TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 112

EXP. N.° 03409-2013-PA/TC
LIMA
EBERTO AVILÉS MORALES

AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 7 de julio de 2015

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por Rolando Matsutaro Oda Robles, en su calidad de abogado de Eberto Avilés Morales, contra la resolución de fojas 101, de fecha 22 de abril de 2013, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos; y,

ATENDIENDO A QUE

1. Con fecha 25 de julio de 2012, Eberto Avilés Morales interpone demanda de amparo contra el Gerente General de la Empresa Municipal de Mercados S.A. (EMMSA), la Alcaldesa de la Municipalidad Metropolitana de Lima y el Alcalde de la Municipalidad Distrital de La Victoria, por la amenaza de un inminente desalojo y cierre de su centro de trabajo en el Mercado Mayorista 1, denominado La Parada. Manifiesta que es comerciante concesionario del Puesto Almacén 10 del referido mercado y que el inminente cierre y traslado de los comerciantes del Mercado La Parada a Santa Anita es ilegal, pues no existe un proceso judicial que así lo autorice, ni se les ha informado cómo se va a realizar el traslado. Agrega que en la medida en que la Constitución prohíbe el monopolio, la existencia de un solo mercado mayorista en Lima es inconstitucional, además de afectar también los precios de los alimentos. Igualmente refiere que el terreno sobre el que funciona el Mercado La Parada fue donado por la Sociedad Agrícola San Pablo, con el fin exclusivo de ser un mercado mayorista, y que la Ley Nº 26569 suspende cualquier proceso de desalojo sobre los puestos de los mercados. A su juicio dicho cierre y desalojo afectaría sus derechos constitucionales al trabajo, a la libertad de comercio, a la libre competencia, a la libertad de contratar, al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.

2. El Sexto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, mediante resolución de fecha 3 de agosto de 2012 (f. 41), declara improcedente la demanda por considerar que si la parte demandante no se encuentra conforme con las decisiones administrativas municipales sobre el Mercado Mayorista La Parada debe impugnar dichas decisiones primero en sede administrativa, lo cual, al no haberse acreditado, supone la improcedencia de la demanda por falta de agotamiento de las vías previas.

3. La Sala revisora confirma la apelada tras estimar que no se ha acreditado la amenaza cierta e inminente de cierre del Mercado La Parada que alude el demandante.

4. Como es de conocimiento público, el Mercado Mayorista 1, denominado La Parada,

ha dejado de funcionar merced a la pérdida de condición de mercado mayorista dispuesta por la Municipalidad Metropolitana de Lima y al traslado de los comerciantes mayoristas a un nuevo mercado ubicado en el Distrito de Santa Anita. Asimismo, en el terreno donde dicho Mercado Mayorista se asentaba se ha construido el llamado Parque del Migrante José María Arguedas. Por esta razón, la pretensión del actor ha devenido en irreparable, habiéndose producido la sustracción de la materia controvertida. En consecuencia, la demanda resulta improcedente en aplicación, *a contrario sensu*, del primer párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional.

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

RESUELVE, con el fundamento de voto del magistrado Blume Fortini y el voto singular del magistrado Sardón de Taboada que se agregan, y sin la intervención del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera por encontrarse con licencia el día de la audiencia pública,

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

URVIOLA HANI
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
LEDESMA NARVÁEZ

Lo que certifico:
01 SET. 2016
JANET OTÁROLA SANTILLANA
Secretaria Relatora
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 114

EXP. N.° 03409-2013-PA/TC
LIMA
EBERTO AVILÉS MORALES

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO BLUME FORTINI

Como quiera que me veo obligado a intervenir en la presente causa, por haberse rechazado mi abstención por causa de decoro que formulé para intervenir en ella, fundamento mi voto manifestando lo siguiente:

1. El artículo 5, párrafo tercero, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, establece literalmente que "*...Los magistrados son irrecusables pero pueden abstenerse de conocer algún asunto cuando tengan interés directo o indirecto o por causal de decoro*".

2. En concordancia con la norma citada, la primera parte del artículo 8 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional preceptúa que "*Los Magistrados del Tribunal son irrecusables, pero pueden abstenerse de conocer algún asunto cuando tengan interés directo o indirecto o por causal de decoro, salvo que el hecho impida resolver*".

3. De la lectura de las referidas normas, queda meridianamente claro que la abstención, en cualquiera de sus modalidades (sea por tener interés directo o indirecto, sea por razones de decoro), es una facultad del propio Magistrado y, como tal, es este el que determina la necesidad o no de abstenerse de conocer una causa, sin que, en puridad, se requiera aprobación del Pleno del Tribunal Constitucional y, menos aún, que la abstención esté condicionada a tal aprobación, tanto es así que, en el marco de una interpretación integral, ratificando esta posición el artículo 11-B, literal e), del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional señala literalmente que *"Las abstenciones, inhibiciones o excusas proceden siempre que no se impida resolver."*

4. Por ello, afirmar que la abstención de un Magistrado depende de su aprobación o ratificación por el Pleno del Tribunal Constitucional no parece ir de la mano o ser muy coherente con la naturaleza de tal facultad. Menos aún, con la causal específica de decoro.

5. Sobre esto último, invocar como una justificación de sometimiento al Pleno, el párrafo pertinente del mismo artículo 8 del Reglamento Normativo que señala que "*Antes de su deliberación por el Pleno el proyecto se pone en conocimiento de los Magistrados para su estudio con una semana de anticipación. Los fundamentos de voto y los votos singulares se emiten conjuntamente con la sentencia*", resulta insostenible, pues dicho apartado se refiere específicamente a los proyectos de sentencia, como allí mismo se menciona. No a los temas de abstención.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 115

6. Del mismo modo, interpretar que del artículo 28, numeral 8), del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, que señala que corresponde al Pleno "*Tramitar y resolver los impedimentos y acusaciones de los Magistrados*", se desprende una facultad de dicho órgano de gobierno para decidir sobre las abstenciones de los Magistrados, resulta erróneo pues tal numeral no alude expresamente a la abstención y el "*...resolver los impedimentos...*" se refiere a la facultad del Pleno para conocer y resolver los impedimentos para ser Magistrado del Tribunal Constitucional a los que se refieren expresamente los numerales 1, 2, 3, 4 y 5 del artículo 12 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que sobrevinieren a su designación y asunción del cargo, en cuanto corresponda; y el resolver "...las acusaciones…" se refiere a las acusaciones constitucionales a las que se contrae el artículo 14 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Es decir, a aquella acusación por supuestos delitos no cometidos en ejercicio de las funciones propias del cargo de Magistrado, ya que si tratara de supuestas infracciones constitucionales o de supuestos delitos cometidos en ejercicio de la función, nos encontraríamos dentro de los alcances de los artículos 99 y 100 de la Constitución Política del Perú.

7. De otro lado, el argumentar que se ha venido asumiendo como una costumbre el interpretar que las abstenciones se aprueban o ratifican por el Pleno tampoco es de recibo, pues una mala práctica o una práctica equivocada no se convalida por su sola reiteración. De ser así, tendrían que convalidarse absolutamente todas las prácticas asumidas por anteriores Plenos, con independencia de lo polémicas o debatibles que puedan resultar.

8. Por lo demás, el decoro es algo personalísimo y sólo determinable por el propio Magistrado, si considera que debe o no abstenerse, basándose en su sentir y en sus principios y valores morales, así como éticos. Que pertenece a su fuero interno y, como tal, no puede ni debe ser medido ni determinado por sus pares ni por el Pleno, pues ello implica invadir la esfera más íntima de su persona.

9. En adición a lo dicho hasta aquí, debo señalar que en fecha pasada me abstuve de participar en la presente causa por razones de decoro. Mi pedido de abstención se fundamentó en que antes de ser electo Magistrado fui abogado, a través del estudio jurídico al cual pertenecía, de la Municipalidad Metropolitana de Lima en numerosos casos.

10. Lamentablemente, no obstante haberme abstenido de intervenir en el presente proceso por la causal antes dicha y expuesto con amplitud las razones de mi pedido de abstención, este fue desestimado mediante acuerdo de Pleno, lo que me obliga muy a mi pesar a participar en la resolución de la presente causa.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 116

11. Hecha esta necesaria explicación, manifiesto que me encuentro conforme con los fundamentos contenidos en el auto de fecha 7 de julio de 2015 emitido en el presente proceso.

Por estas consideraciones, mi voto también es porque se declare **IMPROCEDENTE** la demanda.

S.
BLUME FORTINI

Lo que certifico:
01 SET. 2016
JANET OTÁROLA SANTILLANA
Secretaria Relatora
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas magistrados, emito el siguiente voto singular, al no concordar con los argumentos ni con el fallo del auto en mayoría:

Considero que la construcción del denominado Parque del Migrante José María Arguedas en el predio donde estuviera ubicado el Mercado Mayorista N.° 1 de Lima no justifica declarar improcedente la demanda *per se*. Ello debido a que, incluso después de haberse producido la irreparabilidad de la agresión, el artículo 1 del Código Procesal Constitucional faculta al juez a conocer el fondo de una controversia y, en atención al agravio producido, estimar la pretensión "precisando los alcances de su decisión, [y] disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda (…)".

En el presente caso, está acreditado que don Eberto Avilés Morales era concesionario de un puesto en el mencionado Mercado Mayorista N.° 1 de Lima. Ese hecho se deduce de la copia simple de la factura que obra a fojas 26 en la cual consta que abonó S/. 295.00 a la Empresa Municipal de Mercados S.A. (EMMSA) por concepto de merced conductiva como contraprestación por el derecho a utilizarlo en sus actividades como comerciante.

De conformidad con el artículo 62 de la Constitución los "conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley". Dicha disposición resultaba aplicable a la relación jurídica que mantenía EMMSA con el recurrente, toda vez que dicha empresa otorga derechos sobre los puestos ubicados en los mercados mayoristas de Lima a través de contratos de concesión.

Con fecha 26 de setiembre de 2012, la Municipalidad Metropolitana de Lima aprobó, a pedido de EMMSA, la Resolución de Alcaldía 274, a través de la cual determinó que: (i) el Mercado Mayorista N.° 1 de Lima ya no podía considerarse como tal al ser remplazado, en dicha condición, por el denominado Gran Mercado Mayorista de Lima; y, (ii) toda actividad comercial desarrollada en los precintos del Mercado Mayorista N.° 1 de Lima debía considerarse contraria a la Ley 28026, Ley del Sistema de Mercados Mayoristas de Alimentos.

Dicho acto administrativo tuvo como consecuencia que el recurrente fuera apartado de su centro de labores, con auxilio de la fuerza pública, por decisión de la Municipalidad Metropolitana de Lima. Ello contraviene el artículo 62 de la Constitución pues, de con-

formidad con dicha norma, la controversia respecto a la vigencia del contrato debió resolverse en sede judicial o arbitral, y el desalojo respectivo ser autorizado en sede jurisdiccional.

Por consiguiente, estimo que la demanda debe declararse **FUNDADA** al haberse acreditado la vulneración de los derechos del recurrente a la intangibilidad de los contratos y al debido proceso.

SARDÒN DE TABOADA

Lo que certifico:
01 SET. 2016
JANET OTÁROLA SANTILLANA
Secretaria Relatora
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL