

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

PROCESO DE AMPARO

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 límine, la demanda de autos.

ANTECEDENTES

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 del Decreto Supremo N° 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° 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 (<clinker>) 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 límine, 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 5 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 límine 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 límine la demanda sino admitirla a trámite con el objeto de examinar, entre otros aspectos, si el artículo 2 del Decreto Supremo N° 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 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 (<clinker>) 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 2 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 60 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 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.

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 Exp. 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 Exp. 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 (<clinker>) 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 (<clinker>) 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 (<clinker>) 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 (<clinker>) 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 (<clinker>) 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 (<clinker>) 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 (<clinker>) 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 respeta a las sub-partidas nacionales 2523 10 00 00 cemento sin pulverizar (<clinker>) 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 (<clinker>) 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

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 (<clinker>) 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 sub partidas 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 más 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 trámite 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 trámite la demanda para que este Colegiado tenga la posibilidad de tener conocimiento como última 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 trámite 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 trámite la demanda de amparo para dilucidar la controversia en su oportunidad.

SS.

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 insoluble 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° 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° 017-2007-EF, modificadas por los Decretos Supremos N° 091-2007-EF y N° 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 2]. 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 81 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.

S.

LANDA ARROYO

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 CIF¹ (coste, seguro y flete), para las sub-partidas nacionales 2523 10 00 00 cemento sin pulverizar (<clinker>) 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 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" (<clinker>) 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 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 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 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 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 Exp. 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 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, los 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 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 (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 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 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 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 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 sobre regulada a una economía privatizada de mercado libre y abierto a la competencia internacional en un nuevo mundo globalizado. (Economía y Constitución, Valadés 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 expuesta, mi voto es por declarar **INFUNDADA** la demanda.

Sr.

CALLE HAYEN