



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 1209-2006-PA/TC  
LIMA  
COMPAÑÍA CERVECERA  
AMBEV PERU S.A.C

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 14 días del mes de marzo de 2006, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular de los magistrados Alva Orlandini y Landa Arroyo y los fundamentos de voto de los magistrados Bardelli Lartirigoyen y Vergara Gotelli

### ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Compañía Cervecería Ambev Peru S.A.C, contra la sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fojas 105 del segundo cuaderno, su fecha 15 de diciembre de 2005, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos.

### ANTECEDENTES

Con fecha 12 de julio de 2005, la empresa recurrente interpone demanda de amparo contra los vocales de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima y contra el juez del Vigésimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, solicitando se declare la nulidad de las resoluciones N.º 8 de fecha 18 de mayo de 2005 y N.º 1 de fecha 09 de diciembre de 2004, expedidas por los mencionados órganos, vulnerando su derecho al debido proceso, libertad de empresa, libertad de industria y libertad de contratación.

Refiere que la empresa "Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A" (Backus), interpuso demanda en su contra ante el Vigésimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima solicitando que: a) se declare a Backus propietaria de 88'330,000 envases de vidrio; b) se declare que Ambev no tiene derecho a utilizar sus envases, sin que medie una autorización; c) se ordene a las empresas García S.A., Distribuidora del Norte S.A.C, Central del Sur S.A y Europa S.A.C; a no entregar o disponer sus envases a personas ajenas; d) se declare que INDECOPI no puede disponer la entrega de sus envases.

Sostiene también que, con la finalidad de garantizar el resultado del proceso principal, la propia empresa Backus solicitó medida cautelar, la misma que fue concedida mediante resolución N.º 1 de fecha 09 de diciembre de 2004, en la que se ordena que: a) Ambev se abstenga de tomar posesión por cualquier título de los envases de vidrio existentes en el mercado, en tanto no se resuelva de manera definitiva este proceso; b) se abstenga de introducir al mercado peruano, utilizar o envasar sus productos en botellas iguales a los envases de vidrio referidos, en tanto no se resuelva de manera definitiva este proceso; c) se ordene que Ambev se abstenga de intercambiar, por sí o por intermedio de terceros, botellas iguales a las descritas. Posteriormente, la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima mediante resolución N.º 8 de fecha 18 de mayo de 2005, confirmó la apelada.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Finalmente alega que, dichas resoluciones vulneran sus derechos a la tutela procesal efectiva, al debido proceso, en concreto su derecho a obtener una resolución fundada en derecho, así como la observancia de los principios de proporcionalidad y congruencia en el otorgamiento de la medida cautelar.

Mediante resolución s/n de fecha 5 de setiembre de 2005, la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró improcedente la demanda, por considerar que solo procede demanda de amparo contra resoluciones judiciales emanadas de un proceso irregular, donde se verifica vulneración de la tutela procesal efectiva (que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso) y que lo que realmente se pretende cuestionar en el presente proceso es lo resuelto por las instancias ordinarias, pues se verifica que la pretensión es igual a la solicitada en el recurso de apelación contra la medida cautelar, la misma que fue desestimada en su oportunidad.

Recurrida la sentencia, ésta fue confirmada, básicamente porque a criterio de la Sala, sólo procede la demanda de amparo contra resoluciones judiciales firmes y definitivas, no contra una medida cautelar que tiene por característica la provisionalidad y variabilidad a través del uso de medios impugnatorios, además de considerar que resultaría inconstitucional que el juez constitucional se inmiscuya en un proceso en trámite.

### FUNDAMENTOS

#### §1. Delimitación del Petitorio

1. Mediante el presente proceso, la compañía recurrente solicita que se deje sin efecto la Resolución N°. 8 de fecha 18 de mayo de 2005 (Exp. N° 576-2005), mediante la cual la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, confirmó la Resolución de fecha 9 de diciembre de 2004, emitida por el Vigésimo Sexto Juzgado Civil de Lima, mediante la que se concede una medida cautelar a favor de la empresa "Unión de Cervecerías Peruanas Backus & Johnston S.A.C."
2. En dicha medida cautelar, se ordena que la empresa recurrente se abstenga de,  
*"(...) tomar posesión por cualquier título de los envases de vidrio de 620 mililitros de capacidad, color ámbar, de boca redonda y pico rasurado con ribete sobresaliente, cuello delgado que va ampliando hasta llegar a la parte cóncava, además del tronco cilíndrico con base redonda, que se encuentra signados con un símbolo consistente en un triángulo que lleva las iniciales CFC a la altura del cuello de la botella, en tanto no se resuelva de manera definitiva este proceso; y finalmente se ordena que Ambev no intercambie, por sí o por intermedio de terceros(...)"* las referidas botellas ya identificadas previamente.
3. En tal sentido, según refiere la empresa demandante, con la confirmación en segunda instancia de la medida cautelar se afectan sus derechos constitucionales a la tutela procesal efectiva, a la libre contratación y la libertad de empresa, comercio e industria. De otro lado, según manifiesta, la medida cautelar ha sido dictada con manifiesto agravio no sólo del derecho a la tutela procesal, en la medida que otorga más de lo solicitado en el proceso principal, sino que además, por esta misma razón, afecta también el derecho de propiedad de los usuarios o consumidores de cervezas que también son propietarios de envases, lo que habría sido reconocido por la propia empresa beneficiada con la medida cautelar.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### §2. Cuestiones procesales previas

6. Antes de avanzar sobre las cuestiones planteadas por la demandante, conviene detenerse en algunos aspectos procesales que han sido planteados en las instancias judiciales previas y que ameritan la consideración de este Colegiado. La primera de estas cuestiones se refiere a la posibilidad o no de un control constitucional de las resoluciones judiciales emitidas en el trámite de una medida cautelar; la segunda en cambio, está referida a la posibilidad procesal de emitir una sentencia sobre el fondo pese a que las dos instancias judiciales han rechazado de plano la demanda sin que se haya producido un emplazamiento pleno de la demanda.

#### 2.1. Sobre el control constitucional de las medidas cautelares

7. Con relación a la primera cuestión, esto es, la posibilidad o no del control constitucional a través del proceso de amparo de lo resuelto en el trámite judicial de una medida cautelar, ambas instancias judiciales han tomado como argumento central de rechazo de la demanda, la consideración de que en el trámite de una medida cautelar no se estaría ante una resolución firme y definitiva, puesto que según sostienen, constituye una característica consustancial a toda medida cautelar, el que éstas sean provisionales y, por tanto, variables en el tiempo.
8. En efecto, la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante resolución de fecha 5 de setiembre de 2005, rechazó la demanda tras considerar fundamentalmente que,

*“las medidas cautelares son de tipo precautorio, preventivo, no son dictadas cuando el juzgador ha formado certeza, basta la probabilidad de que la pretensión sea amparada en la sentencia final, por tanto no tiene la característica de la inmutabilidad propia de las resoluciones firmes o definitivas” (FJ. 4°).*

Ahondando en este argumento, la Sala ha precisado que,

*“La condición de ‘firme’ de una resolución judicial prevista en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional no puede ser interpretado únicamente como las resoluciones contra las cuales no proceden otros medios impugnatorios que los ya resueltos, esto es como sinónimo de inimpugnable; sino debe ser entendido también en su atributo de inmutabilidad, característica que no se tiene en el presente caso” (FJ. 5°).*

9. En esta misma línea argumental, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República, ha sostenido que,  
*“(…) el amparo no es procedente (sic) en contra de lo ordenado en una medida cautelar, pues por su propia naturaleza tal medida no es firme ni definitiva, por el contrario, la validez de lo ordenado vía medida cautelar, necesariamente estará supeditado al eventual cambio de las circunstancias de hecho y de derecho que le sirvieron de sustento”<sup>1</sup>*

<sup>1</sup> Resolución de fecha 15 de diciembre de 2005, FJ. 6°, fojas 108 y ss. del cuaderno respectivo.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

10. Este Colegiado no comparte el criterio propuesto por las instancias judiciales. Tal como ha sido sustentado por la parte demandante, una cosa es que una decisión tenga el carácter de firme por que es inatacable mediante los recursos procesales previstos, y otra que la misma sea inmutable o “inalterable” porque sea una decisión jurisdiccional definitiva. La confusión de conceptos lleva a las instancias judiciales a la errónea interpretación de que cuando estamos frente a decisiones producidas en el trámite de medidas cautelares, como éstas no son “inmutables” (pues siempre existe la posibilidad de su variabilidad por tratarse de medidas provisionales), ergo no cabe su control a través del proceso de amparo, ya que conforme al artículo 4° del Código Procesal Constitucional, para que ello suceda debe tratarse de “resoluciones judiciales firmes”. La categoría de resolución firme, debe ser comprendida al margen del trámite integral del proceso, pues ello permite que incluso un auto, y no sólo la sentencia que pone fin al proceso, puedan merecer control por parte del Juez Constitucional. La condición es, en todo caso, que su trámite autónomo (y la medida cautelar tiene una tramitación autónoma) haya generado una decisión firme, esto es, una situación procesal en la que ya no es posible hacer prosperar ningún otro recurso o remedio procesal que logre revertir la situación denunciada.
11. Entender en sentido contrario, como lo hacen las instancias judiciales, llevaría al absurdo de que por ejemplo, una medida cautelar como la detención preventiva en los procesos penales, no podría ser controlada por el juez constitucional a través del proceso de Habeas corpus o incluso, dependiendo de la naturaleza del agravio, a través de cualquier otro proceso constitucional que tenga por finalidad preservar el derecho en cuestión. No es pues la naturaleza provisional o transitoria del acto o resolución judicial lo que determina que prospere o no una garantía constitucional como es el Amparo, sino en todo caso, la constatación de que se ha afectado de modo manifiesto alguno de los contenidos constitucionales protegidos a través de los procesos constitucionales, y que, el afectado con tales actos o resoluciones, haya agotado los medios procesales de defensa o impugnación, de modo que la decisión que viene al Juez Constitucional sea una que ha adquirido firmeza en su trámite procesal.
12. En el caso de las medidas cautelares, dicha firmeza se alcanza con la apelación y su confirmatoria por la Sala, con lo cual, una vez emitida la resolución de segunda instancia queda habilitada la vía del amparo si es que la violación o amenaza continúa vigente. De lo contrario, se estaría creando zonas de intangibilidad, que no pueden ser controladas hasta que concluya el proceso judicial principal. Se dejaría de este modo al arbitrio judicial sin ningún mecanismo de control a través de los procesos constitucionales. En este sentido, debe recordarse que la tutela cautelar si bien constituye un derecho para garantizar el cumplimiento de la sentencia que se dicte sobre el fondo, supone al mismo tiempo, un juzgamiento en base a probabilidades, por tanto, su potencial de constituirse en acto arbitrario es incluso mayor al de una sentencia que ha merecido una mayor cautela y conocimiento por parte del Juez. En consecuencia, el pretender cerrar la posibilidad de su control jurisdiccional a través de los procesos constitucionales, resulta en este sentido manifiestamente incongruente con los postulados básicos del Estado Democrático de Derecho, entre éstos, con el principio de interdicción de la arbitrariedad reconocido por nuestra propia jurisprudencia<sup>2</sup>. En este sentido, el Tribunal considera que el

<sup>2</sup> Véase en este sentido nuestra sentencia en el Exp. N° 1803-2004-AA/TC, en especial su fundamento 14° donde el Tribunal establece: “(...)aunque no explícitamente, al reconocer la Constitución en su artículo 3°, así como en el artículo 43, el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, ha incorporado el principio de interdicción o prohibición de todo poder ejercido en forma arbitraria e injusta y así ha puesto un límite infranqueable para todo poder público”.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

argumento utilizado por las instancias judiciales para rechazar la presente demanda, según el cual en el caso de autos no estamos ante una “resolución judicial firme”, debe ser rechazada debiendo proceder a analizar las cuestiones sobre el fondo.

### 2.2. Rechazo liminar y sentencia sobre el fondo

13. Una segunda cuestión que debe también ser analizada antes de ingresar al fondo de las cuestiones planteadas, es la referida al rechazo liminar que ha merecido la demanda de autos por las dos instancias judiciales previas. La cuestión que debe plantearse en este punto es si, pese a tal situación procesal, resulta válida la emisión de una sentencia sobre el fondo. Al respecto la posición jurisprudencial de este Tribunal ha sido uniforme, al considerar que la aplicación del segundo párrafo del artículo 20° del Código Procesal Constitucional, esto es, la anulación de todo lo actuado tras constatarse que se ha producido un indebido rechazo liminar de la demanda en las instancias judiciales, sólo podría decretarse tratándose de la presencia irrefutable de un acto nulo; entendiéndolo como aquel,

*"(...) que, habiendo comprometido seriamente derechos o principios constitucionales, no pueden ser reparados" (STC 0569-2003-AC/TC, Fund. Jur. N.º 4.)*

14. En este sentido y conforme hemos señalado recientemente en la sentencia del Exp. N° 4587-2004-AA/TC,

*"la declaración de invalidez de todo lo actuado sólo resulta procedente en aquellos casos en los que el vicio procesal pudiera afectar derechos constitucionales de alguno de los sujetos que participan en el proceso. En particular, del emplazado con la demanda, cuya intervención y defensa pueda haber quedado frustrada como consecuencia precisamente del rechazo liminar" (FJ N° 15)*

15. En el caso de autos, tal afectación no se ha producido, en la medida que las partes involucradas, pese al rechazo liminar de la demanda por las dos instancias judiciales, no obstante han tomado conocimiento del trámite procesal de la demanda. En tal sentido, el procurador público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial, se ha apersonado y presentado sus alegatos e incluso la empresa Backus, que en estricto no era la parte emplazada con la presente demanda, ha presentado informes y escritos sustentando su posición<sup>3</sup>. De este modo, el Tribunal considera que si bien los jueces de las instancias precedentes debieron admitir la demanda, sin embargo al no hacerlo, no se ha generado un supuesto de nulidad que amerite retrotraer el estado del proceso a la etapa de su admisión, pues ello podría resultar más gravoso aún para la parte que ha venido solicitando tutela urgente para sus derechos a través del proceso de amparo. Esta postura encuentra fundamento además, en el hecho de que en el caso de autos; a) en primer lugar, se recogen todos los recaudos necesarios como para emitir un pronunciamiento sobre el fondo; b) el rechazo liminar de la demanda no ha afectado el derecho de defensa de los emplazados,

<sup>3</sup> Así se constata en autos a fojas 229, 230, 231, 232 y 233, donde consta las notificaciones efectuadas a los magistrados emplazados; así mismo, a fojas 237, consta el apersonamiento del Procurador Público a cargo de los Asuntos Judiciales del Poder Judicial, Dr. Segundo Jesús Vitery Rodríguez. Por su parte, a fojas 76 del segundo cuaderno, consta la notificación que se hace a la Empresa Unión de Cervecería Peruana Backus y Johnston, y a fojas 80 del mismo cuaderno, consta el escrito de apersonamiento de la referida empresa, solicitando los recaudos del expediente. Finalmente, mediante escrito de fecha 20 de marzo de 2006, la misma empresa ha presentado sus alegatos ante este Tribunal, acompañando los dictámenes técnicos de los doctores, Jorge Avendaño y Francisco Eguiguren.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

quienes fueron notificados, y si bien no participaron directamente, sí lo hicieron a través del procurador público encargado de los asuntos judiciales del Poder Judicial; c) por último, no debe olvidarse que en el caso de autos se cuestiona una decisión cautelar, es decir, una decisión que ha sido adoptada con la inmediatez y urgencia propia de su naturaleza procesal y que viene surtiendo efectos desde su adopción, lo que requiere también una respuesta rápida que no convierta en irreparable la posible afectación si es que así se comprobara.

16. En consecuencia y, conforme a los principios que informan los procesos constitucionales, en particular, los principios de economía, informalidad, celeridad y el principio finalista, según el cual, las formalidades procesales están al servicio de los fines que se persigue con la instauración de los procesos constitucionales; este Tribunal considera que debe ingresar a analizar las pretensiones de fondo planteadas y emitir sentencia resolviendo el conflicto constitucional suscitado.

### §3. Sobre la presunta afectación del derecho a la libertad contractual

17. Ingresando a las cuestiones planteadas sobre el fondo, lo primero que debe analizarse, es el argumento sobre la supuesta afectación a la libertad de contratar de Ambev que supondría la medida cautelar otorgada por los jueces emplazados. Para sustentar este extremo de su pretensión, la empresa recurrente ha sostenido básicamente, que la prohibición de intercambiar los envases de cervezas objeto de la medida cautelar, afecta su relación contractual con sus clientes, puesto que según sostiene,

*“En el sistema de intercambio imperante en el mercado cervecero peruano, el intercambio se produce entre productores y consumidores, de manera que cualquier productor de cerveza (como AmbevPerú) debe poder intercambiar sus botellas de cerveza (que no son las discutidas por Backus) con las que son de propiedad de los consumidores. Por ende, ese intercambio, en el que no participa de modo alguno Backus (ni “sus” botellas), no puede ser legal ni judicialmente impedido”<sup>4</sup>*

18. Por su parte, Backus ha sostenido que la medida cautelar que les ha sido concedida, en ningún momento puede afectar el derecho de libertad de contratar de AmbevPerú, puesto que lo que en ella se ha dispuesto es la restricción del uso de las botellas de propiedad de Backus sin que medie autorización de parte de ésta.

*“(...)ello sin embargo no tiene ninguna relación con el derecho a la libre contratación que tiene Ambev para contratar libremente con los consumidores la venta de sus productos en sus propios envases.”; así mismo ha sostenido que “Ambev no tiene ninguna limitación para producir y vender su cerveza en envases de su propiedad, e intercambiar los mismos con los consumidores (...)”<sup>5</sup>*

19. Este Colegiado encuentra que el amparo no es la vía adecuada para un pronunciamiento sobre el fondo de este extremo de la demanda, puesto que, (tal como ha sido presentado), un pronunciamiento sobre el derecho en cuestión, requeriría necesariamente la acreditación de la propiedad de las botellas como bienes fungibles, pero además, de la patente sobre las formas y

<sup>4</sup> Escrito de demanda punto V.3

<sup>5</sup> Escrito presentado ante el Tribunal Constitucional, punto 3.2



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

demás derechos industriales que la misma involucra; del mismo modo, resulta indispensable la verificación de la forma en que opera el proceso de intercambio de botellas en el mercado cervecero peruano, cuestiones que no pueden ser debidamente contrastadas en esta vía, debido a la naturaleza sumaria del proceso de amparo y a la ausencia de una etapa probatoria en su interior. Como tantas veces ha afirmado este Colegiado, la tutela de derechos fundamentales mediante los procesos constitucionales requiere como supuestos de hecho, que la afectación o en su caso la amenaza sean irrefutables, de modo que su evidencia sea razonablemente precisa y clara para el juez constitucional, sin que pueda admitirse solicitudes de tutela cuando los presupuestos de los que parte (como en este caso la propiedad de las botellas), son todavía objeto de un proceso judicial en trámite. De otro modo se estaría obligando a una actuación temeraria y riesgosa para los mismos derechos por parte de la justicia constitucional; máxime si se tiene en cuenta que, con relación a la propiedad de las botellas a que se refiere el presente amparo, existe pendiente ante la justicia ordinaria un proceso judicial en curso en cuyo marco se ha dictado precisamente la medida cautelar que motivó la presente demanda.

### §4. Sobre la afectación a las libertades de empresa, comercio e industria

#### 4.1. ¿Puede afectarse la libertad de empresa, comercio e industria mediante una resolución judicial?

20. Antes de proceder a analizar si con la medida cautelar en cuestión se afecta alguno de los ámbitos constitucionalmente protegidos del derecho a la libertad de empresa, comercio e industria, conviene detenernos no obstante en un aspecto procesal que ha invocado Backus. En efecto, al responder este extremo de la demanda, la empresa Backus ha propuesto el argumento conforme al cual, el amparo contra resoluciones judiciales no podría prosperar si es que se alega la violación de derechos que no sean los expresamente reconocidos en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional. En efecto, conforme ha sostenido la defensa de Backus al solicitar la improcedencia de este extremo de la demanda,

*"(...)solo procede amparo contra resoluciones judiciales cuando estamos ante un supuesto de afectación a la tutela procesal efectiva. La vulneración de cualquier otro derecho constitucional no se encuentra protegida por el amparo contra resoluciones judiciales".*

Según su parecer, tal conclusión se desprendería de modo inequívoco de lo establecido en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional.

21. El referido artículo 4° del CPConst. establece en efecto, que tratándose del amparo contra resoluciones judiciales, éste sólo procede *"respecto de resoluciones firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso"*. A partir de este enunciado general puede establecerse *prima facie*, que la procedencia del Amparo respecto de resoluciones judiciales, estaría condicionado, cuando menos, a los siguientes supuestos de hecho: a) Que la decisión judicial que se cuestiona sea una que tenga la condición de firme; b) que el agravio denunciado sea manifiesto, y que recaiga; c) en algún aspecto de la tutela procesal efectiva, que según el propio Código, comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. Con más precisión aún, el mismo dispositivo legal intenta delimitar el contenido de lo que debe entenderse por tutela procesal efectiva para efectos



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

de controlar la actividad judicial y su posible incidencia en la afectación de derechos fundamentales<sup>6</sup>.

22. De este modo, al delimitar el ámbito de control constitucional de las decisiones judiciales a los aspectos vinculados con la tutela procesal y el debido proceso, se ha intentado dar un contenido más específico a lo que hasta hace poco se identificaba como “proceso irregular” para, de este modo, admitir la procedencia del amparo contra decisiones judiciales asumiendo en este sentido una interpretación en sentido contrario a la dicción literal de lo que establecía el inciso 2) del artículo 6° de la derogada Ley N° 23506 y recogido ahora en el artículo 200 inciso 2° de la Constitución, conforme al cual el Amparo “no procede...contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular”.
23. Como es sabido, hoy en día es pacífica tanto la doctrina como la propia jurisprudencia de este Tribunal al admitir el amparo contra decisiones judiciales. La cuestión que en todo caso, resta por definir y que aparece planteada en el presente caso, es si los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional, sólo pueden afectar determinados derechos y no cualquiera como ocurre con cualquier otro funcionario, autoridad o incluso los particulares. Una interpretación aislada de lo que dispone hoy en día el artículo 4° del CPConst., pareciera en efecto, sugerir una respuesta restrictiva en el sentido anotado, generándose de este modo algunas incoherencias con el propio texto constitucional.

### **4.2. Los jueces como cualquier autoridad o funcionario pueden afectar cualquiera de los derechos constitucionales reconocidos.**

24. Los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, no sólo porque se desprenden de un texto normativo que es norma fundamental, sino por su dimensión axiológica de unión inseparable a la dignidad humana, fundamento último del orden constitucional<sup>7</sup>. De este modo, aunque resulte obvio decirlo, también los jueces están sometidos en su actuación a los contenidos la Constitución. Ello supone desde luego, que todos los derechos fundamentales vinculan a los jueces y no sólo los referidos a la tutela judicial efectiva como pareciera sugerir la lectura de los abogados de Backus con relación al artículo 4° del Código Procesal Constitucional. Si todos los derechos fundamentales vinculan a los jueces como a todo poder público, entonces: ¿qué pasa si una decisión jurisdiccional se emite violando flagrantemente un derecho que no se encuentre en la lista enunciativa del artículo 4° del CPConst.? La repuesta a esta cuestión, supone indagar sobre el modelo de protección constitucional de los derechos fundamentales a través del proceso de amparo.
25. En efecto, el artículo 200 inciso 2° de la Constitución no hace diferencias entre los tipos de actos que pueden ser objeto de control mediante el proceso de amparo. Sólo se refiere a que el

<sup>6</sup> Según el mismo artículo 4°, “Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal”.

<sup>7</sup> Esta concepción de los derechos fundamentales ha sido constante en nuestra jurisprudencia, véase solo como referencia la STC N° 5854-2005-AA/TC, caso Lizana Puelles. Fundamentos 3° a 6°.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

proceso de amparo resulta procedente “contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza *los demás derechos* reconocidos por la Constitución...”. De este modo, el Amparo se constituye en una de las garantías jurisdiccionales de protección de derechos fundamentales más amplia y complementaria de las demás que ofrece el sistema constitucional peruano (a saber, el Hábeas corpus y el Hábeas data). La extensión de tal protección no se agota ni siquiera en la enunciación textual de los derechos reconocidos en la propia Constitución, pues mediante la cláusula de expansión y desarrollo de los derechos fundamentales a que hace referencia el artículo 3° de la Constitución, el amparo es también la garantía por excelencia para proteger los “otros” derechos “que se fundan en la dignidad del hombre, en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”. Como anota Häberle, en el Estado Constitucional “¡No hay *numerus clausus* de las dimensiones de tutela y garantía de los derechos fundamentales, así como no hay *numerus clausus* de los peligros!”<sup>8</sup>

En esta misma dirección se ha pronunciado recientemente este Colegiado al sostener que,

*“La tesis según la cual el amparo contra resoluciones judiciales procede únicamente por violación del derecho al debido proceso o a la tutela jurisdiccional, confirma la vinculatoriedad de dichos derechos en relación con los órganos que forman parte del Poder Judicial. Pero constituye una negación inaceptable en el marco de un Estado constitucional de derecho, sobre la vinculariedad de los “otros” derechos fundamentales que no tengan la naturaleza de derechos fundamentales procesales, así como la exigencia de respeto, tutela y promoción ínsitos en cada uno de ellos.*

*En efecto, en el ejercicio de la función jurisdiccional, los jueces del Poder Judicial no sólo tienen la obligación de cuidar porque se hayan respetado los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas cuya controversia se haya sometido a su conocimiento, sino también la obligación –ellos mismos– de respetar y proteger todos los derechos fundamentales al dirimir tales conflictos y controversias” (STC N° 3179-2004-AA Fj. N° 18).*

26. El Tribunal considera en este sentido, que la enunciación de una lista de derechos que el legislador ha establecido como atributos de la tutela procesal efectiva, para efectos de controlar la actuación de los jueces o incluso de los fiscales en el ámbito de sus respectivas competencias relacionadas con los procesos judiciales, no agota las posibilidades fácticas para el ejercicio de dicho control, ni tampoco quiere significar una lista cerrada de derechos vinculados a la cláusula general de la tutela procesal efectiva. Esto se desprende además de la propia lectura del artículo 4° del CPConst. que al referirse a la tutela procesal efectiva lo define como “aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos...”. Una lista enunciativa supone una referencia sobre los alcances de tal derecho, más no debe interpretarse como una lista cerrada de posibles infracciones, puesto que no se trata de un código de prohibiciones sino de posibilidades interpretativas para su mejor aplicación. Resulta por tanto razonable pensar que con tal enunciación no se está estableciendo la imposibilidad de que otros bienes constitucionales, y no solo la tutela procesal, puedan también resultar afectados mediante la actuación del poder jurisdiccional del Estado.

27. Establecido lo anterior, debe precisarse sin embargo, que el amparo contra resoluciones judiciales no supone como tantas veces lo hemos afirmado, un mecanismo de revisión de la

<sup>8</sup> Häberle, P. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1997, pg. 269.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

cuestión de fondo discutida en el proceso que lo origina, por lo que las violaciones a los derechos de las partes de un proceso deben expresarse con autonomía de dichas pretensiones. Es decir, debe tratarse de afectaciones del Juez o Tribunal producidas en el marco de su actuación jurisdiccional que la Constitución les confiere y que distorsionan o desnaturalizan tales competencias al punto de volverlas contrarias a los derechos constitucionales reconocidos y por tanto inválidas.

### 4.3. El debido proceso como garantía no sólo procedimental sino también sustancial de los derechos

28. Unido a las consideraciones precedentes, debe también tenerse en cuenta que la dimensión sustancial del debido proceso abre las puertas para un control no sólo formal del proceso judicial sino que incide y controla también los contenidos de la decisión en el marco del Estado Constitucional. Es decir, la posibilidad de la corrección no sólo formal de la decisión judicial, sino también la razonabilidad y proporcionalidad con que debe actuar todo juez en el marco de la Constitución y las leyes. Como lo ha precisado la Corte Constitucional Colombiana en criterio que en este extremo suscribimos,

*“El derecho al debido proceso es un derecho fundamental constitucional, instituido para proteger a los ciudadanos contra los abusos y desviaciones de las autoridades, originadas no sólo en las actuaciones procesales sino de las decisiones que adoptan y pueda afectar injustamente los derechos e intereses legítimos de aquellos”<sup>9</sup>*

29. Por nuestra parte, hemos expresado que a partir del debido proceso también es posible un control que no es sólo procesal o formal, sino también material o sustancial, respecto de la actuación jurisdiccional vinculado esta vez con la proporcionalidad y razonabilidad de las decisiones que emite en el marco de sus potestades y competencias<sup>10</sup>. En este sentido hemos establecido que,

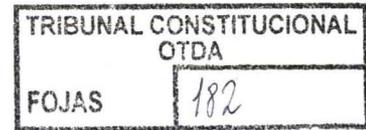
*“el debido proceso no es sólo un derecho de connotación procesal, que se traduce ...en el respeto de determinados atributos, sino también una institución compleja, que no alude sólo a un proceso intrínsecamente correcto y leal, justo sobre el plano de las modalidades de su tránsito, sino también como un proceso capaz de consentir la consecución de resultados esperados, en el sentido de oportunidad y de eficacia”<sup>11</sup>.*

30. El debido proceso en su dimensión sustancial quiere significar un mecanismo de control sobre las propias decisiones y sus efectos, cuando a partir de dichas actuaciones o decisiones se afecta de modo manifiesto y grave cualquier derecho fundamental (y no sólo los establecidos en el artículo 4° del CPConst.). No se trata desde luego que la justicia constitucional asuma el papel de revisión de todo cuanto haya sido resuelto por la justicia ordinaria a través de estos mecanismos, pero tampoco de crear zonas de intangibilidad para que la arbitrariedad o la injusticia puedan prosperar cubiertas con algún manto de justicia procedimental o formal. En otras palabras, en el Estado Constitucional, lo “debido” no sólo está referido al *cómo* se ha de

<sup>9</sup> Sentencia de la Corte Colombiana T-751A de 1999, citado por Carlos Bernal Pulido en *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, 2005, pág. 338

<sup>10</sup> Véase en este sentido, entre otras el Exp. N° 080-2003-HC/TC (FJ. 1°)

<sup>11</sup> Exp. N° 0258-2003-HC/TC, (FJ. 1°)



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

actuar sino también a *qué* contenidos son admitidos como válidos. Tal como refiere Bernal Pulido<sup>12</sup>, el Estado Constitucional bien puede ser definido en su dimensión objetiva como un “conjunto de procesos debidos” que vinculan la actuación de los poderes públicos a los principios, valores y reglas del Estado democrático.

31. De este modo, también a partir de la dimensión sustancial del debido proceso, cualquier decisión judicial puede ser evaluada por el juez constitucional no sólo con relación a los derechos enunciativamente señalados en el artículo 4° del CPConst. sino a partir de la posible afectación que supongan en la esfera de los derechos constitucionales. En consecuencia el argumento de Backus, en el sentido de que el derecho a la libertad de empresa, comercio e industria no deben merecer análisis por este Colegiado al no tratarse de derechos incluidos en el ámbito de la tutela procesal efectiva, carece de sustento y en consecuencia se debe proseguir a su análisis.

### 4.4. Evaluación del derecho invocado y su supuesta afectación

32. Esclarecida la posibilidad de que mediante una decisión judicial también es factible la afectación de cualquiera de los derechos constitucionalmente reconocidos o incluso aquellos que no tienen reconocimiento expreso conforme lo establece el artículo 3° de la Constitución; debemos ahora analizar, si en el caso de autos, la resolución cuestionada vulnera el derecho a la libertad de empresa, industria y comercio. Conforme ha sostenido la empresa recurrente,

*“La afectación provocada por la resolución judicial que motiva esta demanda tiene un innegable “efecto cascada” pues, el agravio al derecho a la tutela procesal efectiva de AmbevPerú produce, como efecto directo, una afectación de nuestro derecho a la libre contratación con los consumidores. A su vez, dicha afectación a la libre contratación ha traído como consecuencia la afectación de nuestro derecho a la libertad de empresa, comercio e industria, garantizado expresamente por la Constitución...”<sup>13</sup>.*

33. En este sentido y conforme ha expuesto la empresa recurrente en su recurso de agravio,

*“La afectación a nuestras libertades de empresa, comercio e industria también es manifiesta, pues la resolución judicial mencionada, al impedirnos realizar los contratos antes aludidos, restringe arbitrariamente el ejercicio de nuestras legítimas actividades empresariales”.*

34. Por su parte, la empresa Backus, mediante escrito presentado ante este Tribunal, ha refutado este argumento señalando que,

*“Dicha afirmación queda totalmente desvirtuada ya que Ambev puede comercializar su cerveza con el público consumidor utilizando sus propios envases, más no los envases de Backus ya que son de nuestra propiedad”.*

En el mismo sentido, con relación al derecho de libertad de empresa y de industria, ha sostenido que,

<sup>12</sup> Bernal Pulido Carlos, *Ob. Cit.* Pág. 335.

<sup>13</sup> Escrito de demanda, punto V.4.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

*“Ambev no ha tenido ninguna limitación para elegir el sector industrial en el cual desea participar en el Perú ni para obrar en él”, prueba de ello, según sostiene, es que la empresa recurrente, “está debidamente constituida..., tiene una planta de producción y comercializa su cerveza en envases de su propiedad sin ningún inconveniente”.*

35. El artículo 59° de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa, comercio e industria al establecer que, *“el Estado garantiza [...] la libertad de empresa, comercio e industria”*. Se trata de este modo de garantizar las libertades económicas en el marco de los demás derechos individuales y colectivos que la propia Constitución también proclama y garantiza. Por tanto, no se trata de libertades y garantías sin límites, sino que su delimitación constitucional requiere permanentemente de un armonioso balance a efectos de preservar otros bienes y valores igualmente valiosos para la sociedad. Como anota Häberle,

*“El mercado en el Estado Constitucional, es –como toda la vida social- estructurado, funcionalizado y disciplinado normativamente, esto es, constituido”,*

36. Por tanto la libertad de empresa que se proclama en la Constitución no es una libertad del mercado *“de naturaleza”*, sino una libertad dentro del pacto constitucional, sometido a los acondicionamientos de la vida cultural y social de la nación. Sólo a partir de esta constatación de la realidad normativa del mercado es que se puede concluir con Häberle, en sentido de que,

*“El Estado constitucional coloca al mercado a su servicio, como un sustrato material irrenunciable de sus fines ideales, orientados a favor de la dignidad del hombre y de la democracia”<sup>14</sup>.*

37. En consecuencia, una concepción integral de las cláusulas de la libertad de mercado, no puede extraerse sólo a partir de la lectura aislada del Título III de la Constitución que se refiere al régimen económico, si no que resulta necesario un contraste permanente de estos postulados con los valores y principios que se desprenden de la cláusula de fundación de la sociedad constituida y contenida en el artículo 1° del Título I de la Constitución según la cual,

*“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.*

38. Conforme ha precisado este Colegiado, con relación a la libertad de empresa, éste derecho protege por lo menos cuatro ámbitos bien delimitados de las libertades económicas, que suponen al propio tiempo, los contextos en que el Estado debe garantizar su actuación sin interferencias que no sean razonables constitucionalmente. Las libertades que comprende la libertad de empresa son en este sentido; 1) Libertad para crear una empresa y acceder al mercado en condiciones de igualdad; 2) Libertad para determinar el objeto, determinar el nombre, domicilio y establecer el gobierno interno de la empresa; 3) libertad para competir en igualdad de condiciones en el mercado; y finalmente 4) libertad de salida del mercado o de cambio de giro de la actividad<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> HÄBERLE, Peter, “Incurso. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo”, en *Pensamiento Constitucional*, Año IV, N° 4, PUCP, Lima, 1997

<sup>15</sup> Cfr. la STC N° 3330-2004-AA/TC FJ. N° 13°



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

39. En estrecha relación con lo anterior, también hemos identificado a las libertades de industria y comercio. Así hemos establecido que mientras la libertad de comercio,

*“(...) consiste en la facultad de elegir la organización y llevar a cabo una actividad ligada al intercambio de mercaderías o servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. (...), la libertad de industria se manifiesta en la facultad de elegir y obrar, según propia determinación, en el ámbito de la actividad económica cuyo objeto es la realización de un conjunto de operaciones para la obtención y/o transformación de uno o varios productos”<sup>16</sup>.*

40. En el caso de autos, la empresa recurrente cuestiona que una decisión judicial, adoptada provisionalmente en el marco de un proceso cautelar, interfiera en el ejercicio de su libertad de empresa, comercio e industria. Este Colegiado encuentra que tal situación no se corrobora con lo que consta en autos, pues admitir que el dictado de una medida cautelar resulta *per se* limitativa de las libertades económicas aludidas, llevaría al absurdo de que ninguna empresa podría ser objeto de tales medidas jurisdiccionales, puesto que toda medida cautelar supone siempre una cierta limitación de algún derecho, en la medida que busca garantizar otros que están también en juego.

41. Conforme ha quedado acreditado en autos, la empresa recurrente sigue desarrollando sus actividades y ejerce sin mayor limitación las libertades económicas que la Constitución le garantiza, tampoco ha demostrado perturbación alguna a sus libertades de elección del giro o actividad, tampoco se le ha restringido el acceso y permanencia en el mercado, toda vez que sus productos no han tenido restricción para competir libremente en el mercado cervecero peruano. En todo caso, la única restricción que ha motivado este proceso se ha producido en el ámbito de un proceso judicial y con relación al uso de determinado tipo de envases, lo cual no afecta el ámbito constitucionalmente protegido de las libertades de empresa, comercio e industria. Ello se corrobora además con facilidad tras constatar la presencia de los productos de AmbevPeru en el mercado peruano. En consecuencia este Colegiado considera que en el caso de autos, no se ha afectado el contenido constitucionalmente protegido de las libertades de empresa, comercio e industria de la recurrente.

### **§5. Sobre la invocación de los derechos de los usuarios y la falta de congruencia de la medida cautelar.**

42. La última cuestión que debe analizar este Tribunal en el presente caso, está referida a la supuesta arbitrariedad y exceso en que habría incurrido el juez que concedió la medida cautelar, así como la Sala que confirmó dicha decisión, toda vez que la misma sería incongruente y, por tanto inadecuada, con relación a la pretensión principal que tiene como objetivo asegurar. En este sentido, la empresa recurrente ha sostenido en primer término, que la medida afecta el **derecho de propiedad de los usuarios y consumidores de cervezas**, y en segundo lugar, sería también incongruente desde una perspectiva procesal. Con relación al primer extremo, esto es, la afectación de los derechos de propiedad de los consumidores y usuarios ha sostenido que,

<sup>16</sup> *Ibidem*



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

*“(...) si en el mercado existe un número mucho mayor de botellas de cerveza que el referido por Backus en la demanda a que hacemos referencia, es innegable que los efectos de tal proceso no pueden hacerse extensivos a dicho “excedente”, por tratarse de bienes claramente pertenecientes a terceras personas, es decir, a los consumidores. Sin embargo el actuar de los jueces demandados está permitiendo, indebidamente, lo contrario”<sup>17</sup>*

Con relación a la falta de congruencia entre la medida cautelar otorgada y las pretensiones postuladas en su demanda principal, ha sostenido que tal situación,

*“(...) ha afectado el presupuesto de adecuación y, con ello, se ha afectado el derecho de Ambev de recibir una resolución fundada en derecho. En otras palabras se ha violado flagrantemente su derecho a un debido proceso”<sup>18</sup>*

De este modo, la actora considera que la medida cautelar otorgada por el Poder Judicial,

*“excede larga, abusiva y arbitrariamente el número de botellas señalado por Backus como de “su propiedad”, afectando severamente la validez de la resolución cautelar mencionada”.*

43. Por su parte Backus ha respondido este extremo de los argumentos sosteniendo, con relación a la falta de congruencia en la medida cautelar otorgada y lo solicitado en el proceso principal, que la apreciación de la recurrente no es correcta, puesto que,

*“olvida señalar (...) que asimismo hemos solicitado que se declare que Ambev no tiene derecho a utilizar nuestros envases para la producción o comercialización de su cerveza, sin nuestro consentimiento”.*

44. Con relación a la afectación de los derechos de propiedad de los usuarios y consumidores, ha sostenido básicamente que si bien,

*“dentro de la cadena de distribución es posible que algunos de nuestros envases hayan sido transferidos a consumidores finales...”.*

sin embargo en este extremo, ha cuestionado la legitimidad para representar dichos intereses por parte de Ambev, puesto que,

*“si aceptamos la tesis esgrimida por Ambev de que los consumidores finales son los afectados con la medida cautelar concedida a nuestro favor, entonces estaríamos ante un claro supuesto de improcedencia de la demanda por carecer de manera manifiesta de legitimidad para obrar, ya que en dicho supuesto serían los supuestos afectados, es decir los consumidores finales, los legitimados a iniciar el presente proceso de amparo y no Ambev”<sup>19</sup>*

<sup>17</sup> Escrito de demanda punto 3 (Fundamentos de hecho)

<sup>18</sup> Escrito de fecha 21 de marzo de 2006, presentado ante este Tribunal.

<sup>19</sup> Escrito presentado con fecha 20 de marzo ante este Tribunal, Puntos 3.1.a)



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

45. De este modo, la cuestiones que en este punto deben ser analizadas por este Colegiado son las siguientes:

- a) Si se afecta los derechos de los consumidores y usuarios de cervezas al restringir el intercambio de los envases que son de su propiedad.
- b) Si la falta de congruencia entre el proceso principal y la medida cautelar concedida existe y si tal incongruencia afecta algún derecho fundamental de la recurrente.
- c) Finalmente, si la decisión judicial puede ser analizada a través del test de proporcionalidad a efectos de controlar la arbitrariedad judicial en que habría incurrido el Poder Judicial al otorgar la medida cautelar bajo análisis.

### 5.1. Sobre los derechos de los usuarios y consumidores de cervezas que son propietarios de los envases.

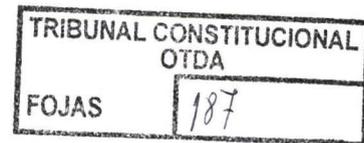
46. Tal como se aprecia del tenor de la medida cautelar concedida, ésta no ha precisado el ámbito o extensión de los envases afectados con dicha medida, toda vez que en el mercado existe en circulación, no sólo botellas de la empresa que solicita la medida (Backus), sino también de los usuarios y de la propia empresa recurrente tal como se acredita en autos a fojas 114 a 119 del primer cuaderno. Como se aprecia de uno de los extremos de la medida cautelar, en ella sin precisar la extensión de la restricción, se ordena que AmbevPerú,

*“(...)no intercambie, por sí o por intermedio de terceros, botellas iguales a los envases de vidrio de 620 ml. de capacidad color ámbar de boca redonda y pico rasurado con ribete sobresaliente, cuello delgado que se va ampliando hasta llegar a la parte cóncava, además del tronco cilíndrico con base redonda, que se encuentran signados con un símbolo consistente en un triángulo que lleva las iniciales CFC a la altura del cuello de la botella, en tanto no se resuelva de manera definitiva este proceso”*

47. Conforme se acredita en autos, sin que haya sido desvirtuado por Backus, en el mercado cervecero peruano, existe una cantidad importante de botellas de las mismas características que han suscitado el presente proceso y que no corresponden a ninguna de las empresas que comparecen en el presente proceso. Esas botellas son de los consumidores. Mientras que la recurrente ha afirmado que su número alcanza aproximadamente unos 50 millones de botellas, Backus, sin negar esta afirmación, se ha limitado a aceptar que tal hecho se ha producido *“por desconocer que los mismos habían sido entregados en calidad de comodato”*<sup>20</sup>. Esto pone de manifiesto, de modo preliminar, que la decisión del poder judicial al momento de confirmar la medida cautelar otorgada en primera instancia, resulta cuando menos, poco diligente puesto que en los términos en que ha sido otorgada dicha medida, ha terminado por restringir también la posibilidad de intercambio de las botellas que los usuarios o distribuidores de cervezas podrían concertar con Ambev, sin que ello ponga en riesgo la propiedad de las botellas de Backus que se encuentran debidamente identificadas en cuanto al número.

48. Dicho esto, de inmediato debe también quedar establecido, que se trata de derechos potenciales o probables que no han sido debidamente acreditados en el trámite del presente proceso, por lo que el amparo no resulta ser la vía adecuada para pronunciarse en abstracto sobre una afectación o peligro de afectación de los derechos de propiedad de los usuarios o consumidores de

<sup>20</sup> Pg. 20 del escrito presentado por Backus ante este Tribunal.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

cervezas, o incluso de algún eventual distribuidor que haya obtenido envases y desee intercambiarlo con botellas con contenidos de cervezas de propiedad de AmbepPerú. A ello debe añadirse el hecho que los titulares de dichos envases no han expuesto un interés actual y legítimo en la presente causa, requisito indispensable para otorgar tutela de un derecho a través del proceso de amparo.

49. El Proceso de amparo no es pues un remedio procesal donde sea posible la apreciación en abstracto de las medidas y sus posibilidades de restricción como ocurre con el juicio de constitucionalidad de la Ley por ejemplo. Este extremo en todo caso será materia de pronunciamiento *in extenso* por parte de este Colegiado en el expediente N°..... donde debemos afrontar de modo directo los derechos de los usuarios y consumidores con relación a la medida cautelar en cuestión. Ello sin embargo, no constituye impedimento para que este Tribunal, valore este hecho al momento de analizar otro aspecto que en este punto resultará determinante. Nos referimos en seguida a la falta de congruencia de la medida cautelar y su incidencia en la violación del principio de proporcionalidad.

### 5.2. Falta de congruencia entre el proceso principal y aplicación del principio de proporcionalidad para solucionar el presente caso.

50. Quizá el argumento más relevante que ha presentado la empresa recurrente para cuestionar la decisión cautelar en su contra, lo constituye la afirmación según la cual ésta resulta incongruente con la finalidad que persigue en el proceso principal. De este modo, tal como han sido planteados los argumentos, mientras que AmbevPerú sostiene que existe incongruencia entre lo solicitado en el proceso principal (demanda declarativa de propiedad) y lo concedido en la medida cautelar, Backus sostiene que lo concedido por el juez se ajusta perfectamente a lo solicitado en el proceso principal, toda vez que también habrían solicitado,

*“que se declare que Ambev no tiene derecho a utilizar nuestros envases para la producción o comercialización de su cerveza, sin nuestro consentimiento”<sup>21</sup>.*

Esta aparente contradicción podría sin embargo ser fácilmente solucionada leyendo los petitorios concretos de la demanda en el proceso principal y luego contrastándola con los términos en que ha sido otorgada la medida. Sin embargo, este camino parece demasiado obvio y sencillo para evaluar lo que en realidad se cobija detrás de este argumento de la parte demandante.

51. En efecto, de una lectura literal de la pretensión planteada por Backus en el proceso principal, se desprende que mediante el proceso en referencia se solicita básicamente lo siguiente:

- Se declare a Backus propietaria de 88'330,000.00 de envases con las características ya aludidas.
- Se declare que Ambev no tiene derecho a utilizar dichos envases (“nuestros envases” se lee en la precisión del petitorio) (subrayado nuestro)
- Se ordene a las empresas, Distribuidora García S.A.C, San Ignacio S.A., Distribuidora Central del Norte S.A.C, Central del Sur S.A., y Europa S.A.C a no entregar o disponer la

<sup>21</sup> Página 19 del escrito presentado ante este Tribunal.



entrega de los envases en cuestión a personas ajenas a Backus sin autorización voluntaria de nuestra empresa, en particular a Ambev. (subrayado nuestro)

d) Se declare que INDECOPI no puede disponer la entrega de los envases de Backus a terceras personas, en especial a AmbevPerú. (subrayado nuestro)

52. De la lista de pretensiones planteadas aparece con claridad que el propósito de Backus es preservar la propiedad de las 88'330,000.00 envases que reclama judicialmente, a efectos de que los mimos no vayan a caer en alguna red de distribución de AmvebPerú. En tal sentido, tal como se aprecia, no se cuestiona el que Ambev compre envases de las mismas características a las que son materia de conflicto, como en efecto parece haberlo hecho conforme se acredita con las facturas que se adjuntan en autos, y tampoco solicita que los usuarios o demás distribuidores no comprendidos en la lista de su tercera pretensión principal, o aquellas que en el futuro pudieran constituirse con dicho objeto, puedan llegar a un acuerdo comercial de intercambio de botellas con las botellas de propiedad de AmvebPerú.

53. Todas estas posibilidades no advertidas por el juez al momento de conceder la medida cautelar a favor de Backus, ponen de manifiesto la necesidad de ingresar a una análisis más estricto sobre las potestades cautelares y la posibilidad de afectación del principio de proporcionalidad a que está sujeto, en última instancia, todo poder en el Estado democrático. De este modo, el Tribunal considera que no es la congruencia procesal, que no siempre alcanza relevancia constitucional, la que debe analizarse en el caso de autos, sino la posibilidad de que la medida cautelar dictada haya violado el principio de proporcionalidad y, en consecuencia, devenga en una decisión contraria a la Constitución por desproporcionada y por que además, una decisión judicial con tales características viola el principio de tutela jurisdiccional previsto en el artículo 139.3 de la Constitución.

### 5.3. Principio de proporcionalidad y control de las decisiones judiciales

54. El principio de proporcionalidad ha sido utilizado por este Tribunal en varias ocasiones, para controlar los límites constitucionalmente permitidos en la intervención de los derechos fundamentales por parte del legislador<sup>22</sup> (en el control de la constitucionalidad de la Ley), o de la administración<sup>23</sup> (para el caso del control de los actos y decisiones reglamentarias). Con relación a su imbricación constitucional, hemos sostenido que,

*“Los principios de razonabilidad y proporcionalidad, previstos en el último párrafo del artículo 200° de la Constitución son pues el parámetro de determinación de validez de los actos (normativos y no normativos) que establezcan límites a los derechos fundamentales”<sup>24</sup>.*

En tal sentido este Colegiado ha señalado que,

*“Por virtud del principio de razonabilidad se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto,*

<sup>22</sup> STC 045-2004-AI/TC

<sup>23</sup> STC 1803-2004-AA/TC

<sup>24</sup> STC, del Exp. 4677-2004-PA/TC, FJ 26°



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

*justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional”<sup>25</sup>*

55. En la medida que las decisiones judiciales tienen una permanente incidencia sobre los derechos fundamentales, la invocación del principio de proporcionalidad resulta plenamente válida también tratándose del control de este tipo de decisiones. El presupuesto para su aplicación es siempre la presencia de dos principios constitucionales en conflicto y una decisión que afecta alguno de estos principios o bienes constitucionales. De este modo, la aplicación del principio de proporcionalidad debe suministrar elementos para determinar si la intervención en uno de los principios o derechos en cuestión, es proporcional al grado de satisfacción que se obtiene a favor del principio o valor favorecido con la intervención o restricción. El test está compuesto por tres sub principios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto.

56. En cuando al procedimiento que debe seguirse en la aplicación del test de proporcionalidad, hemos sugerido que la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada al fin propuesto; en segundo lugar, superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto supone como hemos señalado, verificar “si existen medios alternativos al optado”, en este caso por el Juez, que es quien ha tomado la medida. Se trata del análisis de *relación medio-medio*, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los test o pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Aquí rige la ley de la ponderación, según la cual “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”<sup>26</sup>

### 5.4. Aplicación del test de proporcionalidad al caso de autos

57. En el caso de autos, la adopción de una medida cautelar tiene como finalidad el preservar el resultado de un proceso al que se denomina *proceso principal*. En tal sentido, se trata de una finalidad legítima desde el punto de vista constitucional. De otro lado, al margen de que *supra* se haya establecido que en el caso no puede establecerse un pronunciamiento a favor del derecho de propiedad de los consumidores y usuarios de los embaces que también han resultado afectados con la medida; en este punto, este Tribunal no puede ser ajeno al hecho, además admitido por ambas partes, que existen en el mercado más botellas de las que se señalan en la pretensión postulada por Backus en el proceso principal. Esto es, existen otros embaces de botellas con las mismas características a las señaladas por Backus que también están siendo afectadas y que no son propiedad de Ambev. En consecuencia, se trata de establecer mediante el test de proporcionalidad, si la intervención en el derecho de propiedad, cuya titularidad si bien

<sup>25</sup> STC del Exp. 2235-2004-AA/TC, FJ 6, segundo párrafo.

<sup>26</sup> STC del Exp. 045-2004-AI/TC FJ 39



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

no puede ser establecida mediante este proceso; sin embargo resulta razonable atendiendo a los fines de dicha intervención.

Establecida la legitimidad constitucional de la intervención (asegurar los resultados del proceso principal), así como los derechos que están siendo afectados con la medida (propiedad y tutela jurisdiccional), este Tribunal considera pertinente someter dicha medida al test de proporcionalidad en los términos y procedimiento anunciados *supra*. En primer término, con relación a la idoneidad o adecuación, una medida cautelar es por naturaleza una medida procesal adecuada para lograr garantizar el cumplimiento de una sentencia. El proceso judicial, en cuanto instrumento para la realización de la justicia, tiene de este modo en las medidas cautelares una valiosa herramienta al que no puede renunciar. Se trata como anotaba Chiovenda de garantizar que “la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no se vuelva en contra de quien tiene la razón”<sup>27</sup>, o como lo ha señalado más recientemente el Tribunal Constitucional Español, las medidas cautelares,

*“responden a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional: esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede (...) desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias al derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional en su momento”<sup>28</sup>*

58. De este modo, “los instrumentos del instrumento” como ha denominado en célebre frase Calamandrei<sup>29</sup> refiriéndose a las medidas cautelares, gozan hoy en día no sólo de regulación procesal y consenso en la doctrina como un medio indispensable para compensar los estragos que puede generar, ya sea el transcurso del tiempo en los procesos judiciales, o la propia conducta procesal de las partes destinadas a dejar en la total ineficacia la decisión final en un proceso; sino que tras la constitucionalización de los derechos de justicia y en particular a partir de la relevancia constitucional de la tutela judicial efectiva, las medidas cautelares deben ser consideradas auténticas garantías constitucionales al servicio de la efectividad del proceso y la justicia.
59. No es este el lugar para detenerse a desarrollar los alcances del derecho a la tutela cautelar y su dimensión constitucional, baste decir en todo caso, que se trata de una garantía para la efectividad de la justicia y que tiene como sus titulares a quienes pueden constituirse en parte en un proceso, quienes pueden exigir la constitución de mecanismo procesales que sean eficaces para preservar la efectividad de lo que vaya a ser resuelto por el Poder Judicial o por el propio Tribunal Constitucional, llegado el caso. Vista la dimensión constitucional y la finalidad que persigue, la adopción de una medida cautelar por parte del Juez, se trata a todas luces de una medida adecuada y por tanto idónea a la finalidad a la que se dirige.
60. Verificada que la finalidad es constitucionalmente legítima (garantizar el resultado del proceso) y que el medio utilizado para garantizar dicha finalidad legítima resulta idóneo (una medida cautelar); el siguiente paso, conforme ya hemos anunciado, supone analizar la necesidad de la medida. Como lo ha precisado Alexy, “los principios de idoneidad y de necesidad conciernen a

<sup>27</sup> Chiovenda, G. *Instituzioni di diritto processuale civile*, 2da. Edic., Vol. I, Napoli 1935, pág. 139

<sup>28</sup> STC Español N° 238 de 17 de diciembre de 1992, FJ 3°

<sup>29</sup> Calamandrei, P. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1945, pg. 45



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

la optimización relacionada con aquello que es fácticamente posible<sup>30</sup>. Se trata, en el presente caso, de analizar las posibles alternativas con que contaba el Juez al momento de conceder la medida cautelar. Dichas posibilidades desde luego, no brotan de la imaginación en abstracto de este Colegiado, sino que han sido puestos de manifiesto por la propia recurrente, quien ha manifestado que,

*“La pretensión de Backus en dicho proceso (se refiere al proceso principal) es que se le declare propietaria de 88’330,000 botellas de cerveza (“primera pretensión principal”) y que, como consecuencia de ello, el Poder Judicial emita determinadas órdenes que impidan a AmbevPerú utilizar ESOS envases (“Segunda, Tercera y Cuarta Pretensiones Principales”<sup>31</sup>).*

Así ha podido constatar también este Colegiado y lo ha resumido en el fundamento 51° *supra*. Ahora debemos señalar que este es el marco, donde debemos fijarnos para determinar las opciones con las que contaba el Juez al momento de dictar la medida. No se trata como ya hemos adelantado, de un marco solo “procesal” para la actuación del juez, sino que alcanza relevancia constitucional en la medida que se demuestre que, en este punto, existían mecanismo menos restrictivos de los derechos de quienes han resultado afectados con la medida cautelar.

61. Si bien habíamos adelantado, que tratándose de la aplicación del sub principio de necesidad el análisis se centra en la *relación medio-medio*; ahora debemos precisar que aquí no vamos a comparar el medio (medida cautelar) con otros medios con que contaba el juez para garantizar la finalidad constitucional previamente identificada. El principio de necesidad supone, en este punto, la evaluación de la intensidad con que el medio elegido puede afectar los derechos en cuestión, a efectos de analizar si dicha intensidad podía ser morigerada o reducida por el Juez sin poner en riesgo la finalidad constitucional a la que intenta servir la medida cautelar dictada y, al mismo tiempo, sin afectar innecesariamente los derechos de otros titulares de botellas que no han participado en el presente proceso, pero cuya existencia ha sido debidamente acreditada en autos como se advertido *supra*. El control de la necesidad de la medida adoptada supone de este modo, como lo anota Gonzales Beilfuss, resumiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, la demostración por parte de quien asume una decisión en el ámbito de los derechos fundamentales, de que no existe “alternativas más moderadas (o menos gravosas) para la consecución, con igual eficacia, de la finalidad perseguida”<sup>32</sup>. La pregunta pertinente en este punto es entonces, ¿pudo el juez dictar una medida cautelar menos lesiva de los derechos sin afectar la finalidad a la que pretende servir la medida cautelar?
62. El Derecho Procesal, incluso antes que el Derecho Constitucional, ya intentó responder esta pregunta poniéndose también en la perspectiva de los derechos en cuestión. En este sentido, lo que desde una perspectiva procesal se conoce como principio de congruencia o, en la teoría cautelar como “principio de adecuación” o principio de mínima injerencia, sirve para delimitar las potestades cautelares del juez, ya que permite que la medida adoptada sea no sólo idónea a la finalidad que persigue, sino que al mismo tiempo no sea tan dañina que incluso cause mayores

<sup>30</sup> Alexy, Robert. “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, traducción de René de la Vega, en *Jueces y ponderación argumentativa*, UNAM, 2006, pág. 2

<sup>31</sup> Punto 2.1 del escrito de demanda.

<sup>32</sup> Gonzales Beilfuss, Markus, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 2003, pg. 72



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

estragos al peligro de daño irreparable al que se intenta garantizar al adoptarla. En síntesis, el juez que adopta una medida cautelar, sabiendo de la omnipotencia de sus facultades, debe tratar de que la medida adoptada, no sólo se restrinja al ámbito del proceso principal, sino que dentro de las posibles alternativas que se presente (por ejemplo entre varios tipos de bienes posibles de afectar), debe optar por aquella fórmula que lesione menos los derechos de la persona o personas sobre las que va a recaer la medida. Desde una perspectiva constitucional, tales principios de las medidas cautelares son protegidas a través del principio de proporcionalidad y, en concreto, a través de los sub principios de idoneidad y necesidad. Se trata de optimizar las técnicas procesales de tutela de los derechos a efectos de garantizar la vigencia de los derechos no sólo de quien solicita una medida cautelar, sino también y con mayor rigor aún, de quien los va a sufrir.

63. En lo que atañe al caso de autos, la medida cautelar intenta garantizar un conjunto de pretensiones específicas contenidas en el expediente principal, las mismas que aparecen debidamente resumidas en el fundamento 51 *supra*, no obstante su concesión, a partir de una redacción defectuosa de la misma, termina por expandir sus efectos más allá de la finalidad a la que pretende garantizar. De este modo, mientras que la pretensión principal estaba delimitada a un número preciso de botellas de determinadas características, la medida cautelar restringe arbitrariamente toda posibilidad de “tomar posesión por cualquier título” de todas las botellas “existentes en el mercado, en tanto no se resuelva de manera definitiva este proceso”, lo cual como ha sido ya puesto de manifiesto, incluye no sólo las botellas cuya propiedad se reclama en el proceso judicial, sino también las botellas adquiridas por AmbevPerú, y la de los usuarios y otros distribuidores que puedan tener en su poder, por haberlos adquirido en el mercado. Más aún, ordena que Ambev, “se abstenga de introducir al mercado peruano, utilizar o envasar sus productos en botellas iguales a los envases de vidrio de 620ml. de capacidad, color ambar...”. Este último aspecto no sólo no había sido solicitado en el proceso principal en tales términos, sino que termina por anular la libertad contractual de AmbevPerú con la fabricante de las botellas que no es Backus y que tampoco participa del proceso en cuestión.
64. En consecuencia, por los términos en que ha sido adoptada la medida cautelar bajo análisis, al no haber delimitado adecuadamente el ámbito de la afectación en función de la finalidad a la que se orienta, ha terminado por afectar de modo innecesario el derecho de propiedad de la empresa recurrente violándose al mismo tiempo su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva prevista en el artículo 139.3 de la Constitución, así como los principios de proporcionalidad y razonabilidad previstos en el último párrafo del artículo 200º de la Constitución.

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 1209-2006-PC/TC  
LIMA  
COMPAÑÍA CERVECERA  
AMBEV PERU S.A.C

### HA RESUELTO

- 1) Declarar **FUNDADA** la demanda de autos, en consecuencia NULA la resolución N° 01 de fecha 9 de diciembre de 2004, emitida por el 26° Juzgado Civil de Lima, así como su confirmatoria de fecha 18 de mayo de 2005, emitida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Lima.
- 2) **DISPONE** que el Juez *a quo*, evaluando las nuevas circunstancias y el avance del proceso principal, disponga si considera aún pertinente, la concesión de una nueva medida cautelar adecuada a la finalidad del proceso principal y sin caer en el exceso que ha sido censurado por este Tribunal, bajo apercibimiento de ser pasible de las medidas de coerción a que se refiere el artículo 22° y 59° del Código Procesal Constitucional en lo que resulte aplicable .

Publíquese y notifíquese.

SS.

**GONZALES OJEDA**  
**VERGARA GOTELLI**  
**BARDELLI LARTIRIGOYEN**

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra  
SECRETARIO RELATOR (e)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 1209-2006-PA/TC  
LIMA  
COMPAÑÍA CERVECERA  
AMBEV PERU S.A.C

### VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS ALVA ORLANDINI Y LANDA ARROYO

Con el debido respeto, emitimos el presente voto discrepando de la opinión vertida por los magistrados que constituyen mayoría, por las razones que detallamos a continuación:

1. Con fecha 12 de julio de 2005, la empresa recurrente interpone demanda de amparo contra los vocales de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima y el juez del Vigésimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, solicitando se declare la nulidad de las Resoluciones N.º 8, de fecha 18 de mayo de 2005, y N.º 1 de fecha 9 de diciembre de 2004, expedidas, respectivamente, por los mencionados órganos. Refiere que la empresa Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. (Backus) interpuso demanda ante el Vigésimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima contra la compañía recurrente, solicitando: a) que se declare a Backus propietaria de 88'330,000 envases de vidrio; b) que se declare que Ambev no tiene derecho a utilizar sus envases, sin que medie una autorización; c) que se ordene a las empresas García S.A, Distribuidora del Norte S.A.C, Central del Sur S.A y Europa S.A.C, no entregar o disponer sus envases a personas ajenas; d) que se declare que INDECOPI no puede disponer la entrega de sus envases.

2. Alega la recurrente que con la finalidad de garantizar el resultado del proceso principal, la propia empresa Backus, solicitó medida cautelar, la misma que fue concedida mediante la Resolución N.º 1, de fecha 9 de diciembre de 2004, ordenando: a) que la compañía se abstenga de tomar posesión por cualquier título de los envases de vidrio existentes en el mercado, en tanto no se resuelva de manera definitiva el proceso principal; b) que se abstenga de introducir en el mercado peruano, utilizar o envasar sus productos en botellas iguales a los envases de vidrio referidos, en tanto no se resuelva de manera definitiva este proceso; c) que se ordene que la compañía se abstenga de intercambiar, por sí misma o por intermedio de terceros, botellas iguales a las descritas. Posteriormente la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante la Resolución N.º 8, de fecha 18 de mayo de 2005, confirma la apelada.

A su criterio, dichas resoluciones vulneran sus derechos a la libertad de contratación, empresa, comercio e industria, a la tutela procesal efectiva, concretizada en su derecho a obtener una resolución fundada en derecho, así como la observancia de los principios de proporcionalidad y congruencia en el otorgamiento de la medida cautelar.

3. Mediante Resolución s/n de fecha 5 de setiembre de 2005, la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró improcedente la demanda, por considerar que sólo procede demanda de amparo contra resoluciones judiciales emanadas de un proceso irregular, donde se verifica vulneración de la tutela procesal efectiva que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso, y que lo que realmente se pretende cuestionar en el presente proceso es lo resuelto por las instancias ordinarias.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La recurrida confirmó la apelada, por considerar que sólo procede la demanda de amparo contra resoluciones judiciales firmes y definitivas, y no contra una medida cautelar que tiene por característica la provisionalidad y variabilidad a través del uso de medios impugnatorios. Además, arguyó que resultaría inconstitucional que el juez constitucional se inmiscuya en un proceso en trámite.

4. Que las instancias judiciales precedentes han esgrimido como argumento central de rechazo de la demanda que en el trámite de una medida cautelar no se estaría ante una resolución firme y definitiva, en atención a que constituye una característica consubstancial a toda medida cautelar que ésta sea provisional y, por tanto, variable en el tiempo.
5. En principio, no compartimos el criterio señalado, pues tal como ha sido sustentado por la parte demandante, una cosa es que una decisión, expresada a través de una resolución judicial, tenga carácter firme en tanto reviste la calidad de inatacable mediante los recursos procesales previstos; y otra, que la medida cautelar pueda variar en el futuro. La recurrida consideró que en tanto las medidas cautelares no son inmutables (pues siempre existe la posibilidad de su variabilidad por tratarse de medidas provisionales), *ergo* no cabe su control a través del proceso de amparo, ya que, conforme al artículo 4.º del Código Procesal Constitucional (CPCConst), para que ello suceda debe tratarse de “resoluciones judiciales firmes”.

La categoría de resolución firme, en nuestra opinión debe ser comprendida al margen del trámite integral del proceso cautelar, pues ello permite que incluso un auto, y no sólo la sentencia que pone fin al proceso, pueda merecer control por parte de la jurisdicción constitucional. La condición es que en dicho proceso se haya generado una decisión firme, esto es, una situación procesal en la que ya no es posible hacer prosperar ningún otro recurso o remedio procesal para revertirla.

Una interpretación contraria llevaría al absurdo de que, por ejemplo, una medida cautelar como la detención preventiva en los procesos penales, no pueda ser controlada por el juez constitucional a través del proceso de hábeas corpus o incluso, dependiendo de la naturaleza del agravio, a través de cualquier otro proceso constitucional que tenga por finalidad preservar el derecho fundamental en cuestión. No es, pues, la naturaleza provisional o transitoria de la medida cautelar lo que determina que prospere o no una demanda planteada en su contra en un proceso constitucional, sino la constatación de que se ha afectado de modo manifiesto algún derecho fundamental, y que el afectado haya agotado los medios procesales de defensa o impugnación, de modo que la decisión, o resolución judicial, sea una que haya adquirido firmeza en su trámite procesal.

6. Que, de otro lado, con la intención de sustentar una supuesta afectación a la libertad de contratación, la recurrente ha sostenido, básicamente, que la prohibición de intercambiar los envases de cervezas objeto de la medida cautelar afecta la relación contractual con sus clientes, puesto que, según sostiene,

En el sistema de intercambio imperante en el mercado cervecero peruano, el intercambio se produce entre productores y consumidores, de manera que cualquier productor de cerveza (como AmbevPerú) debe poder intercambiar sus botellas de cerveza (que no son las discutidas por Backus) con las que son de propiedad de



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

los consumidores. Por ende, ese intercambio, en el que no participa de modo alguno Backus (ni "sus" botellas), no puede ser legal ni judicialmente impedido<sup>33</sup>

A este respecto, opinamos que el amparo no es la vía adecuada para un pronunciamiento de fondo sobre este aspecto, puesto que para determinar una eventual afectación del derecho a la libertad de contratación sobre las botellas de cerveza objeto de la medida cautelar, es indispensable que la naturaleza del título jurídico que sobre ellas ejercen sus portadores (propiedad, comodato, etc.) se encuentre plenamente dilucidada. No obstante, es justamente dicha naturaleza la que actualmente se encuentra en debate en la jurisdicción ordinaria.

Resulta pertinente señalar que este Tribunal, en anterior jurisprudencia, ha subrayado que la jurisdicción constitucional no es sede en la que corresponda discutir la titularidad del ejercicio de derechos. En ella tan sólo se protegen los derechos constitucionales cuya titularidad o pleno ejercicio no se encuentra en abierto entredicho. En efecto, en referencia al proceso de amparo, este Colegiado tiene expuesto que

"(...)mediante este proceso no se dilucida la titularidad de un derecho, como sucede en otros, sino sólo se restablece su ejercicio. Ello supone, como es obvio, que quien solicita tutela en esta vía mínimamente tenga que acreditar la titularidad del derecho constitucional cuyo restablecimiento invoca, en tanto que este requisito constituye un presupuesto procesal, a lo que se suma la exigencia de tener que demostrar la existencia del acto cuestionado.

De ahí que este remedio procesal, en buena cuenta, constituya un proceso al acto, en el que el juez no tiene tanto que actuar pruebas, sino juzgar en esencia sobre su legitimidad o ilegitimidad constitucional.<sup>34</sup>

En otras palabras, tanto la titularidad del derecho constitucional como la acreditación de la existencia del acto reclamado, son presupuestos procesales consubstanciales a los procesos constitucionales *de la libertad*, razón por la cual la inexistencia de alguno de tales requisitos determina la imposibilidad de pronunciarse sobre el fondo del asunto controvertido.

7. Con relación a la supuesta afectación de los derechos fundamentales a la libertad de empresa, industria y comercio, la demandante sostiene lo siguiente:

La afectación a nuestras libertades de empresa, comercio e industria también es manifiesta, pues la resolución judicial mencionada, al impedirnos realizar los contratos antes aludidos, restringe arbitrariamente el ejercicio de nuestras legítimas actividades empresariales<sup>35</sup>.

Sobre el particular compartimos parcialmente, la perspectiva de la recurrente, en cuanto afirma que sus libertades de empresa, comercio e industria sólo podrían considerarse vulneradas a consecuencia de la efectiva constatación de la vulneración de su derecho a la libertad de contratación. Empero, como quedó dicho, no existen los presupuestos necesarios para que la jurisdicción constitucional ingrese a valorar si existe o no dicha afectación, lo que impide, a su vez, el cumplimiento de una de las condiciones previas para dilucidar una eventual lesión a las libertades de empresa, comercio e industria, reconocidas en el artículo 59.º de la Constitución.

8. Asimismo, la demandante ha sostenido que la medida cautelar afecta el derecho de propiedad de los usuarios y consumidores ejercida sobre las botellas de cervezas que obran en su poder.

<sup>33</sup> Cfr. Escrito de demanda, punto V.3

<sup>34</sup> Cfr. STC 0976-2001-AA, Fundamento 3.

<sup>35</sup> Cfr. Recurso de agravio constitucional, obrante a fojas 117 de autos.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A este respecto consideramos que la determinación de las personas o entidades que pudieran ejercer un derecho de propiedad sobre las botellas que cumplen las características descritas en la resolución judicial que concede la medida cautelar, es un asunto que escapa a las competencias de la jurisdicción constitucional, no sólo porque, tal como ha quedado establecido, en ella no se declara la titularidad en el ejercicio de los derechos constitucionales, sino que se protege aquellos que no se encuentren en franca controversia, también porque, tal como dispone el artículo 9.º del CPConst., el proceso constitucional carece de etapa probatoria.

9. Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, debemos hacer notar que este caso se refiere a uno de los ámbitos jurisdiccionales donde se ha trasladado lo que en el mercado industrial peruano se conoce como la “guerra de las cervezas”. En efecto, es de público conocimiento que desde hace algunos años las empresas involucradas han llevado sus diferencias y controversias ante el INDECOPI y el Poder Judicial - tanto en sede judicial ordinaria como constitucional- en pleno ejercicio de sus derechos. Sin embargo, se debe tener presente que uno de los principios generales de nuestro régimen económico es la libre competencia (artículo 61.º de la Constitución). La competencia es el motor de nuestra Economía Social de Mercado (artículo 58.º de la Constitución), pero aquella no solo debe ser libre sino leal entre los competidores y en beneficio de los consumidores. De ahí que los agentes económicos también tienen el derecho y el deber de llegar a fórmulas de autocomposición y arreglo de sus diferencias – sin afectar la libre competencia ni el ordenamiento constitucional y legal - fuera del ámbito jurisdiccional, a fin de no prolongar innecesariamente la solución de un problema que *prima facie* puede ser resuelto en el ámbito del mercado.
10. Finalmente, la recurrente alega una supuesta afectación de su derecho fundamental a la tutela procesal efectiva y, concretamente, a obtener una resolución fundada en derecho, sosteniendo que existiría una incongruencia o falta de adecuación entre la pretensión principal, planteada en el proceso ordinario, y la medida cautelar concedida a favor de Backus.

A nuestro juicio, la sola falta de correspondencia entre lo ordenado a través de una resolución cautelar y la pretensión en el proceso principal, no es mérito suficiente para declarar la nulidad de aquella, puesto que ello supondría una inaceptable intromisión de la jurisdicción constitucional en el marco de las amplias competencias que ejerce la jurisdicción ordinaria al momento de determinar las medidas que, a su criterio, y bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad, corresponden dictarse para asegurar el efectivo ejercicio del derecho fundamental a la ejecución de las resoluciones judiciales.

Dicho de otro modo, para que se pueda determinar la invalidez constitucional de una medida cautelar, no basta con evidenciar la falta de adecuación formal entre el petitorio principal y la orden cautelar, sino que es necesario acreditar de modo *fehaciente*, la afectación constitucional a la que dicha inadecuación da lugar. Y como ha quedado establecido en el presente auto, la recurrente ha incumplido una serie de presupuestos procesales inherentes a la excepcional naturaleza de los procesos constitucionales, lo que ha impedido ingresar a valorar si las resoluciones judiciales cuestionadas afectan o no sus derechos constitucionales.



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Así las cosas, es pertinente traer a colación la denominada “fórmula Heck”, utilizada desde hace varias décadas por el Tribunal Constitucional Federal alemán, para trazar la línea divisoria entre las competencias de la jurisdicción constitucional y la ordinaria:

La estructuración del proceso, la determinación y valoración de los elementos de hecho, la interpretación del derecho ordinario y su aplicación a los casos individuales son asuntos de los tribunales competentes para tal efecto, y se encuentran sustraídos de la revisión posterior por parte del Tribunal Constitucional Federal; sólo en caso de la violación de un derecho constitucional específico por parte de un tribunal, puede el Tribunal Constitucional Federal entrar a conocer el asunto (...). [L]os procesos de subsunción normales dentro del derecho ordinario se encuentran sustraídos del examen posterior del Tribunal Constitucional Federal, siempre y cuando no se aprecien errores de interpretación relacionados fundamentalmente con una percepción incorrecta del significado de un derecho fundamental, especialmente en lo que respecta a la extensión de su ámbito de protección, y cuando su significado material también sea de alguna importancia para el caso legal concreto. (*BverfGE* 18, 85 —sentencia del 10 de junio de 1964—).

11. En resumidas cuentas, siendo que la dilucidación de la naturaleza de los títulos que se ejercen sobre las ya mencionadas botellas de cerveza es un asunto que corresponde ser ventilado en la jurisdicción ordinaria, no se verifican los presupuestos procesales necesarios para que se emita una sentencia de mérito en la presente causa.

Por las razones expuestas, nuestro voto es por que se declare improcedente la demanda.

S.  
**ALVA ORLANDINI**  
**LANDA ARROYO**

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra  
SECRETARIO RELATOR (e)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
OTDA	
FOJAS	194

EXP.1209-2006-PA/TC  
LIMA  
COMPAÑÍA CERVECERA  
AMBEV PERÚ S.A.C.

### FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO BARDELLI LARTIRIGOYEN

Hago mío el voto del señor Magistrado Vergara Gotelli, agregando:

- 1.- Que en la resolución que expide este Tribunal, no se formula ninguna apreciación sobre el tema de fondo que es materia del proceso judicial que se ventila ante el 26° Juzgado Especializado Civil de Lima, proceso del cual derivan las medidas cautelares materia de este proceso.
- 2.- En tal virtud, y en razón de lo anteriormente expuesto, las partes en litigio en virtud del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, no reciben ningún derecho que las acredite o les confiera la calidad de propietarios de las botellas de cerveza existentes en el mercado y por cuanto tal situación se encuentra pendiente de pronunciamiento ante el 26° Juzgado Especializado Civil de Lima, como se ha expresado anteriormente.
- 3.- Se debe expresar que las medidas cautelares deben igualmente respetar los derechos constitucionales de las partes en el proceso, razón por la cual, cuando eso no ocurra con una medida cautelar, que haya adquirido firmeza, pero agravie algún derecho constitucional, esta resulta controlable en proceso constitucional.
- 4.- En tal situación, la sentencia que se expide en el presente proceso, reafirmando la protección de los derechos constitucionales, permite delimitar cuales son los ámbitos de actuación de la jurisdicción constitucional y cuales los que corresponden a la jurisdicción ordinaria.
- 5.- De esta manera queda claro que el Amparo no es una instancia adicional para revisar todas las decisiones judiciales que contengan vicios o errores de hecho o de derecho. Por el contrario, se trata de un proceso de tutela jurisdiccional de urgencia, que, según lo dispone el art. 4° del Código Procesal Constitucional, procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva y por lo que en base a tales apreciaciones, la presente demanda debe ser declarada FUNDADA

S.

BARDELLI LARTIRIGOYEN

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneira  
SECRETARIO RELATOR (e)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
OTDA	
FOJAS	195

EXP. 01209-2006-AA/TC

LIMA

COMPAÑÍA CERVECERA AMBEV  
PERÚ S.A.C.

### FUNDAMENTO DE VOTO DEL DR. JUAN FRANCISCO VERGARA GOTELLI

Emito este Fundamento de Voto con el debido respeto por la opinión vertida por el ponente, por las consideraciones siguientes:

1. En los fundamentos del 13 al 16 de la sentencia se afirma que a efectos de emitir un pronunciamiento válido sobre el fondo, debe superarse el rechazo liminar de la demanda declarada por las instancias inferiores en aplicación del artículo 20.º del Código Procesal Constitucional, argumento que no comparto por estimar que el referido artículo se aplica cuando la resolución impugnada ha sido expedida incurriéndose en un vicio del proceso que ha afectado el sentido de la decisión, y no cuando se incurre en error.
2. En efecto, si se afirma que las instancias precedentes no debieron rechazar *in limine* la demanda pues en autos obran suficientes elementos de juicio que permitirían un pronunciamiento sobre el fondo, los que debieron ser merituados suficientemente, lo que se ha producido es un error *in judicando* y no un vicio procesal, por lo que la corrección por este Tribunal, a partir de la revocatoria de la decisión cuestionada, es reexaminar la argumentación en la que se apoya la instancia inferior y disponer luego la admisión a trámite de la demanda rechazada *ab initio*, aplicándose al efecto el artículo 427, *in fine* del Código Procesal Civil.
3. Suele definirse la nulidad como la sanción de invalidación que la ley impone a determinado acto procesal viciado, privándolo de sus efectos jurídicos por haberse apartado de los requisitos o formas que la misma ley señala para la eficacia del acto. Es importante dejar establecido que la función de la nulidad en cuanto sanción procesal no es la de afianzar el cumplimiento de las formas por la forma misma, sino la de consolidar la formalidad necesaria como garantía de cumplimiento de requisitos mínimos exigidos por la ley. Por tanto, es exigible la formalidad impuesta por la ley y detestable el simple formalismo por estéril e ineficaz.
4. En el presente caso, se afirma que resulta viciada de nulidad la resolución (auto) que calificó la demanda de amparo, lo que implica afirmar que no se cumplió con respetar los requisitos formales establecidos en la ley para la emisión de dicho acto procesal, sin explicar cuál es el referido vicio procesal en el que habrían incurrido las instancias inferiores al emitir las resoluciones (autos) de calificación de la demanda por los que, motivadamente y en ejercicio de autonomía, explican fundamentos de fondo que los llevaron al rechazo liminar.
5. Podría considerarse, por ejemplo, que el acto procesal de calificación de la demanda lleva imbibido un vicio de nulidad cuando se emite una resolución que no corresponde al caso (decreto en lugar de un auto), o porque no se cumple con la forma prevista (no fue firmada por el Juez), o porque la resolución emitida no alcanzó su finalidad (no admitió ni rechazó la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
OTDA	
FOJAS	196

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

demanda), o porque carece de fundamentación (no contiene los considerandos que expliquen el fallo). Pero si se guardan las formas en el procedimiento y el acto procesal contiene sus elementos sustanciales, lo que corresponde ante una apelación contra ella es que el superior la confirme o la revoque.

6. Si afirmamos que el auto apelado es nulo, su efecto sería el de la invalidación de todos los actos subsecuentes y, entre estos, el propio auto concesorio de la apelación, la resolución de segunda instancia y el concesorio del recurso de agravio constitucional, resultando implicate afirmar que es nulo todo lo actuado y, sin embargo, eficaz el pronunciamiento del Tribunal Constitucional que precisamente resulta posible por la dación de dichas resoluciones.
7. Por estas razones, considero asimismo que no resulta aplicable el artículo 20.º del Código Procesal Constitucional al caso de autos, pues **no se trata de sancionar como vicio lo que significa una consideración de fondo, distinta y opuesta (revocatoria) a la que sirvió de fundamento para la dación del auto que es materia de la revisión.**
8. Por consiguiente, estimo que no existe vicio para la aplicación del artículo 20 del Código Procesal Constitucional, por lo que la decisión del Tribunal Constitucional debe contener, primero, la aceptación de los fundamentos del recurso de agravio constitucional y, revocando el auto apelado dar por admitida la demanda y luego pronunciarse sobre el fondo en razones de urgencia.
9. En cuanto a la firmeza de la resolución impugnada, debe tenerse presente que el cuestionamiento del recurrente está dirigido al cumplimiento de los requisitos presentes al momento de otorgarse la referida medida cautelar, decisión que luego de ser confirmada por el superior ha quedado firme. En ese sentido, no es el Proceso Cautelar el que tiene la calidad de firme, sino la resolución emitida dentro de él, con lo que se cumple con el artículo 4 del Código Procesal Constitucional para su trámite.

S.

**JUAN FRANCISCO VERGARA GOTELLI**

**Lo que certifico:**

*Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra*  
SECRETARIO RELATOR (e)