas de compra o las ofertas de venta de cemento nacional hayan disminuido como consecuencia directa e inmediata del artículo 2° del Decreto Supremo N° 158-2007-EF, ni que las demandas de compra o las ofertas de venta de cemento importado hayan incrementado como consecuencia directa e inmediata del artículo cuestionado. En buena cuenta no afecta el comercio del cemento ni lo restringe.

16. Por todas estas razones, este Tribunal considera que artículo 2° del Decreto Supremo N° 158-2007-EF no contraviene la libre competencia.

§.3.3. Igualdad ante la ley.-

17. En cuanto a la violación del derecho a la igualdad, debe recordarse que el inciso 2), del artículo 2° de la Constitución dispone que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. De este modo, la Constitución reconoce un derecho subjetivo a obtener un trato igual aplicable tanto a las personas físicas como a las jurídicas, trato igual que exige que ante supuestos de hecho iguales deban ser aplicadas las mismas consecuencias jurídicas.
18. En materia económica, el derecho a la igualdad ante la ley y de trato se encuentra reconocido expresamente en los artículos 60° y 63° de la Constitución, en tanto señalan que la “actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal” y que la “inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones”.

19. Ahora bien, para que el juicio de igualdad pueda efectuarse es necesario que las situaciones subjetivas que vayan a compararse sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, razón por la cual, toda alegación del derecho a la igualdad precisa para su verificación un *tertium comparationis* frente al que la desigualdad se produzca, siendo carga del recurrente en amparo aportar un término suficiente y adecuado de comparación a partir del cual proceder a aplicar el canon de igualdad.
20. Teniendo presente ello, este Tribunal considera oportuno abordar cual es la finalidad constitucional de los aranceles en nuestra economía social de mercado, toda vez que el tema controvertido en el presente caso es la regulación de la tarifa arancelaria de las sub-partidas nacionales 2523 10 00 00 cemento sin pulverizar y 2523 29 00 00 los demás.

Al respecto, este Tribunal considera que los aranceles como todo tributo tiene una finalidad impositiva que persigue la realización del deber de contribuir con el gasto público, pero a su vez, en materia económica tiene una finalidad de promoción de la libre competencia, ya que de manera directa o indirecta regulan las actividades económicas relacionadas con el comercio exterior.

Por ello, resulta válido afirmar que los aranceles tienen como finalidad constitucional favorecer la producción nacional, promover la estabilidad económica a través del aumento o disminución, la reducción o ampliación de las importaciones que pueden afectar el nivel general de precios y los movimientos de la oferta y la demanda nacional, estimular el crecimiento económico, proteger la industria nacional, promover la inversión nacional, controlar los precios, defender a los consumidores e incentivar la competitividad de los productos nacionales.

21. En sentido similar, debemos señalar que en los Lineamientos de Política Arancelaria aprobados por la Resolución Ministerial N° 005-2006-EF-15, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 15 de enero de 2006, se destaca que una decisión de política arancelaria debe considerar, entre otros elementos, el balance entre el eventual impacto efectivo sobre producción, empleo o recaudación versus aquél sobre la eficiencia en la asignación de recursos y el bienestar de la población.

Por ello, se señala en los lineamientos referidos que desde un punto de vista de eficiencia económica, la reducción de aranceles promueve mejoras en la competencia internacional de los productos producidos en el país y en la productividad de las empresas, así como permite una mayor satisfacción del consumidor. Lo contrario, elevar aranceles, separa a las economías de la competencia internacional, beneficiando sólo a algunos sectores y grupos en términos de ingresos y empleo, a costa de la eficiencia en la asignación de recursos productivos.

22. Pues bien, en el presente caso el mercado relevante es el mercado del cemento, por lo que en aplicación del artículo 63° de la Constitución, la inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones, es decir, que debe existir una igualdad de trato tanto en la ley como en su aplicación, a menos que otro país o países adopten medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional.
23. En este contexto, debe señalarse que el artículo 2.° del Decreto Supremo N.° 158-2007-EF, que modificó de 12% a 0% las tasas de los derechos arancelarios ad valorem CIF de las sub-partidas nacionales 2523 10 00 00 cemento sin pulverizar y 2523 29 00 00 los

demás, no cumple con la finalidad constitucional de los aranceles en una economía social de mercado, pues no persigue favorecer la producción nacional del cemento, proteger la industria nacional del cemento, promover la inversión nacional, o incentivar la competitividad de los productos nacionales.

24. Ello no quiere decir que el Presidente de la República, se encuentre impedido de reducir las tarifas arancelarias, por el contrario, constitucionalmente tiene la facultad de regular mediante decretos supremos las tarifas arancelarias (artículo 118°, inciso 20) de la Constitución); sin embargo, dicha regulación no puede afectar el principio de igualdad en materia económica ni desproteger a la inversión e industria nacional para favorecer a la inversión e industria extranjera.

Teniendo presente ello, este Tribunal considera que la reducción de 12% a 0% de las tasas de los derechos arancelarios ad valorem CIF de las sub-partidas nacionales mencionadas, si bien puede constituir un acto de política arancelaria, resulta ser un acto desproporcionado, y por ende, constitucionalmente prohibido por el principio de interdicción de la arbitrariedad, toda vez, que la reducción a 0% de las tarifas arancelarias de las sub-partidas nacionales mencionadas, en realidad, constituye un acto de exoneración o exención de tarifas y no una reducción que tenga una finalidad constitucionalmente legítima.

25. En sentido similar, debe señalarse que no se encuentra demostrado que la medida de reducción de las tarifas arancelarias de las sub-partidas nacionales mencionadas persiga una finalidad constitucional legítima, pues si bien en los considerandos del Decreto Supremo N° 158-2007-EF se señala que dicha medida tiene por objeto promover la eficiencia y competitividad de la economía, en autos no existe prueba alguna que respalde dicha consideración o demuestre que ello se esté produciendo. Y es que, no sólo basta invocar o alegar una finalidad constitucional legítima para justificar la medida de tratamiento diferenciado, sino que también, en algunos casos, es necesario demostrar que efectivamente la medida persigue lograr dicha finalidad, supuesto que no sucede en el caso de autos.
26. De otra parte, debe precisarse que con el artículo 2.° del Decreto Supremo N° 158-2007-EF, en lo que respecta a las sub-partidas nacionales 2523 10 00 00 cemento sin pulverizar y 2523 29 00 00 los demás, se ha beneficiado la importación del cemento, la cual no constituye una actividad económica discriminada o marginada ni un mercado que se halle en circunstancias de debilidad manifiesta que exija medidas de protección especial, como la establecida en el artículo referido.

Por dicha razón, este Tribunal considera que la modificación de 12% a 0% de las tasas de los derechos arancelarios ad valorem CIF de las sub-partidas nacionales referidas contraviene el derecho a la igualdad, porque está generando un tratamiento desigual entre la inversión nacional y la extranjera.

27. En este orden de ideas, resulta válido concluir que en virtud del control difuso reconocido en el artículo 138° y en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene que declararse inaplicable el artículo 2.° del Decreto Supremo N° 158-2007-EF, en lo que respecta a las sub-partidas nacionales 2523 10 00 00 cemento sin pulverizar y 2523 29 00 00 los demás.

En igual sentido, este Tribunal considera necesario precisar que en virtud del efecto restitutivo propio de las sentencias de los procesos constitucionales de la libertad, tiene

que reponerse las cosas al estado anterior a la violación del derecho a la igualdad producida por la modificación arbitraria de 12% a 0% de las tasas de los derechos arancelarios de las sub-partidas nacionales 2523 10 00 00 cemento sin pulverizar y 2523 29 00 00 los demás. Como consecuencia de ello, se restablece la tasa del 12% de los derechos arancelarios ad valorem CIF para las sub-partidas nacionales 2523 10 00 00 cemento sin pulverizar y 2523 29 00 00 los demás, por ser éste el estado anterior a la violación.

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

Ha resuelto:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda porque se ha acreditado la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley.
2. **INAPLICABLE** el artículo 2° del Decreto Supremo N° 158-2007-EF, que modificó de 12% a 0% las tasas de los derechos arancelarios ad valorem CIF establecidas en el Decreto Supremo N° 017-2007-EF, modificadas por los Decretos Supremos N°s 091-2007-EF y 105-2007-EF, para las sub-partidas nacionales 2523 10 00 00 cemento sin pulverizar y 2523 29 00 00 los demás.
3. **ORDENAR** a la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria que, a partir del día de siguiente de notificada la presente sentencia, no aplique el artículo 2.° del Decreto Supremo N° 158-2007-EF, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 13 de octubre de 2007, en lo que respecta a las sub-partidas nacionales 2523 10 00 00 cemento sin pulverizar y 2523 29 00 00 los demás.
4. **REPONIÉNDOSE** las cosas al estado anterior a la violación constitucional del derecho a la igualdad ante la ley, se restablece la tasa del 12% de los derechos arancelarios ad valorem CIF para las sub-partidas nacionales 2523 10 00 00 cemento sin pulverizar y 2523 29 00 00 los demás; sin perjuicio de que el Presidente de la República pueda regular nuevamente la tasa arancelaria referida conforme al fundamento 24, *supra*.

Publíquese y notifíquese.

SS. Mesía Ramírez; Beaumont Callirgos; Eto Cruz; Álvarez Miranda.

Expediente N° 03116-2009-PA/TC.

Lima.

Cementos Lima S.A.

Voto singular del magistrado Vergara Gotelli

Emito el presente voto singular por los fundamentos siguientes:

1. Con fecha 11 de enero de 2008 la empresa recurrente interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) con la finalidad de que se declare la inaplicabilidad del artículo 2° del Decreto Supremo N° 158-2007-EF, publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 13 de octubre de 2007, que modificó el 12% a 0% las tasas

de los derechos arancelarios ad valorem CIF establecidas en los Decretos Supremos N° 091-2007-EF y N° 105-2007-EF, para las sub-partidas nacionales 2523 10 00 00 cemento sin pulverizar y 2523 29 00 00 los demás y se establezcan que, reponiéndose las cosas al estado anterior, se ordene que toda la importación con cargo a las subpartidas nacionales referidas paguen la tasa del derecho arancelario ad valorem CIF del 12%, puesto que con ello se vulnera sus derechos constitucionales a la igualdad ante la ley, a la libertad de empresa y a participar en la vida económica de la Nación.

2. El Trigésimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima declaró improcedente la demanda considerando que existe una vía igualmente satisfactoria para la protección del derecho invocado, conforme lo establece el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional. La Sala Superior competente confirmó el auto de rechazo liminar en atención a lo establecido en el inciso 1) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional ya que no se advierte relación entre los hechos expuestos y la afectación a los derechos invocados.
3. Por lo expuesto tenemos que el tema de la alzada trata de un rechazo liminar de la demanda (ab initio), en las dos instancias (grados) precedentes, lo que significa que no hay proceso y por lo tanto no existe demandado (emplazado). Por ello cabe mencionar que si el Superior revoca el auto venido en grado para vincular a quien todavía no es demandado porque no ha sido emplazado por notificación expresa y formal, corresponde entonces revocarlo y ordenar al inferior a admitir la demanda a trámite y correr traslado de ella al demandado. Lo que se pone en conocimiento es “el recurso interpuesto” y no la demanda, obviamente, mandato que tiene el propósito de vincular al pretense demandado con lo que resulte de la intervención de este tribunal en relación específica al auto cuestionado. Cabe mencionar que el artículo 47° del Código Procesal Constitucional es copia del artículo 427° del Código Procesal Civil en su parte final que dice: “*Si la resolución que declara la improcedencia fuese apelada, el Juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto. La resolución superior que resuelva en definitiva la improcedencia, produce efectos para ambas partes.*”, numeral que precisamente corresponde al rechazo in limine de la demanda y las posibilidades que señala para el superior (confirmar o revocar el auto apelado).
4. Es preciso señalar que al concedérsele al actor el recurso extraordinario de agravio constitucional, el **principio de limitación** aplicable a toda la actividad recursiva le impone al Tribunal Constitucional (Tribunal de alzada) la limitación de sólo referirse al tema del cuestionamiento a través del recurso de agravio constitucional, y nada más. Por ello es que el recurso de apelación concedido y notificado al que debería ser considerado demandado si la sala superior revoca el auto cuestionado, produce efectos para ambas partes.
5. Por cierto si el Superior revoca el auto venido en grado, para vincular a quien todavía no es demandado, tiene que ponérsele en su conocimiento “el recurso interpuesto” y no la demanda, obviamente.
6. En atención a lo señalado se concluye en que es materia de la alzada el pronunciamiento de este tribunal respecto del rechazo liminar, estando en facultad sólo para pronunciarse por la confirmatoria del auto recurrido o su revocatoria; sin embargo he venido expresando en repetidos votos que excepcionalmente podría ingresarse al fondo, para darle la razón al demandante, en casos de suma urgencia cuando se verifique la existencia de situaciones de hecho que exijan la tutela urgente, es decir

cuando por ejemplo se evidencie estado de salud grave o edad avanzada del demandante u otro según la evaluación del caso concreto.

7. En el presente caso no tenemos una situación urgente que amerite pronunciamiento por parte de este Colegiado, sino mas bien se advierte que existe una demanda de amparo propuesta por una persona jurídica (sociedad mercantil) 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 a incrementar sus ganancias. Es por ello que uniformemente he señalado que cuando la Constitución habla de los derechos fundamentales, lo hace pensando en la persona humana, esto es en el ser humano física y moralmente individualizado. Hacia él pues se encuentran canalizados los diversos atributos, facultades y libertades, siendo solo él quien puede invocar su respeto y protección a título subjetivo y en sede constitucional. Es por ello que nuestra legislación expresamente señala que la defensa de los derechos fundamentales es para la “**persona humana**”, por lo que le brinda todas las facilidades para que pueda reclamar la vulneración de sus derechos fundamentales vía proceso constitucional de amparo, exonerándoseles de cualquier pago que pudiera requerirse. En tal sentido no puede permitirse que una persona jurídica, que ve en el proceso constitucional de amparo la forma 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 en atención i) a la magnitud de la vulneración del derecho, ii) que ésta sea evidente y de inminente realización (urgencia) y iii) que ponga en peligro la propia subsistencia de la persona jurídica con fines de lucro. Además debe evaluarse el caso concreto y verificar si existe alguna singularidad que haga necesario el pronunciamiento de emergencia por parte de este Colegiado. Siendo así en este caso solo cabe evaluar de los argumentos esgrimidos en la demanda y de lo actuado en el presente proceso constitucional de amparo si existe alguna razón de urgencia para revocar el auto de rechazo liminar y admitir a tramite la demanda, puesto que lo contrario implicaría confirmar el mencionado auto de rechazo liminar.

En el presente caso:

8. Se observa que la empresa recurrente interpone demanda de amparo solicitando la inaplicación del Decreto Supremo N° 158-2007-EF, de fecha 13 de octubre de 2007, considerando que éste vulnera sus derechos constitucionales a la igualdad ante la ley, a la libertad de empresa y a participar en la vida económica de la Nación. Se observa del caso lo siguiente:
 - a) La empresa actora (sociedad mercantil) denuncia la afectación de derechos constitucionales que dice tener que soportar por la reducción al 0% del derecho arancelario ad valorem CIF a través de la normatividad que señala.
 - b) La denuncia de la empresa recurrente de afectación de derechos al empresariado nacional puesto que resulta evidente que por el tratamiento arancelario a favor de las empresas cementeras del exterior, las empresas nacionales obtendrán menores utilidades.
 - c) La posibilidad de afectación de derechos difusos, puesto que la reducción en este caso del derecho arancelario al cemento traído de otros países podría, finalmente,

incidir en el servicio público de Vivienda, necesidad vital en toda sociedad como la nuestra.

9. Siendo así considero que no obstante tratarse de una sociedad mercantil existe una situación especial en el presente caso que hace necesario que se evalúe el fondo de la controversia, puesto que se denuncia que con la vigencia del dispositivo cuestionado no sólo se estaría afectando a la producción nacional, sino también encontraríamos involucradas a otras áreas como son la Vivienda y Construcción que es una necesidad primordial de nuestra sociedad y que involucra el interés de las familias peruanas necesitadas de viviendas. Es así que el demandante expresa afectaciones directas a sus derechos constitucionales con la emisión del cuestionado decreto, por lo que considero pertinente en este caso excepcional revocar el auto de rechazo liminar y admitir a tramite la demanda para que este Colegiado tenga la posibilidad de tener conocimiento como ultima instancia, del fondo de la controversia y verificar si la vigencia de la norma cuestionada afecta realmente los derechos constitucionales de estas personas y no sólo de la empresa demandante sino también de otras empresas que se encuentren en la misma situación, así como de la sociedad en general y comprometer si la afectación también le alcanza directa o indirectamente, con dichos dispositivos. Cabe señalar que en el caso de autos encontramos por lo expresado en la demanda y del texto del dispositivo cuestionado, que, al parecer, se está exonerando del pago arancelario a empresas extranjeras, sin que la sociedad se hubiese visto beneficiada en la utilización de un cemento extranjero en la edificación de sus viviendas aún mejorando las utilidades para las empresas del exterior, lo que podrá ser pasible de discutirse dentro de un proceso de amparo.
10. Por lo expuesto encuentro suficientes razones que ameritan que este Colegiado admita a tramite la demanda para que ambas partes expresen su posición a fin de que se verifique la existencia de vulneración de derechos constitucionales de la empresa demandante.

En consecuencia mi voto es porque se declare **FUNDADO** el recurso de agravio constitucional y en consecuencia se debe disponer que se **REVOQUE** el auto de rechazo liminar disponiendo se ordene al juez de la causa admitir a tramite la demanda de amparo para dilucidar la controversia en su oportunidad.

SS. Vergara Gotelli.

Expediente N° 03116-2009-PA/TC.

Lima.

Cementos Lima S.A.

Voto singular del magistrado Landa Arroyo

Con el debido respeto por los argumentos vertidos por los votos en mayoría, considero que la demanda de amparo interpuesta debe ser declarada **IMPROCEDENTE**. La sustentación a la posición asumida se puede encontrar en los siguientes fundamentos:

§1. Sobre un correcto análisis de procedibilidad de la demanda.-

1. El primer tema a discutir es si realmente el amparo es el tipo de proceso adecuado para dilucidar sobre la pretensión planteada, a la luz de la línea jurisprudencial marcada por este Colegiado.
2. Al respecto, debo partir de la idea que a través del amparo sólo puede cuestionarse la vulneración de derechos o bienes constitucionales realizada a través de ‘hechos’ de acción u omisión [artículo 200° inciso 2) de la Constitución]. Por tal razón, el amparo está impedido de analizar en abstracto normas de carácter general, siendo improcedente *prima facie* el denominado ‘amparo contra normas’, premisa, sin embargo, que sólo tiene validez en caso de normas denominadas heteroaplicativas, es decir, aquéllas que requieren de actos de ejecución intermedios para que recién pueda producirse un agravio, de donde se colige que “(...) *no es dependiente de su sola vigencia, sino de la verificación de un posterior evento, sin cuya existencia, la norma carecerá, indefectiblemente, de eficacia, esto es, de capacidad de subsumir, por sí misma, algún supuesto fáctico en su supuesto normativo*” [fundamento 3 de la STC N° 4677-2004-PA/TC, siguiendo lo ya señalado en la STC N.° 2308-2004-AA/TC, y mantenida en fundamento 4 de la STC N° 1576-2007-PA/TC].
3. Por el contrario, el proceso de amparo es conveniente y adecuado para cuestionar las **normas autoaplicativas**, “(...) *aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada*” [artículo 3° del Código Procesal Constitucional]. Un hecho basado en una norma importará la intervención del juez constitucional para poner coto a la acción viciada en su constitucionalidad, en dos casos específicos: cuando existan normas cuyo supuesto normativo en sí mismo genera una incidencia directa sobre la esfera subjetiva de los individuos y cuando existan normas que determinan que dicha incidencia se producirá como consecuencia de su aplicación obligatoria e incondicionada. “*En tal sentido, sea por la amenaza cierta e inminente, o por la vulneración concreta a los derechos fundamentales que la entrada en vigencia que una norma autoaplicativa representa, la demanda de amparo interpuesta contra ésta deberá ser estimada, previo ejercicio del control difuso de constitucionalidad contra ella, y determinándose su consecuente inaplicación*” [fundamento 4 de la STC N° 4677-2004-PA/TC]. Así, esta norma debe tener eficacia inmediata, esto es, que su aplicabilidad no se encuentre sujeta a la realización de algún acto posterior o a una eventual reglamentación normativa, en la medida en que adquiere su eficacia plena en el mismo momento en que entra en vigencia [STC N° 1535-2006-PA/TC].
4. Lo que cabe, entonces, determinar es si el Decreto Supremo N° 158-2007-EF en sí importa una violación de derechos fundamentales y por lo tanto, plausible de ser cuestionado por intermedio del amparo. Sobre el tema, la jurisprudencia constitucional en materia de normas autoaplicativas de carácter tributario, ha sido uniforme al expresar que ellas deben incidir en ‘forma directa’ en el ámbito subjetivo de los demandantes, máxime si como se vio, este tipo de normas se exhiben como una excepción al ‘amparo contra normas’. En este marco, por consiguiente, es admisible y constitucional que se hayan considerado fundadas demandas de amparo que atacaban normas que imponían una determinada tasa [STC N° 0606-2008-PA/TC o STC N° 2724-2007-PA/TC]; que imputaban requisitos previos a cualquier acotación al pago [STC N° 1576-2007-PA/TC]; o, que vinculaban al demandante con un tributo al ser sujeto pasivo del mismo [STC N° 2302-2003-AA/TC]. Quien estaba obligado al pago de dicho tributo, encontraba en dichas normas una afectación directa al mandato constitucional que lo afectaba directamente, por lo que era viable plantear el amparo.

5. En el caso concreto, la norma impugnada está reduciendo el porcentaje -y el pago- de un determinado arancel tributario sobre la importación de cemento. Son los importadores de cemento a quienes se les aplica la nueva tasa, pero antes que violentados en su derecho, se encuentran favorecidos con la emisión del decreto supremo, por lo que tiene sentido que no hayan presentado demanda alguna. Quien la ha interpuesto no es quien se ve afectado 'directamente' por el mencionado decreto supremo. Por el contrario, es una empresa que únicamente como correlato de la aplicación de la norma a dichos importadores, se siente afectada, insisto, no de forma directa, como se requiere en las autoaplicativas, sino de manera indirecta. Nadie duda que la norma cuestionada en el amparo puede tener incidencia en derechos de la empresa demandante, pero ello no importa en sí misma que la mera dación del decreto supremo los esté afectando, como la jurisprudencia constitucional uniforme lo exige. La 'relación directa' de la demandante con la norma, en conclusión, es palmariamente inexistente.
6. En el caso concreto, aparte de no contar con tal legitimidad, ni siquiera la norma es autoaplicativa. No se puede desdibujar el concepto de norma autoaplicativa, en vista que su supuestamente afectación recién podría producir al momento de realizarse una determinada importación. La naturaleza de la norma autoaplicativa ya explicada importa que su utilización deba realizarse sólo cuando corresponda de manera excepcional, en virtud del modelo ilustrado en el artículo 200°, inciso 2) de la Constitución, y desarrollado en el artículo 3° del Código Procesal Constitucional, que en principio deniega la posibilidad del 'amparo contra normas'.
7. Todo proceso constitucional importa el cumplimiento de dos fines: protección de la primacía de la Norma Fundamental y tutela de derechos fundamentales [artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional], pero no puede equivocarse un Tribunal en calibrar lo que está proponiéndose en un proceso de control concreto, cuando en estricto se refiere a uno de control abstracto. Mal haría este Colegiado en admitir en una demanda de amparo, lo que es propio de la acción popular. Este proceso "(...) *procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen*". Una demanda de acción popular, entonces, es lo que correspondería en el caso de autos, y que no ha tomado en cuenta los votos en mayoría. Reitero que el Tribunal Constitucional ha sostenido en la STC N° 2308-2004-AA/TC, que el inciso 2) del artículo 200° de la Constitución no contiene una prohibición para cuestionar, mediante el amparo, leyes que puedan ser lesivas en sí mismas de derechos fundamentales, sino una simple limitación que pretende impedir que a través de un proceso cuyo objeto de protección son los derechos constitucionales se pretenda impugnar en abstracto la validez constitucional de las normas con rango de ley. En el caso, lo que en el fondo está buscándose es el análisis de constitucionalidad en abstracto de la norma incoada, por lo que tomando en cuenta el rango de un decreto supremo insisto en que, en todo caso, debió utilizarse la acción popular.
8. A propósito, mal hacen los juzgadores constitucionales de primer y segundo grado que declaran la acción popular como **vía igualmente satisfactoria**, como también están errados los votos en mayoría cuando estipulan que ella no lo es (**fundamento 2 in fine**). El uso de la terminología prevista en el artículo 5°, inciso 2) del Código Procesal Constitucional no atañe a la situación planteada. Este dispositivo está referido a plantear al amparo -y otros procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales- como un proceso subsidiario, esto es, que tras la determinación de la

posible vulneración de un específico derecho, no exista proceso ordinario alguno capaz de tutelar de la misma forma la pretensión planteada, sobre la base de un contenido constitucionalmente protegido. Como uno se puede dar cuenta, la acción popular no tiene correspondencia alguna con el concepto de vía igualmente satisfactoria, al no versar directamente sobre una tutela concreta de derechos fundamentales, sino en línea de principio al análisis abstracto de validez normativa. La demanda entonces tiene que ser calificada como improcedente, porque no tiene asidero invocar la causal alegada.

9. De otro lado, es llamativo que la pretensión se restrinja únicamente a la inaplicación de una norma, a través de un **control difuso constitucional**, y que ésta no esté vinculada con una pretensión referida a la tutela de derechos líquidos y concretos del accionante. En el marco de un proceso de amparo, es válido realizar el control difuso, el cual “(...) constituye un poder-deber del Juez al que el artículo 138° de la Constitución habilita en cuanto mecanismo para preservar el principio de supremacía constitucional y, en general, el principio de jerarquía de las normas enunciado en el artículo 51° de nuestra norma fundamental” [fundamento 16 de la STC N° 1383-2001-AA/TC], siendo un acto complejo en la medida que significa preferir la aplicación de una norma, tras la verificación en cada caso de los siguientes presupuestos: que, en el proceso constitucional, el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional; que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso; que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución.
10. Sin embargo, plantear una demanda con el único propósito de inaplicar una norma, como sucede en el caso concreto, significaría reemplazar la acción popular -o en su caso, la inconstitucionalidad- por un proceso de tutela de derechos fundamentales -específicamente, el amparo-, sin que medie una pretensión particular para quien plantea la demanda, como sí se presentaban en las sentencias antes citadas que versaban sobre normas tributarias, en las cuales básicamente se cuestionaba el no-pago de un determinado tributo que lo afectaba. En el caso concreto, no habría tal pretensión principal. Sería como suplir la acción popular o la inconstitucionalidad (sobre todo, ésta que tiene especiales legitimados activos *ad processum*) por una especie de *actio popularis* para proteger un interés particular. Esto es *prima facie* inadmisibles desde la teoría procesal constitucional.
11. Asimismo, en el supuesto negado que no sea procedente la demanda planteada, tampoco comparto los criterios vertidos por los votos en mayoría (**fundamentos 3 y 4**) que repite los argumentos del voto singular de un magistrado en la STC N° 2364-2008-PHC/TC, referido al ingreso al fondo de la controversia constitucional pese a la existencia de una **improcedencia in limine**. Para tal caso debería aplicarse la jurisprudencia ya existente por este Colegiado, según el cual es válido ingresar al fondo del asunto cuando se evidencia que: (a) en primer lugar, que existen todos los recaudos necesarios como para emitir un pronunciamiento sobre el fondo; (b) en segundo lugar, que el rechazo liminar de la demanda no ha afectado el derecho de defensa de los emplazados, quienes fueron notificados; y, (c) por último, es innegable la importancia y trascendencia del caso por las cuestiones que el conlleva [fundamento 21 de la STC N° 4587-2004-AA/TC]. Pese a ello, el estudio sobre el tema se presenta bastante limitado, sin interpretar con consistencia, por qué ingresar al fondo del asunto en el caso concreto. Es más, podría declararse nulo todo lo actuado, y remitir los actuados al juez de primer grado para que admita la demanda y corra traslado de la misma.

12. Siguiendo también con la hipótesis negada de la validez de considerar la norma como autoaplicativa, atañe revisar el cumplimiento del **plazo para interponer la demanda** hubiera sido de sesenta días hábiles de producida la afectación [artículo 44° del Código Procesal Constitucional]. La norma incoada fue publicada el 13 de octubre de 2007 y la demanda interpuesta el 11 de enero de 2008, por lo que han transcurrido más de 60 días (en octubre de 2007, 13 días; en noviembre de 2007, 21 días; en diciembre de 2007, 20 días; en enero de 2008, hasta el 10, 7 días más). Por ello, en virtud del artículo 5°, inciso 10) del Código Procesal Constitucional, existe otro motivo de peso más para rechazar el pedido realizado. En caso de considerarse la vulneración continua, y por lo tanto no plausible de ser declarada prescrita la acción, mal haría este Colegiado en no explicar los fundamentos de por qué hacerlo, y simplemente asumir como válida esta supuesta explicación, a mi entender, no del todo sustentable.
13. De lo argumentado, es más que claro que la demanda debe ser declarada improcedente por no reunir los presupuestos necesarios del amparo, al no haberse demostrado afectación subjetiva directa de una norma autoaplicativa, y por haber prescrito la acción. No obstante, y en vista de la forma en que se ha decidido en el fallo en mayoría, considero válido dejar sentadas algunas cuestiones de fondo sobre el asunto, pese a que quien le tocaría dilucidar la cuestión sería al juez constitucional del Poder Judicial a través de la acción popular.

§2. Sobre la afectación constitucional que pudiese existir.-

14. En virtud de la **naturaleza objetiva y subsidiariamente subjetiva del control de constitucionalidad abstracto** [fundamento 2 de la STC N° 0002-2005-PI/TC] y tomando en cuenta sus funciones de pacificación, valoración y ordenación [fundamento 47 de la STC N° 0019-2005-PI/TC], por ser una institución de diálogo social y de construcción pacífica de la sociedad plural [fundamentos 2 y 3 de la STC N° 0048-2004-PI/TC y fundamento 10 de la STC N° 5854-2005-PA/TC], asume situaciones concretas a la hora de analizar la validez constitucional de una norma como la que se cuestiona.
15. Los votos en mayoría centran su análisis en la supuesta violación abstracta de derechos, no obstante que no correspondería realizar tal examen a través del amparo, según he expuesto, tampoco han logrado acreditar violación líquida y concreta alguna de derechos. Ahora, si bien es lógico argumentar que la norma cuestionada puede tener incidencia en derechos fundamentales, algo muy distinto es pretender que la afectación alegada puede significar un control vía el proceso de amparo. En primer lugar, consideran la inexistencia de la afectación de la libertad de empresa (**fundamentos 7, ss.**) y de la libre competencia (**fundamentos 12, ss.**), ambos derechos fundamentales de contenido económico íntimamente relacionados y reconocidos en los artículos 59° y 60° de la Constitución respectivamente. Frente a ello, razonan que sí ha existido una vulneración del derecho a la igualdad [artículo 2°, inciso 2) de la Constitución], básicamente porque el decreto supremo impugnado no ha cumplido con la finalidad constitucional de los aranceles, cual es favorecer y promover la industria nacional (básicamente, **fundamento 23**).
16. La forma en la que se está llegando en dichos votos a dicha conclusión, parece referirse, antes que a un control concreto, a uno abstracto de constitucionalidad, abonándose aún más a la posición que he señalado *supra* de la improcedencia de la demanda. Basta revisar que han considerado que el Decreto Supremo N° 158-2007-EF se exhibe como

desproporcional al constituir “(...) un acto de exoneración o exención de tarifas y no una reducción que tenga una finalidad constitucionalmente legítima” (**fundamento 24**), además de no poder demostrarse una finalidad legítima, esto es, si bien “(...) se señala que dicha medida tiene por objeto promover la eficiencia y competitividad de la economía, en autos no existe prueba alguna que respalde dicha consideración o demuestre que ello se esté produciendo” (**fundamento 25**). Pero lo señalado, ¿es correcto? Para responder tal interrogante, dejaré sentada algunas consideraciones.

17. La industria del cemento en el país, tal como ha quedado demostrado en el expediente, está dividida entre la producción nacional, tal como es la empresa demandante, y la importación de bienes extranjeros. El análisis que realizan los votos en mayoría se centra en la **situación de desigualdad** que estaría produciéndose al anularse el arancel aduanero, lo cual favorecería a esta última actividad. Pese a que la industria nacional y extranjera están obligados a encontrarse en una situación de igualdad [artículo 63° de la Constitución], el análisis que corresponde al caso concreto debió centrarse en el examen del tipo de producto que ingresa al país, con independencia del lugar de origen de la inversión o el tipo de empresa que realiza la actividad empresarial, bajo la lógica de un *test* de igualdad [*Vid.* STC N° 0045-2004-AI/TC]. Por cuanto, quizás una empresa comercializadora nacional puede importar cemento extranjero, y la norma constitucional lo está favoreciendo; quizás la empresa productora en el país tenga capitales extranjeros y también se ve favorecida por la norma constitucional; quizás capitales peruanos se instalan en el extranjero, produciendo cemento, y luego ‘exportan’ el producto hacia el Perú, y es ahí donde la norma con más razón debería aplicarse. La posibilidad de crear un *tertium comparationis* no es tan inmediato ni directo, como está planteado en los votos en mayoría, al no quedar expresado en ninguna parte de sus votos entre quienes se estaría realizando la comparación. Al no definirse si se refiere al tipo de empresa involucrada (productores, comercializadores o importadores), los argumentos de la mayoría parten de un error insalvable y por eso no pueden avanzar lógicamente; tan cierta es esta afirmación que ni siquiera se pudo realizar el *test* de igualdad, por más que hayan hecho una tímida referencia al análisis de la finalidad constitucional legítima (**fundamento 25**).
18. Creo que el examen de constitucionalidad no debió partir de forma alguna de la igualdad. Aseverar su violación, como lo hacen los votos en mayoría, implicaría la imposibilidad de realizar cualquier cambio arancelario a otros productos, máxime si dicho bien o producto ya existe en el país, según se observa de la estructura de arancel de aduanas en el Perú [<http://www.sunat.gob.pe/arancelSivep/index.html>]. Además, por la globalización de los mercados y siguiendo la tendencia mundial, una drástica reducción arancelaria también se ve posibilitada gracias a la firma de acuerdos de integración comercial, tales como la Organización Mundial de Comercio – OMC, la Comunidad Andina de Naciones – CAN (a través de un Arancel Externo Común, en evolución desde 1995), el Mercado Común del Sur – MERCOSUR, el Área de Libre Comercio de las Américas – ALCA, los Tratados de Libre Comercio, entre otros [Resolución Ministerial N° 005-2006-EF-15]. En la lógica de los votos en mayoría, sería viable que una empresa peruana, sabiendo que existe arancel del 0% para el bien que produce pueda plantear una demanda de amparo a fin que se elimine este nuevo arancel, sin acreditar una supuesta violación de la igualdad, lo cual desvirtuaría el modelo de la Economía social de mercado y la intervención reguladora del Estado en ella.

19. Es más, este Colegiado no puede ser ajeno al rol que debe cumplir el Estado dentro de la Economía social de mercado: actúa ante una falla del mercado corrigiéndola, pero también cuando se desea promover actividades económicas específicas, así como si debe brindar “(...) *oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad (...)*” [artículo 59° de la Constitución]. Sobre esta base debe analizarse la reducción del porcentaje del arancel aduanero sobre la importación de cemento, y así determinar si realmente el Estado, con el decreto supremo está cumpliendo su fin constitucional.
20. En conclusión, el análisis a partir del derecho a la igualdad no es el correcto. Más adecuado parece ser el estudio de la norma arancelaria, sobre la base de la permisión para su utilización desde el punto de las **funciones constitucionalmente asignadas**. Los aranceles, entendidos como tributos al comercio exterior de bienes de importaciones o exportaciones, se regulan mediante decreto supremo [artículo 74° de la Constitución], mandato reiterado para el Presidente de la República [artículo 118°, inciso 20) de la Constitución], específicamente para su Ministro de Economía y Finanzas, quien se encarga de planear, dirigir y controlar los asuntos relativos a la política arancelaria [artículo 25° del Decreto Legislativo N° 560, Ley del Poder Ejecutivo y artículo 5° del Decreto Legislativo N° 183, Ley Orgánica del Ministerio de Economía y Finanzas]. En tal sentido, la emisión de estas normas deben respetar los bienes, valores y principios constitucionales desde el punto de vista material como formal, razón por lo cual es válido que el Poder Judicial pueda analizar en la acción popular una alegada infracción constitucional de las normas infralegales por la forma como por el fondo [artículo 75° del Código Procesal Constitucional].
21. Justamente para complementar el precepto constitucional de emisión normativa en el caso de los aranceles aduaneros, los jueces del Poder Judicial, al resolver la acción popular, pueden utilizar normas adicionales que se exhibirían como una forma especial del bloque de constitucionalidad [artículo 79° del Código Procesal Constitucional]. Así, el parámetro de constitucionalidad “(...) *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° 007-2002-AI/TC y STC N° 0041-2004-AI/TC]. En esta línea, considero que la Resolución Ministerial N° 005-2006-EF-15, del año 2006, que aprueba los Lineamientos de Política Arancelaria, nombrada en los votos en mayoría, no siendo una norma legal formalmente, es imprescindible para analizar la compatibilización constitucional del decreto supremo cuestionado.
22. Dicha norma asevera que “*Tratándose de una economía en desarrollo pequeña, en el sentido de no poder influir sobre sus precios, al Perú le conviene reducir gradualmente aranceles, porque ello reduce los costos del funcionamiento de la economía y eleva el nivel de bienestar de la población*”, lo cual debe hacerlo a través de menores costos para consumidores y productores y un manejo simplificado y transparente. Por lo tanto, “*Mientras que los niveles de protección nominal (el nivel de tasas arancelarias por producto) influyen sobre el patrón de consumo (el consumidor directo de bienes finales, insumos o bienes de capital definen su consumo observando precios afectados por el arancel, ver cuadro N.º 1), los niveles de protecciones efectivas influyen sobre el patrón de producción (es decir sobre la decisión de qué producir y comerciar) y constituyen un mejor indicador del manejo*

discrecional del arancel en los dos últimos años y de la dispersión de rentabilidades relativas entre sectores productivos”. De lo señalado se extrae que la política arancelaria nacional junto con la progresiva liberalización comercial constituyen los instrumentos del diseño de la política de negociación comercial que deberían incluir los siguientes elementos: ser parte de acuerdos de libre comercio con los principales socios comerciales; incluir una cobertura muy amplia de temas; incluir mecanismos de amortiguación de la apertura; prever los costos fiscales; trabajar paralelamente en reformas; y, consistencia entre los Acuerdos Comerciales, la Política Arancelaria en la Comunidad Andina y la liberalización unilateral.

23. De lo expresado se podría concluir que la tendencia de la norma que define la política arancelaria del Estado procura una reducción moderada de aranceles, la misma que debe ser examinada en su coherencia con lo postulado en el Decreto Supremo N° 158-2007-EF, que disminuye drásticamente el arancel aduanero para la importación de cemento de 12% a 0%, después de producido el terremoto de 7,9 grados en la escala de Richter o escala de magnitud local (ML) con epicentro en Pisco – Ica el 15 de agosto de 2007, casi dos meses antes de la emisión de la norma cuestionada, toda vez que determina “*Modificar las tasas de los derechos arancelarios ad valorem CIF establecidas en el Decreto Supremo N.º 017-2007-EF, modificadas por los Decretos Supremos N.º 091-2007-EF y N.º 105-2007-EF, para las subpartidas nacionales comprendidas en el Anexo I, el cual forma parte del presente Decreto Supremo. La tasa del derecho arancelario ad valorem CIF aplicable a estas subpartidas nacionales será de 0%*” [artículo 2º]. Es en este punto donde debe centrarse el análisis constitucional de la materia planteada en la demanda, no en el tema de la violación del derecho fundamental a la igualdad de la empresa demandante.

§3. Sobre los efectos de la sentencia en mayoría.-

24. Señalé *supra* que no puede plantearse como pretensión principal el control difuso de una norma, toda vez que ello significaría desconocer la idoneidad de los procesos de control abstracto. En el supuesto que se plantease una demanda contra una norma autoaplicativa, el mandato de la sentencia sólo podrá incluir una inaplicación como mecanismo para lograr un fin específico, cual es la cesación de un acto lesivo a un derecho fundamental.
25. Desde este punto de vista, me distancio de los votos en mayoría cuando no sólo declaran como parte principal del fallo, el control difuso del Decreto Supremo N° 158-2007-EF, sino aún más cuando señalan que, ante el supuesto agravio, las cosas tienen que reponerse al estado anterior de la violación, “*(...) se restablece la tasa del 12% de los derechos arancelarios ad valorem CIF para las sub-partidas nacionales 2523 10 00 00 cemento sin pulverizar (clinker) y 2525 29 00 00 los demás (...)*” (**fundamento 27, reiterado en punto 4 del fallo**).
26. Es decir, la utilización del amparo para comprobar la validez constitucional de una norma autoaplicativa no sólo tendría un efecto cercano a las del control abstracto (si bien no expulsa la norma del ordenamiento, le quita validez y eficacia), sino que incluso su uso podría tener consecuencias más amplias y gravosas. Con independencia de la acción popular, cuyas sentencias fundadas podrían, pero no necesariamente, determinar la nulidad, con efecto retroactivo, de las normas impugnadas, las inconstitucionalidades *prima facie* no tienen tal efecto [artículo 81º del Código Procesal Constitucional], más aún si normativamente se ha dejado sentada el siguiente enunciado: “*Por la declaración de*

ilegalidad o inconstitucionalidad de una norma no recobran vigencia las disposiciones legales que ella hubiera derogado” [artículo 83° in fine del Código Procesal Constitucional].

27. Así, al control difuso aplicado mediante el proceso de amparo se le estaría otorgando mayor amplitud que a un control abstracto de normas legales. Como bien lo señala el artículo 3° del Código Procesal Constitucional, y según fue explicado al inicio del presente voto, la sentencia que declara fundada la demanda debe disponer aparte del mandato directo, la inaplicabilidad de la citada norma, pero no faculta, ni lo podría haber hecho, la restitución de un determinado valor arancelario reservada su fijación por un decreto supremo, que es una norma general y abstracta, por lo que es inadmisibles reconocer al control difuso efectos retroactivos, y menos aún que pueda recobrar vigencia el Decreto Supremo N° 017-2007-EF, por cuanto es contrario a lo establecido en el artículo 103° de la Constitución.

Por estas consideraciones, considero que debe declararse **IMPROCEDENTE** la demanda planteada.

SS. Landa Arroyo.

Expediente N° 03116-2009-PA/TC.

Lima.

Cementos Lima S.A.

Voto singular del magistrado Calle Hayen

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas, disiento de su opinión, por las razones que a continuación expreso.

Fundamentos.-

1. La empresa recurrente pretende que se declare inaplicable el artículo 2° del Decreto Supremo N° 158-2007- EF, que modificó de 12% a 0% las tasas de los derechos arancelarios ad valorem CIF² (coste, seguro y flete), para las sub-partidas nacionales 2523 10 00 00 cemento sin pulverizar y 2523 29 00 00 los demás; y que, por consiguiente, se ordene que toda importación con cargo a las sub-partidas nacionales referidas paguen la tasa del derecho arancelario ad valorem CIF del 12%; por considerar que vulnera sus derechos constitucionales a la libertad de empresa, a participar en la vida económica de la Nación, a la libre competencia y el principio-derecho a la igualdad ante la ley.

❖ Consideraciones previas.-

Del apersonamiento del demandado al proceso.-

2. El demandado con fecha 6 de marzo de 2008 fue notificado con el concesorio de apelación, habiéndose apersonado al proceso a través de su Procurador Público el 13 de mayo de 2008, y presentando escrito negando y contradiciendo los hechos expuestos

² Regla de Incoterms que establece, si es incorporada en el contrato de compraventa internacional, que la transferencia del riesgo sobre la mercancía al importador se realiza una vez que esta se encuentra cargada sobre la borda del buque, en las condiciones y plazo que se hayan pactado, incluyendo el pago del coste de transporte y del seguro correspondientes hasta su destino a cargo del exportador. www.iccwbo.org/index_incoterms.asp.

en la demanda el 23 de junio de 2008; por tal motivo debe considerarse que, para efectos del presente pronunciamiento, resulta plenamente garantizado su derecho de defensa.

Sobre la idoneidad del proceso constitucional de amparo para evaluar la constitucionalidad del artículo 2° del Decreto Supremo N° 158-2007- EF.

3. El Decreto Supremo N° 158-2007-EF, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 13 de octubre de 2007, se constituye como una norma que modificó las tasas por derechos arancelarios ad valorem CIF para un significativo grupo de sub-partidas nacionales. En el artículo 2° se modificó las tasas de los derechos arancelarios ad- valorem CIF a 0% de las sub-partidas nacionales comprendidas en el Anexo 1. En el caso concreto, las sub-partidas nacionales de interés son la 2523 10 00 00 “cemento sin pulverizar” y 2523 29 00 00 “los demás”. Dichas sub- partidas nacionales se encontraban antes afectas al pago de una tasa de derechos arancelarios ad valorem CIF de 12%, según Decreto Supremos N° 091-2007-EF y N° 105-2007 EF.
4. Por la jerarquía la norma y el contenido del artículo 2° del Decreto Supremo N° 158-2007-EF, podría argumentarse que el amparo no es la vía adecuada para darle solución a la controversia o que el recurrente debió acudir al proceso contencioso administrativo, ya que el órgano jurisdiccional tiene la facultad de inaplicar una norma que contraviene la Constitución, realizando control difuso de constitucionalidad de las normas legales, facultad contemplada en los artículos 51° y 138° de nuestra Constitución.
5. No obstante ello, en anteriores oportunidades el Tribunal Constitucional, como órgano especializado para el control de la Constitución, ha optado por realizar el control difuso en aplicación de los principios contenidos en la norma III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, por lo que considero que, habiéndose garantizado el derecho de defensa del demandado, debe resolverse el asunto expidiéndose un pronunciamiento de fondo.

Amparo contra normas autoaplicativas.-

6. En el presente caso resulta pertinente exponer lo que en reiterada y constante jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha establecido sobre el amparo contra normas. Así, si bien no son procedentes los amparos contra normas heteroaplicativas, sí procede contra normas autoaplicativas, es decir, contra aquellas normas creadoras de situaciones jurídicas inmediatas, sin la necesidad de actos concretos de aplicación. En efecto, del fundamento 10 de la STC N° 03283-2003-AA/TC, se infiere que cuando las normas dispongan restricciones y sanciones sobre aquellos administrados que incumplan en abstracto sus disposiciones, queda claro que por sus alcances se trata de una norma de carácter autoaplicativo que desde su entrada en vigencia generará una serie de efectos jurídicos que pueden amenazar o violar derechos fundamentales.
7. El Decreto Supremo N° 158-2007-EF, desde su entrada en vigencia ha tenido efectos de forma inmediata en el comercio e industria cementera interna, al modificar el arancel a la importación del cemento de 12% a 0%, además para la aplicación de la nueva tasa de derechos arancelarios ad valorem CIF (arancel 0% al cemento), no se necesitará de otra norma que la reglamente o disponga sus alcances.

8. En esta medida para considerarse a una norma como autoaplicativa debe hacerse con respecto a los efectos de la misma siendo que de acuerdo a lo prescrito en el artículo 3° del Código Procesal Constitucional, procede el amparo contra normas autoaplicativas, y teniendo en cuenta que el Decreto Supremo N° 158-2007- EF califica como tal, aunado a lo preestablecido en el fundamento 5, seguidamente analizaré el fondo de la pretensión.

❖ **Análisis de la controversia.-**

Con relación a la libertad de empresa.-

9. En reiterada y uniforme jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha desarrollado el contenido esencial de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la Constitución de 1993 -libertad contractual, libertad de empresa, libre iniciativa privada, libre competencia, entre otras-, cuya real dimensión, en tanto límites al poder estatal, no puede ser entendida sino bajo los principios rectores de un determinado tipo de Estado y el modelo económico al cual se adhiere. En el caso peruano, esto implica que las controversias que surjan en torno a estas libertades, deban encontrar soluciones con base a una interpretación constitucional sustentada en los alcances del Estado Social y Democrático de Derecho (artículo 43 de la Constitución) y la Economía Social de Mercado (artículo 58 de la Constitución). En una economía social de mercado, el derecho a la libertad de empresa, juntos con los derechos a la libre iniciativa privada, a la libertad de comercio, a la libertad de industria y a la libre competencia, son considerados como base del desarrollo económico y social del país, y como garantía de una sociedad democrática y pluralista. Coincidentemente con esta concepción, la Constitución en su artículo 60° reconoce expresamente el pluralismo económico y que la empresa tiene las características de promotora del desarrollo y sustento de la economía nacional. (STC N° 01963-2006-AA/TC).
10. En este contexto, la libertad de empresa se erige como derecho fundamental que garantiza a todas las personas a participar en la vida económico de la Nación, y que el poder público no sólo debe respetar, sino que, además, debe orientar, estimular y promover, conforme lo señalan los artículos 58° y 59° de la Constitución.

Para ello, el Estado debe remover los obstáculos que impidan o restrinjan el libre acceso a los mercados de bienes y servicios, así como toda práctica que produzca o pueda producir el efecto de limitar, impedir, restringir o falsear la libre competencia, para lo cual debe formular y establecer todos los mecanismos jurídicos necesarios a fin de salvaguardar la libre competencia. Por dicha razón, el artículo 61° de la Constitución reconoce que el Estado: a) facilita y vigila la libre competencia; b) combate toda práctica que limite la libre competencia; y c) combate el abuso de posiciones dominantes o monopólicas.

11. De este modo, cuando el artículo 59° de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa está garantizado a todas las personas una libertad de decisión no sólo para crear empresas (libertad de fundación de una empresa) y, por tanto, para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado.

En buena cuenta, la Constitución a través del derecho a la libertad de empresa garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial en condiciones de libertad; así como la actuación, ejercicio o permanencia, en condiciones de igualdad, de la actividad empresarial y los agentes económicos en el mercado y la protección de la existencia de la empresa.

12. Teniendo presente lo señalado, considero que el artículo 2° del Decreto Supremo N° 158-2007- EF no limita ni restringe alguno de los cuatro tipos de libertades que forman parte del contenido del derecho a la libertad de empresa y que fueron precisados en la sentencia recaída en el Expediente N° 03330-2004-AA/TC, por las siguientes razones:

- a) En primer término, el artículo cuestionado no limita ni restringe la libertad de creación de empresa a que tiene derecho la demandante, pues ésta ya es una empresa constituida (sociedad anónima) y vigente, que tiene por objeto social la fabricación de cemento, cal y yeso.

Asimismo, porque el artículo cuestionado tampoco le prohíbe a la demandante iniciar cualquier tipo de actividad económica legalmente permitida, bien mediante la creación de una nueva empresa, o bien mediante la adquisición de una empresa ya existente, ni le excluye algún sector económico para el desarrollo de una iniciativa empresarial.

- b) En segundo término, el artículo cuestionado no afecta el libre desarrollo de la actividad empresarial de la demandante, pues su contenido normativo no cambia sus objetivos y fines económicos ni modifica o suplanta su poder de dirección y organización de la actividad empresarial, toda vez que no le impone que tipo de cemento cal y yeso debe fabricar, o la cantidad que debe fabricar, o los días en que debe hacerlo.

En buena cuenta, el artículo cuestionado no afecta el libre desarrollo de la actividad empresarial de la demandante, pues su contenido normativo no cambia sus objetivos y fines económicos ni modifica o suplanta su poder de dirección y organización de la actividad empresarial, toda vez que no le impone que tipo de cemento, cal o yeso debe fabricar, o la cantidad que debe fabricar, o los días en que debe hacerlo.

- c) En tercer término, el artículo cuestionado no limita ni falsea la libre competencia para fabricar cemento, cal y yeso. No obstante ello, y porque la demandante aduce la afectación de la libre competencia, este alegato será desarrollado *in extenso* en el fundamento 15.
- d) Finalmente, el artículo cuestionado tampoco prohíbe o impide que la sociedad demandante pueda cesar libremente sus actividades económicas en el momento que estime conveniente o salir del mercado. Es decir, que el artículo cuestionado no impone ningún deber que obligue a la demandante a continuar indefinidamente realizando su actividad económica.

13. Por estas consideraciones, estimo que el artículo 2° del Decreto Supremo N° 158-2007-EF no afecta ninguna de las cuatro libertades que forman parte del contenido esencial del derecho a la libertad de empresa.

Con relación a la libre competencia.-

14. El artículo 61° de la Constitución prescribe que “El Estado facilita y vigila la libre competencia”. Ésta se puede definir como la potestad de coexistencia de una pluralidad de ofertas en el campo de la producción, servicios o comercialización de productos de la misma especie por parte de un número indeterminado de agentes económicos.
15. Esta facultad económica plantea el libre juego de la oferta y la demanda, y presupone la presencia de los tres requisitos siguientes: (STC N° 0018-2003-AI/TC):
- a) La autodeterminación de iniciativas o de acceso empresarial a la actividad económica.
 - b) La autodeterminación para elegir las circunstancias, modos y formas de ejecutar la actividad económica (calidad, modelo, volumen de producción, etc.).
 - c) La igualdad de los competidores ante la ley.
16. En relación al lo expresado sobre el contenido de este derecho, la norma cuestionada no establece una prohibición de las empresas fabricantes de cemento para que sigan desarrollando su actividad empresarial, ni las expulsa del mercado en el que se desarrollan. De igual manera, no prevé la prohibición de que nuevos agentes económicos puedan acceder al mercado de la fabricación de cemento, ni establece condiciones subjetivas de admisión al mercado de la fabricación del cemento que sean irrazonables o desproporcionadas, razón por la cual no puede considerarse afectada la libre competencia en su aspecto esencial de libertad de acceso al mercado.
17. Por otro lado, el artículo cuestionado no limita la libertad de inversión de las empresas que se dedican a la fabricación del cemento, pues no les impone la obligación de invertir por una parte ni la prohibición por otra. En igual sentido, debe tenerse presente que la norma no elimina ni controla la libertad de formación de los precios en el mercado del cemento, razón por la cual tampoco puede considerarse afectada la libre competencia.
18. En cuanto al sentido normativo del artículo bajo análisis no produce que el mercado libre, competitivo y transparente de fabricación del cemento se vea limitado, restringido o falseado, toda vez que no incide directamente o indirectamente en la libertad de acción y elección de los consumidores ni elimina la oferta y la demanda del mercado de cemento.
19. Además de lo expresado en cuanto a los lineamientos jurisprudenciales que desarrollan la libre competencia y sus requisitos de cumplimiento cabe hacer referencia que la demandante acudió ante el INDECOPI, que cuenta con las facultades para evaluar y determinar en cada caso si los hechos o las conductas que son puestos en su conocimiento constituyen prácticas contrarias a la libre competencia, a fin de que en esa oportunidad declararse la existencia de precios dumping (precio menor al que corresponde a la misma mercancía cuando esta se destina a su mercado de procedencia)

en relación con la empresa CEMEX (competidora extranjera) por importaciones de cemento Pórtland gris originarias de República Dominicana (adjuntada como medio probatorio por la administración tributaria a fojas 15 del cuadernillo del Tribunal Constitucional) en el que se declaró infundada la solicitud y se concluye, entre otras cosas, que:

- a) Se observa que pese a las crecientes importaciones objeto de dumping, las solicitantes (demandante) ha evidenciado una favorable evolución en sus indicadores económicos y financieros e incluso cifras récord de ventas.
- b) Debido a la reducida participación de las importaciones en el consumo interno del mercado nacional en el período de análisis, y considerando que entre el cuarto semestre del 2007 y el segundo semestre del 2008 dicha participación no experimentó cambios importantes, no es posible afirmar que las importaciones denunciadas podrían causar un daño importante a la demandante en el futuro si dichas condiciones se mantienen. Ello en atención a que el análisis mostrado en la sección previa respecto de la evolución de la empresa Cementos Lima S.A. en el período posterior al ingreso de las importaciones muestra que, con una participación de mercado reducida, las importaciones objeto de dumping no le causan daño.
- c) Cementos Lima y Cemento Andino representaron en el año 2006 el 73.25% de la producción nacional de cemento de acuerdo con la estadística proporcionada por PRODUCE y las propias empresas solicitantes con lo cual se cumple el requisito de representatividad establecido en el Acuerdo Antidumping.

20. En consecuencia, también debe desecharse la imputación de violación de los alcances del artículo 61° de la Constitución.

Con relación a la igualdad ante la ley.-

21. La igualdad es un principio derecho reconocido por el inciso 2) del artículo 2° de la Constitución, el que dispone que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. De este modo, se reconoce un derecho subjetivo a obtener un trato igual aplicable tanto a las personas físicas como a las jurídicas, trato igual que exige que ante supuestos de hecho iguales deben ser aplicadas similares consecuencias jurídicas.

22. En materia económica, el derecho a la igualdad ante la ley y de trato se encuentra reconocido expresamente en los artículos 60° y 63° de la Constitución, señalando por una parte que, “la actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal” y por otro, que “la inversión nacional y la extranjera se sujetan las mismas condiciones”... La inversión puede ser definida como aquella acción mediante la cual los agentes económicos- personas e instituciones involucradas en el proceso económico por medio de fondos propios o ajenos- realizan la compra de activos físicos, bonos, acciones, etc., con el propósito de obtener una serie de beneficios futuros. Es decir, significa el ingreso de dinero, insumo, equipos, etc. (STC N° 0018-2003-AI/TC).

23. En cuanto a la potestad tributaria en materia aduanera la Constitución de 1993 ha dispuesto que la materia arancelaria se excluya del ámbito de la reserva de ley tributaria, al otorgarle al Poder Ejecutivo la potestad de regular dicha materia mediante Decreto Supremo, conforme a lo establecido en sus artículos 74° y 118°, inciso 20.
24. Con esto no se debe entender que los tributos internacionales están exentos del cumplimiento de los principios constitucionales tributarios sino, por el contrario, son de aplicación en materia aduanera pero con los particularidades y marices que impone su propia naturaleza (STC N° 08078-2006-AA/TC).
25. En ese sentido el Constituyente ha previsto que de acuerdo con el principio de legalidad, es el Decreto Supremo la norma que regula los aranceles, entendidos como aquellos impuestos establecidos en el arancel de Aduanas a las mercancías que ingresen o que sean importados al territorio aduanero en relación además, con el artículo 118°, inciso 20 de la Constitución, el cual atribuye al Presidente de la República la potestad de regular las tarifas arancelarias, según lo establecido en anterior jurisprudencia (STC N° 0012-2003-AI/TC). El hecho que la Constitución haya previsto ello tiene su fundamento constitucional indudable, en primer lugar, en la complejidad y especialización de la materia aduanera; o en segundo lugar, en la fluidez con que en ocasiones deben regularse y establecerse dichos aranceles.
26. Entonces podríamos decir que el arancel aduanero es el impuesto que los Estados aplican al traslado de mercancías que cruzan sus fronteras, generalmente, en el escenario de un intercambio internacional. (TLC Perú- Estados Unidos: contenido y aplicación, UPC, Lima 2008, p. 69).
27. Una vez establecido este marco constitucional aplicable a los aranceles aduaneros resulta interesante revisar la exposición de motivos de la norma cuestionada (Decreto Supremo N° 158-2007-EF) que en conclusión señala que, “a través de la reducción del promedio y de la dispersión arancelaria se reducen costos de producción y los precios del consumidor lo que propende a la eficiencia en la asignación de recursos y la elevación en el bienestar de los consumidores.
28. Igualmente puede el verse el Informe de Impacto Normativo elaborado por el Ministerio de Economía y Finanzas, a fojas 18 del cuadernillo del TC, de fecha 10 de octubre de 2007, en el que se puede evidenciar como objetivo una política de reducción de aranceles y la justificación de la necesidad de un cambio en el marco legal vigente en ese entonces.
29. Ahora bien, la demandante sostiene que con la aplicación del Decreto Supremo N° 158-2007-EF, se le está dando un trato discriminatorio en relación a sus competidores. Sin embargo, cabe establecer que la citada norma no sólo establece reglas de juego relativas al mercado del cemento, sino una nueva y generalizada política arancelaria para el Perú señalando:
 - a) Reducción de aranceles en un total de 4148 subpartidas nacionales.
 - b) Reducción de arancel de 12% a 9% para un grupo de 2678 subpartidas nacionales.
 - c) Reducción de arancel de 12% a 0% para un grupo de 364 subpartidas nacionales (materiales de construcción, bienes de capital, insumos de confecciones, etc.).

30. Tradicionalmente los aranceles han tenido efectos recaudatorios o de barrera para importación de algunas mercancías. Sin embargo, con la globalización y la tendencia a la libre circulación de las mercancías y apertura comercial el objetivo es la eliminación progresiva de los aranceles a las importaciones.
31. Tal y como refiere René Villarreal, en las últimas dos décadas, América Latina ha venido profundizando un proceso de reformas estructurales que han tenido como objetivo cambiar el funcionamiento y operación del sistema económico, de una economía estatista, cerrada y sobrerregulada a una economía privatizada de mercado libre y abierto a la competencia internacional en un nuevo mundo globalizado. (*Economía y Constitución, Valdés Diego*, UNAM, México 2001).
32. En ese sentido la potestad tributaria y la política aduanera se constituyen de manera flexible, lo cual está reconocido en la propia Constitución al no constitucionalizarse ni este ni ningún otro tributo. Esto quiere decir, que el hecho de que los aranceles se hayan mantenido en un porcentaje invariable por un período de tiempo no significa que no puedan reducirse o que deba hacerse necesariamente de forma gradual. Ello dependerá de quién ejerce la potestad tributaria con los límites que ofrece el marco constitucional tributario en el artículo 74°.
33. No debe dejarse lado que la reducción en la recaudación arancelaria es un acto dependiente de la potestad tributaria del Estado (Poder Ejecutivo en este caso) que en todo caso genera una pérdida en las arcas fiscales del Estado acorde como se explicó en los fundamentos precedentes con una política de liberalización de los mercados mundiales y no representa relación directa con los derechos de la demandante.
34. Es decir, el Tribunal Constitucional no puede permanecer aislado de los procesos económicos que viva el país y el mundo y uno de ellos es precisamente el de apertura comercial que debe verse como una forma constitucionalmente válida de asignar eficientemente la producción y elevar el nivel de vida de los consumidores y usuarios.
35. Debemos tener en cuenta que la normativa tendente a la desprotección de la industria nacional, vía apertura a la competencia internacional a través de la liberalización comercial y financiera, así como la inversión extranjera directa no implica en sí misma la lesión o amenaza de derechos constitucionales y mucho menos si de autos se puede observar el posicionamiento como líder de la empresa demandante en el mercado y las significativas utilidades y ganancias que viene generando a pesar de la vigencia de la norma acusada de inconstitucional.

Por las razones expuestas, mi voto es por declarar **INFUNDADA** la demanda.

SS. Calle Hayen.

Expediente N° 3116-2009-PA/TC.

Lima.

Cementos Lima S.A.

Resolución del Tribunal Constitucional

Lima, 22 de marzo de 2010.

Vista:

La solicitud de aclaración de la sentencia de autos, de fecha 17 de marzo de 2010, presentada por el Procurador Adjunto encargado de asumir la defensa de los asuntos judiciales del Ministerio de Economía y Finanzas; y,

Atendiendo a:

1. Que, de conformidad con el artículo 121° del Código Procesal Constitucional (CPCo.), “[c]ontra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe recurso alguno”, sin perjuicio de lo cual, “el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, puede aclarar algún concepto o subsanar cualquier error material u omisión en que hubiese incurrido”.
2. Que en el pedido de aclaración, el Procurador Adjunto encargado de asumir la defensa de los asuntos judiciales del Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante, el Procurador), solicita, en primer término, que el Tribunal Constitucional, precise “**quién es el agraviado**”, en tanto, conforme refiere, la sentencia “no ha establecido sobre quien [sic] recae la inaplicabilidad del Decreto Supremo N° 158-2007-EF y a quienes [sic] se restituirá el derecho constitucional vulnerado, lo cual es obligatorio tratándose de un proceso de amparo contra norma autoaplicativa”³.
3. Que, *prima facie*, los efectos de la decisión en un proceso de tutela de derechos, como el amparo, se circunscriben a la esfera subjetiva del demandante o del beneficiario de la demanda. No obstante, cuando se trata de normas autoaplicativas y la lesión o amenaza reside en la regulación inconstitucional contenida en la norma misma y no en los inconstitucionales efectos que ésta pueda generar en razón de las particulares circunstancias de un caso, el ejercicio del control difuso (artículo 138° de la Constitución), sumado al efecto vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional (artículo VI del Título Preliminar del CPCo.), impide que la referida norma sea aplicada por cualquier poder público. En definitiva, cuando son éstas las características que rodean al ejercicio del control difuso -a saber, a) sentencia emitida por el Tribunal Constitucional y b) control ejercido sobre una norma autoaplicativa inconstitucional en su regulación misma y no en los efectos que puede generar para un caso particular-, sus efectos son sustancialmente análogos a los del control concentrado ejercido en los procesos de inconstitucionalidad o en los procesos de acción popular, en el sentido de que si bien la norma no es expulsada del ordenamiento jurídico, su aplicación queda proscrita para cualquier poder público.

Es éste el caso del control difuso que fue ejercido sobre el artículo 2° del Decreto Supremo N° 158-2007-EF en esta causa. En efecto, la inconstitucionalidad advertida en la sentencia, no deriva de alguna característica singular del demandante (CEMENTOS LIMA S.A.), sino de la desproporcionada e intempestiva reducción a 0% de la tasa de los derechos arancelarios *ad valorem* CIF para las sub-partidas nacionales 2523 10 00 00 cemento sin pulverizar y 2523 29 00 00 los demás, prevista en el referido artículo. Por ello, en virtud del efecto vinculante de las interpretaciones del Tribunal Constitucional, a partir del día siguiente a la publicación de la sentencia, todo poder público se

³ Cfr. Escrito de solicitud de aclaración, p. 2.

encuentra impedido de aplicar la referida tasa a todo sujeto que se subsuma en su supuesto normativo.

Es ésta la razón por la que en la parte resolutive de la sentencia no se señala que el referido artículo es solo inaplicable al demandante, pues, en mérito de la fuerza vinculante de este Tribunal, es inaplicable con un alcance *erga omnes*.

Y es por ello que las críticas contenidas en el escrito de solicitud de aclaración en relación con el alcance *erga omnes* de la inaplicación del artículo 2º del Decreto Supremo N° 158-2007-EF⁴, no son de recibo. Es ésa, justamente, la consecuencia de un control difuso de constitucionalidad de las normas como el ejercido en esta causa, al que acompaña la fuerza vinculante de las interpretaciones que realiza este Tribunal.

Como tampoco es de recibo, por los mismos motivos, que el Procurador pretenda sostener que la SUNAT se encuentra impedida de ejecutar el fallo, alegando un supuesto efecto *interpartes* de esta sentencia⁵.

En este aspecto, en consecuencia, la sentencia no merece aclaración alguna.

4. Que, sin embargo, tampoco cabe sostener que en toda circunstancia y rubro en los que el Poder Ejecutivo haya optado u opte por reducir una tasa arancelaria a 0%, existirá razón para dar lugar a una sanción de inconstitucionalidad por parte de este Colegiado. Desde luego, ello dependerá de las concretas circunstancias que rodeen dicha regulación, las que deberán ser apreciadas a luz de los derechos, principios o valores constitucionales que resulten concernidos. En definitiva, la decisión adoptada en esta causa, en modo alguno puede ser considerada como un *precedente* que necesariamente *condicione* el futuro de la política arancelaria del Poder Ejecutivo, la cual, por imperio de la Constitución, se desenvuelve en un importante, aunque no ilimitado, margen de discrecionalidad.
5. Que, de otra parte, el Procurador solicita que el Tribunal Constitucional aclare el fallo “respecto a la restitución del arancel del 12% sin contravenir la Potestad Originaria Constitucional del Poder Ejecutivo, dado que la Constitución establece que sólo por Decreto Supremo se regulan los aranceles”⁶.

Lleva razón el Procurador al sostener que, de conformidad con el inciso 20 del artículo 118º de la Constitución, la regulación de las tarifas arancelarias, es una competencia que ha sido reservada al Presidente de la República. Una verdad tan evidente como esa no podría ser cuestionada en modo alguno por el Tribunal Constitucional, so pena de incurrir en una flagrante violación de la Norma Fundamental.

Sin embargo, también es cierto que dicha competencia, como todas las reguladas por el texto constitucional, debe ser ejercida sin afectar el cuadro material de valores reconocido por la misma Constitución. Ahora bien, una cosa es advertir el inconstitucional ejercicio de una competencia y otra es que, bajo dicha premisa, se pase a ejercerla en los términos que el órgano jurisdiccional juzgue conveniente. Lo primero viene exigido por la Constitución. Lo segundo se encuentra prohibido.

⁴ Cfr. Escrito de solicitud de aclaración, pp. 4 – 5.

⁵ Cfr. Escrito de solicitud de aclaración, p. 6.

⁶ Cfr. Escrito de solicitud de aclaración, p. 4.

Ocurre, no obstante, que entre estos dos extremos hay un marco de indeterminación que alcanza un singular protagonismo cuando de controlar la inconstitucionalidad de omisiones se trata. En estos casos, la inconstitucionalidad es generada por un “dejar de hacer” por parte del órgano controlado, y que, consecuentemente, puede prolongarse *sine die* si el órgano jurisdiccional no adopta alguna medida (a veces, cuasi legislativa) que exija al órgano controlado adoptar las medidas necesarias que permitan cubrir la omisión inconstitucional advertida.

6. Que, en el caso se autos, la inconstitucionalidad consistió en que el Poder Ejecutivo, al establecer la tasa de los derechos arancelarios *ad valorem* CIF para las sub-partidas nacionales antes mencionadas en 0%, redujo desproporcionadamente la anterior tasa de 12%, afectándose la seguridad jurídica de las empresas perjudicadas con la reducción y, consecuentemente, viéndose discriminadas en relación con otras empresas que, compitiendo en el mismo rubro, lejos de verse igualmente afectadas, se verían beneficiadas con la medida.

Es cierto que el criterio de la proporcionalidad no deja de ser en buena medida subjetivo, pero, a juicio de este Colegiado, dicha subjetividad pasa a tener visos de plena objetividad cuando la medida cuestionada pasa a situarse en algún punto extremo. Y, ciertamente, la desaparición de un día para otro de una tasa arancelaria que antes se encontraba fijada en 12%, sin mayor argumentación que la justifique, resulta objetivamente desproporcionado.

Es por ello que en la sentencia se explicita lo siguiente:

“...debe señalarse que no se encuentra demostrado que la medida de reducción de las tarifas arancelarias de las sub-partidas nacionales mencionadas persiga una finalidad constitucional legítima, pues si bien en los considerandos del Decreto Supremo N° 158-2007-EF se señala que dicha medida tiene por objeto promover la eficiencia y competitividad de la economía, en autos no existe prueba alguna que respalde dicha consideración o demuestre que ello se esté produciendo. Y es que, no sólo basta invocar o alegar una finalidad constitucional legítima para justificar la medida de tratamiento diferenciado, sino que también, en algunos casos, es necesario demostrar que efectivamente la medida persigue lograr dicha finalidad, supuesto que no sucede en el caso de autos” (Fundamento Jurídico N° 25).

No obstante, y paradójicamente, la inaplicación del artículo 2° del Decreto Supremo N° 158-2007-EF, no solucionaba el problema material de fondo, pues ella no permitía cubrir el vacío inconstitucional generado por el Ejecutivo al haber dejado de prever intempestivamente una tasa arancelaria de manera desproporcionada. Evidentemente, con la sola inaplicación del artículo subyacía el riesgo de mantenerse la inconstitucionalidad advertida (tasa arancelaria de 0%) *ad finitum*, lo que exigía a este Tribunal adoptar las medidas provisionales que resulten pertinentes.

7. Que, en esa medida, sin bien es cierto que el artículo 83° del CPCo., establece que “[p]or la declaración de (...) inconstitucionalidad de una norma no recobran vigencia las disposiciones legales que ella hubiera derogado” -y dejando del lado el hecho de que es un artículo referido a los procesos de control normativo (de inconstitucionalidad y de acción popular)-, también lo es que la finalidad del proceso de amparo es reponer “las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de[l] derecho

constitucional” (artículo 1° del CPCo.). Por ello, aún cuando no era de recibo restablecer la vigencia abstracta del Decreto Supremo N° 017-2007-EF, sí lo era restablecer provisionalmente uno de sus efectos, a saber, la aplicación de la tasa del 12%. Se trata, en consecuencia, de una medida adoptada por este Tribunal de manera *provisional* y que tiene por objeto evitar que se continúen violando los derechos fundamentales concernidos.

Ello queda meridianamente claro cuando en el punto 4 del fallo, se enfatiza que la medida es adoptada “sin perjuicio de que el Presidente de la República pueda regular nuevamente la tasa arancelaria referida conforme al fundamento 24, *supra*”. En consecuencia, desde luego, es correcto afirmar que el Poder Ejecutivo ostenta la competencia constitucional de fijar la tasa del referido arancel. Pero lo que no resulta constitucionalmente correcto es afirmar que puede hacerlo afectando la seguridad jurídica y alegando argumentos que en modo alguno han resultado debidamente sustentados. En tal sentido, la sentencia bien puede ser interpretada como un llamado a la racionalidad constitucional en materia económica, la que en modo alguno resulta incompatible con el ejercicio discrecional de la competencia.

8. Que, de otro lado, el Procurador solicita que se aclare cuál es la fuente constitucional que permite al Tribunal Constitucional sostener que “la finalidad constitucional de los aranceles en una economía social de mercado”, es “favorecer la producción nacional del cemento, proteger la industria nacional del cemento, promover la inversión nacional, o incentivar la competitividad de los productos nacionales” (Fundamento Jurídico N° 23 de la sentencia). Asimismo, solicita clarificar en qué medida este criterio resulta compatible con los “Lineamientos de Política Arancelaria”, previstos a través de la Resolución Ministerial N° 005-2006-EF/15, dictada por el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), y publicada el 15 de enero de 2006 (en adelante, “Lineamientos de Política Arancelaria”). Entre otras razones, señala que la aclaración es pertinente pues, antes bien, “es un mandato constitucional que el Estado promueva la inversión en general, independientemente de su origen, lo cual está contemplado explícitamente en el artículo 63° relacionado con el trato igualitario de la inversión nacional y extranjera”.

Sobre el particular, es necesario precisar que cuando el Tribunal en determinados pasajes de la sentencia hace alusión a la “producción nacional”, a la “industria nacional” o a la “inversión nacional”, no se refiere a la producción, a la industria o a la inversión generadas por peruanos (diferenciándola de la que pueda haber sido generada por extranjeros), sino a la producción, industria o inversión que se realiza en territorio peruano, con prescindencia de si tiene como promotores a ciudadanos peruanos o extranjeros. Ello resulta evidente en la medida de que encontrándose el asunto litigioso vinculado con los beneficios o perjuicios constitucionales derivados de la fijación de una tasa arancelaria a un determinado bien, tales beneficios o perjuicios lo serán para toda empresa instituida en territorio nacional vinculada directa o indirectamente con la producción de dicho bien, con prescindencia de la nacionalidad de sus promotores.

En esa medida, debe tenerse presente que cuando el artículo 63° de la Constitución establece que “[l]a inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones”, en ambos casos, se refiere a la inversión realizada en territorio peruano, la cual se verá igualmente beneficiada o perjudicada con las tasas arancelarias fijadas por el Ejecutivo⁷. De ahí que este artículo no haya resultado determinante en la dilucidación de esta causa. Su mención en la sentencia tiene la mera condición de *obiter dictum*.

7

El Procurador parece estar de acuerdo con este criterio (cfr. Escrito de solicitud de aclaración, p. 6).

9. Que, ahora bien, en relación con la interrogante acerca de cuál es el fundamento constitucional en virtud del cual se señala que la finalidad de los aranceles es favorecer la producción nacional (entendida como la producción que tiene origen en territorio peruano), cabe anotar que dicho fundamento no es constitucional, sino conceptual. En efecto, es pacífico en la doctrina reconocer que uno de los principales objetivos (aunque ciertamente no el único) de la creación de aranceles, es proteger la producción interna de determinados bienes cuya competitividad en el mercado podría resultar sensiblemente afectada por la importación de tales bienes a industrias externas. Por lo demás, esta finalidad es reconocida por el propio MEF, cuando en los “Lineamientos de Política Arancelaria”, señala que “existe un sesgo ‘protector’ que puede dársele al arancel dado que, dependiendo de la magnitud de dicho arancel, su aplicación eleva los precios de los productos importados respecto de los bienes sustitutos producidos dentro del país”.
10. Que es cierto, sin embargo, que no existe fundamento constitucional para sostener la tesis de que se encuentra exigido, o acaso prohibido, que se establezca una política favorable o desfavorable al establecimiento de aranceles. Dicha determinación, desde luego, ingresa dentro del margen de discrecionalidad en el ejercicio de las competencias constitucionales reconocidas al Poder Ejecutivo en esta materia.

Empero, una cosa es sostener ello, y otra, muy distinta, sostener que sea cual fuere la opción política adoptada en materia arancelaria, ésta pueda ser ejecutada a través de cualesquiera medidas, aún cuando éstas resulten arbitrarias o desproporcionadas. Y no puede ser así, porque, sea cual fuere la opción que se adopte, siempre existirá un cierto margen de incidencia sobre determinados valores y derechos fundamentales. En efecto, si bien es cierto la reducción de los aranceles estimula la competencia externa de los bienes producidos en territorio nacional -beneficiándose la libre competencia reconocida en el artículo 61° de la Constitución-, y favorece los derechos de los consumidores al acceder a bienes más variados y de mayor calidad (artículo 65° de la Constitución), también es verdad que puede perjudicar sensiblemente a determinadas empresas en términos de ingresos y generación de empleo, afectándose, en cierta medida, la libertad de empresa y la libertad de trabajo, reconocidas en el artículo 59° de la Constitución. Esto había sido así advertido en los propios “Lineamientos de Política Arancelaria” expedidos por el MEF, tal como se enfatiza en el Fundamento Jurídico 21 de la sentencia. De hecho, si acaso existiese alguna duda en relación con la afectación de determinados derechos constitucionales que puede producirse como consecuencia de la reducción o desaparición de determinadas tasas arancelarias, es de recibo citar uno de los comentarios finales de los referidos “Lineamientos de Política Arancelaria”, expedidos por el MEF:

“Cuando se habla de liberalización comercial surgen temores inmediatos en la gente que supone que las políticas de apertura unilateral solo traerán pérdidas de empleo, producto e ingresos. Ciertamente estos procesos suelen tener esas consecuencias en el corto plazo, muchas veces duraderas para algunos sectores productivos que gozaban de ventajas artificiales...”.

En tal sentido, en ambos lados de esta amplia balanza se sitúan bienes de relevancia constitucional que dejan un margen de acción al Ejecutivo también bastante amplio, pero que, a su vez, son los que justifican que, en determinadas circunstancias excepcionales, resulte necesaria la verificación del control constitucional por parte de la

jurisdicción. Incluso parece resultar claro que los bienes constitucionales protegidos con la reducción de los aranceles son de un valor abstracto superior a los que resultan perjudicados, pero ello no enerva la necesidad de mantener el equilibrio entre ellos, de forma tal que toda decisión adoptada sobre el particular se lleve a cabo de una manera ponderada.

11. Que reflejo de dicha ponderación es la gradualidad en la reducción de los aranceles, la cual en modo alguno fue respetada por el Poder Ejecutivo en el caso de autos. El respeto a dicha gradualidad venía exigido no solo en aras de no afectar de manera desproporcionada la capacidad competitiva de las empresas cementeras radicadas en territorio nacional, afectando su seguridad jurídica, sino también por los propios “Lineamientos de Política Arancelaria”, expedidos por el MEF. En efecto, en dichos lineamientos se establece que “[t]ratándose de una economía en desarrollo pequeña, en el sentido de no poder influir sobre sus precios, al Perú le conviene reducir *gradualmente* aranceles, porque ello reduce los costos del funcionamiento de la economía y eleva el nivel de bienestar de la población” (cursiva agregada).

Según el Procurador, en criterio que ha sido sostenido también por la ministra del sector, “[e]l concepto de gradualidad de la Política Arancelaria está en función de los promedios arancelarios y de la dispersión arancelaria de todo el universo arancelario y no en función de una partida en particular”. El Tribunal Constitucional comparte este criterio en el sentido de que es evidente que no en todas las partidas arancelarias dicha gradualidad se reflejará en igual intensidad, e incluso en el caso de algún sector productivo específico podría justificarse la permanencia de una misma tasa por un cierto tiempo o acaso un cierto incremento. Pero lo que a juicio de este Tribunal en modo alguno resulta constitucionalmente aceptable es que mientras la política general arancelaria se encuentre inspirada en la gradualidad, en el caso de un concreto sector productivo una tasa de 12% desaparezca intempestivamente. Como quedó dicho, ello no solo no se condice con la política arancelaria que el propio Poder Ejecutivo promociona, sino que viola flagrantemente la seguridad jurídica por desproporcionada, afectando el derecho a la igualdad de las empresas que resultan perjudicadas, en relación con aquéllas beneficiadas.

Por lo demás, la tesis de que la gradual reducción de las tasas arancelarias es algo predicable solo de los promedios arancelarios, pero no del arancel de un sector concreto, resulta desmentida en diversos pasajes de los mismos “Lineamientos de Política Arancelaria”, expedidos por el MEF, que el Procurador omite citar en su escrito de solicitud de aclaración. En efecto, en ellos se señala lo siguiente:

“Sin embargo, decir que la reducción de aranceles es eficiente no significa que ello se deba hacer de manera desordenada y continua. La imposición de aranceles afecta los niveles de precios de los bienes y sus precios relativos en el curso del tiempo, a diferencia de los precios en los mercados financieros que reaccionan instantáneamente. De ahí que, si la historia arancelaria es una en la cual los aranceles han sido siempre modificados hacia arriba o debajo de manera continua, los productores no estarán seguros sobre si los cambios son permanentes y entonces pueden concluir que no es conveniente realizar una inversión o expandir el negocio porque no hay certidumbre de que la desgravación llevada a cabo no sea revertida. Incluso si fuera la desgravación creíble, toma tiempo planear, decidir si se realiza un proyecto, obtener

información, etc. Es por ello que los efectos reales (sobre precios, producción, ingresos y empleo) no se ven inmediatamente sino distribuidos en el tiempo.

Si esto es cierto para cualquier bien, entonces la reducción del promedio y dispersión arancelarias no puede obtenerse de cualquier manera sino acotando ambos vía la reducción *a todos los ítems arancelarios o a conjuntos muy amplios de ellos.* (...)” (Cursiva agregada).

De esta manera, no solo resulta que el propio Poder Ejecutivo reconoce la flagrante violación a la seguridad jurídica de los productores que representa una variación imprevista y desordenada de las tasas arancelarias -lo cual se ve confirmado cuando en otro punto de los lineamientos se recomienda como mecanismo de amortiguamiento de los efectos negativos de la reducción arancelaria la previsión de “plazos diferenciados de desgravación”, lo que es tanto como no recomendar la desgravación abrupta-, sino que reconoce también que un modo de paliar los referidos efectos negativos de la reducción es no dispersarla y consecuentemente aplicarla gradualmente de modo coherente a todos los sectores productivos involucrados o a grupos amplios de ellos.

En definitiva, corresponde precisar que la conclusión contenida en el Fundamento Jurídico N° 24 de la sentencia, en el sentido de que la reducción intempestiva de la tasa del arancel de 12% a 0%, constituye un “acto desproporcionado”, no solo tiene base en la afectación de la seguridad jurídica y la igualdad de las empresas afectadas, sino también en la expectativa creada por el propio Poder Ejecutivo al expedir sus “Lineamientos de Política Arancelaria”, tal como se infiere del Fundamento Jurídico N° 21 de la sentencia.

12. Que, de otro lado, ante las recientes versiones que indican que en el Fundamento Jurídico N° 20 de la STC 3116-2009-PA, se habría incurrido en un supuesto plagio de un criterio esbozado por la Corte Constitucional colombiana en uno de los párrafos del Fundamento Jurídico N° 4.2 de la sentencia N° C-798/2004, corresponde señalar lo siguiente:

- a) El Tribunal Constitucional, tal como lo hacen otros órganos jurisdiccionales a nivel comparado, en algunas de sus sentencias, apoya sus argumentos en criterios que han sido planteados por otros tribunales constitucionales del mundo en materias sobre aspectos vinculados o sustancialmente análogos a los que son objeto de decisión. Ello, lejos de debilitar la justificación de la sentencia, la fortalece, en la medida que permite incidir en criterios consolidados en el ámbito de un constitucionalismo global.
- b) Desde luego, para tales efectos, este Tribunal suele acudir a jurisprudencia proveniente de ordenamientos que participan de los valores esenciales que inspiran el ordenamiento constitucional peruano, tales como el principio de dignidad, humana, los principios que rigen al Estado Social y Democrático de Derecho, la economía social de mercado, entre otros. De ahí que, en determinadas ocasiones, se recurra, por ejemplo, a jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, del Tribunal Constitucional español o de la Corte Constitucional de Colombia. Dicha herramienta argumentativa, evidentemente, solo es adoptada por este Colegiado en la medida de que no resulte contraria a algún criterio específico que

haya sido adoptado por la Constitución peruana. Ello ha sido plenamente respetado en la sentencia de autos.

- c) No obstante, el Tribunal Constitucional aprecia que en los Fundamentos Jurídicos N° 13 y N° 20 de la aludida sentencia se ha omitido hacer referencia a las fuentes jurisprudenciales de las que han sido extraídos los criterios adoptados. Dichas fuentes son el Voto del Ministro Genaro David Góngora Pimentel en la Acción de Inconstitucionalidad N° 26-2006 de la Suprema Corte de Justicia de México y el Fundamento Jurídico N° 4.2 de la sentencia N° C-798/2004 de la Corte Constitucional colombiana, respectivamente. Por tal motivo, en aplicación del artículo 121° del Código Procesal Constitucional, corresponde subsanar la referida omisión.
 - d) Los miembros de este Colegiado, como no podía ser de otro modo, participan de la idea de que la independencia y la autenticidad del razonamiento son imprescindibles para generar el progreso del conocimiento y de la justicia. Por ello, no debe quedar duda de que la omisión a la que se ha hecho alusión ha sido absolutamente involuntaria.
13. Que, finalmente, el Tribunal Constitucional reconoce, valora y protege el derecho fundamental de toda persona a formular análisis y críticas a las resoluciones jurisdiccionales (inciso 20 del artículo 139° de la Constitución), incluyendo, desde luego, a las emitidas por este Colegiado. Dicho derecho no solo contribuye al debate racional en torno a los alcances del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales y de otros bienes de relevancia constitucional, sino que permite a la jurisdicción, en general, y a la jurisdicción constitucional, en particular, reevaluar sus resoluciones, advirtiendo, eventualmente, el necesario fortalecimiento o la necesaria reformulación de la jurisprudencia futura. No obstante, con el mismo énfasis debe señalarse que el ejercicio de dicho derecho, no autoriza a ninguna persona o autoridad, al margen de la investidura que ostente, a poner en tela de juicio, sin sustento alguno, la honorabilidad de los magistrados que conformamos este Tribunal. Ello no solo afecta la institucionalidad del país, sino también el esencial valor del diálogo y la crítica, tan importantes en una democracia.

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

Resuelve:

1. Precisar, de conformidad con el considerando N° 4 *supra*, que la decisión adoptada en esta causa, no puede ser considerada como un precedente que necesariamente condicione el futuro de la política arancelaria del Poder Ejecutivo, pues el análisis de constitucionalidad de cada regulación es dependiente de las concretas circunstancias que la rodeen. Dicha política, por imperio de la Constitución, se desenvuelve en un importante, aunque no ilimitado, margen de discrecionalidad por parte del Poder Ejecutivo.
2. Precisar, de conformidad con los considerandos N° 6 y N° 7 *supra*, que la sentencia no ha restituido la vigencia del Decreto Supremo N.º 017-2007-EF, sino que se ha limitado a restituir *provisionalmente* uno de sus efectos, a saber, la aplicación de la tasa del 12% de los derechos arancelarios *ad valorem* CIF para las sub-partidas nacionales 2523 10 00 00 cemento sin pulverizar y 2523 29 00 00 los demás, con el objeto de

evitar que se continúen violando los derechos fundamentales concernidos, manteniéndose incólume la competencia del Poder Ejecutivo para fijar una nueva tasa arancelaria, respetando los criterios establecidos en la sentencia.

3. Precisar, de conformidad con el considerando N° 8 *supra*, que cuando el Tribunal en determinados pasajes de la sentencia hace alusión a la “producción nacional”, a la “industria nacional” o a la “inversión nacional”, no se refiere a la producción, a la industria o a la inversión generadas por peruanos (diferenciándola de la que pueda haber sido generada por extranjeros), sino a la producción, industria o inversión que se realiza en territorio peruano, con prescindencia de si tiene como promotores a ciudadanos peruanos o extranjeros.
4. Precisar, de conformidad con los considerandos N° 10 y N° 11 *supra*, que la conclusión contenida en el Fundamento Jurídico N.º 24 de la sentencia, en el sentido de que la reducción intempestiva de 12% a 0% de la tasa de los derechos arancelarios *ad valorem* CIF para las sub-partidas nacionales 2523 10 00 00 cemento sin pulverizar y 2523 29 00 00 los demás, constituye un “acto desproporcionado”, no solo tiene base en la seguridad jurídica y la igualdad de las empresas afectadas, sino también en la expectativa creada por el propio Poder Ejecutivo al expedir sus “Lineamientos de Política Arancelaria”, aprobados mediante Resolución Ministerial N° 005-2006-EF/15, dictada por el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) el 15 de enero de 2006, tal como se infiere del Fundamento Jurídico N° 21 de la sentencia.
5. De conformidad con el considerando N.º 12 *supra*, corregir la involuntaria omisión en la que se ha incurrido en los Fundamentos Jurídicos N° 13 y N° 20 de la sentencia de autos, señalándose que las fuentes jurisprudenciales de las que han sido extraídos los criterios adoptados son el Voto del Ministro Genaro David Góngora Pimentel en la Acción de Inconstitucionalidad N° 26-2006 de la Suprema Corte de Justicia de México y el Fundamento Jurídico N° 4.2 de la sentencia N° C-798/2004 de la Corte Constitucional colombiana, respectivamente.
6. Exhortar, de conformidad con el considerando N.º 13 *supra*, a las autoridades públicas a tomar en cuenta que el ejercicio del derecho fundamental al análisis y crítica de las resoluciones judiciales, reconocido en el inciso 20 del artículo 139° de la Constitución, no autoriza a poner en tela de juicio, sin sustento alguno, la honorabilidad de los magistrados que conformamos este Tribunal. Ello no solo afecta la institucionalidad del país, sino también el esencial valor del diálogo y la crítica, tan importantes en una democracia.
7. Declarar **IMPROCEDENTE** la solicitud de aclaración en lo demás que contiene.

Publíquese y notifíquese.

SS. Mesía Ramírez; Beaumont Callirgos; Eto Cruz; Álvarez Miranda.

ANÁLISIS JURÍDICO

1. EL CASO.-

Mediante el Decreto Supremo N° 017-2007-EF, modificado por los Decretos Supremos N° 091-2007-EF y 105-2007-EF, se establecieron los derechos arancelarios *ad valorem* CIF para las sub-partidas nacionales del cemento, fijándose la tasa en 12%. Posteriormente, a través del Decreto Supremo N° 158-2007-EF publicado en el Diario Oficial El Peruano el 13 de octubre del 2007 se modificó dicha tasa, reduciéndose del 12% al 0%. Ante esta situación, con fecha 11 de enero del 2008, la empresa Cementos Lima S.A. (en adelante: Cementos Lima) interpuso una demanda de amparo contra el Ministerio de Economía y Finanzas, solicitando que se declare inaplicable el artículo 2 del mencionado Decreto Supremo N° 158-2007-EF, referido a la variación de la tasa, argumentando que ese artículo vulnera sus derechos constitucionales a la igualdad ante la ley, a la libertad de empresa y a participar en la vida económica de la Nación.

Con fecha 22 de enero del 2008, el Trigésimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima declaró improcedente *in limine* la demanda, al considerar que la vía procesal específica es el proceso de acción popular. Posteriormente, el 17 de junio del 2008 la Séptima Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la sentencia apelada por estimar que los hechos y el petitorio no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido de los derechos involucrados.

Ante estas circunstancias, Cementos Lima interpuso recurso de agravio constitucional contra la sentencia de vista. Con fecha 10 de agosto del 2009 se emite la sentencia del Tribunal Constitucional con la firma de los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Eto Cruz y Álvarez Miranda, mediante la cual se declaró fundada la demanda al haberse acreditado la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley, restableciéndose la tasa del 12% de los derechos arancelarios *ad valorem* CIF para el cemento. Hubieron tres votos singulares: del magistrado Vergara Gotelli, quien votó para que se declare fundado el recurso de agravio constitucional; del magistrado Landa Arroyo, quien votó para que se declare improcedente la demanda; y del magistrado Calle Hayen, quien votó para que declare infundada la demanda. El 17 de marzo del 2010 el Ministerio de Economía y Finanzas solicitó una aclaración al Tribunal Constitucional respecto a quién es el agraviado, lo que fue conllevó a la resolución del Tribunal Constitucional de fecha 22 de marzo del 2010.

2. TEMAS POR DESARROLLAR.-

El caso expuesto es particularmente relevante porque aborda una materia usualmente conflictiva: la actuación del Estado respecto a la Economía. En tal sentido, centraremos nuestro análisis jurídico en cinco cuestiones puntuales: primera, el régimen económico constitucional; segunda, la libertad de empresa; tercera, las facultades del Tribunal Constitucional en materia arancelaria; cuarta, el análisis comparativo entre la sentencia de fondo y la resolución aclaratoria, ambas del Tribunal Constitucional; y, quinta, la autoría de los argumentos del Tribunal Constitucional.

3. EL RÉGIMEN ECONÓMICO CONSTITUCIONAL.-

“El comercio -escribe Néstor Deppler- es la vida misma”⁸ y es que resulta tan antiguo como la propia humanidad; así pues sus orígenes se pierden en el tiempo, lo que demandó desde entonces la atención del Derecho a través de novísimas regulaciones jurídicas que captasen los usos comerciales. En este sentido, hacemos nuestra la explicación de Cristian Gimenez Corte cuando señala: “Durante la Edad Media se desarrollaron en las principales

⁸ Deppler, Néstor. Contratos comerciales de servicios. Buenos Aires, Editorial Legis Argentina, 2005, p. 17.

ciudades europeas ciertos usos y costumbres dentro de la comunidad de comerciantes - principalmente italianos, hanseáticos, franceses, holandeses y también españoles- que concurrían a las ferias y mercados a intercambiar bienes. Ante la dificultad de aplicar el viejo Derecho Romano, rígido y no muy conocido, o el Derecho Canónico, que no había sido desarrollado para regular el comercio, y ante los problemas que surgían en la aplicación de los diferentes Derechos locales de los diversos mercaderes de diferentes ciudades, los mismos comerciantes, de forma relativamente espontánea, a través de prácticas reiteradas fueron creando usos jurídicos que regulen sus transacciones. Estos usos generalmente eran aplicados, en caso de conflictos, por tribunales especiales constituidos en las mismas ferias. Estos resolvían los problemas de forma rápida y flexible, aplicando los usos que, en general, establecían principios de informalidad de los actos o la confianza en la palabra y la buena fe. Se denominó al conjunto de usos, costumbres y principios propios de los comerciantes *ius mercatorum*. La *ley de los mercaderes* constituía un Derecho común a todos los comerciantes, sin importar la nacionalidad o el domicilio, adquiriendo con ello una incipiente universalidad y haciéndose cosmopolita”⁹.

El Derecho Comercial no es más que la regulación jurídica del comercio, por lo que aprehende figuras de origen económico con el propósito de brindarles un tratamiento jurídico; he ahí, por cierto, su naturaleza compleja que, en no pocas ocasiones, es difícil de entender. Y la complejidad es mayor cuando el propio comercio empieza a bifurcarse en dos variantes: por un lado, el comercio interior y, por otro lado, el comercio exterior. La globalización, hartamente desarrollada hoy en día, abona a favor de esta dicotomía y, a la vez, los aleja y los acerca. ¿El efecto? Pues la irremediable convivencia de una copiosa legislación en materia de comercio interior y exterior que hasta ahora no ha sido abordada de modo integral, orgánico y unitario. Como bien acota José Miguel Embid Irujo: “La complejidad normativa del Derecho Mercantil contemporáneo trae consigo, desde luego, la existencia de diversos estratos o capas en el seno de la disciplina jurídica, así como la convivencia de principios inspiradores no siempre compatibles entre sí. No es ajena a dicha complejidad la existencia de una pluralidad de instancias normativas competentes a la hora de formular el nuevo Derecho Mercantil: **no sólo el Estado nacional, autor exclusivo de las normas mercantiles en la etapa codificadora, sino también organizaciones supranacionales o entidades de dimensión inferior**, resultan competentes en la actualidad para configurar aspectos, cuando menos parciales, de nuestra disciplina”¹⁰ (El resaltado es nuestro).

Organizaciones supranacionales y entidades de dimensión inferior, al decir de José Miguel Embid Irujo, como la Organización Mundial del Comercio (OMC) y las cámaras de comercio, respectivamente, promueven el comercio tanto interior como exterior. Pero esa promoción, loable *per se*, lejos está de ofrecer un escenario de libre actuación, pues la amplísima regulación -existente desde hace décadas y que hoy se procura racionalizar¹¹- es, paradójicamente, el principal obstáculo para el comercio. Se trata de hallar el justo medio

⁹ Gimenez Corte, Cristian. “Los usos comerciales y el Derecho de fuente convencional en el MERCOSUR”. En: Derecho Mercantil Contemporáneo. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, Tomo I, ps. 59 y 60.

¹⁰ Embid Irujo, José Miguel. “Mercado y Derecho Mercantil”. En: Código de Comercio y Normas Complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, agosto del 2005, Tomo 1, p. 161.

¹¹ En Argentina, por ejemplo, se vislumbraba en 1988 el contexto ideal donde el comercio esté sujeto “a una regulación jurídica homogénea”, se conduzca “mediante un único instrumento monetario”, el tráfico interior “esté libre de gravámenes fiscales”, los tributos “sean uniformes en todo el territorio”, etc. Cfr. “El modelo constitucional de integración económica”. En: Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Buenos Aires, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1988, segunda época, N° 26, p. 8.

aristotélico para no arribar a una liberalización a ultranza del comercio (donde no existan reglas mínimas) ni a una economía planificada (en la que se carezca de libertades).

La relación del Estado con la Economía se ha manifestado a través de tres modelos económicos: la economía planificada (en un extremo), el libre mercado (en el otro extremo) y la economía social de mercado (entre ambos). El modelo de la economía planificada¹² ve al Estado como un interventor, en tanto sólo él sabe lo que conviene al mercado y, así, por ejemplo, determina los precios de los productos. Por su parte, el modelo del libre mercado¹³ no ve al Estado (o, mejor dicho, no lo quiere ver), prescindiendo de éste y aplicando la máxima francesa originaria del siglo XVIII *laissez faire, laissez passer* (dejar hacer, dejar pasar). Finalmente, el modelo de la economía social de mercado¹⁴ sí ve al Estado, mas no como un interventor, sino como un árbitro que regula las conductas empresariales, propiciando la competencia para conseguir -al decir de Bernardo Kliksberg¹⁵- “una economía con rostro humano”.

La economía social de mercado -que nació en los años 30 del siglo pasado, entre los economistas de la Escuela de Friburgo, como Alexander Rüstow- constituye hoy en día el modelo económico más extendido entre los países en vías de desarrollo y con mayor proyección a nivel mundial. El Perú no escapa a esta situación, recogéndola en su texto constitucional cuando en el artículo 58 estipula: “La iniciativa privada es libre. **Se ejerce en una economía social de mercado.** Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura” (El resaltado es nuestro).

Desde su consagración constitucional, la economía social de mercado ha encontrado sustento en el régimen de la libre competencia, el mismo que es resultado de la interacción entre los agentes económicos quienes, en ejercicio de su libertad, establecen -de acuerdo a sus propios intereses- las reglas de juego que los regirán en adelante. Su elemento fundamental viene dado por la “libertad” de decisión de aquellos que participan en el tráfico económico, por lo que la elección tanto del productor (ofertante) como del consumidor (demandante) son inseparables y de ellas depende, en gran medida, que se logre una asignación adecuada de recursos en la economía que mejore el bienestar de la sociedad en su conjunto¹⁶.

En este orden de ideas, la competencia en los mercados se constituye en un bien jurídico de significación positiva, sustrato máximo del bienestar económico en general. En atención a esto último, radica la necesidad de su protección legal que, en nuestro país, haya asidero normativo en el artículo 61 primer párrafo de la Constitución Política del Estado donde se prescribe: “**El Estado facilita y vigila la libre competencia.** Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios” (El resaltado es nuestro).

Al decir del organismo gubernamental regulador de la libre competencia en el Perú, esto es, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad

¹² Cfr. Carr, Edward Hallet. Historia de la Rusia Soviética. Bases de una economía planificada. Madrid, Editorial Alianza, 1984.

¹³ Cfr. Villarreal, René. Hacia una nueva economía de mercado. México, Editores Castillo, 1998.

¹⁴ Cfr. Diplomado Latinoamericano en Economía Social de Mercado. Santiago de Chile, Universidad Miguel de Cervantes, 2005.

¹⁵ Cfr. Kliksberg, Bernardo. Hacia una economía con rostro humano. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2002.

¹⁶ Cfr. Resolución N° 068-96-INDECOPI-CLC, de fecha 17 de septiembre de 1996: “Fijación de sueldos mínimos para profesionales”.

Intelectual (INDECOPI), “los precios determinados competitivamente tienden a ser los correctos y la libre concurrencia en los mercados es la fuerza impulsadora de la economía”¹⁷. Queda claro, entonces, que la competencia como categoría jurídica no es un fin en sí mismo cuya protección se da *per se*, sino que su existencia se justifica en tanto y en cuanto tutela o garantiza el interés económico general. Siguiendo este razonamiento, la determinación de su infracción debe darse sin perder de vista la necesaria consecuencia negativa para el sistema económico en general, proveniente de la conducta del agente. Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, el ideal de competencia perfecta termina siendo sólo un ideal pues no existe el mercado perfecto con un elevado número de ofertantes y de demandantes, con productos homogéneos, sin barreras de entrada y/o de salida y sin intervención estatal. Al contrario, son usuales los casos en los que existen conductas disfuncionales del mercado, tales como: prácticas colusorias (verticales u horizontales), abuso de posición de dominio y falseamiento de la libre competencia por actos desleales.

De las tres figuras mencionadas, el abuso de posición de dominio ha recibido la mayor atención por parte de la doctrina. Parafraseando el artículo 86 del Tratado de Roma de la Comunidad Económica Europea y el artículo 4 de nuestra anterior Ley de eliminación de las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia¹⁸ diremos que la posición de dominio en el mercado es definida usualmente como la capacidad que posee una empresa o varias empresas para actuar de manera independiente y con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores.

Sin embargo, como bien observan María del Rosario Quiroga Glave y Miguel Rodríguez Zevallos, “las expresiones *independiente* y *prescindencia* aluden a una empresa absolutamente omnipotente en el mercado, situación extrema y, por ello, muy difícil de darse en la realidad y probarse en la práctica”¹⁹. Su explicación es la siguiente: “En relación a los competidores, para que una empresa pueda actuar con prescindencia de ellos tendría que ser monopólica. En cuanto a los compradores o clientes, para ser independiente respecto de ellos tendría que tratarse de un producto que enfrenta una demanda casi totalmente inelástica. Y, finalmente, para prescindir de sus proveedores tendría que ser un monoposonio. Es sumamente difícil que una empresa presente esas condiciones”²⁰.

Lo que debe quedar en claro es que la vigente Constitución Política del Perú no es sólo una *Constitución Política* sino también una *Constitución Económica*, sustentada en la *impronta mercantilista* propiciada por el texto constitucional español de 1978 y promovida en el Perú en los años 90 del siglo pasado por Carlos Torres y Torres Lara. Basta revisar el abanico constitucional-económico de reglas fundamentales (recogidas en el Título III, Del régimen económico; Capítulo I, Principios generales; entre los artículos 58 al 65), tales como la libertad de empresa, la subsidiariedad, la libertad de contratación y la protección al consumidor, para percatarse que la Carta Magna está premunida de diversos conceptos empresariales. Éstos exigen un amplio enfoque, por lo que mal haríamos si los atendemos desde la perspectiva exclusiva y excluyente del Derecho, prescindiendo de la Economía²¹ y el funcionamiento del propio mercado.

¹⁷ Ídem.

¹⁸ Perú. Ley de eliminación de las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia. Aprobada mediante Decreto Legislativo N° 701 publicado en el Diario Oficial El Peruano el 7 de noviembre de 1991.

¹⁹ Quiroga Glave, María del Rosario y Rodríguez Zevallos, Miguel. La concentración de empresas y la libre competencia. Lima, M.J. Bustamante de la Fuente y Cultural Cuzco Editores, agosto de 1997, p. 58.

²⁰ Ídem.

²¹ “«Un magistrado del Tribunal Constitucional que no conoce de economía es un enemigo público» comentó el Decano del Colegio de Abogados del Perú, Walter Gutiérrez Camacho, al mostrar su preocupación por la inseguridad jurídica que generan las «inconsistencias» de los fallos de ese organismo”. Cfr. “Un magistrado puede ser un enemigo público”. En: Diario Gestión. Lima, 19 de marzo del 2010, p. 6.

4. LA LIBERTAD DE EMPRESA.-

Uno de los argumentos expuestos por Cementos Lima en su demanda de amparo es la vulneración de su derecho constitucional a la libertad de empresa. En la práctica se aprecia que es usual citar la violación de aquel derecho cuando algún existe algún pleito corporativo, a propósito de la actuación de una autoridad. En tanto la libertad de empresa tiene consagración constitucional sirve para sustentar la viabilidad de una demanda de amparo, creyéndose muchas veces -de modo errado- que aquella es irrestricta y permite al titular de la empresa hacer con ésta lo que mejor le parezca, sin límite alguno.

El artículo 59 de la actual Constitución Política del Perú -ubicado sistemáticamente en el Capítulo I “Principios generales” del Título III “Del régimen económico”- estipula al inicio de su texto: “El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria”. Así consagra constitucionalmente el principio de la libertad de empresa, pilar fundamental del Derecho Constitucional Económico²², lo que se torna más visible respecto a la anterior Constitución Política del Perú (de 1979) cuando, en su artículo 131, prescribía que “el Estado reconoce la libertad de comercio e industria”.

Como tema en el que se enlazan los enfoques constitucional y empresarial, la libertad de empresa ha sido tradicionalmente obviada por el Derecho peruano en tanto no fue materia de estudio para la doctrina ni desarrollada por la legislación, mas no así ha sucedido con el tratamiento ofrecido por la jurisprudencia. En nuestra doctrina solamente Baldo Kresalja Roselló²³ se aproxima a ese enfoque mixto, pues otros trabajos resultan más restringidos al vincular la libertad de empresa con la competitividad²⁴, los derechos humanos²⁵, el servicio público²⁶, la libertad contractual²⁷ o la regulación²⁸. Por el contrario y a modo de ejemplo se aprecia que, en España, la doctrina se ha ocupado ampliamente de este tema desde una perspectiva integral²⁹. Empero, en sede peruana, merece especial atención la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional, la misma que paulatinamente ha delineado -en general, correctamente- los contornos y alcances del principio de la libertad de empresa.

²² Nos permitimos entonces discrepar de Ricardo Beaumont Callirgos, quien alude como principios económicos rectores sólo a la libertad en la iniciativa privada, la igualdad en la actuación del Estado, el trato semejante en la inversión y la responsabilidad social de la empresa. Cfr. “Las directivas de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la aplicación de las normas de Derecho Privado con especial énfasis en la economía social de mercado”. En: Revista Diálogo con la Jurisprudencia. Lima, Grupo Empresarial Gaceta Jurídica, julio del 2009, Año 15, N° 130, ps. 67 a 71.

²³ Kresalja Roselló, Baldo. “La libertad de empresa: fundamento del sistema económico constitucionalizado”. En: Libro Homenaje a Jorge Avendaño. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, ps. 473 a 576. Anteriormente este autor había expuesto ideas relativas al tema en “Ejercicio sobre lo que se debería mantener, suprimir y perfeccionar en el régimen económico constitucional”. En: La tareas de la transición democrática. Lima, Comisión Andina de Juristas, 2001, ps. 131 a 181.

²⁴ Cfr. Bustamante y Bustamante, Alfonso. “La libertad de empresa está permitiendo mayor eficiencia y competitividad”. En: Revista Industria Peruana. Lima, s/e, mayo de 1993, N° 664, ps. 8 a 11.

²⁵ Cfr. Abad Yupanqui, Samuel. “La televisión en debate: derechos humanos y libertad de empresa”. En: Revista Ius et Veritas. Lima, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, junio del 2003, Año 13, N° 26, ps. 100 a 107.

²⁶ Cfr. Lazarte Molina, Jorge. Libertad de empresa y servicio público: el concepto de servicio público en el Perú. Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2005.

²⁷ Cfr. Avendaño Valdez, Jorge. “La libertad de empresa y la libertad contractual en la Constitución peruana”. En: Revista Advocatus. Lima, Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, agosto del 2007, N° 16, ps. 178 a 180.

²⁸ Cfr. Súmar Albújar, Oscar. “Derecho Empresarial y Constitución: límites constitucionales a la libertad de empresa y a su regulación (un análisis de casos)”. En Revista Thémis. Lima, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008, Época 2, N° 55, ps. 265 a 281.

²⁹ Por todos cfr. Ariño Ortiz, Gaspar. Principios constitucionales de la libertad de empresa. Madrid, Editorial Marcial Pons, 1995.

Esto último cobra mayor importancia porque en el Perú se ha malinterpretado la libertad de empresa, creyéndose que por ser una “libertad” carece de límites y, por ende, es irrestricta, de manera tal que, en aras de aquella libertad de empresa, el empresario podría hacer con su empresa lo que quisiera, al extremo que si una autoridad intentase limitarla se le consideraría un atentado a su derecho constitucional que merecería cautelarse vía una acción de amparo. Nada más alejado de la realidad desde que la mencionada libertad de empresa, al ser precisamente una “libertad”, presenta límites, ya que sólo así se asegura la libertad de todos (los derechos de uno acaban donde comienzan los derechos de los demás); lo contrario no califica como libertad sino como libertinaje, resultando que el Derecho ampara lo primero, mas no lo segundo. Por lo demás, las restricciones a la libertad de empresa se aprecian en el propio artículo 59 de la Constitución Política del Perú cuando acota: “El ejercicio de estas libertades [léase: de trabajo y de empresa, comercio e industria] no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas”. Además de los límites existen también los condicionamientos, los que actúan como presupuestos para el ejercicio de la mencionada libertad de empresa.

Dentro de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional concerniente al principio de la libertad de empresa una resolución que sirve de punto de partida es la sentencia de fecha 11 de noviembre del 2003, recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC, en la cual se conceptúa la libertad de empresa, la libertad de comercio y la libertad de industria en los siguientes términos:

La libertad de empresa “se define 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”. Más adelante añade: “Consecuentemente, dicha libertad debe ser ejercida con sujeción a la ley, siendo sus limitaciones básicas aquellas que se 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 [Política del Perú] reconoce”. Debemos entender que la libertad de empresa se refiere precisamente a la facultad de realizar actividad empresarial (concepto marco, sustento del moderno Derecho Empresarial), sabiendo que ésta supone la organización de diversos elementos heterogéneos (como capital, materia prima, trabajadores, intangibles, etc.) para la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios. Bajo este orden de ideas existe la libertad de organizar un concierto pero éste debe atender a las medidas de seguridad para los espectadores.

Por su parte, la libertad de comercio es “la facultad de elegir la organización y llevar a cabo una actividad ligada al intercambio de mercaderías o servicios para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. Debe ejercerse con sujeción a la ley”. Luego agrega: “Tal libertad supone el atributo de poder participar en el tráfico de bienes lícitos, así como dedicarse a la prestación de servicios al público no sujetos a dependencia o que impliquen el ejercicio de una profesión liberal”. La libertad de comercio alude a la facultad de realizar actividad comercial (concepto restringido respecto al anterior, sustento del tradicional Derecho Comercial) que se vincula sólo a la comercialización (de bienes o servicios). Así, existe la libertad de comercializar bebidas alcohólicas pero éstas no pueden venderse a menores de edad.

Finalmente, la libertad de industria “es la facultad de elegir y obrar, según propia determinación, en el ámbito de la actividad económica cuyo objeto es la realización de un

conjunto de operaciones para la obtención y/o transformación de uno o varios productos”. La libertad de industria apunta a la facultad de realizar actividad industrial (concepto también restringido) que se refiere sólo a la producción (de bienes). En este sentido existe la libertad de producir medicinas pero éstas deben respetar los estándares dispuestos por la autoridad sanitaria.

Otro importante precedente jurisprudencial se aprecia en la Sentencia de fecha 11 de julio del 2005, recaída en el Expediente N° 3330-2004-AA/TC, donde se abordan prolijamente los límites del derecho a la libertad de empresa, señalando que “el ejercicio del derecho a la libertad de empresa... ha de hacerse con sujeción a la ley y, por ello, dentro de las limitaciones básicas que se deriven de la seguridad, la higiene, la salud, la moralidad o la preservación del medio ambiente”. Respecto a la moral pública sostiene que “la existencia de este límite a la libertad de empresa... se puede encontrar cuando los vecinos expresan una preocupación latente y directa sobre el respeto de la moral en la discoteca”. En cuanto a la salud pública advierte que “de un lado, se analizará la salud física de los concurrentes a la discoteca y, de otro, se observará la salud psicopatológica de los vecinos que puede verse afectada por la contaminación acústica”. Por último, en torno a la seguridad pública aduce que “cualquier local que quiera atender al público debe estar sustentado en las medidas de seguridad razonables para la protección de su vida e integridad, más aún en un país que ya ha tenido víctimas en su haber por no tomar las medidas necesarias dentro de los locales, especialmente dentro de las discotecas”. Tanto la moral pública como la salud pública y la seguridad pública podrían sintetizarse en el concepto de “orden público”, límite natural a la autonomía de la voluntad y que en su interacción con ésta posibilita la convivencia social. Así arriba entonces a la siguiente conclusión: “Tras haber analizado el derecho a la libertad de empresa del demandante es preciso advertir que él no es, en modo alguno, absoluto; muy por el contrario, ejercerlo supone el respeto de principios, valores y otros derechos que la Constitución ha consagrado. En ese sentido, es correcto afirmar que la economía social de mercado, que es el fundamento de la libertad de empresa, es también su límite, en tanto que es el marco en el que ella se reconoce”. No existen derechos absolutos, ni siquiera los que califican como personalísimos, por lo que se equivocan quienes defienden el carácter irrestricto del derecho a la libertad de empresa, más todavía cuando nos asentamos en el modelo de la economía social de mercado.

También tenemos la Sentencia de fecha 9 de noviembre del 2007, recaída en el Expediente N° 3048-2007-PA/TC, en la que se manifiesta que “la protección del medio ambiente tiene... una doble dimensión: por un lado, constituye un principio que irradia todo el orden jurídico puesto que es obligación del Estado proteger los recursos naturales de la Nación y, por otro, aparece como el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de su vida en condiciones dignas”. Se trata pues de un derecho-deber: es un derecho (exigido por uno y cumplido por todos) y, a la vez, es un deber (cumplido por uno y exigido por todos). Habrá entonces que sopesar el interés individual (la libertad de empresa) con el interés colectivo (la protección del medio ambiente), llegándose a la conclusión que no tienen que ser excluyentes, sino relacionados de modo que el primero se vea limitado (o, de ser el caso, condicionado) por el segundo.

Cabe mencionar la Sentencia de fecha 16 de noviembre del 2007, recaída en el Expediente N° 1972-2007-AA/TC, la cual Distingue la libertad de trabajo y la libertad de empresa que, aunque se acogen en el mismo artículo 59 de la Constitución Política del Perú, no deben confundirse. Así indica que “la libertad de trabajo es el derecho que tiene toda persona de elegir en qué desempeñarse y bajo qué condiciones desea hacerlo, máxime tratándose en este caso del ejercicio de la profesión médica que realiza el recurrente previa colegiación”,

mientras que “la libertad de empresa... es el ejercicio de actividades múltiples que por derecho le corresponde a toda persona natural o jurídica, pero sometida a determinados requisitos, impuestos por ley en forma tal que cualquier empresa cuando desea desempeñar alguna actividad empresarial debe de cumplir con los requisitos exigidos legalmente en razones de interés social, lo que no constituye propiamente delimitación de derechos sino más bien condicionamientos necesarios para que se ejercite dicho derecho sin posibilidades de agraviar a los eventuales destinatarios de los servicios que tal ejercicio ofrece”. Es correcto diferenciar ambos derechos; no obstante, discrepamos que se deje asentado sólo para la libertad de empresa que ésta se encuentra sometida a ciertos requisitos, como si la libertad de trabajo no lo estuviera, acaso olvidándose de la colegiación obligatoria para ciertos profesionales (como los médicos) -aludida en el propio texto citado- y que es concordante con lo prescrito en el artículo 20 de la Constitución Política del Perú: “La ley señala los casos en que la colegiación es obligatoria”³⁰. Apoyamos cuando el Tribunal Constitucional reconoce que los requisitos legales impuestos para el ejercicio de la libertad de empresa no califican como “delimitación de derechos” (ex post de la actuación del agente) sino como “condicionamientos necesarios” (ex ante de la actuación del agente); sin embargo, habrá que dejar en claro que la libertad de empresa está sometida tanto a condicionamientos necesarios (por ejemplo: la inscripción registral de la constitución de una sociedad anónima) como a delimitaciones (verbigracia: no atentar contra la seguridad pública).

En suma, el principio constitucional económico de la libertad de empresa ha sido atendido en el Perú por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la cual ha dejado en claro a través de sendos pronunciamientos que, por un lado, puede tener condicionamientos (como ocurre en la mayoría de supuestos, en referencia a los requisitos legales) y, por otro, tiene límites (en tanto la autonomía de la voluntad, sustentada en el interés individual, no es irrestricta al tener como frontera el orden público, sustentada en el interés colectivo). Parfraseando un antiguo aforismo jurídico diremos *libertas est potestas faciendi id quod iure licet* (libertad es la facultad de hacer lo que es permitido por la ley) y la libertad de empresa no escapa a ese tradicional criterio jurídico por más que se refiera a la empresa que es una institución de apogeo contemporáneo.

5. LAS FACULTADES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA ARANCELARIA.-

A propósito del caso *sub-examine*, la prensa difundió la opinión del vicepresidente del Tribunal Constitucional Carlos Mesía en los siguientes términos: “«El Tribunal Constitucional puede intervenir en la política económica porque tiene una doctrina que señala que no hay zonas exentas de control», afirmó el vicepresidente del TC, Carlos Mesía, al argumentar que la economía está sujeta a los marcos de la Constitución. En la Constitución se contempla un capítulo dedicado al ámbito económico y eso, agregó Mesía, «es justamente una prueba de que el llamado a controlar la constitucionalidad, es decir, el Tribunal Constitucional, puede intervenir (en el mercado) para salvar inequidades o arbitrariedades». Más aún, Carlos Mesía consideró que el concepto de economía social de mercado, establecido en la Constitución, es difuso, gaseoso y equívoco”³¹.

³⁰ Actualmente la colegiación es obligatoria en el Perú para los contadores, los ingenieros, los arquitectos, los abogados, los economistas, las obstetras y los médicos, entre otros. Cfr. Echaiz Moreno, Daniel. “La intervención administrativa del Estado en la actividad de comercio interior”. En: Revista RAE Jurisprudencia. Lima, Ediciones Caballero Bustamante, diciembre del 2008, Año 1, Tomo 6, ps. 326 a 328.

³¹ “Tribunal Constitucional sostiene que puede intervenir en política económica”. En: Diario Gestión. Lima, 19 de marzo del 2010, p. 6.

Bajo el argumento-paraguas que “no hay zonas exentas de control constitucional”, el Tribunal Constitucional pretende inmiscuirse -sin freno alguno- hasta en cuestiones de política económica, no como regulador (rol que le corresponde), sino como interventor (rol que no le corresponde). En un modelo de economía social de mercado, que es el actualmente contemplado en nuestra Carta Magna, el Estado fija las reglas de juego (procurando la transparencia en la información, promoviendo la competencia leal, prohibiendo la publicidad engañosa, etc.), siendo entonces un árbitro del mercado, pero no interviene fijando precios (como sucedió en nuestro país a mediados de los años 80 del siglo pasado) o restableciendo aranceles, más aún cuando esto escapa a su competencia. Empero la razón de tal despropósito puede avizorarse en las propias declaraciones del magistrado anteriormente citado cuando sostiene que la economía social de mercado es un concepto equívoco. Equívoco o no, ésa es su opinión personal (y quizás también la de otros magistrados) pero es el modelo adoptado por la Constitución Política del Perú cuando en su artículo 58 estipula: “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado...”. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional debe actuar en ese escenario porque, quiera o no, es el primer llamado a cumplir y hacer cumplir los mandatos constitucionales³².

No compliquemos los asuntos que están clarísimos. El artículo 201 de nuestra Carta Magna es contundente cuando indica *ab-initio*: “El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución”. Esto supone respetar escrupulosamente lo dispuesto en la Constitución Política del Perú y precisamente aquí reposa el artículo 118 inciso 20, según el cual corresponde al Presidente de la República “regular las tarifas arancelarias”³³, así como el artículo 74 en cuyo primer párrafo se dispone que los aranceles “se regulan mediante Decreto Supremo”³⁴. Por lo tanto, la regulación de las tarifas arancelarias es una potestad -exclusiva y excluyente- del Poder Ejecutivo³⁵ y es en ese sentido que se dictó el Decreto Supremo N° 158-2007-EF, cuyo artículo 2 anota en su segundo párrafo: “La tasa del

³² En la propia resolución aclaratoria, el Tribunal Constitucional expresa en el segundo párrafo del fundamento 5: “Leva razón el procurador al sostener que, de conformidad con el inciso 20 del artículo 118 de la Constitución, la regulación de las tarifas arancelarias es una competencia que ha sido reservada al Presidente de la República. Una verdad tan evidente como ésa no podría ser cuestionada en modo alguno por el Tribunal Constitucional, so pena de incurrir en una flagrante violación de la Norma Fundamental” (el subrayado es nuestro).

³³ “«El Tribunal Constitucional no ha sido elegido para gobernar» señaló esta mañana la Ministra de Economía y Finanzas, Mercedes Araoz. Ello a la luz de la sentencia del Tribunal Constitucional que dispuso restablecer el arancel del 12% para el cemento importado. Antes, el Ministerio de Economía y Finanzas había suprimido dicho arancel a raíz del alza en los precios internacionales de este material. Araoz calificó de «excesivo» el fallo, al que consideró una clara intromisión en la política económica nacional, según declaró en TV Perú. «Es un exceso de sus atribuciones, mañana (el Tribunal Constitucional) va a definir la tasa de interés, el tipo de cambio...». Cfr. “Ministra Araoz señala que no es potestad del Tribunal Constitucional el gobernar”. En: Diario El Comercio. Lima, 12 de marzo del 2010, <http://elcomercio.pe/noticia/446094/ministra-araoz-senala-que-no-potestad-tribunal-constitucional-gobernar>

³⁴ “Al igual que Mercedes Araoz, el Ministro de Justicia Víctor García Toma precisó que el órgano constitucional no tiene competencia en materias arancelarias. (...). El Ministro de Justicia Víctor García Toma mostró su discrepancia con el fallo del Tribunal Constitucional, pues el artículo 74 de la Constitución ampara el derecho del Ejecutivo sobre materias arancelarias, señaló. «El Tribunal Constitucional sólo tiene intervención residual si en el Decreto Supremo hay vicio formal por no haber sido aprobado por la Presidencia del Consejo de Ministros o si no se publica en El Peruano. Este fallo constituye un acto invasivo en las competencias que corresponden al Poder Ejecutivo» dijo anoche en La Hora N”. Cfr. “Nuevo Ministro de Justicia discrepó del Tribunal Constitucional sobre el fallo del arancel al cemento”. En: Diario El Comercio. Lima, 19 de marzo del 2010, <http://elcomercio.pe/noticia/449154/nuevo-ministro-justicia-discrepo-tc-sobre-fallo-arancel-al-cemento>

³⁵ “Una posición similar sostuvo el abogado Aníbal Quiroga: «El Tribunal Constitucional le está diciendo al Ejecutivo que no puede quitar aranceles. Está regulando el mercado con una posición que le parece favorable». En el mundo existen algunas corrientes de opinión, según Quiroga, que defienden la labor protagónica del Tribunal Constitucional. Ellos opinan que el Tribunal Constitucional puede legislar o entrar a temas administrativos. «Yo tengo una visión más conservadora y creo que el Tribunal Constitucional debe tener un rol más pasivo. Yo no creo que la política arancelaria esté en sus funciones», recalca”. Cfr. “Cuestionan fallo que restituye arancel al cemento importado”. En: Diario El Comercio. Lima, 13 de marzo del 2010, <http://elcomercio.pe/noticia/446396/cuestionan-fallo-que-restituye-arancel-al-cemento-importado>

derecho arancelario *ad valorem* CIF aplicable a estas subpartidas nacionales será de 0%”. Pretender hacer creer que esta reducción arancelaria elimina un freno que existía para la inversión extranjera es olvidar que el artículo 63 de la misma Constitución Política del Perú empieza con el siguiente texto: “La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones”. Para mayor abundamiento, si existiesen tratamientos discriminatorios en el país de origen que les favorezcan a los extranjeros cuando ingresen al Perú para eso existen los derechos *antidumping*, que serán aplicados por la autoridad competente, esta es la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI)³⁶ y no el Tribunal Constitucional, dentro del marco de la normatividad vigente: básicamente, las Normas para evitar y corregir las distorsiones de la competencia en el mercado generadas por el *dumping* y los subsidios, aprobadas mediante Decreto Supremo N° 133-91-EF, entre otras.

Ante las controversias causadas por los fallos del Tribunal Constitucional³⁷, éste procura aminorar la tensión sosteniendo que, antes de resolver, requerirá la opinión del Ministerio de Economía y Finanzas: “Como suman unos mil los procesos de implicancia económica que el Tribunal Constitucional debe resolver, la coordinación entre éste y el Ministerio de Economía y Finanzas será muy frecuente. Será así en adelante, pues el Presidente del Tribunal Constitucional, Juan Vergara, le prometió el martes a la titular del Ministerio de Economía y Finanzas, Mercedes Araoz, que previo a emitir una sentencia, le pedirá la opinión a este sector para evitar repercusiones económicas dañinas. «Ahora se abre una nueva etapa para que el Tribunal Constitucional no dicte veredictos que puedan repercutir de un modo económico, sin que eso signifique abdicar en nuestras atribuciones» reveló el Vicepresidente del Tribunal Constitucional, Carlos Mesía”³⁸. Empero, no se trata de cumplir un mero formalismo de consulta, previa a la expedición de una sentencia, sino a respetar en primerísima instancia el texto constitucional, así como el restante ordenamiento jurídico nacional, ejerciendo las facultades que le competen y no excediéndose en ellas. Si ello se consigue con la previa opinión del Ministerio de Economía y Finanzas pues en buena hora, pero lo cierto es que, con opinión o sin ella, el Tribunal Constitucional debe actuar correctamente.

6. EL ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE LA SENTENCIA DE FONDO Y LA RESOLUCIÓN ACLARATORIA, AMBAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.-

No bastando con la controversia generada por la sentencia de fondo del Tribunal Constitucional de fecha 10 de agosto del 2009, éste emite una resolución aclaratoria con fecha 22 de marzo del 2010, con la cual, más que aclarar, desarrolla nuevos fundamentos -a veces, contradictorios con los fundamentos originales- para sustentar su primigenio fallo. A continuación nos pronunciaremos en torno a cuatro cuestiones específicas.

³⁶ “El procedimiento de investigación por prácticas de *dumping* (o procedimiento *antidumping*) es un procedimiento administrativo a través del cual se determina si existen importaciones de mercancías en condiciones de discriminación de precios que causen daño, amenaza de daño o retraso a una rama de producción nacional en un periodo determinado. Si este es el caso, el procedimiento concluye con la aplicación de un derecho *antidumping*”. Cfr. “Procedimiento por prácticas de *dumping* o subvenciones”. En: Portal del INDECOPI. Lima, http://www.indecopi.gob.pe/0/modulos/JER/JER_Interna.aspx?ARE=0&PFL=5&JER=780

³⁷ Sin retroceder demasiado en el tiempo, basta recordar el caso CODISA (Expediente N° 05311-2007-PA/TC, Sentencia de fecha 5 de octubre del 2009, cfr. el texto completo en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/05311-2007-AA.html>), donde el Tribunal Constitucional falló ordenando la iniciación de un nuevo procedimiento arbitral, habiendo analizado cuestiones de fondo a propósito de un laudo arbitral, cuando ello no le corresponde.

³⁸ Cfr. “Antes de dictar sentencia Tribunal Constitucional consultará al Ministerio de Economía y Finanzas por el impacto económico”. En: Diario Gestión. Lima, 31 de marzo del 2010, p. 12.

En primer lugar tenemos que, en la sentencia de fondo, el Tribunal Constitucional señala en su fundamento 23 que “la finalidad constitucional de los aranceles en una economía social de mercado... [es] favorecer la producción nacional del cemento, proteger la industria nacional del cemento, promover la inversión nacional o incentivar la competitividad de los productos nacionales” (el subrayado es nuestro). En este fundamento es obvio que el Tribunal Constitucional se refirió a que el cuestionado artículo 2 del Decreto Supremo N° 158-2007-EF afectaba la producción, la industria y la inversión nacionales realizadas por peruanos, puesto que líneas más abajo, en la última parte del primer párrafo del fundamento 24, distingue a la inversión e industria nacional de la extranjera. Con lo anterior, el Tribunal Constitucional estaba realizando una diferencia de trato a la inversión nacional y a la extranjera, y con ello una discriminación a la inversión extranjera, lo cual está prohibido por el artículo 63 de la Constitución Política del Perú, cuando estipula: “La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones”.

Frente a esta situación, en el segundo párrafo del fundamento 8 y en el punto 3 del decisorio de la resolución aclaratoria, el Tribunal Constitucional sostiene que “cuando el Tribunal en determinados pasajes de la sentencia hace alusión a la *producción nacional*, a la *industria nacional* o a la *inversión nacional*, no se refiere a la producción, a la industria o a la inversión generadas por peruanos (diferenciándola de la que pueda haber sido generada por extranjeros), sino a la producción, industria o inversión que se realiza en territorio peruano, con prescindencia de si tiene como promotores a ciudadanos peruanos o extranjeros”. Con esta aclaración el Tribunal Constitucional corrige su error de haber deslizado en dichas frases la idea de que el Estado debe dar un trato preferencial a la producción, la industria y la inversión nacionales, cuando por mandato constitucional recogido en el artículo 63 ello no está permitido.

En segundo lugar, en la sentencia de fondo señala el Tribunal Constitucional en el mismo fundamento 23 que favorecer la producción nacional del cemento, proteger la industria nacional del cemento, promover la inversión nacional o incentivar la competitividad de productos nacionales es “la finalidad constitucional de los aranceles en una economía social de mercado” (el subrayado es nuestro). Sin embargo, en el fundamento 9 de la resolución aclaratoria el Tribunal Constitucional prescribe que “dicho fundamento no es constitucional sino conceptual” (el subrayado es nuestro). En efecto, fue un error sostener que la finalidad era constitucional, puesto que ella no se desprende de la Constitución Política del Perú, sino de la doctrina.

En tercer lugar, en la sentencia de fondo el Tribunal Constitucional concluyó en su fundamento 11 que la reducción de los aranceles del 12% al 0% “no afecta ninguna de las cuatro libertades que forman parte del contenido esencial del derecho a la libertad de empresa” (el subrayado es nuestro). No obstante puede leerse en el primer párrafo del fundamento 10 de la resolución aclaratoria que para el Tribunal Constitucional la mencionada reducción de los aranceles “puede perjudicar sensiblemente a determinadas empresas en términos de ingresos y generación de empleo, afectándose, en cierta medida, la libertad de empresa y la libertad de trabajo, reconocidas en el artículo 59 de la Constitución [Política del Perú]” (el subrayado es nuestro). Resulta notoria la contradicción del Tribunal Constitucional que dista de ser una mera aclaración.

En cuarto lugar, en el segundo párrafo del fundamento 21 de la sentencia de fondo el Tribunal Constitucional reconoce que “desde un punto de vista de eficiencia económica, la reducción de aranceles promueve mejoras en la competencia internacional de los productos

producidos en el país y en la productividad de las empresas, así como permite una mayor satisfacción del consumidor. Lo contrario, elevar aranceles, separa a las economías de la competencia internacional, beneficiando sólo a algunos sectores y grupos en términos de ingresos y empleo, a costa de la eficiencia en la asignación de recursos productivos”; sin embargo, falla a favor de los intereses de Cementos Lima. En el tercer párrafo del fundamento 10 de la resolución aclaratoria, el Tribunal Constitucional añade: “Incluso parecer resultar claro que los bienes constitucionales protegidos con la reducción de los aranceles son de un valor abstracto superior a los que resultan perjudicados, pero ello no enerva la necesidad de mantener el equilibrio entre ellos, de forma tal que toda decisión adoptada sobre el particular se lleve a cabo de una manera ponderada” (el subrayado es nuestro). A pesar de referir el valor abstracto superior de la reducción de los aranceles, el Tribunal Constitucional restablece la tasa del 12%.

7. LA AUTORÍA DE LOS ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.-

Para concluir con nuestro análisis no podemos soslayar la particularidad descubierta por la prensa nacional en la sentencia de fondo del Tribunal Constitucional, en el sentido que habría *asombrosa similitud* con un fallo colombiano³⁹. De ello también se ocupa la resolución aclaratoria cuando dice en su fundamento 12: “... ante las recientes versiones que indican que en el Fundamento Jurídico N° 20 de la STC 3116-2009-PA se habría incurrido en un supuesto plagio de un criterio esbozado por la Corte Constitucional Colombiana en uno de los párrafos del Fundamento Jurídico N° 4.2 de la sentencia N° C-798/2004, corresponde señalar lo siguiente: (...) el Tribunal Constitucional aprecia que en los Fundamentos Jurídicos N° 13 y N° 20 de la aludida sentencia se ha omitido hacer referencia a las fuentes jurisprudenciales de las que han sido extraídos los criterios adoptados. (...)” (el subrayado es nuestro).

Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, plagiar es “copiar en lo sustancial obras ajenas, dándolas como propias”⁴⁰, sin importar si ello se realizó voluntaria o involuntariamente. Ante tal meridiana claridad, nos relevamos de mayores comentarios. Somos de la opinión que la honestidad o no de la producción literaria tiene que juzgarse éticamente, siendo este juicio de valor más importante que cualquier otro cuestionamiento. Lamentablemente no hay que asombrarse demasiado en un país en el que las propias autoridades universitarias señalan que la omisión de las fuentes responde, muchas veces, a razones de economía⁴¹ (¿?).

Lima, 21 de abril del 2010.

³⁹ “La sentencia relativa al impuesto sobre las importaciones de dicho material [refiriéndose al cemento], según denunció el programa La Hora N, contendría textos de un fallo similar y anterior de la Corte Constitucional de Colombia. De hecho se trata del párrafo medular de la sentencia, el mismo que habría sido plagiado, según el referido espacio. En todo caso, el fallo colombiano se refiere a otra realidad constitucional, no a la peruana”. Cfr. “Denuncian que Tribunal Constitucional habría plagiado fallo colombiano en sentencia sobre aranceles del cemento”. En: Diario El Comercio. Lima, 19 de marzo del 2010, <http://elcomercio.pe/noticia/449138/denuncian-que-tc-habria-plagiado-fallo-colombiano-sentencia-sobre-aranceles-cemento>

⁴⁰ Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Madrid, 2002, vigésima segunda edición, voz “plagiar”, http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=plagio

⁴¹ Cfr. “Universidad Católica denuncia nefasto precedente contra la actividad académica”. En: Portal de Noticias de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 18 de abril del 2010, http://www.pucp.edu.pe/puntoedu/index.php?option=com_content&task=view&id=2896