

TC exonera de impuestos retroactivamente a la Empresa de Transportes Flores: Cuando la falta de motivación deviene en arbitrariedad

Juan Carlos Ruiz Molleda
Consortio Justicia Viva

Una de las cosas que caracteriza a las sentencias del Tribunal Constitucional (TC) es el esfuerzo de este colegiado y del equipo de asesores por motivar y fundamentar adecuadamente sus sentencias. Podemos discrepar de algunas de ellas, pero no podemos negar que el TC hace un esfuerzo por argumentar jurídicamente el sentido sus fallos. Sin embargo, ya son varias las sentencias donde esto no ocurre¹. La sentencia que comentaremos es una de ellas.

El Tribunal Constitucional acaba de expedir una sentencia donde exonera del pago de impuestos a una empresa de transportes terrestres. Se trata de la resolución recaída en el exp. N° 02210-2007-AA/TC expedida el 21 de octubre pasado. Dicha resolución ha recaído en el marco de un proceso de amparo interpuesto por la Empresa de Transportes Terrestres Flores Hermanos SRL, cuestionando la presunta discriminación en que el gobierno estaría incurriendo, al haber exonerado del pago de impuestos solo a las empresas de transportes aéreo y marítimo, y no a las empresas de transportes terrestres. Se trata de una sentencia extraña, pues existen tres votos singulares que hacen sentencia de mayoría (expedidos de los magistrados Vergara Gotelli, Álvarez Miranda y Eto Cruz), que la declaran fundada y un voto singular suscrito por los magistrados Landa Arroyo y Beaumont Callirgos, que se pronuncian porque se declare infundada.

En ejercicio de nuestro derecho fundamental a formular críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, contenido en el artículo 139 inciso 20 de la Constitución, analizaremos esta sentencia, no solo por los serios problemas de motivación que contiene, sino porque permite reflejar y retratar entre líneas como están las cosas por dentro del TC en estos momentos.

1. Antecedentes

Los antecedentes de este amparo se remontan a diciembre del año 2001, cuando mediante Ley N° 27612, el gobierno derogó la Ley N.º 27502, que establecía facilidades para la importación de vehículos nuevos destinados a la prestación de servicios públicos de transporte terrestre de pasajeros, la cual había sido aprobada en julio del mismo año 2001. Cuatro años después, en el año 2005, el gobierno, expidió, primero la ley de promoción de los servicios de transporte aéreo (Ley N° 28525), y luego la ley de reactivación y promoción de la marina mercante nacional (Ley N° 28583). Mediante ellas, se reconocen beneficios tributarios para el sector empresarial aéreo y marítimo.

¹ Ver por ejemplo las sentencias recaídas en los casos Tudela, Wolfenson, Jalilie, Fonavi, Ne bis in idem, etc.

Ante esta situación, la Empresa de Transportes Flores SRL, cuestiona la derogación de la Ley N° 27502, mediante la Ley N.º 27612, de 28 de diciembre de 2001, que establecía facilidades para la importación de vehículos nuevos destinados a la prestación de servicios públicos de transporte terrestre de pasajeros. Sin embargo, con ello lo que se hace es también cuestionar el dictado de la ley de promoción de los servicios de transporte aéreo (Ley N° 28525) y de la ley de reactivación y promoción de la marina mercante nacional (Ley N° 28583), pues estima que es objeto de discriminación el transporte terrestre.

Los diferentes votos singulares que sustentan la sentencia estimatoria, señalan que existe un trato discriminatorio de las empresas terrestres en relación con las empresas aéreas y marítimas, que el Estado puede orientar y hasta intervenir en la economía en función de un principio de supletoriedad. Sin embargo, el argumento más recurrente es que la no exoneración de impuestos "puede" afectar la calidad del servicio de transportes, "pudiendo" poner en peligro la integridad física de los usuarios y sus derechos como consumidores.

Por su parte, el voto singular de los congresistas Landa Arroyo y Beaumont Callirgos, sostiene que el transporte terrestre no puede ser homologable al transporte aéreo y marítimo, pues estos últimos tienen un conjunto de características distintivas que exigen un tratamiento y una regulación diferenciada, razón por la cual no estaríamos ante un trato discriminatorio sino ante un trato diferenciado, sustentado en diferencias objetivas y razonables. Asimismo, este voto cuestiona que la exoneración de impuestos realizada por el TC sea de forma retroactiva, y no le falta razón. La razón, es que antes de la fecha de expedición de las normas que exoneran de impuestos al transporte aéreo y marítimo expedidas en el año 2005, no había "supuestamente" trato discriminatorio, pues antes de este año ninguna empresa tenía exoneración tributaria, mal entonces podría hablarse de trato presuntamente discriminatorio.

En el peor de los casos señalan, debió de exonerarse del pago de impuestos solo a los carros que se compró en el 2005, pues es en el 2005 que se exonera de impuestos al transporte aéreo y marítimo, aceptando que el transporte terrestre sea homologable al aéreo y marítimo. Sin embargo, lo que resulta cuestionable, es que se pueda exonerar desde el 2001 al 2005, pues en dicho periodo no había discriminación.

Por ultimo, señalan que la decisión del gobierno de exonerar de impuestos al transporte aéreo y marítimo, y no al terrestre, no obedece a un acto arbitrario, sino que es expresión y ejercicio de la potestad tributaria del Estado, una de cuyas manifestaciones es la facultad de realizar exoneraciones de impuestos con base en razones fundamentalmente políticas, de conformidad con el artículo 74 de la Constitución.

2. No existe sentencia de mayoría

Pese a que el voto de Eto Cruz hace referencia en su fundamento 11 a un "*proyecto de mayoría*", la realidad es que no existe una sentencia o un fallo de mayoría. En su lugar existen tres votos que en conjunto hacen el voto de la mayoría: "*Sin ánimo de polemizar con mis colegas, pero si (sic) con la finalidad de poner de manifiesto,*

el porque (sic) me distancio de la propuesta por ellos asumida, analizaré muy brevemente algunas de las premisas argumentativas del proyecto en mayoría y los aspectos que por principio, encuentro opinables”.

A pesar que la propia sentencia -según razón de relatoría- explica que estos tres votos hacen sentencia de mayoría, resulta contradictoria y en consecuencia confusa esta resolución, pues en realidad estamos ante 3 sentencias distintas, frente a 3 argumentaciones no siempre concurrentes, sino en algunos extremos distintas y contradictorias. En nuestra opinión, esta práctica, que esperemos no sienta precedente, no es conveniente, pues afecta la seguridad jurídica y la cosa juzgada, fundamentalmente porque no queda claro cuál es el argumento central, cuál es la *ratio decidendi* vinculante.

3. No se ha utilizado el “ test de igualdad” desarrollado por el propio TC

Una segunda crítica que se debe hacer a los tres votos que hacen la sentencia de mayoría es que, pese a que ellos mismos reconocen de varias maneras que estamos ante un caso de trato discriminatorio, no recurren a la técnica idónea para analizar y resolver este tipo de casos.

Como sabemos, el test de igualdad, no es una exquisitez académica, se trata de un instrumento, de una herramienta que permite verificar de manera objetiva si una «diferenciación» es válida o si se constituye en una «discriminación»². El único lugar donde se recurre a esta técnica es, lamentablemente, en el voto singular de Landa Arroyo y Beaumont Callirgos. Se esboza de alguna manera en el voto de Eto Cruz, pero en nuestra opinión de manera poco consistente. Lo extraño de todo es que los tres votos singulares que declaran fundada la demanda, no obstante que no utilizan esta técnica, luego señalan que estamos ante un discriminatorio.

4. El trato distinto entre el transporte terrestre del una lado y el transportes aéreo y marítimo de otro se sustenta en motivos objetivos y razonables.

El punto aquí a dilucidar es determinar si el término de comparación -el transporte aéreo y marítimo exonerados de impuestos- es sustancialmente igual a la situación excluida, el transporte terrestre. Sólo si la situación excluida, es sustancialmente igual a la situación incluida, que en este caso hace las veces de término de comparación, puede procederse a examinar si el trato distinto se sustenta en un motivo objetivo y razonable.

Para Eto Cruz, se trata de dos rubros sustancialmente iguales, en consecuencia, no cabe un trato distinto pues este sería discriminatorio: *“no es aceptable un tratamiento notoriamente diferenciado entre unas y otras variantes, si se toma en cuenta los objetivos a los que se encuentra orientadas las actividades de las empresas dedicadas al rubro de transporte de pasajeros”.* (Fundamento 8).

² Ver por ejemplo la Sentencia del TC recaída en el exp. N° 00004-2006-AI/TC. En ella se establece las siguientes etapas: Primer paso: Verificación de la diferenciación legislativa (juicio de racionalidad), Segundo paso: Determinación del nivel de intensidad de la intervención en la igualdad, Tercer paso: Verificación de la existencia de un fin constitucional en la diferenciación, Cuarto paso: Examen de idoneidad, Quinto paso: Examen de necesidad, y, Sexto paso: Examen de proporcionalidad en sentido estricto.

Agrega que, *“La razón esencial de esta última consideración radica en que a diferencia de lo que pueda postularse en otros sectores económicos, donde las finalidades asumen distinta o variada orientación, el objetivo del transporte en cualquiera de sus manifestaciones, es siempre uno sólo, en tanto su condición esencial de servicio público destinado al desplazamiento a distancia de las personas. De allí que lo que pueda hacer el Estado en materia de beneficios, más que favorecer a los agentes y empresas encargados de suministrarlo, redundará siempre en pro del usuario y de los intereses que le son consustanciales”*. (Fundamento 11).

Nos parece que la fundamentación del voto de Eto Cruz es sumamente débil y nada convincente. Éste es a nuestro entender el punto central de la sentencia, y sin embargo, nada dicen sobre los votos de Vergara Gotelli y Alvarez Miranda.

Por su parte, para el voto de Landa Arroyo y Beaumont Callirgos, se trata de dos rubros sustancialmente distintos que no pueden ser comparados. Según éste, *“el término de comparación no es válido y, por tanto, no se está ante un trato discriminatorio, sino ante uno diferenciado. En el caso concreto, el término de comparación que la recurrente ha alegado está constituido por empresas dedicadas al transporte aéreo y marítimo. Consideramos que debe empezarse por excluir el transporte marítimo del término de comparación”*. (Fundamento 23). Agrega que: *“El transporte marítimo en nuestro país está fundamentalmente dedicado al transporte de carga, antes que al de pasajeros. En tal sentido, no podría establecerse válidamente una comparación entre el transporte marítimo con el transporte terrestre de pasajeros”*. (Fundamento 24).

Por otro lado, *“El transporte aéreo de pasajeros exige un mayor análisis. El único rasgo común en ambos casos es que se trata de transporte de pasajeros. Las diferencias, por el contrario, son sustanciales. Tal diferencia sustancial radica en el distinto tipo de prestación que brinda el transporte aéreo y el transporte terrestre. El transporte aéreo constituye un transporte rápido y, por ello, definitivamente ventajoso respecto al transporte terrestre. Existen muy pocas empresas de transporte aéreo, el valor del pasaje de éste es sustancialmente elevado y, por ello, está restringido a un número limitado de usuarios, con respecto al transporte terrestre. Cubre un número específico de rutas”*. (Fundamento 25).

Asimismo, señala el voto que, *“Por el contrario, el transporte terrestre no es necesariamente rápido y, por ello, es sustancialmente menos ventajoso, en términos de tiempo, respecto al transporte aéreo. Existen numerosas empresas de transporte terrestre, el valor del pasaje de éste es muchos más económico y muy variado en oferta de precios. Por ello, resulta accesible a la mayoría de usuarios, dadas las condiciones económicas de nuestro país. Cubre prácticamente la totalidad de rutas a nivel nacional”*. (Fundamento 26).

Ello le lleva a sostener que: *“Las prestaciones de uno y otro tipo de transporte son muy distintas como para poder adjudicar un tratamiento análogo. La diferencia sustancial radica en el tiempo. Al ser tan distinta la prestación de uno y otro, no puede considerarse que ambos rubros reciban el mismo tratamiento. El que ambos sectores tengan como único elemento común el servicio de transporte de pasajeros*

no los convierte, en absoluto, en rubros parecidos o análogos, dado que las características de prestación de uno y otro son sustancialmente diferentes". (Fundamento 27).

En atención concluye que *"el término de comparación propuesto por la demandante no es válido en atención a la sustancial diferencia que existe entre el transporte marítimo, aéreo y terrestre, tales como: el medio de transporte, el tiempo de transporte, los costos para las empresas que brindan el servicio, el número de empresas que ofrecen el servicio, el costo de los mismos para los usuarios, los distintos niveles de riesgo para los usuarios, entre otros".* (Fundamento 31).

En nuestra opinión, si bien el transporte aéreo y marítimo y terrestre, podrán tener algunos similitudes y elementos comunes, sin embargo, sustancialmente tienen naturalezas distintas que las hacen particulares; prueba de ello es que son objeto de regulamientos y tratamientos específicos. En efecto, estimamos que no existe un término de comparación adecuado a efectos de evaluar el trato discriminatorio ente el transporte terrestre y el marítimo y aéreo, habida cuenta que existen razones suficientes que justifican el trato diferenciado entre estos.

5. Análisis del argumento central de la sentencia estimatoria: "La exoneración de impuestos asegura una mejora en la calidad de servicio a los usuarios"

Habiendo quedado claro que antes del año 2005 no existía discriminación alguna pues aún no se habían expedido las normas que exoneraban de impuestos al transporte aéreo y marítimo, es necesario indagar acerca de las razones que invoca la sentencia estimatoria para declarar fundada la pretensión, de lo contrario la falta de fundamentación devendrá en arbitrariedad.

Lo que esgrimen los votos que hacen la sentencia en mayoría, es sostener que si no se exonera del pago de tributos a la empresa Flores, se "podría" afectar la calidad del servicio de transporte público, "pudiendo" poner en peligro la integridad física de los pasajeros violando el derecho al consumidor de los mismos. Y para ello invocan varios conceptos: a) el servicio de transporte terrestre es un servicio público, b) en consecuencia, el transporte terrestre debe ser protegido como un bien constitucional, c) el Estado Social de Mercado autoriza a intervenir en materia económica, y, d) la idea que el Estado debe defender los intereses de los consumidores.

En efecto, el fallo de Vergara Gotelli, en su parte final, señala que: *"En tal sentido concluyo declarando fundada la demanda considerando que dicho trato discriminatorio afecta directamente el servicio público brindado a la sociedad y por ende pone en peligro derechos constitucionalmente protegidos por la Carta magna, debiendo ser prioridad del Estado la defensa plena de los derechos fundamentales".* (Fundamento 21). (Resaltado nuestro).

Por su parte, la parte resolutive del voto de Alvarez Miranda concluye en la misma línea: *"De lo explicado, sólo cabe que ante situaciones similares debe exigirse un trato igualitario, así la discriminación provenga exclusivamente de una norma de*

rango legal. Es así como, soy de la opinión que se declare fundada la demanda, siempre y cuando estas exoneraciones reflejen una exigencia de parte del Estado para que la accionante pueda ofrecer un mejor servicio a sus usuarios". (Fundamento 17). (Resaltado nuestro).

Finalmente, el último voto estimatorio emitido por el magistrado Eto Cruz en su parte resolutive precisa que: *"Dentro de dicho contexto, establecer incentivos tributarios en pro del transporte en general y del transporte terrestre en particular, es una opción que permite no sólo fortalecer y mejorar el servicio sino beneficiar directamente a su destinatario final que no es otro que el usuario, tanto más cuando este se sirve masivamente del mismo, como ocurre en el presente caso".* (Fundamento 20). (Resaltado nuestro)

Como podemos apreciar, estamos ante una colisión entre de un lado la potestad tributaria del Estado, reconocida en el artículo 74 de la Constitución³, la cual se expresa también en el otorgamiento de beneficios tributarios; y de otro lado, el derecho a la salud y seguridad de la población contenido en el artículo 65 de nuestra Constitución⁴, el derecho a la integridad física, el bien jurídico constitucional de la adecuada prestación del servicio público del transporte terrestre, el cual, según la sentencia de mayoría, se vería afectado por la no concesión de la exoneración de impuestos al transporte terrestre.

El procedimiento idóneo que el ordenamiento jurídico y el propio TC utiliza para solucionar este tipo de conflictos, donde entran en tensión y colisión principios y bienes constitucionales contradictorios, es la ponderación; la cual se operativiza a través del principio de proporcionalidad. El resultado no ha de ser necesariamente el equilibrio entre tales intereses, razones o normas. Al contrario, lo habitual es que la ponderación desemboque en el triunfo de alguno de ellos en el caso concreto⁵.

Sabemos que la ponderación es una técnica que supone primero un examen de idoneidad, luego un examen de necesidad y finalmente, un examen de proporcionalidad en sentido estricto. En relación con el primero, según el propio TC⁶, la idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una relación medio-fin. En presente caso, el análisis consistirá en examinar si la exoneración de impuestos al transporte terrestre adoptado por el TC conduce a la consecución de un fin constitucional, cual es la protección del derecho del consumidor de los usuarios del transporte terrestre como invocan los votos estimatorios.

3 "Artículo 74°. Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo..."

4 "Artículo 65°. El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población".

5 Luis Prieto Sanchis, Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial, Palestra editores, Lima, 2002, pág. 141.

6 Sentencia del Tc recaída en el exp. N° Exp. N.º 045-2004-PI/TC, f.j. 33.

Sin embargo, si se evalúa bien podemos fácilmente deducir que no existe esta relación de causalidad. La exoneración de impuestos no asegura de manera causal directa y suficiente una mejoría en la calidad de servicio. De qué sirve exonerar de impuestos a la empresa Hermanos Flores y a cualquier otra empresa, si es que la empresa presta servicio con choferes que no duermen las horas reglamentarias, que viajan a una velocidad por encima de la legalmente permitida, que recoge pasajeros en el camino en paraderos no autorizados, cuando no se le da mantenimiento a los carros, cuando la tripulación no es la más calificada, cuando la alimentación que se brinda no cumple con las mínimas normas de sanidad, cuando los choferes manejan en estado de ebriedad, etc.

La consecuencia es inmediata y clara: al no constituir la exoneración de impuestos una medida adecuada e idónea para alcanzar la finalidad, que era proteger los derechos del consumidor de los usuarios del transporte terrestre, dicha medida deviene en arbitraria e inconstitucional, debiendo aplicarse y prevalecer la potestad tributaria. En otras palabras, la decisión adoptada por el TC de exonerar de impuestos a la Empresa Flores, si bien afecta principios constitucionales, no es consistente con el bien o con la finalidad que persigue⁷.

Basta que no se supere el examen de idoneidad para resultar innecesario recurrir al análisis del principio de necesidad y de proporcionalidad. Aún así, podemos ver que existen otras medidas que pueden lograr la mejora de la calidad del servicio sin afectar la potestad tributaria del Estado contenida en el artículo 74 de la Constitución, es decir, existen otras medidas que logran la finalidad perseguida, y resultan a todas luces menos gravosas y restrictivas⁸ (examen de necesidad). Existen un conjunto de medidas de seguridad que, si es que se observan y se respetan, pueden contribuir a mejorar la calidad de servicio.

Finalmente, debieron demostrar los diferentes votos estimatorios, que existe cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la exoneración de impuestos a la empresa Flores, en orden a la protección a la protección del derecho al consumidor de los usuarios, y la afectación a la potestad tributaria y eso no se ha hecho.

6. La Empresa Flores es una de las 17 empresas que más accidentes generó entre 2006 y 2007

Según la tesis de los votos estimatorios que hacen sentencia de mayoría, la exoneración de impuestos a la Empresa Flores redundaría en la mejora de la calidad del servicio, y en la protección incluso del derecho a la integridad física de los usuarios, sin embargo, la realidad se ha encargado de demostrar que dicha empresa a pesar de haber comprado y contar con 59 buses nuevos, es una de las empresas que más accidentes ocasiona a nivel nacional.

En efecto, según un comunicado de la Dirección General de Transporte Terrestre del Ministerio de Transportes y Comunicaciones⁹, la empresa Flores se encuentra entre las 17 empresas que presentan los índices más altos de participación en los

7 Luis Prieto Sanchos, op. cit., pág. 146.

8 *Ibidem*.

9 Ver: http://www.mtc.gob.pe/portal/formato_comunicado_MTC.pdf

accidentes de tránsito, con consecuencias de muerte y/o lesiones graves, durante el periodo comprendido entre los meses de junio 2006 a junio 2007. En dicho lapso de tiempo, dicha empresa tuvo 19 accidentes cuyo saldo fue 19 muertos y 158 heridos, ocupando el puesto 17 en un ranking de las empresas con más propensión a los accidentes de tránsito. Así se aprecia en el siguiente cuadro:

| N° | Empresas de Transporte Interprovincial de Personas | Accidentes | Muertos | Heridos | Flota | IPA |
|----|--|------------|---------|---------|-------|----------------|
| | | A | M | H | F | A (4M + H) / F |
| 1 | EMPRESA DE TRANSPORTES PONY EXPRESS S.C.R.LTDA. | 2 | 0 | 73 | 1 | 146.00 |
| 2 | VIRGEN DE COPACABANA S.R.LTDA. | 3 | 2 | 28 | 1 | 108.00 |
| 3 | EXPRESO MOLINA UNION E.I.R.L. | 13 | 28 | 193 | 66 | 60.08 |
| 4 | EMPRESA COMERCIAL TRANSPORTES ZELADA S.R.L. | 3 | 21 | 40 | 7 | 53.14 |
| 5 | EMPRESA DE TRANSPORTES CISNES EXPRESS MIRIAN IRENE MAMANI HUISA E.I.R.L. | 3 | 2 | 25 | 2 | 49.50 |
| 6 | EMPRESA DE TRANSPORTES DE PASAJEROS Y CARGA CAVASSA S.A.C. | 6 | 22 | 76 | 20 | 49.20 |
| 7 | EMPRESA DE TRANSPORTES TURISMO PARAMONGA S.A. | 13 | 4 | 81 | 38 | 33.18 |
| 8 | EMPRESA DE TRANSPORTES DESTINOS EXPRESS E.I.R.LTDA. | 4 | 3 | 34 | 6 | 30.67 |
| 9 | EMILIO CORRALES E.I.R.LTDA. | 1 | 9 | 24 | 2 | 30.00 |
| 10 | EMPRESA DE TRANSPORTES EXPRESO HUANCAVELICA S.A.C. | 1 | 12 | 38 | 3 | 28.67 |
| 11 | TRANSPORTES CRUZ DEL SUR S.A.C. | 16 | 4 | 184 | 131 | 24.43 |
| 12 | EMPRESA DE TRANSPORTES TURISMO LIBERTADORES E.I.R.L. | 4 | 3 | 76 | 16 | 22.00 |
| 13 | EMPRESA DE TRANSPORTES SOL PERUANO S.A.C. | 3 | 4 | 52 | 12 | 17.00 |
| 14 | EMPRESA DE TRANSPORTES Y SERVICIOS TINYASH - TOURS S.A.C. | 6 | 0 | 54 | 20 | 16.20 |
| 15 | EMPRESA DE TRANSPORTES Y REPRESENTACIONES TURISMO CENTRAL S.A. | 6 | 3 | 92 | 39 | 16.00 |
| 16 | EXPRESO CIAL S.A.C. | 10 | 6 | 94 | 74 | 15.95 |
| 17 | EMPRESA DE TRANSPORTES FLORES HERMANOS S.C.R.LTDA. | 19 | 19 | 158 | 279 | 15.94 |
| 18 | EMPRESA DE TRANSPORTES GRUPO HORNA S.A.C. | 2 | 4 | 15 | 4 | 15.50 |
| 19 | EMPRESA DE TRANSPORTES TURISTICOS SANTA MONICA DE TACNA S.R.LTDA. | 1 | 3 | 34 | 3 | 15.33 |
| 20 | EMPRESA DE TRANSPORTES EXPRESO LOBATO S.A.C. | 6 | 11 | 45 | 42 | 12.71 |
| 21 | TARAPOTO TOURS S.A.C. | 4 | 1 | 17 | 7 | 12.00 |
| 22 | TURISMO DIAS S.A. | 3 | 8 | 7 | 10 | 11.70 |
| 23 | EMPRESA DE TRANSPORTES TRANSAMAZONICA E.I.R.L. | 3 | 2 | 34 | 11 | 11.45 |
| 24 | EMPRESA DE TRANSPORTE INTERPROVINCIAL DE PASAJEROS EL HUARALINO S.A.C. | 2 | 4 | 51 | 12 | 11.17 |
| 25 | EMPRESA DE TRANSPORTES TURISMO REAL DEL SUR S.R.L. | 1 | 1 | 28 | 3 | 10.67 |
| 26 | EXPRESO TURISMO ANDINO S.A. | 2 | 1 | 41 | 9 | 10.00 |
| 27 | EMPRESA DE TRANSPORTES Y TURISMO BARRANCA S.A. | 7 | 2 | 38 | 34 | 9.47 |
| 28 | EMPRESA DE TRANSPORTES EXPRESO HUAMANGA S.A.C. | 2 | 13 | 79 | 28 | 9.36 |
| 29 | LEONCIO PRADO S.A. | 1 | 0 | 28 | 3 | 9.33 |
| 30 | EMPRESA DE TRANSPORTES ORQUIDEAS TOUR E.I.R.L. | 1 | 0 | 25 | 3 | 8.33 |

| | | | | | | |
|----|--|---|---|----|-----|------|
| 31 | EMPRESA DE TRANSPORTES EXPRESO INTERNACIONAL PALOMINO S.A.C. | 3 | 1 | 51 | 21 | 7.86 |
| 32 | TURISMO CIVA S.A.C. | 9 | 1 | 97 | 117 | 7.77 |
| 33 | EMPRESA DE TRANSPORTES EL SOL S.A. | 3 | 4 | 52 | 27 | 7.56 |
| 34 | EXPRESO TURISMO PEPE EL TORO S.R.LTDA. | 2 | 2 | 3 | 3 | 7.33 |
| 35 | EMPRESA DE TRANSPORTES TURISMO ARMONIA S.A. | 2 | 0 | 39 | 11 | 7.09 |
| 36 | EMPRESA DE TRANSPORTES SAN CRISTOBAL DEL SUR E.I.R.L. | 2 | 3 | 29 | 13 | 6.31 |
| 37 | EXPRESO SANCHEZ S.R.LTDA. | 3 | 4 | 13 | 14 | 6.21 |
| 38 | EMPRESA DE TRANSPORTES TOURS SAN JUAN BAUTISTA S.R.L. | 1 | 2 | 23 | 5 | 6.20 |

Esta situación es de tal gravedad que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones suspendió todas las rutas de Flores Hermanos SRL, el pasado 11 de agosto, tras detectarse, durante el operativo Tolerancia Cero, que sus conductores en la ruta Lima-Ica-Lima manejaban en exceso de horas. Según el Reglamento Nacional de Administración de Transportes (RENAT), permitir que choferes conduzcan vehículos de servicio de transporte de personas excediendo las jornadas máximas de conducción, es decir cinco horas de día y cuatro horas de noche, o impedir los descansos, representan una infracción "muy grave", que contempla la inmediata suspensión precautoria en todas sus rutas.

Pero no solo el MTC sancionó a la Empresa Flores, según información difundida por el diario El Comercio el 15 de agosto del año en curso¹⁰; el Ministerio Público formuló 491 denuncias por accidentes en carreteras, y entre las empresas denunciadas se encontraba nada menos que la empresa Flores. Según la propia Fiscal de la Nación Dra. Galdys Echaiz, debido a la gravedad de los hechos, "se ha considerado también a los empresarios como terceros civilmente responsables en estas demandas, a fin de que cumplan las respectivas indemnizaciones en favor de los agraviados".

Echaiz precisó que *"de acuerdo con la información del Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público, entre las empresas de transporte interprovincial denunciadas figuran: CIVA, Molina, Flores, Soyuz y Línea. En estas compañías no hubo comentarios al respecto"*¹¹. Agregó que las denuncias planteadas por el Ministerio Público, que ya se encuentran en el Poder Judicial, son por los delitos de homicidio culposo, lesiones culposas graves, imprudencia en la conducción vehicular, fuga en accidentes de tránsito, omisión de socorro y peligro común.

Los datos de la realidad son objetivos y contundentes, y nos permiten llegar por lo menos a dos conclusiones: en primer lugar, la empresa Flores, a más de dos años de haber terminado de adquirir nuevas unidades, es una de las empresas que a nivel nacional más accidentes de tránsito genera. Y como segunda conclusión, que la exoneración de impuestos a la empresa Flores no constituye una medida adecuada e idónea para garantizar la calidad del servicio, menos para mejorarlo.

10 Ver: <http://www.elcomercio.com.pe/edicionimpresa/Html/2008-08-15/fiscalia-formulo-491-denuncias-accidentes-carreteras.html>

11 Ibidem.

Resulta sorprendente y extraño, que el TC no haya tenido en cuenta esta realidad pública, de la cual dan cuenta todos los diarios de la capital, más aún si en los votos estimatorios que hacen la sentencia en mayoría, expresan una preocupación por la calidad del servicio y por el respeto del derecho a la integridad física de los usuarios¹². Queda claro, entonces, que estamos ante una sentencia que carece de un fundamento mínimamente aceptable.

7. La interpretación de los votos singulares viola el principio de corrección funcional pues desconoce la potestad tributaria del Estado

Según el artículo 74 de la Constitución, *“Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo...”*. (Resaltado nuestro).

En el presente caso, la interpretación de los votos singulares estimatorios, violan el principio de interpretación constitucional de corrección funcional, que exige el respeto al reparto de competencias realizado por el constituyente, ya que desconocen en los hechos la facultad de este poder de exonerar de impuestos, según criterios de política tributaria definida por los autoridades políticas de conformidad con la facultad de dirección política del gobierno¹³. Al parecer, no se tiene claro qué le corresponde a cada uno en términos de competencia material.

Debemos partir por señalar que la Constitución asigna y reparte funciones a cada órgano del Estado. Esto significa que no puede haber dos órganos que cumplan la misma función; eso atentaría contra el sentido mismo de la Constitución Política, pues esta no puede ir contra si misma, y al contrario debe tratarse como una unidad. Esto implica que en caso de contradicción o vacío, debe optarse por una interpretación que armonice e integre los contenidos de las disposiciones constitucionales, y no por una que haga decir cosas contradictorias a la Carta Política.

Esta idea ha sido recogida de alguna manera en el principio constitucional de corrección funcional, según el cual, al realizar la labor de interpretación, no es posible desvirtuar las funciones y competencias que la Constitución ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, y en general a cada poder del Estado, de tal modo que el equilibrio inherente al Estado Constitucional y Democrático, como presupuesto del respeto a los derechos fundamentales quede afectado¹⁴.

Se debe realizar, entonces, una interpretación que concilie ambas facultades, y para ello se debe echar mano de los principios de concordancia práctica, unidad de la Constitución y corrección funcional, a efectos de poder determinar y delimitar el contenido constitucional de los artículos 65 (derechos del consumidor) y 74

12 El fundamento 22 del voto de Vergara señala por ejemplo que: “dicho trato discriminatorio puede tener incidencia en el servicio público que se brinda a la sociedad, lo que puede poner en peligro hasta la propia integridad física de los usuarios”, el fundamento 9 del voto de Álvarez precisa que “Por su parte, en lo relativo a las especiales condiciones del TTP, se debe ir incluso más allá, siempre en la búsqueda de protección de los derechos fundamentales de los usuarios de este tipo de transporte, tal como ha sucedido en los últimos años”.

13 Jorge Rodríguez Zapata, *Práctica del Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid 1996, pág. 430.

14 Sentencia del TC recaída en el exp. N° 0020-2005-PI/TC, f.j. y 0021-2005-PI/TC.

(potestad tributaria) de la Constitución. Como diría Castillo Córdova, se trata de delimitar las fronteras internas de los derechos, por ello el contenido esencial de los derechos no se limita sino que se delimita¹⁵. Las normas, pues, no colisionan entre sí, sino que se delimitan mutuamente¹⁶. No se restringen sino que entre ellas se van delineando y definiendo. Es por ello que debemos evitar las interpretaciones literales y textuales.

8. La exoneración de impuestos a favor de la Empresa Flores genera una situación de discriminación en perjuicio de las otras empresas de transportes

La exoneración de impuestos a favor de la Empresa Flores genera una situación de discriminación injustificada en perjuicio de las otras empresas de transportes terrestres que también adquirieron buses en aquellos años, en la medida en que no fueron beneficiadas con exoneraciones de impuestos otorgada a la Empresa Flores, no obstante llevar a cabo una prestación sustancialmente similar. El TC debió tener muy en cuenta las consecuencias de sus sentencias. Es por ello que se les reconoce la facultad de calibrar y modular los efectos de su sentencia¹⁷, a efectos de no generar zozobra e inseguridad jurídica, en aquellos casos cuando la sentencia resulta más dañosa que la situación que estaba buscando conjurar.

Es el caso de la conocida sentencia sobre terrorismo. En aquella oportunidad el TC señaló que *“Como en diversas ocasiones se ha tenido oportunidad de advertir en esta misma sentencia al juzgar la validez constitucional de las leyes, este Tribunal Constitucional está en la obligación de prever las consecuencias de sus decisiones y, por lo tanto, modular los efectos que sus decisiones generarán en el ordenamiento”*¹⁸. Esta facultad, se encuentra reconocida en el artículo 81 del Código Procesal Constitucional, en donde se precisa que *“Cuando se declare la inconstitucionalidad de normas tributarias por violación del artículo 74 de la Constitución, el Tribunal debe determinar de manera expresa en la sentencia los efectos de su decisión en el tiempo. Asimismo, resuelve lo pertinente respecto de las situaciones jurídicas producidas mientras estuvo en vigencia”*.

9. Se exonera de licitación “solo” con base en criterios de oportunidad y de conveniencia

15 Luis Castillo Córdova, Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general, Palestra, Lima 2007, pág. 236.

16 *Ibidem*.

17 En la sentencia del TC recaída en el exp. N.º 00053-2004-PI/TC (sin numeración) este preciso que “De otro lado, señala que el Tribunal Constitucional deberá modular los efectos de esta sentencia en el tiempo, considerando que resultaría excesivo para la seguridad jurídica si se declara la inconstitucionalidad de algunas ordenanzas con efectos retroactivos; sobre todo porque la legislación sobre tributación municipal y arbitrios entonces vigente no establecía un plazo legal explícito para la ratificación y publicación de las ordenanzas cuestionadas y, en ese sentido, la interpretación establecida por el Tribunal debe utilizarse hacia el futuro y no acarrear la nulidad y aplicación retroactiva respecto a Ordenanzas que fueron oportunamente aprobadas, publicadas y remitidas para su ratificación, dejándose a salvo los efectos y relaciones producidas durante su vigencia”. Ver también la sentencia recaída en el exp. N.º 0023-2003-AI/TC, f.j. 89.

18 Sentencia del TC recaída en el exp. N.º 010-2002-AI/TC, f.j. 229. No es la única sentencia, ver también en el fallo recaído en el exp. N.º 00053-2004-PI/TC (sin numeración) cuando preciso que “De otro lado, señala que el Tribunal Constitucional deberá modular los efectos de esta sentencia en el tiempo, considerando que resultaría excesivo para la seguridad jurídica si se declara la inconstitucionalidad de algunas ordenanzas con efectos retroactivos”. . También se puede ser la sentencia recaída en el exp. N.º 0023-2003-AI/TC, f.j. 89

Si bien los jueces al momento de ejercer facultades jurisdiccionales realizan valoraciones y razonamientos con base en un principio de conveniencia y de oportunidad, estas consideraciones no son suficientes, si esta argumentación no tiene un anclaje normativo. No se trata que la evaluación sea ajena a la actividad jurisdiccional, el problema es que es insuficiente.

En efecto, una crítica que debemos hacer a esta sentencia es que no resuelve el caso con base en criterios de legalidad o constitucionalidad, sino echando mano solo a criterios de oportunidad y de conveniencia. Con ello se olvida, que el TC no es un órgano de decisión política si no un órgano jurisdiccional, que a diferencia de los órganos políticos, no actúa solo y exclusivamente teniendo en cuenta criterios de oportunidad y de conveniencia, sino también criterios de legalidad y constitucionalidad. Su función es evaluar si una acción, decisión, norma u omisión, se ajusta y es compatible con la Constitución Política. Como diría Manuel Aragón, su parámetro de evaluación y apreciación no es subjetivo (lo oportuno y conveniente) sino un parámetro objetivo indisponible¹⁹.

Ciertamente, la evaluación de la conveniencia y oportunidad no son ajenas a la labor jurisdiccional. Dicha preocupación es recogida a través del principio de la previsión de las consecuencias de la decisión del juez. Sin embargo, no solo basta estas consideraciones para que un juez pueda tomar una decisión; es necesario anclar dicha decisión en alguna disposición constitucional o legal, y eso es lo que no ocurre en los votos singulares de Vergara Gotelli y Alvarez Miranda fundamentalmente.

El voto de Alvarez Miranda incide en la función subsidiaria del Estado en materia económica. Subraya la función orientadora y en algunos casos interventora del Estado en la economía para atender las necesidades sociales: *“En este marco, al Estado se le han asignado diversas funciones, siendo quizás la más reconocida su actuación como un agente económico más en el mercado, y en él se ha admitido su actividad a través del principio de subsidiariedad horizontal, es decir, sólo podrá operar si es que los privados no actúan o lo hacen de manera deficiente”*. (Fundamento 3)

Agrega también que: *“Por tal razón, existen ámbitos de la Economía en que es necesario propiciar un verdadero desarrollo en virtud de las necesidades sociales. Pero no solamente se requiere una orientación de las actividades económicas necesarias para el desarrollo real del país, sino también, en algunos casos, es imprescindible una responsable intervención ordenadora, según se verá infra”*. (Fundamento 4)

Alvarez Miranda, también apela a la teoría social de la interpretación constitucional y al análisis social de la normatividad constitucional [...] *Tomando en consideración la teoría social de interpretación constitucional, uno se puede percatar que la realidad actual del país denota una grave y peligrosa situación del TTP (transporte terrestre de pasajeros) en el país. Los múltiples accidentes*

¹⁹ Para una mayor profundización sobre el tema del control jurídico, revisar el trabajo de Manuel Aragón: Constitución y Control del Poder, ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, desde la página 91 hasta la página 143.

acaecidos y la aparente falta de una política pública eficiente por parte del Estado así lo demuestran. La situación caótica de este tipo de transporte amerita una intervención más directa a través del Estado, pues está en juego el derecho de los pasajeros, usualmente de clases medias y bajas, a la salud (artículo 7° de la Constitución) y principalmente a la vida (artículo 1° de la Constitución)". (Fundamento 6)

Más adelante acota que: *"Pero el análisis social de la normatividad constitucional respecto al TTP no puede agotarse en ser conscientes de una realidad anárquica y trastornada. También debe llegar a encontrar los motivos reales por los cuales la situación expuesta ha llegado hasta donde está. En esencia, se puede observar una oferta por parte de las empresas de TTP que es muy deficiente, lo cual significa una abstracta vulneración a los derechos de los pasajeros, en tanto usuarios de este servicio público, según lo señalado por el artículo 65° de la Norma Fundamental". (Fundamento 7)*

Podemos constatar que el argumento que utiliza Álvarez Miranda no es uno sustentado y fundado en disposiciones constitucionales, sino uno construido con base en la evaluación de la conveniencia de la exoneración: *"Por eso, no es ilógico, incluso conveniente, que el Estado promueva estas exoneraciones en el ámbito del TTP, aunque ya no como en el pasado (...)". (Fundamento 13).*

En razón de estos argumentos Álvarez Miranda considera que *"(...) la exoneración tributaria podría cumplir un importante rol regulador por parte del Estado de actividades económicas disfuncionales como la presentada, toda vez que por su intermedio se podría iniciar una gran revolución en el TTP, pues ella permitirá por lo menos la importación de unidades de transporte terrestre nuevas, lo cual devendría en el reemplazo de las ya vetustas y de las que incluso aún usan chasis de camiones". (Fundamento 15).*

Y cuando cita una disposición constitucional no explica adecuadamente cómo opera esa norma, cómo se concreta en el caso en concreto. Recuérdese que en un Estado Constitucional de Derecho, de conformidad con la teoría de la interpretación, existe una mayor y mas intensa obligación de justificación o argumentación, antes prácticamente inexploradas en el positivismo. Un buen ejemplo de lo que queremos decir lo constituye el uso que hace este magistrado del artículo 68 de la Constitución, respecto al cual señala que *"El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas".*

Ahora adviértase el contexto en que Álvarez Miranda cita esta norma:

"La demanda popular y la tutela objetiva de los derechos fundamentales de cada uno de los peruanos exige del Estado que actúe según los parámetros que se le asigna en la Constitución dentro de una ESC (artículo 68°), donde no sólo pueda permitir o promover cantidad suficiente de vehículos para satisfacer la necesidad de los usuarios del TTP, sino que también que se busque la calidad necesaria. La actual es una interesante oportunidad para que el Tribunal Constitucional intervenga responsablemente en la economía del país corrigiendo los errores del presente para que en el futuro se logre confluir la amplia demanda de transporte de las clases medias y bajas del país y una oferta que ofrezca un servicio

respetuoso de la dignidad de los seres humanos." (Fundamento 15). (Resaltado nuestro).

10. La falta de una adecuada motivación viola el principio de interdicción de arbitrariedad²⁰

Comencemos por lo fundamental, que es poner en su debida dimensión el deber de motivación. Motivar es dar argumentos, razón y causa de la solución de un litigio. Es darle las explicaciones tanto fácticas como jurídicas a las partes. Por ello, la falta de motivación genera indefensión, inseguridad e ilegitimidad. Indefensión porque al carecer de sustento se genera un supuesto de arbitrariedad, en tanto, no existe razonamiento. Inseguridad debido a que no se expone la fundamentación jurídica, dejando limbos caprichosos por parte del juzgador, e ilegitimidad en el sentido que la motivación posee un poder de convicción sobre la parte. La argumentación de las sentencias son pedagógicas, sustentadoras y son la voz del Estado como tercero resolutor de conflictos e incertidumbres jurídicas.

Sobre el particular, el ex Presidente del TC Dr. Víctor García Toma²¹ ha señalado que dos son las funciones que cumple la motivación, primero una garantía de defensa, según la cual, las partes deben conocer bajo qué sustento se les condena, absuelve o se les concede a fin de que exista la posibilidad de impugnación. De haber razones podrá haber críticas y discrepancias. En segundo lugar una función de garantía legitimadora, de conformidad con la cual la ciudadanía logra confiar en sus jueces mientras estos se apeguen al derecho.

Recuérdese que la motivación no tiene por finalidad explicar las razones de una determinada decisión, sino de "justificar"²², convencer, persuadir. No apunta a informar, sino a generar convicción sobre una determinada decisión. La motivación en un Estado Constitucional de Derecho entiende que el ejercicio de la función jurisdiccional no sólo constituye un acto de "vencimiento" sino de "convencimiento"²³. No olvidemos que ahí se juega la legitimidad de la judicatura.

Sobre el particular, el TC ha desarrollado una jurisprudencia en la que precisamente desarrolla la importancia de la fundamentación. Tenemos por ejemplo la sentencia recaída en el exp. 4348-2005-AA. En ella expone el contenido constitucional protegido por esta garantía: *"el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido constitucional se respeta, prima facie, siempre que exista: a) fundamentación jurídica, que no implica la sola mención de las normas a aplicar al caso, sino la explicación y justificación de por qué tal caso se encuentra o no dentro de los supuestos que contemplan tales normas; b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que implica la manifestación de los argumentos que expresarán la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes; y c) que por sí misma exprese una suficiente*

20 Para elaboración de esta parte se ha contado con el apoyo de José Víctor García Yzaguirre.

21 Víctor García Toma, Los derechos fundamentales en el Perú, Juristas Editores, Lima, 2008, pág. 643.

22 Ignacio Colomer, La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales, Tirant Monografías, Valencia 2003, pág. 38.

23 *Ibidem*, pág. 28.

justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión”.

Asimismo, este mismo colegiado, en la sentencia recaída en el expediente N° 3943-2006-PA²⁴ ha desarrollado y delimitado esta garantía en el fundamento 4, precisando los supuestos de incumplimiento²⁵: a) *Inexistencia de motivación o motivación aparente*, b) *Falta de motivación interna del razonamiento*, c) *Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas*, d) *La motivación insuficiente*, e) *La motivación sustancialmente incongruente*.

En ese marco, sorprende la débil motivación de esta sentencia, no obstante tratarse de una decisión de tanta importancia y de estar ante instituciones tan asentadas y consolidadas como el “*test de igualdad*” y el “*test de proporcionalidad*”.

La exigencia de motivación viene dada por la proscripción de la arbitrariedad. En tal sentido, una decisión con una débil e insuficiente motivación -tal como ocurre en el presente caso- puede estar escondiendo una “*decisión*” arbitraria, incompatible en un Estado Constitucional de Derecho.

En el presente caso, estamos ante un supuesto que la doctrina del TC denomina de “*motivación insuficiente*”. Según el TC, ésta se refiere básicamente “*al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de*

²⁴ La cual es reiterada y ratificada en una reciente sentencia del TC recaída en el exp. 00728-2008-HC, fundamento 7.

²⁵ “a) *Inexistencia de motivación o motivación aparente*.

b) *Falta de motivación interna del razonamiento*, que se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el juez o tribunal, ya sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.

c) *Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas*, que se presenta cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica.

d) *La motivación insuficiente*, referida básicamente al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “*insuficiencia*” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.

e) *La motivación sustancialmente incongruente*. El derecho a la tutela judicial efectiva y, en concreto, el derecho a la debida motivación de las sentencias, obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control mediante el proceso de amparo. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva).”

argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo”. (Fundamento 4).

En resumen, por las razones que hemos expuesto en los puntos 3, 4, 5, 6, 7, 8, y 9 la sentencia materia de comentario, es débil jurídicamente hablando, pues no aparece una explicación o justificación convincente de las razones que motivan la decisión, y sí en cambio razones que aconsejaban tomar la decisión exactamente inversa, es decir, no amparar la demanda. En Ello viola la tutela judicial, y en concreto una de las principales garantías del debido proceso, nos referimos a la obligación de fundamentación de las sentencias contenida en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución, según la exige *“La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”*.

Como podemos apreciar, el TC ha expedido una sentencia sin haberse realizado de forma adecuada el test de igualdad y sin haberse recurrido a la ponderación y al principio de proporcionalidad. Dicha decisión, es incompatible con el principio de interdicción de la arbitrariedad.

Lo que se pretende con este principio es evitar no la divergencia interpretativa, sino que esta se haya producido *“como fruto de un mero voluntarismo selectivo frente a casos anteriores resueltos de un modo diverso”*²⁶. El principio de interdicción de la arbitrariedad proscribire las actuaciones abiertamente irracionales del poder público, desprovistas de toda motivación, de todo miramiento a los intereses privados que pueden resultar lesionados²⁷. En ese sentido lo arbitrario se identifica un espectro de casos extremos, de exabruptos, en el cual solo puede enmarcarse a los actos que resultan desproporcionados porque carecen de toda motivación atendible. De este modo una ley será arbitraria cuando no sea razonable, es decir cuando no intente realizar ningún derecho o bien constitucionalmente relevantes²⁸.

El TC español ha declarado que una ley es arbitraria solo si carece de toda explicación racional²⁹. El juicio de arbitrariedad sobre la norma se agota en la comprobación de que esta no carece por entero de finalidad y que, por lo tanto, no puede considerarse irracional por completo³⁰.

Para Tomás Ramón Fernández, un acto arbitrario es aquel que proviene del ejercicio de un poder puro y simple, de un poder desnudo de justificación que pretende afirmarse sobre sí mismo, por su sola fuerza o, para ser más exactos, por la fuerza de que dispone quien lo ejerce, de un poder, en suma, que a la pregunta “por qué” solo ofrece como respuesta un “porque sí” o “porque yo lo digo” “porque yo lo mando” o “porque me parece”³¹.

26 STC 115/1989, reiterada en la STC 122/1991, de 3 de junio, FJ 4. Citado por Marina Gascón, la técnica del precedente..., pág. 87.

27 Carlos Bernal Pulido, el principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, págs. 603-604.

28 Ibídem. pág. 604.

29 STC 108/1986, fj 18º citado por Bernal Pulido, op. cit., pág. 604.

30 Bernal Pulido, op. cit., pág. 605.

31 Tomás Ramón Fernández citado por Bernal Pulido, op. cit., pág. 603. Ver citas de pie de página

Este autor ha estudiado exhaustivamente las diversas definiciones de arbitrariedad acuñadas en la jurisprudencia del TC Español, y ha encontrado los siguientes significados: la injusticia material, la inexistencia de una razón material o procesal que apoye la actuación del Estado, la discriminación o ausencia de explicación racional, el capricho, la inconsecuencia o la indiscriminación no justificada. Fernández opina no obstante, que la clave o el hilo conductor de todos estos conceptos estriba en la idea de que la ley no pueda sustentarse en razones plausibles³². Por su parte Alejandro Nieto define la arbitrariedad como el “ejercicio indebido del arbitrio”. En ese sentido existe un ejercicio indebido del arbitrio, cuando un acto jurídico carece de razones que permitan realizar una justificación de fondo”³³.

En nuestra opinión, no tenemos manera de saber la motivación y la intención de los autores de los votos estimatorios, pero lo que sí es objetivo, es que esta sentencia carece de fundamento jurídico. Estamos ante un caso que linda con la injusticia material, pues no hay razón material que sustente la actuación del TC; tenemos al frente una decisión sin explicación racional. No podemos olvidar que la argumentación es una garantía de racionalidad

11. Conclusiones

En base a los argumentos invocados podemos llegar a las siguientes conclusiones:

- En los votos que hacen la sentencia de mayoría, aún cuando se hace referencia en reiteradas oportunidades que estamos ante un caso de trato discriminatorio, no recurren a la técnica idónea para analizar y resolver este tipo de casos, pese a que ésta es el instrumento idóneo para resolver este tipo de casos. Ello es sumamente irregular pues es incompatible con la propia jurisprudencia del TC.
- Si bien el transporte aéreo y marítimo y terrestre, podrán tener algunas similitudes y elementos comunes, sin embargo, sustancialmente tienen naturalezas distintas, prueba de ello es que son objeto de regulamientos y tratamientos distintos específicos. En consecuencia, no existe un término de comparación adecuado a efectos de evaluar el trato discriminatorio entre el transporte terrestre y el marítimo y aéreo, habida cuenta que existen razones suficientes que justifican el trato diferenciado entre estos.
- La exoneración de impuestos no es una medida adecuada e idónea para alcanzar la finalidad cual era proteger los derechos del consumidor de los usuarios del transporte terrestre, todo lo contrario, dicha medida deviene en arbitraria e inconstitucional, debiendo aplicarse y prevalecer la potestad tributaria.
- Los datos “oficiales” del Ministerio de Transportes y Comunicaciones demuestran que la empresa Flores, a más de dos años de haber terminado de adquirir nuevas unidades, es una de las 17 empresas que a nivel nacional más accidentes de tránsito genera. Ello demuestra que la exoneración de impuestos

32 Tomás Ramón Fernández citado por Bernal Pulido, op. cit., pág. 604. Ver citas de pie de página.

33 Alejandro Nieto, el arbitrio judicial, Ariel, Barcelona, 2000. pág. 370.

a la empresa Flores no constituye una medida adecuada e idónea para garantizar la calidad del servicio, menos para mejorarlo.

- La interpretación de los votos singulares estimatorios violan el principio de interpretación constitucional de corrección funcional, que exige el respeto al reparto de competencias realizado por el constituyente, ya que se desconoce en los hechos la facultad del Parlamento de exonerar de impuestos según criterios de política tributaria definida por las autoridades políticas de conformidad con la facultad de dirección política del gobierno.
- La exoneración de impuestos a favor de la Empresa Flores genera una situación de discriminación injustificada en perjuicio de las otras empresas de transportes terrestres que también adquirieron buses en aquellos años, en la medida en que no fueron beneficiadas con exoneraciones de impuestos, que ahora se otorgan a la Empresa Flores.
- En la sentencia materia de comentario, no se resuelve el caso con base en un criterio de legalidad o constitucionalidad sino solo en base solo a criterios de oportunidad y de conveniencia. Con ello se olvida, que el TC no es un órgano de decisión política si no un órgano jurisdiccional, que a diferencia de los órganos políticos, no actúa solo y exclusivamente en base a un criterio de oportunidad y de conveniencia sino a un criterio de legalidad y constitucionalidad.
- Como ha quedado evidenciado, estamos ante una sentencia que carece de motivación. Ello viola la tutela judicial, y en concreto una de las principales garantías del debido proceso, que es la obligación de fundamentación de las sentencias contenida en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución, según el cual se exige *“La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”*. Dicha decisión, es incompatible con el principio de interdicción de la arbitrariedad.