

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 29854 – 2018
CUSCO

Lima, seis de junio
de dos mil diecinueve. -

I. VISTOS; el expediente principal en dos tomos, y el cuadernillo de consulta formato en esta Sala Suprema; y, **CONSIDERANDO:**

I.1. Consulta

La sentencia contenida en la resolución número tres, de fecha veinticinco de julio de dos mil dieciocho, obrante a fojas trescientos setenta y uno a trescientos ochenta y ocho, en razón de haber inaplicado, vía control difuso, para el caso de las empresas demandantes, la Ordenanza Municipal N° 025-2017-MPC, de fecha nueve de octubre de dos mil diecisiete, por considerar que incurren en abierta contravención a los artículos 22, 58 y 59 de la Constitución Política del Perú, en el proceso seguido por Americana de Turismo Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, Drassus Inversiones Sociedad Anónima Cerrada y Transportes Ccochahuasi Sociedad Anónima Cerrada, contra la Municipalidad Provincial del Cusco, por acción de amparo.

I.2. Fundamentos de la resolución elevada en consulta

La sentencia elevada en consulta justifica la inaplicación de la Ordenanza Municipal N° 025-2017-MPC, de fecha nueve de octubre de dos mil diecisiete, por considerar que incurren en abierta contravención a los artículos 22, 58 y 59 de la Constitución Política del Perú, toda vez que la ordenanza al prohibir en forma absoluta que los ómnibus panorámicos circulen por el centro histórico y las vías que conduce al Parque Arqueológico Sacsayhuamán, incurren en la violación de la libertad de empresa e industria, así como la libertad de trabajo, sin tomar en cuenta otras medidas menos restrictivas de los derechos a la libertad de empresa, comercio y trabajo de las empresas demandantes.

II. CONSIDERANDO:

2.1. Delimitación del objeto de pronunciamiento

Como se anotó, es objeto de pronunciamiento la consulta de la sentencia emitida por el Quinto Juzgado Civil de la Corte Superior de Cusco, en razón de

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 29854 – 2018
CUSCO

haber efectuado el control difuso de la Ordenanza Municipal N° 025-2017-MPC, para el caso de las demandantes, resulta arreglada a Ley.

2.2. ANTECEDENTES PRINCIPALES DEL PROCESO

2.2.1 En el presente caso, los demandantes pretenden, de modo principal, que vía control difuso se declare inaplicable la Ordenanza Municipal N° 025-2017-MPC de fecha nueve de octubre de dos mil diecisiete, publicada el dieciséis de octubre del referido año, que prohíbe la prestación del servicio de transporte turístico en vehículos especiales y ómnibus panorámicos en el Centro Histórico de la Ciudad del Cusco y en las vías de acceso del Parque Arqueológico de Sacsayhuamán.

Refiere que la Ordenanza Municipal N° 025-2017-MPC de fecha nueve de octubre de dos mil diecisiete, es una norma autoaplicativa, pues al establecer la prohibición de prestar servicio de transporte turístico en vehículos especiales y ómnibus panorámicos en el Centro Histórico de Cusco y en las vías de acceso a Sacsayhuamán, origina automáticamente que sus vehículos no puedan ingresar a dichas zonas.

Alega que las demandantes son personas jurídicas de derecho privado, dedicadas al rubro de transporte especial de personas en la modalidad de Transporte Turístico en ómnibus panorámico, empresas constituidas bajo la legislación peruana que tiene como actividad económica el transporte turístico.

Arguye que, la ordenanza municipal prohíbe la prestación del servicio de transporte turístico en vehículos especiales y ómnibus panorámico señalando como finalidad preservar la vida, integridad física y seguridad de la población en general; no obstante, dicha ordenanza no satisface racionalmente la finalidad perseguida ya que vacía de contenido el derecho a la libertad de empresa, la libertad de comercio y el derecho al trabajo, ya que impide que las demandantes elijan libremente la actividad que quieren desarrollar, impide que se puedan ofertar los servicios de transporte turístico, recoger y circular pasajeros en el Centro Histórico del Cusco y la zona de Sacsayhuamán e impide que se pueda

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 29854 – 2018
CUSCO

desarrollar una actividad lícita frustrando la posibilidad de obtener ganancias y con ello sustentar las necesidades de los trabajadores.

2.2.2 Al contestar la demanda, la entidad edil emplazada, además de negar los hechos expuestos en la demanda, refiere que las vías de acceso al Parque Arqueológico de Sacsayhuamán y las vías del Centro Histórico del Cusco son vías arteriales y colectoras como lo refiere el Plan de Desarrollo Urbano. Estas vías son usadas para llevar el tránsito de las vías locales a las arteriales y en muchos casos son estrechas y de dos carriles. Las veredas en muchos casos tienen un ancho de 0.65 metros aproximadamente con radios de giro de 3.80 metros; por ejemplo, en la avenida Don Bosco y la avenida Circunvalación se tiene 10 metros de ancho aproximadamente y en la vía Cusco Písaq se tiene 5.90 metros a 9.10 metros, en esta vía no se presentan radios de giro en las curvas de 30°, 90° y 180° y las pendientes varían de 10° a 12°, como se tiene del Informe Técnico N° 1632-JATU/SGRT/GTVT/MCP-2017 .

Agrega que, las vías por donde circulan los denominados “Ómnibus Panorámicos” no son las apropiadas, la cual no solo se basa en la normativa específica como son el Manual de Carreteras y otros, sino también en prueba de campo, donde se analizó la factibilidad de las vías para el recorrido de los vehículos.

Añade que, la Ordenanza Municipal N° 025-2017-MPC ha sido emitida en atención a la autonomía administrativa con la que cuenta la Municipalidad Provincial del Cusco observando el debido procedimiento para su elaboración, publicación, entrada en vigencia y fusión, preponderando la vida humana como fin supremo del Estado.

Señala que, no es materia de discusión la formalidad de las empresas de transporte y el dinero que hayan podido destinar a la compra de sus unidades vehiculares ya que la ordenanza municipal no impone ninguna restricción a la formalización ni a la transitabilidad de vehículos por arterias amplias de la ciudad del Cusco, lo que hace es restringir el ingreso de vehículos cuyas características

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 29854 – 2018
CUSCO**

técnicas y funcionales les impiden efectuar giros, circulación y velocidad por arterias cuyas características no le son aptas, ponderando de esta manera la vida humana y la seguridad pública.

Añade que, el derecho a la libertad de empresa, comercio y trabajo de los demandantes no se ve afectado por la ordenanza municipal puesto que no se les ha limitado su actividad comercial y prueba de ello es que incluso siguen ofreciendo el mismo servicio actualmente, pero por rutas más anchas; por tanto, no se restringe sus derechos constitucionales.

2.2.3 La sentencia de primera instancia¹, de fecha veintiocho de julio de dos mil dieciocho, declaró fundada la demanda al considerar que la ordenanza municipal, al prohibir en forma absoluta que los ómnibus panorámicos circulen por el centro histórico y las vías que conduce al Parque Arqueológico Sacsayhuamán, incurren en la violación de la libertad de empresa e industria, así como la libertad de la libertad de trabajo, ya que debieron de haberse tomado otras medidas menos restrictivas de los derechos afectados.

III. SOBRE EL CONTROL CONSTITUCIONAL:

3.1. El control constitucional, es el marco general del tema materia de consulta, siendo necesario tener presente que la doctrina y la legislación comparada reconocen la existencia de dos sistemas de control de la constitucionalidad de las normas jurídicas Control Difuso y Control Concentrado. Este control, revisión o examen de constitucionalidad de las leyes consiste en comprobar si todas aquellas que integran el sistema jurídico son conformes con la Constitución, control que varía según la opción del constituyente.

3.2. El artículo 138, segundo párrafo de la Constitución Política del Perú, sin importar jerarquías de los órganos jurisdiccionales, encarga a los jueces el respeto a los principios de supremacía de la Constitución y también de jerarquía de las normas. En otras palabras dicho control constituye a los órganos

¹ La sentencia de primera instancia corre a fojas 371 del expediente.

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 29854 – 2018
CUSCO

jurisdiccionales en los principales controladores de la legalidad constitucional, debiendo aplicarse dicha facultad solo cuando existe un conflicto real y concreto de intereses en el que debe discernirse la compatibilidad o incompatibilidad constitucional de una norma inferior; pero además, constituye un mecanismo idóneo de control de excesos legislativos en que puedan incurrir los Poderes Legislativo y Ejecutivo; de modo tal que es un mecanismo de equilibrio del ejercicio del poder del Estado.

3.3. El artículo 14, del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece que cuando los jueces al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualesquiera clase de procesos o especialidad, encuentre que hay incompatibilidad en su interpretación, de un precepto constitucional y otro con rango de ley, resolverán la causa con arreglo al primero, en cuyo caso las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema. Norma que debe ser concordada con el primer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que desarrolla los alcances del control judicial de constitucionalidad llamado también control difuso² y que contiene el siguiente enunciado: "*Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución*".

3.4. Por su parte el Tribunal Constitucional ha fijado los presupuestos que deben tener en cuenta los jueces cuando inapliquen las normas legales por ser incompatibles con las normas constitucionales. Por citar un ejemplo, en el caso Gamero Valdivia, Expediente N.º 1109-2002-AA/TC, sentencia del seis de agosto de dos mil dos, dejó establecido que:

"6. (...) El control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez (...). El control difuso es un acto complejo en la

² Al respecto, ver: ABAD YUPANQUI, Samuel. Derecho Procesal Constitucional la edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2004

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 29854 – 2018
CUSCO

*medida en que significa preferir la aplicación de una norma cuya validez, en principio, resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado. Por ello, su ejercicio no es un acto simple, y para que él sea válido se requiere de la verificación, en cada caso, de los siguientes **presupuestos**: a. Que, en el proceso constitucional, el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional. b. Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia. c. Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución, en virtud del principio enunciado en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.”³ (Palabra y consonantes destacadas que no aparecen en el original).*

La disposición bajo comentario establece los márgenes dentro de los cuales el juez puede ejercer la facultad de inaplicar una norma por ser incompatible con la Constitución. El control de constitucionalidad se ejercita con el único propósito de resolver una “controversia”, concepto que según Edgar Carpio no puede entenderse de manera restringida, en el sentido de comprender solo a los conflictos intersubjetivos surgidos al amparo del derecho privado, sino que involucra la solución de cualquier caso concreto penal, administrativo, constitucional, etc.⁴

3.5. Asimismo, esta Suprema Sala con fecha dieciséis de agosto de dos mil dieciséis, ha emitido pronunciamiento respecto de la **Consulta N.º 1618-2016-LIMA NORTE**, estableciendo que el fundamento de su segundo considerando constituye **doctrina jurisprudencial vinculante**; en el cual se precisó que:

³ Confrontar además las sentencias recaídas en los Expedientes N° 145-99-AA/TC, sentencia publicada el 16 de marzo de 2000, 1124-2001-AA/TC Sindicato Único de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL, 1383-2001-AA/TC Luis Rabines Quiñones; y 410-2002-AA/TC Julia Soledad Chávez Zúñiga. La referencia a la Segunda Disposición General corresponde a la anterior LOTC, Ley N° 26435, reproducida en la Segunda Disposición Final de la vigente LOTC, Ley N° 28301

⁴ CARPIO MARCOS, Edgar. Control difuso e interpretación constitucional Módulo 4 del Curso de Formación: Código Procesal Constitucional. Academia de la Magistratura. Lima, octubre der 2004, p.29

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 29854 – 2018
CUSCO

“2.2.3. El control difuso conlleva una labor compleja que ineludiblemente debe ser observada por los jueces y traducida en la motivación de la decisión judicial, en tanto garantiza que están actuando conforme a los fines de preservar la supremacía de la norma constitucional, que no están vulnerando la presunción de legitimidad y constitucionalidad de las leyes, no están actuando contra el ordenamiento jurídico, ni utilizando el control difuso para fines distintos a los permitidos.”.

Y en el fundamento 2.5 ha enfatizado las siguientes **reglas para el ejercicio del control difuso judicial**:

*“i. Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales (...). ii. Realizar el juicio de relevancia, en tanto solo podrá inaplicarse una norma cuando es la vinculada al caso, (...). iii. Identificada la norma del caso, el juez debe efectuar una **labor interpretativa exhaustiva** distinguiendo entre disposición y norma;(…). iv. En esencia el control difuso es un control de constitucionalidad en concreto que conlleva la inaplicación al caso particular, es exigencia ineludible iniciar identificando los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención, para así poder aplicar el test de proporcionalidad u otro de igual nivel de exigencia, examinando si la medida legal en cuestión, supera el examen de idoneidad (...), el examen de necesidad (...) y el examen de proporcionalidad en sentido estricto (...).”.* (Lo resaltado es nuestro).

Reglas que, en el presente caso, son valoradas por esta Sala Suprema al momento analizar el ejercicio de control difuso realizado por la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte en la sentencia de vista elevada en consulta.

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 29854 – 2018
CUSCO

3.6 De otro lado, esta Suprema Sala en la resolución dictada el veintidós de julio de dos mil catorce en la Consulta N.º 17151-2013 - cuarto considerando - indicó que:

“(…) la inaplicación de una norma legal, que se interpreta contraria a la Constitución Política del Estado, constituye una prerrogativa jurisdiccional de última ratio, por ésta razón no puede ser invocada a menudo en la actividad jurisdiccional; sino por el contrario, atendiendo a la trascendencia que ésta decisión implica, el juzgador deberá tener en cuenta, en principio, todas las leyes expedidas por el Congreso de la República, por el sólo hecho de haber sido expedidas por el Órgano constitucional que tiene a su cargo la función legislativa, siguiendo para el efecto, todo un proceso de formación de la ley, que es conocido en la doctrina como el ‘iter legislativo’, están amparadas por la presunción de constitucionalidad; por tanto, a priori se presume que todas las leyes son constitucionales y que éstas guardan perfecta armonía entre sí y con la Carta Fundamental”.

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA:

4.1. La Ordenanza Municipal N° 025-2017-MPC, de fecha nueve de octubre de dos mil diecisiete, estableció como regla:

“Prohíbese la prestación del servicio de transporte turístico en vehículos especiales y ómnibus panorámico en el Centro histórico de la Ciudad del Cusco, debidamente delimitado en el artículo 17° del Plan Maestro del Centro Histórico del Cusco y en las vías de acceso al Parque Arqueológico de Sacsayhuamán; en consecuencia, su cumplimiento es obligatorio, para todos los conductores y propietarios ya sean personas naturales o jurídicas de los vehículos especiales y ómnibus panorámico.”.

4.2. Cabe tener en cuenta que el fundamento que esgrime la Municipalidad Provincial para establecer la prohibición de: “la prestación del servicio de transporte turístico en vehículos especiales y ómnibus panorámico en el Centro

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 29854 – 2018
CUSCO**

histórico de la Ciudad del Cusco (...)” se encuentra referida que a través del Informe Técnico N° 1632-JATU/SGRT/GTVT-2017, el Jefe del Área de Transporte Urbano e Inter Urbano, remite la evaluación y verificación de la geometría vial de las vías de acceso al Parque Arqueológico de Sacsayhuamán en donde concluye que las vías Av. Don Bosco, Av. Circunvalación y Vía Cusco –Pisac, presentan deficiencias en cuanto a la geometría vial como radios de giros reducidos en intersecciones de 30°, 60°, 90° y 180° pendientes elevadas mayores a 10%, anchos de vías entre 5.25 metros y 10.00 metros, velocidades posteadas mayores a 60 km/h y la falta del cumplimiento del Manual de Diseño de Carreteras (DG-2013), donde indica que los radios de giros mínimos de 30° (R min. 10.27m), ángulos de 60 (R min. 8.68m), ángulos de 90° (R min. 7.30), respecto de los anchos de carriles mínimos deben ser de 3.33 metros a 3.50 metros para vías arteriales como refiere el Plan de Desarrollo Urbano Vigente (2003-2013), (...); **precisando además, que la estructura física de los vehículos modificados (ómnibus panorámico), no cuentan con las medidas necesarias de seguridad y vienen generando riesgos de accidente por vuelco, puesto que los pasajeros se encuentran expuestos al peligro, que surge por la inestabilidad de la unidad vehicular cuando se encuentra en circulación** (...), por lo que recomienda que dichos vehículos (ómnibus panorámico), llamados comúnmente “mirabuses”, no deben circular en las vías del Centro Histórico del Cusco y Vías de Acceso al Parque Arqueológico de Sacsayhuamán, puesto que la geometría vial es deficiente y la existencia de este tipo de vehículos se ve reflejada en accidentes. (El resaltado es nuestro)

4.3. De ello se advierte que, la decisión de prohibir “la prestación del servicio de transporte turístico en vehículos especiales y ómnibus panorámico en el Centro Histórico de la Ciudad del Cusco”, radicaría en dos presupuestos que generan riesgo la salud y seguridad de las personas: (i) la geometría vial deficiente (radios pequeños para giros en curvas, falta de visibilidad, anchos de carril) y la (ii) la estructura física de los vehículos modificados (vehículos especiales), conlleva a que estos sean inestables cuando se encuentra en circulación, poniendo en riesgo de los pasajeros (vuelcos).”

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 29854 – 2018
CUSCO

4.4. Ahora bien, es necesario tener en cuenta que los vehículos modificados, son, de acuerdo a las “definiciones” que se encuentran contenida en el artículo tercero de la ordenanza municipal bajo análisis, “vehículos especiales” que han sido modificados en sus características originales y/o montaje, los mismos que han sido debidamente inscritos en los registros de propiedad vehicular de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos.

4.5. En esa línea de análisis, nótese que el fundamento de la prohibición se encuentra en la línea de proteger la vida de las personas frente a un servicio de turismo prestado en vehículos modificados o “vehículos especiales”, esto es, aquellos vehículos cuyas características originales o montaje han sido alterados.

4.6. En ese sentido, la ordenanza no establece diferencia alguna entre la modificación de alguna parte complementaria del vehículo o una modificación de la estructura de esta, como es el caso del chasis y dicha diferencia sí resulta relevante para el análisis constitucional de la norma bajo análisis.

4.7. Cabe tener en cuenta que de acuerdo al informe legal N° 109-2017-EPVM/AL.-GTVT-GMC que corre a fojas catorce de autos, la modificación que produciría inestabilidad en el vehículo estaría relacionada a la modificación de la estructura del vehículo, esto es, al chasis.

4.8. Es de advertir que la ordenanza municipal no desarrolla argumento alguno respecto a qué sucede en el caso de vehículos destinados originariamente para el transporte de pasajeros, cuyo chasis no han sido modificados, pero que se les ha añadido la carrocería de un mirabús y menos aun cuando se trata de vehículos mirabús originarios.

4.9. En ese sentido, el Juzgado al realizar el test de proporcionalidad deberá analizar los subprincipios de idoneidad, subprincipios de necesidad y de la proporcionalidad en sentido estricto, si fuera necesario, diferenciando los tres supuestos en los que recaería la prohibición:

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 29854 – 2018
CUSCO

- a) Cuando se trate de vehículos cuyo chasis ha sido alterado o modificado, como es el caso de camiones que fueron convertidos a ómnibus de pasajeros para prestar el servicio de mirabús;
- b) Cuando se trate de vehículos que originariamente fueron construidos para transporte de pasajeros, pero que se modificó su carrocería para realizar la actividad de mirabús;
- c) Cuando se trate de vehículos que originariamente fueron construidos y diseñados como mirabús.

4.10. En dicho análisis deberá tener en cuenta que el análisis de la falta de estabilidad será distinta en cada caso. En efecto, resulta razonable que se prohíba realizar la actividad de mirabús en ómnibus cuyo chasis ha sido alterado, no obstante en el caso de los vehículos que fueron construidos para el transporte de pasajeros y únicamente se modificó la carrocería para mirabús, parecería que el sentido de la prohibición se relativiza, pudiendo no resultar tan razonable la prohibición, y en el caso de los vehículos diseñados y construidos como mirabús, resultaría no razonable que se les prohíba realizar la actividad.

4.11. Si la conclusión del Juzgado es que la ordenanza es inconstitucional para el caso de los demandantes, entonces deberá establecer con claridad y precisión cuales serían las alternativas menos gravosas que debe de establecer la Municipalidad demandada para controlar el riesgo de la actividad de mirabús.

4.12. En el análisis de la ponderación el Juzgado debe tener en cuenta que la Ordenanza Municipal N° 025-2017-MPC que prohíbe “la prestación del servicio de transporte turístico en vehículos especiales y ómnibus panorámico en el Centro histórico de la Ciudad del Cusco”, tiene como finalidad:

“Preservar la vida, integridad física y seguridad de la ciudadanía en general, fomentando el uso racional de la infraestructura vial, la movilidad sostenible, el adecuado uso de las vías, la prestación formal del servicio turístico (...)” (Artículo segundo de la Ordenanza).

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 29854 – 2018
CUSCO

Siendo ello así, los derechos que busca cautelar la ordenanza que prohíbe “la prestación del servicio de transporte turístico en vehículos especiales y ómnibus panorámico en el Centro histórico de la Ciudad del Cusco” serían la vida, la integridad física y seguridad de las personas, que se encuentran contenidos en los numerales 1, 24 artículo 2) y artículo 7) de la Constitución Política del Perú.

4.13. Por otro lado, debe tener en cuenta que las demandantes han alegado que dicha prohibición vulnera sus derechos a la libertad de empresa, comercio y trabajo, para lo cual mencionan los siguientes argumentos:

1.- Antes de la expedición de dicha ordenanza prestaban servicio de transporte turístico en el Centro Histórico de Cusco y el Parque Arqueológico de Sacsayhuamán, autorizadas con resoluciones Directorales que fueron expedidas por la Dirección Regional de Transportes y Comunicaciones del Gobierno Regional de Cusco, para la operación de dichas empresas por diez años que se encuentran vigentes.

2.- La Municipalidad Provincial del Cusco ha venido desplegando conductas tendientes a ilegalizar la actividad empresarial a la que se dedican disponiendo la suspensión de autorización para la circulación de los mirabuses (Acuerdo de Alcaldía N° 112-2014.MPC) generándoles perjuicios.

3.- Ninguno de sus vehículos que prestan servicios fueron modificados y/o alterados, puesto que todos fueron diseñados y construidos específicamente para ser ómnibus panorámico, cumpliendo con la normativa del Ministerio de Transportes y Comunicaciones e inscribiendo sus unidades en los Registros Públicos, incluso contaron con autorización municipal.

4.- La Ordenanza Municipal N° 025-2017-MPC limita el ejercicio de una actividad económica, más aún cuando el gobierno nacional, a través de la

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 29854 – 2018
CUSCO

Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, ha dispuesto que los vehículos panorámicos pueden circular por las vías del territorio peruano.

5.- Existen otros medios menos lesivos para cumplir con la finalidad de evitar accidentes, como establecer parámetros precisos y estrictos para la prestación del servicio de transporte turístico en mirabuses.

6.- La Ordenanza es desproporcionada e irracional debido a que si la finalidad es salvaguardar la seguridad de las personas por la geometría vial deficiente entonces debería prohibirse todo tránsito de vehículos.

4.14. En ese sentido, en tanto, en el presente caso la expedición de la ordenanza municipal ha evidenciado conflictos entre derechos fundamentales, el análisis jurídico de dicha controversia exige, como se ha dicho precedentemente, llevar a cabo el test de proporcionalidad.

4.15. De acuerdo a Marcial Rubio Correa, “El test de proporcionalidad es un instrumento metodológico originado en tribunales constitucionales europeos que se emplea para medir si el grado de limitación o restricción de un derecho fundamental, dispuesto por la ley o por alguna medida gubernamental, resulta compatible con la constitución, atendiendo a la razonabilidad y proporcionalidad de la afectación al derecho. Nuestro Tribunal Constitucional lo utiliza para ponderar casos de conflictos entre derechos fundamentales o de la restricción impuesta a un derecho específico.”⁵

Al respecto, el test de proporcionalidad comprende tres sub principios a analizar:

Análisis de idoneidad. Cabe tener en cuenta que la idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin entre el medio adoptado y el fin medio a fin, entre el medio adoptado y el fin propuesto. Es decir, se trata del análisis de una relación medio-fin (STC N° 0045 -2004-AI).

⁵ Rubio Correa, Marcial. El Test de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. Fondo Editorial PUCP. Segunda Edición.

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 29854 – 2018
CUSCO

Análisis de necesidad. Busca examinar si existen otros medios alternativos al optado que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata del análisis de una relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el optado y el, o, los hipotéticos que hubiera podido adoptarse para alcanzar el mismo fin (STC N° 0045-2004-AI).

Análisis de proporcionalidad. Consiste en en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en el derecho, el cual debe ser analizado bajo la regla: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (STC N° 0045-2004-AI).

4.16. En esa perspectiva, dado que en la presente resolución se ha estimado ordenar al Juzgado que realice el análisis de la controversia bajo el test de proporcionalidad, y de dar respuesta jurídica ponderada al caso, teniendo en cuenta que al prohibir absolutamente la actividad de turismo en el corredor vial de acceso al Parque Arqueológico de Sacsayhuamán que incluye la Av. Don Bosco, Av. Circunvalación y Vía Cusco –Pisac, a través del servicio de mirabús se elimina los derechos a la libertad de empresa, de comercio y del trabajo, de las empresas que venían prestando dicho servicio, y, al permitir irrestrictamente dicha actividad se generaría un riesgo desproporcionado en el que elimina el derecho a la salud y seguridad de las personas, correspondiendo por tal razón desaprobar la consulta.

V. DECISIÓN:

Por estas consideraciones, **DESAPROBARON** la sentencia consultada contenida en la resolución número tres, de fecha veinticinco de julio de dos mil dieciocho, obrante a fojas trescientos setenta y uno, en el extremo que realiza el control difuso declarando inaplicable al caso el artículo quinto de la Ordenanza Municipal N° 025-2017-MPC, de fecha nueve de octubre de dos mil diecisiete,

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 29854 – 2018
CUSCO**

publicada el dieciséis de octubre del referido año; **ORDENARON** la emisión de nueva sentencia conforme a las consideraciones previamente anotadas; en los seguidos por Americana de Turismo Empresa Individual de Responsabilidad Limitada y otros, contra la Municipalidad Provincial del Cusco, sobre acción de amparo; y los devolvieron. Interviene como Juez Supremo Ponente el señor **Arias Lazarte.-**

S.S.

PARIONA PASTRANA

ARIAS LAZARTE

RUEDA FERNÁNDEZ

TOLEDO TORIBIO

BUSTAMANTE ZEGARRA

Cal/Pvs

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 29854 – 2018
CUSCO**

CONSTANCIA

Se deja constancia que en la fecha se llevó a cabo la vista de causa de la presente consulta con los señores Jueces Supremos: **Pariona Pastrana, Arias Lazarte, Rueda Fernández, Toledo Toribio y Bustamante Zegarra.**

Lima, 06 de junio de 2019.

FÉLIX CAPUÑAY PISFIL

Relator