



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02355-2015-PA/TC

LIMA

ROSA CANDELARIA BOHÓRQUEZ VDA.  
DE HUACA

## AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 25 de abril de 2018

### VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Rosa Candelaria Bohórquez Vda. de Huaca contra la resolución de fojas 208, de fecha 20 de noviembre de 2014, expedida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos; y,

### ATENDIENDO A QUE

1. Con fecha 07 de agosto de 2012, doña Rosa Candelaria Bohórquez Vda. de Huaca interpone demanda de amparo contra el Gerente General de la Empresa Municipal de Mercados S.A. - EMMSA, la alcaldía de la Municipalidad Metropolitana de Lima y la de La Victoria invocando la amenaza de la violación de sus derechos al trabajo, la libertad de comercio y libre competencia, la libertad de contratar, al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, toda vez que se pretende el desalojo de su puesto de venta ubicado en el mercado mayorista N° 1 La Parada, así como el cierre de esta última y la presunta reubicación de solo 300 comerciantes cuando realmente son 700. De otro lado, arguye que la Ley 26569, sobre transferencias de puestos y demás establecimientos y/o servicios de los mercados públicos de propiedad de los municipios, dejó en suspenso las acciones judiciales de desalojo de los puestos y demás establecimientos de los mercados.
2. El Séptimo Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante resolución 1, de fecha 21 de agosto de 2012, declaró improcedente la demanda en aplicación del artículo 5, numeral 2, del Código Procesal Constitucional, pues, a su juicio, existe una vía igualmente satisfactoria para la protección de los derechos invocados que es el proceso contencioso administrativo.
3. La Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante resolución 05, de fecha 20 de noviembre de 2014, confirmó la apelada y declaró improcedente la demanda, por el mismo fundamento que la resolución apelada.
4. Conforme al artículo 1 del Código Procesal Constitucional, los procesos constitucionales, entre ellos el proceso de amparo, "tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional. Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**



EXP. N.º 02355-2015-PA/TC

LIMA

ROSA CANDELARIA BOHÓRQUEZ VDA.  
DE HUACA

deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda”.

5. En el presente caso, a juicio de este Tribunal Constitucional, la demanda debe rechazarse al haberse producido la sustracción de la materia, pues, como es de conocimiento público, el Mercado Mayorista N° 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.
6. Asimismo, en el terreno donde el Mercado Mayorista se asentaba se ha construido el llamado Parque del Migrante José María Arguedas. Por consiguiente, la pretensión de la actora, consistente en que el referido municipio se abstenga de ejecutar el desalojo del puesto comercial que ocupaba en dicho mercado ha devenido en irreparable. Por lo tanto, no corresponde emitir un pronunciamiento de fondo.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú, con la abstención denegada del magistrado Blume Fortini. Asimismo, se agregan el fundamento de voto del magistrado Blume Fortini y el voto singular del magistrado Sardón de Taboada,

**RESUELVE**

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

SS.

**BLUME FORTINI  
MIRANDA CANALES  
RAMOS NÚÑEZ  
LEDESMA NARVÁEZ  
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA  
FERRERO COSTA**

**Lo que certifico:**

Flavio Reátegui Apaza  
Secretario Relator  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02355-2015-PA/TC

LIMA

ROSA CANDELARIA BOHORQUEZ VDA.  
DE HUACA

### 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.
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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02355-2015-PA/TC

LIMA

ROSA CANDELARIA BOHORQUEZ VDA.  
DE HUACA

- 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.
  11. Hecha esta necesaria explicación, manifiesto que me encuentro conforme con los fundamentos contenidos en el auto de fecha 25 de abril de 2018 emitido en el presente proceso.

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

S.  
**BLUME FORTINI**

**Lo que certifico:**

Flavio Reategui Apaza  
Secretario Relator  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02355-2015-PA/TC

LIMA

ROSA CANDELARIA BOHORQUEZ VDA  
DE HUACA

## VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

En el fundamento 5 de la sentencia en mayoría se señala lo siguiente:

(...) la demanda debe rechazarse al haberse producido la sustracción de la materia, pues, como es de conocimiento público, el Mercado Mayorista N° 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.

Sin embargo, conforme al artículo 1 del Código Procesal Constitucional, si “luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda (...)”.

Además, pese al doble rechazo liminar del que ha sido objeto la demanda, las emplazadas se han apersonado al proceso y han encontrado la oportunidad de ejercer su derecho de defensa (*cf.* fojas 104, 110, 118 y 130, entre otras). Por tanto, cabe pronunciarse sobre el fondo de la controversia.

En el presente caso, está acreditado que doña Rosa Candelaria Bohórquez, viuda de Huaca era concesionaria de un puesto en el Mercado Mayorista N° 1 de Lima. Ese hecho se desprende de la factura que obra a fojas 34 donde consta que abonó S/. 129.80 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.

Conforme al 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”.

Por tanto, las controversias suscitadas entre EMMSA y los concesionarios del Mercado Mayorista N.º 1 de Lima — entre los cuáles se encontraba el recurrente — en principio sólo podían resolverse en la vía judicial o arbitral.

Sin embargo, en vez de acudir a dichas instancias para resolver la controversia que mantenía con la actora, EMMSA solicitó a la Municipalidad Metropolitana de Lima que apruebe la Resolución de Alcaldía 274, de 26 de setiembre de 2012, mediante la cual se determinó que:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02355-2015-PA/TC

LIMA

ROSA CANDELARIA BOHORQUEZ VDA  
DE HUACA

- i El Mercado Mayorista N.º 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.º 1 de Lima debía considerarse contraria a la Ley 28026, del Sistema de Mercados Mayoristas de Alimentos.

Posteriormente, sobre la base de dicha resolución, requirió que se lleve a cabo un operativo policial destinada a impedir que los comerciantes del Mercado Mayorista N.º 1 de Lima — incluyendo la recurrente — puedan seguir utilizando los puestos ubicados en dicho mercado.

En consecuencia, en vez de resolver sus diferencias con la actora en las vías jurisdiccionales mencionadas por el artículo 62 de la Constitución, EMMSA intentó hacerlo solicitando que se lleven a cabo actuaciones administrativas de carácter unilateral. Ello es particularmente grave si se toma en cuenta que la Municipalidad Metropolitana de Lima es propietaria del 100% de las acciones de EMMSA (*cf.* [http://www.emmsa.com.pe/index.php/component/article/15-destacados-emmsa\\_gmml/4-5-transparencia](http://www.emmsa.com.pe/index.php/component/article/15-destacados-emmsa_gmml/4-5-transparencia). Consulta realizada el 28 de mayo de 2018).

Por tanto, mi voto es por declarar **FUNDADA** la demanda por haberse acreditado la vulneración del derecho fundamental al debido proceso y del principio de intangibilidad de los contratos; en consecuencia, ordenar a la Empresa Municipal de Mercados S.A. y a la Municipalidad Metropolitana de Lima no volver a incurrir en los actos que motivaron la interposición de la demanda.

S.

SARDÓN DE TABOADA

**Lo que certifico:**

Flavio Reátegui Apaza  
Secretario Relator  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL