

**UNIVERSIDAD NACIONAL  
SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**LA INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA  
COMO BARRERA BUROCRÁTICA Y LA TUTELA AL  
DERECHO DE LA LIBERTAD DE EMPRESA**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

**Responsable de la investigación:**

**BACH. ALEX ANDER VILLAVICENCIO IBARRA**

**Asesora:**

**Dra. SOLORZANO VIDAL LOLA AURORA**

**Huaraz, Perú**

**2018**



**FORMATO DE AUTORIZACIÓN PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN, CONDUCENTES A  
OPTAR TÍTULOS PROFESIONALES Y GRADOS ACADÉMICOS EN EL REPOSITORIO INSTITUCIONAL**

**1. Datos del autor:**

Apellidos y Nombres: \_\_\_\_\_

Código de alumno: \_\_\_\_\_ Teléfono: \_\_\_\_\_

E-mail: \_\_\_\_\_ D.N.I. n°: \_\_\_\_\_

*(En caso haya más autores, llenar un formulario por autor)*

**2. Tipo de trabajo de investigación:**

Tesis Trabajo de Suficiencia Profesional

Trabajo Académico Trabajo de Investigación

Tesinas (presentadas antes de la publicación de la Nueva Ley Universitaria 30220 – 2014)

**3. Para optar el Título Profesional de:**

\_\_\_\_\_

**4. Título del trabajo de investigación:**

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

**5. Facultad de:** \_\_\_\_\_

**6. Escuela o Carrera:** \_\_\_\_\_

**7. Línea de Investigación (\*):** \_\_\_\_\_

**8. Sub-línea de Investigación (\*):** \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

*(\*) Según resolución de aprobación del proyecto de tesis*

**9. Asesor:**

Apellidos y nombres \_\_\_\_\_ D.N.I n°: \_\_\_\_\_

E-mail: \_\_\_\_\_ ID ORCID: \_\_\_\_\_

**10. Referencia bibliográfica:** \_\_\_\_\_

**11. Tipo de acceso al Documento:**

Acceso público\* al contenido completo.

Acceso restringido\*\* al contenido completo

*Si el autor eligió el tipo de acceso abierto o público, otorga a la Universidad Santiago Antúnez de Mayolo una licencia no exclusiva, para que se pueda hacer arreglos de forma en la obra y difundirlo en el Repositorio Institucional, respetando siempre los Derechos de Autor y Propiedad Intelectual de acuerdo y en el Marco de la Ley 822.*

En caso de que el autor elija la segunda opción, es necesario y obligatorio que indique el sustento correspondiente:

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_



## 12. Originalidad del archivo digital

Por el presente dejo constancia que el archivo digital que entrego a la Universidad, como parte del proceso conducente a obtener el título profesional o grado académico, es la versión final del trabajo de investigación sustentado y aprobado por el Jurado.



Firma del autor

## 13. Otorgamiento de una licencia *CREATIVE COMMONS*

Para las investigaciones que son de acceso abierto se les otorgó una licencia Creative Commons, con la finalidad de que cualquier usuario pueda acceder a la obra, bajo los términos que dicha licencia implica.



El autor, por medio de este documento, autoriza a la Universidad, publicar su trabajo de investigación en formato digital en el Repositorio Institucional, al cual se podrá acceder, preservar y difundir de forma libre y gratuita, de manera íntegra a todo el documento.

Según el inciso 12.2, del artículo 12º del Reglamento del Registro Nacional de Trabajos de Investigación para optar grados académicos y títulos profesionales - RENATI "Las universidades, instituciones y escuelas de educación superior tienen como obligación registrar todos los trabajos de investigación y proyectos, incluyendo los metadatos en sus repositorios institucionales precisando si son de acceso abierto o restringido, los cuales serán posteriormente recolectados por el Recolector Digital RENATI, a través del Repositorio ALICIA".

## 14. Para ser verificado por la Dirección del Repositorio Institucional

Seleccione la  
Fecha de Acto de sustentación:

Huaraz,

Firma:

  
Varillas William Eduardo  
Asistente en Informática y Sistemas  
- UNASAM -  


**\*Acceso abierto:** uso lícito que confiere un titular de derechos de propiedad intelectual a cualquier persona, para que pueda acceder de manera inmediata y gratuita a una obra, datos procesados o estadísticas de monitoreo, sin necesidad de registro, suscripción, ni pago, estando autorizada a leerla, descargarla, reproducirla, distribuirla, imprimirla, buscarla y enlazar textos completos (Reglamento de la Ley No 30035).

**\*\* Acceso restringido:** el documento no se visualizará en el Repositorio.



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS  
POLITICAS



SECCION DE GRADOS Y TITULOS

ACTA DE SUSTENTACION, PARA OPTAR EL TITULO DE ABOGADO, TOMO  
FOLIO - FDCCPP

MODALIDAD: SUSTENTACIÓN DE TESIS

En la ciudad de Huaraz, siendo las 16:00 horas del día veintiséis de mayo de dos mil dieciocho, se presentaron en el Auditorium N° \_\_\_ de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional "Santiago Antúnez de Mayolo", el Jurado Calificador integrado por los docentes:

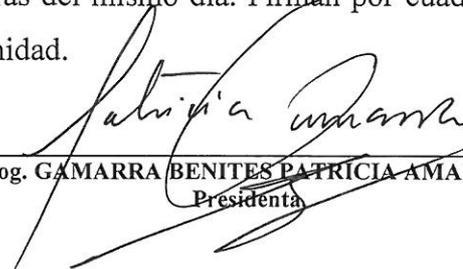
**Abog. GAMARRA BENITES PATRICIA AMALIA** : **PRESIDENTA**  
**Mag. CORAL RODRIGUEZ ARMANDO** : **SECRETARIO**  
**Mag. SOLORZANO VIDAL LOLA AURORA** : **VOCAL**

Con el objeto de examinar en Acto Público, la Sustentación Oral de la Tesis titulada: "LA INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA COMO BARRERA BUROCRÁTICA Y LA TUTELA AL DERECHO DE LA LIBERTAD DE EMPRESA" del Bach. Bach. VILLAVICENCIO IBARRA Alex Ander para OPTAR el Título Profesional de Abogado.

Acto seguido, el Bachiller fue llamado por su nombre e invitado a ocupar el podio a efectos de su exposición, luego de lo cual fue examinada en relación a la Tesis sustentada. Culminado el acto, el Presidente invitó a los asistentes a retirarse; para la deliberación, obteniéndose la siguiente calificación:

**PROMEDIO**..... Quince (15).....  
**RESULTADO**..... Aprobado por unanimidad.....

En mérito de lo cual, el Jurado Calificador Declara .... Apto......, para que se le otorgue el Título Profesional de Abogado. Con lo que concluye el Acto, siendo las..... 17:00.....horas del mismo día. Firman por cuadruplicado los Miembros del Jurado en señal de conformidad.

  
Abog. GAMARRA BENITES PATRICIA AMALIA  
Presidenta

  
Mag. CORAL RODRIGUEZ ARMANDO  
Secretaria.

  
Mag. SOLORZANO VIDAL LOLA AURORA  
Vocal.

## DEDICATORIA

*A Dios, que me da la fortaleza para seguir  
adelante; a mi madre, que desde el cielo  
bendice mi largo caminar.*



## AGRADECIMIENTOS

A mis maestros de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNASAM, por haberme brindado sus conocimientos y haber guiado mi formación académica para desenvolverme en este mundo competitivo. A la Dra. Aurora Solórzano. A mis hermanos Clemente y Fernando, quienes con su apoyo incondicional hicieron posible la culminación de este trabajo.



## ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS .....	iii
ÍNDICE .....	iv
RESUMEN .....	vii
ABSTRACT .....	viii
INTRODUCCIÓN .....	1

## CAPÍTULO I

### EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 Descripción del problema.....	4
1.2 Formulación del problema .....	5
1.2.1 Problema general.....	5
1.2.2 Problemas específicos .....	5
1.3 Importancia del problema.....	5
1.4 Justificación y viabilidad.....	8
1.4.1 Justificación teórica.....	8
1.4.2 Justificación práctica .....	9
1.4.3 Justificación legal.....	9
1.4.4 Justificación metodológica.....	10
1.4.5 Justificación técnica .....	11
1.4.6 Viabilidad .....	11
1.5 Formulación de objetivos .....	12
1.5.1 Objetivo general .....	12
1.5.2 Objetivos específicos.....	12
1.6 Formulación de hipótesis .....	12
1.6.1 Hipótesis general .....	12
1.6.2 Hipótesis específicas .....	13
1.7 Variables.....	13
1.7.1 Variable independiente.....	13
1.7.2 Variable dependiente.....	13
1.8 Metodología .....	13

1.8.1 Tipo y diseño de investigación.....	13
1.8.2 Plan de recolección de la información .....	15
1.8.3 Instrumento(s) de recolección de la información .....	16
1.8.4 Plan de procesamiento y análisis de la información .....	16
1.8.5 Técnica de análisis de datos y/o información.....	17
1.8.6 Validación de la hipótesis .....	17

## CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes .....	19
2.1.1 A nivel internacional .....	19
2.1.2 Antecedente nacional .....	33
2.2 Bases teóricas .....	35
2.2.1 Libertad de empresa .....	35
2.2.2 Administración pública .....	64
2.2.3 Inactividad de la Administrativa pública .....	67
2.2.4 Barrera burocrática.....	74
2.2.5 Principios.....	79
2.2.6 Variables.....	80
2.3 Definición de términos .....	83

## CAPÍTULO III RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

3.1 Resultados doctrinarios .....	86
3.2 Resultados normativos .....	86
3.2.1 Derecho interno .....	86
3.2.2 Derecho internacional .....	90
3.3 Resultados jurisprudenciales .....	91
3.3.1 ----- 0005-2014/CEB-INDECOPI.....	91
3.3.2 ----- 0050-2015/CEB-INDECOPI.....	92
3.3.3 ----- 0190-2015/CEB-INDECOPI.....	95

## CAPÍTULO IV

### DISCUSIÓN Y VALIDACIÓN DE LA HIPÓTESIS

4.1 Discusión doctrinaria.....	97
4.1.1 Posturas o argumentos a favor .....	97
4.1.2 Posturas o argumentos en contra .....	98
4.1.3 Posturas o argumentos personales.....	101
4.2 Discusión normativa.....	103
4.2.1 Análisis o discusión de la normatividad interna.....	103
4.2.2 Análisis o discusión de la normatividad internacional.....	105
4.3 Discusión jurisprudencial.....	108
4.3.1 Resolución N° 0005-2014/CEB-INDECOPI. Caso: “Procedimiento sancionador seguido contra la Municipalidad Distrital de Miraflores”. Exp. N° 000292-2013/CEB .....	108
4.3.2 Resolución N° 334-2016/INDECOPI-CUS. Caso: “Gemma Negocios S.A.C. - Ferrocarril Trasandino S.A.”. Exp. N° 000008-2015/CEB-INDECOPI-CUS ..	109
4.4 Validación de hipótesis .....	109
4.4.1 Argumento 1.....	109
4.4.2 Argumento 2.....	111
CONCLUSIONES .....	113
RECOMENDACIONES .....	115
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	116

## RESUMEN

La investigación tuvo como propósito analizar la inactividad de la Administración pública y su repercusión como obstáculo en el derecho fundamental de la libertad de empresa. Se ha realizado una investigación dogmático-jurídica, y se ha logrado destacar que la inactividad de la Administración pública es ilegal e irracional, y configura una barrera burocrática que afecta al derecho de la libertad de empresa. El enfoque de la investigación es cualitativo, e introduce a la inactividad de la Administración pública —ilegal e irracional—, bajo un reclamo previo, dentro de las barreras burocráticas que afectan el derecho a la libertad de empresa, por lo que corresponde ser tratada como tal, por los principios y reglas que conciernen a estas. De esa manera, se logra la inmediata protección del inicio y desarrollo de la actividad empresarial. La metodología se encuentra enfocada desde el punto de vista de la ciencia como investigación descriptiva, y, en forma particular, como investigación jurídico-dogmática, mediante la utilización especialmente de los métodos hermenéuticos propios de investigación jurídica; bajo dicha perspectiva metodológica, se ha empleado la técnica documental y análisis cualitativo para establecer que la inactividad de la Administración pública surte los mismos efectos que los actos ilegales e irracionales, al configurarse como barrera burocrática que afecta el derecho de la libertad de empresa.

**Palabras clave:** Inactividad, Administración pública, reclamo previo, barrera burocrática, libertad de empresa

## ABSTRACT

The purpose of the investigation was to analyze the inactivity of the public administration and its repercussion as an obstacle to the fundamental right to freedom of business. A dogmatic-legal investigation has been carried out, and it has been possible to highlight that the inactivity of the public Administration is illegal and irrational, and configures a bureaucratic barrier that affects the right to freedom of business. The research approach is qualitative, and introduces the inactivity of the public administration - illegal and irrational -, under a prior claim, within the bureaucratic barriers that affect the right to freedom of business, so it should be treated as such, by the principles and rules that concern them. In this way, the immediate protection of the start and development of the business activity is achieved. The methodology is focused from the point of view of science as descriptive research, and, in particular, as legal-dogmatic research, through the use especially of the hermeneutical methods of legal research; From this methodological perspective, the documentary technique and qualitative analysis have been used to establish that the inactivity of the public Administration has the same effects as illegal and irrational acts, since it is configured as a bureaucratic barrier that affects the right to freedom of business.

**Keywords:** Inactivity, public administration, illegal, irrational, previous claim, bureaucratic barrier, business freedom.

## INTRODUCCIÓN

La Constitución Política del Perú consagra la protección y el fomento de la actividad empresarial, y, así, en el título III, Del régimen económico, artículo 58, se establece que “la iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país”. Asimismo, en el artículo 59 se establece que “el Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado (...), promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades”. En tal sentido, la libertad de empresa es un derecho inviolable y fundamental de enorme trascendencia, por la importancia que supone para el despliegue de la economía de un país. Pero esta se ve transgredida por trabas injustificadas e ilegales que se interponen ante el empresario, que lo desmoralizan a seguir invirtiendo, y mucho más si el empresario es extranjero. En el ordenamiento jurídico peruano, dichas trabas se denominan barreras burocráticas.

La reactivación y constitucionalización de las empresas resultan importantes, porque traen el desarrollo económico del país y, por ende, el formalismo laboral. Por el contrario, la inactividad de la Administración pública acarrea el informalismo y ahuyenta la inversión. El dejar de hacer o actuar de dicha entidad del Estado es la omisión por la Administración de toda actividad, jurídica o material, legalmente debida y materialmente posible; por lo que será necesaria su inmediata actuación y subsanación, ya que la acción como la inacción tienen los mismos efectos al restringir u obstaculizar el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado siempre y cuando sean ilegales e irracionales. De esta

manera, se trasgreden las etapas de la vida empresarial, al acceder al mercado formal y/o permanecer en el mercado, pero, también se podría dar al momento de cese de una empresa.

Esta inactividad de la Administración pública puede ser material o formal, pero nuestro ordenamiento jurídico solo incorpora a la formal, basándose en el silencio administrativo, sea este negativo o positivo. Aún más, la Ley 1256 (Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas [desde ahora, LPEBB]) no toma como barrera burocrática a la omisión, ya que esta forma parte de una barrera subjetiva conformada por la inactividad de la Administración pública.

La Ley 1256, dada el 07 de diciembre del 2016 (Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas-LPEBB), es novedosa, pero presenta el defecto de que no incluye la inactividad como barrera burocrática, siendo esta el resultado de una actividad inexistente frente a un derecho subjetivamente existente plasmado por un obstáculo consecuente.

En ese contexto, la presente investigación se ha estructurado en cuatro capítulos. El primer capítulo está referido al problema y la metodología de la investigación, en el que se describe y formula el problema, haciendo ver lo importante y viable de su desarrollo; para lo cual se han planteados objetivos generales y específicos, así como las hipótesis de investigación frente a la problemática planteada.

El segundo capítulo está referido al marco teórico en que se basa la investigación, y se desarrolla con referencia a los autores que han servido de fundamento para demostrar que a pesar de que con la Ley 1256 se ha logrado erradicar algunas barrera por el INDECOPI, el logro resulta deficiente puesto que

no se toma en cuenta a la inactividad, sea material (aquellas que se efectúan fuera de un procedimiento más amplia) o formal (inmovilidad de la administración dentro del procedimiento administrativo, que conlleva el silencio administrativo, sea este positivo o negativo).

En el tercer capítulo se presenta y desarrolla los resultados; aun cuando la doctrina existente respecto de este tema es endeble, se ha logrado extraer ideas con las cuales se han confrontado los resultados tanto a nivel nacional como internacional; en cuanto a los resultados jurisprudenciales, se ha desarrollado la postura adoptada por el INDECOPI.

Finalmente, el cuarto capítulo desarrolla la discusión y validación de la hipótesis. Para ello, se plantean las diferentes teorías que validan o niegan las hipótesis planteadas al inicio de la investigación como posible respuesta a la problemática planteada, las cuales se han podido comprobar con base en diferentes posturas doctrinarias y teorías del Derecho.

Estoy seguro de que el presente trabajo de investigación adolece omisiones y deficiencias, por lo que es susceptible de mejoras y correcciones; no podría ser de otra manera, ya que el conocimiento humano es siempre inconcluso, más aún si se tiene en cuenta que no hay trabajo definitivo.

## CAPÍTULO I

### EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

#### 1.1 Descripción del problema

El artículo 1 de la Ley 1256 (Ley antibarreras burocráticas o amparo empresarial), recientemente aprobada, traza su finalidad supervisora al proteger los derechos a la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, “en beneficio de personas naturales o jurídicas, mediante la prevención o la eliminación de barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad que restrinjan u obstaculicen el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado”. En tanto el artículo 3, inciso 3-C, señala que no son consideradas como barreras burocráticas “las omisiones, inacciones o cualquier inactividad de la Administración pública”.

El problema es que la inactividad de la Administración pública es una barrera burocrática subjetiva que obstaculiza o vulnera el inicio y desarrollo de la actividad empresarial ya que el no actuar ilegal e irracional de la Administración pública bajo un reclamo administrativo previo ocasiona perjuicios al derecho de libertad de empresa, el cual es fundamental para el desarrollo económico del país; más aún, dentro de un mercado competitivo hace que la actividad empresarial sea ineficiente y a la vez desincentive la inversión privada. Por ello, considero que el legislador no ha hecho un buen trabajo para identificar el lado subjetivo de las barreras burocráticas, y se ha enfocado solo en el lado objetivo o material, lo cual se refleja en actos, disposiciones y cualquier actuación administrativa; por su lado, la inactividad es una pasividad, un no hacer de la Administración en el marco de sus competencias ordinarias; es la responsabilidad del Estado por sus potestades de

inspección, de allí que debe ser tratada como tal (barrera burocrática), y, a la vez, solucionada inmediatamente por el INDECOPI.

## **1.2 Formulación del problema**

### ***1.2.1 Problema general***

¿Cuál es el fundamento jurídico para que la inactividad de la Administración pública no sea considerada como barrera burocrática que vulnera el derecho de libertad de empresa?

### ***1.2.2 Problemas específicos***

¿Cuál es el medio idóneo para que la inactividad de la Administración pública no quebrante el derecho de libertad de empresa?

## **1.3 Importancia del problema**

La presente investigación se realizó con la finalidad de subsanar la deficiencia que tiene la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas (DLeg. 1256) —respecto de la omisión de la Administración pública— y, consecuentemente, para coadyuvar a toda persona que ingresa o se está desarrollando en la actividad empresarial, sea esta la de un emprendedor y/o empresario que, formando una MYPE, mediana o ultra empresa, ve obstaculizado sus metas por el funcionamiento deficiente de la Administración pública. En tal sentido, es relevante porque garantiza el derecho de todo empresario a no tener obstáculos subjetivos —barrera burocrática por inactividad— y que debe ser

resuelto inmediatamente para no frenar el desarrollo económico, ya que el tiempo es el peor enemigo dentro de la actividad empresarial.

La inactividad de la Administración pública es la “omisión por la Administración de toda actividad jurídica o material, legalmente debida y materialmente posible” (Gómez Puente, 2002, p. 63), y está dividida en formal y material, y como una subdivisión de la actividad formal se encuentra el silencio administrativo. Por lo tanto, cuando el legislador se refiere a la inactividad de la Administración pública lo trata solo como silencio administrativo ya sea positivo o negativo, pero el asunto de este trabajo está relacionado con la inactividad de la Administración pública, sea esta formal o material, enmarcado a la labor de la inspección administrativa y el correcto desarrollo en sus funciones que deberían efectuar, para no ser trasgredida la libertad de empresa.

En tal sentido, el artículo 188.3 de la Ley 27444 (Ley del Procedimiento Administrativo), recientemente modificada por Decreto Legislativo 1272, trata sobre el silencio administrativo negativo, que “tiene por efecto habilitar al administrado la interposición de los recursos administrativos y acciones judiciales pertinentes”, y el artículo 34.1 del Decreto Legislativo 1272, que modifica a la ley 27444 (Ley del Procedimiento Administrativo) y deroga a la Ley 29060 (Ley del Silencio Administrativo), exceptúa en su ámbito de aplicación al silencio negativo en aquellos casos en los que la petición del administrado puede afectar significativamente el interés público e incida en la salud, el medio ambiente, los recursos naturales, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, la defensa comercial, la defensa nacional y el patrimonio cultural de la nación, así como en aquellos procedimientos de

promoción de inversión privada, procedimientos trilaterales y en los que generen obligación de dar o hacer del Estado y autorizaciones para operar casinos de juego y máquinas tragamonedas. Las entidades deben sustentar técnicamente que cumplen con lo señalado en el presente párrafo. (Decreto Legislativo 1272, art. 34.1)

Sin embargo, ello no ha conllevado resultados satisfactorios concretos. Es solo una apariencia, cuando en verdad debe ser una realidad; razón por la cual debe ser perceptible y a la vez justificable mediante estudios técnicos y científicos que permitan confrontar la realidad del mercado, para deducir que la trasgresión a la actividad empresarial es cotidiana, reflejada tanto por la competencia desleal e informalidad en el mercado, así como por la responsabilidad del Estado administrador por su inactividad en el ejercicio de sus potestades para las cuales se lo ha encomendado.

La Ley 1256 (Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas) es novedosa y va en concordancia con los principios de celeridad y simplificación administrativa, los cuales son fundamentales para el inicio y desarrollo de la actividad empresarial; previene y elimina todo obstáculo burocrático, en donde prima la legalidad y racionalidad, pero aun así presenta un defecto: no toma en cuenta el lado subjetivo del acontecimiento cotidiano de la vida económica del país.

Ello implica que, si se acredita una transgresión a la libertad de empresa por la inactividad de la Administración pública, como en el caso de la empresa “Gemma Negocios S.A.C. - Ferrocarril Trasandino S.A.” (Resolución N° 334-2016/INDECOPI-CUS. Exp. N° 000008-2015/CEBINDECOPI-CUS.), en el cual se declara improcedente la denuncia por no considerarse barrera burocrática a la

omisión en la publicación y contenido del Texto Único de Procedimientos Administrativos, TUPA de la Municipalidad Provincial de Cusco, respecto al procedimiento denominado cambio de zonificación. En este ejemplo, el juzgador no tiene más opción que rechazar el caso, por cuanto el juicio de adecuación resultaría negativo, al no considerarse la inactividad como barrera burocrática pese a que los elementos y requisitos lo consideran.

Las consecuencias de la aplicación de la ley antibarreras burocráticas son deficientes, porque no solo debe tratarse el lado material u objetivo de los obstáculos administrativos, sino que también hay que tomar en cuenta el lado subjetivo que se genera a falta de las inspecciones administrativas y que bajo un reclamo previo debe ser solucionado inmediatamente como barrera burocrática, pero, siempre tomando en cuenta; la ilegalidad e irrazonabilidad que ocasiona la inactividad de la Administración pública.

#### **1.4 Justificación y viabilidad**

La justificación se identifica con los móviles de la investigación; es decir con “los propósitos definidos que son suficientemente importantes que fundamenten su realización” (Arazamendi, 2011, p. 139), por lo la investigación se justifica de la siguiente manera:

##### ***1.4.1 Justificación teórica***

Esta investigación se realiza con el propósito de aportar al conocimiento existente sobre la vulneración a la libertad de empresa por la inactividad ilegal e irracional de la Administración pública. Los resultados de esta investigación podrán

sistematizarse en una propuesta para ser incorporada como conocimiento a las ciencias jurídicas, ya que se estaría demostrando que la inactividad de la Administración pública es una barrera burocrática subjetiva que obstaculiza el libre desenvolvimiento de la actividad empresarial.

Asimismo, se analizan criterios de neoconstitucionalismo o también llamado constitucionalismo moderno, con los que se resalta la constitucionalización del ordenamiento jurídico. Así que para determinar la transgresión de la inactividad ilegal e irracional de la Administración pública como barrera burocrática al derecho de libertad de empresa se efectuó la clasificación de barreras burocráticas —subjetivas y objetivas—, así como también sobre la inactividad formal y material, reflejada por la ilegalidad e irracionalidad, la cual se sustenta en la teoría del debido procedimiento administrativo y los principios de celeridad y simplicidad administrativa, enmarcados al principio de división de trabajo con la finalidad de alcanzar el bien común.

#### ***1.4.2 Justificación práctica***

La investigación tiende a resolver problemas concretos efectuados por la inoperancia de la Administración pública, por la falta o deficiencia en el ejercicio de sus funciones, las cuales afectan al derecho de libertad de empresa en el Perú, para cuyo efecto se da una propuesta pertinente y útil.

#### ***1.4.3 Justificación legal***

- Constitución Política del Perú
- Ley Universitaria 30220

- Estatuto de la UNASAM
- Reglamento General de investigación de la UNASAM
- Reglamento de Investigación de la FDCCPP
- Reglamento de Grados y título de la FDCCPP- UNASAM
- Ley 27444
- Decreto Legislativo 1256

#### ***1.4.4 Justificación metodológica***

El paradigma metodológico que justifica la presente investigación es el enfoque cualitativo, toda vez que se realizó una investigación dogmática, sustentada en la inactividad ilegal e irracional de la Administración pública como barrera burocrática y la libertad de empresa como derecho constitucional. La validación de la hipótesis se realizó con base en la teoría de la argumentación jurídica debido a que el derecho puede concebirse como argumentación apoyado desde conceptos dogmáticos y normativos. Se tomaron en consideración conceptos y comprensiones que partieron de datos para evaluar modelos, hipótesis o teorías, principios y reglas jurídicas preconcebidas.

La presente investigación, para ser confiable como conocimiento científico, propone técnicas y medidas procedimentales para resolver los problemas normativos, doctrinarios y jurisprudenciales de la inactividad de la Administración pública como barrera burocrática en casos de vulneración a la libertad de empresa.

#### ***1.4.5 Justificación técnica***

Se contó con el soporte técnico y logístico, habiéndose previsto una computadora personal, impresora, escáner y el programa Microsoft Office 2015.

#### ***1.4.6 Viabilidad***

La presente investigación es viable tanto económica, bibliográfica, técnica y metodológicamente.

##### **1.4.6.1 Viabilidad teórica**

La presente investigación se pudo concretar del análisis del acto administrativo respecto a sus teorías, principios y reglas, estableciendo su aplicación al caso concreto por inactividad en la que se configuran las barreras burocráticas, sean estas ilegales e irracionales que restrinjan u obstaculicen el inicio y desarrollo de la actividad de la empresa con la finalidad de tutelar el derecho de libertad de empresa.

##### **1.4.6.2 Viabilidad temporal**

El periodo que abarca el presente estudio corresponde al año 2017.

##### **1.4.6.3 Viabilidad social**

El estudio verifica la materialización de la inactividad como barrera burocrática en perjuicio del derecho de la libertad de empresa, limitándose el ámbito de derecho administrativo desde una perspectiva jurídico-doctrinal-normativo-jurisprudencial.

## **1.5 Formulación de objetivos**

### ***1.5.1 Objetivo general***

Determinar cuál es el fundamento jurídico para que la inactividad de la Administración pública no sea considerada como barrera burocrática que vulnera el derecho de libertad de empresa.

### ***1.5.2 Objetivos específicos***

Analizar cuál es el medio idóneo para que la inactividad de la Administración pública no quebrante el derecho de libertad de empresa.

## **1.6 Formulación de hipótesis<sup>1</sup>**

### ***1.6.1 Hipótesis general***

Existe incumplimiento en los fundamentos jurídicos contenidos por la inactividad de la Administración pública al no ser considerada como barrera burocrática que vulnera el Derecho de Libertad de Empresa.

---

<sup>1</sup> Respecto de la hipótesis descriptiva, Zelayaran (2007) plantea que “son las que expresan las características o propiedades de determinados objetos, sujetos, ocurrencias o fenómenos. En términos cualitativos o cuantitativos. Sin embargo, cabe comentar que no en todas las hipótesis descriptivas se formulan una estructura de variables... siendo simplemente enunciativas, descriptivas, predictiva” (p. 239). Las hipótesis en las investigaciones dogmáticas o teóricas son “opcionales”, y si se plantean son solo descriptivas, como las que se han planteado en la presente investigación, y constituyen una hipótesis de trabajo, que sirven de guía en la investigación. Así, los elementos de variables, unidad de análisis y conectores lógicos son propias de la hipótesis correlacional, de causalidad o de diferencia de grupos que se plantean en investigaciones cuantitativas o jurídicas sociales.

### ***1.6.2 Hipótesis específicas***

El medio idóneo para que la inactividad de la Administración pública no quebrante el derecho de la libertad de empresa es que sea considerada como barrera burocrática y, así, se tendrá solución inmediata mediante las leyes, principios y reglas que correspondan a esta (barrera burocrática).

## **1.7 Variables**

### ***1.7.1 Variable independiente***

Actividad empresarial.

### ***1.7.2 Variable dependiente***

Barrera burocrática subjetiva.

## **1.8 Metodología**

### ***1.8.1 Tipo y diseño de investigación***

#### **a. Tipo de investigación**

Se debe de recordar que para investigar el comportamiento humano existen diversos tipos de investigación, tales como los exploratorios, descriptivos, correlacionales y explicativos (Hernández Sampieri *et al.*, 2010). La presente investigación es de tipo descriptivo desde el punto de vista del tema de investigación, ya que se examina e indaga jurídicamente la inactividad de la Administración pública como barrera burocrática que afecta el derecho de la libertad de empresa.

Como ciencia particular, la investigación es dogmático-jurídica, pues evalúa el principio de legalidad y razonabilidad en relación con los de simplicidad y celeridad, y su aplicación en la ausencia del acto administrativo en casos de vulneración al derecho de la libertad de empresa dentro del marco jurídico de la Ley del Procedimiento Administrativo, y la Ley de Eliminación y Prevención de Barreras Burocráticas Peruanas.

#### **b. Tipo de diseño**

Correspondió al diseño no experimental, debido a que careció de manipulación de la variable independiente (Robles Trejo, 2014, p. 47); además, no se tuvo grupo de control ni tampoco experimental; su finalidad fue analizar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia.

#### **c. Diseño general**

El diseño general utilizado fue el diseño transversal (Hernández Sampieri, *et al.*, 2010, p. 151), de tipo exploratorio y descriptivo dogmático (Rodríguez Moguel, 2005, p. 24). En este proceso, la recolección de datos se llevó a cabo en forma simultánea con el análisis de los conceptos del derecho de libertad de empresa, la inactividad de la Administración pública y las barreras burocráticas, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia nacional; así, se realizará el estudio del hecho jurídico en un momento determinado de tiempo, correspondiente al periodo 2017.

#### **d. Diseño específico**

Se empleó el diseño explicativo y analítico (Rodríguez Moguel, 2005, p. 35). El propósito fue realizar una primera aproximación (explicar) la inactividad de la Administración pública como barrera burocrática y luego analizar por qué afecta al derecho de libertad de empresa.

#### **1.8.2 Plan de recolección de la información**

##### **1.8.2.1 Población**

**Universo físico:** Careció de delimitación física o geográfica, ya que estuvo constituida por el ámbito mundial y nacional en general.

**Universo social:** La población materia de estudio se circunscribió al aporte de los juristas a nivel dogmático y los magistrados a nivel jurisprudencial.

**Universo temporal:** Correspondió al periodo del 2017.

##### **1.8.2.2 Muestra**

La muestra utilizada fue de tipo no probabilístico, ya que la elección de la muestra no dependió de la probabilidad, sino de las causas relacionadas con las características de abogado-investigador, así como del proceso de toma de decisiones.

**Marco muestral:** Conceptual, normatividad, doctrina y jurisprudencia.

**Procedimiento de selección:** Dirigida.

**Tipo de muestra dirigida:** La muestra dirigida fue de sujetos-tipos, ya que se buscó la profundidad y riqueza de la información.

**Técnica muestral:** Técnica intencional (la muestra es escogida).

**Tamaño de la muestra:** No se puede medir al ser la muestra cualitativa.

**Unidad de análisis:** Documentos.

### *1.8.3 Instrumento(s) de recolección de la información*

- a. **Fichaje.** Referidas a las fuentes o textos bibliográficos y hemerográficos para recopilar información sobre la doctrina sobre el problema de investigación, se emplearon las fichas textuales, resumen y comentario.
- b. **Fichas de análisis de contenido.** Estas se emplearon para el análisis de la jurisprudencia y determinar sus fundamentos y posiciones dogmáticas.
- c. **Electrónicos.** Para la recopilación de la información de las distintas páginas web del ciberespacio sobre el problema de investigación, se empleó las fichas de registro de información.
- d. **Fichas de información jurídica.** Es un criterio de recolectar la información, a fin de almacenarla y procesarla adecuadamente.

### *1.8.4 Plan de procesamiento y análisis de la información*

El plan de recojo de la información comprendió, en primer lugar, la selección de los instrumentos de recolección de datos; en ese sentido, se emplearon los siguientes instrumentos: (1) Para las fuentes bibliográficas, hemerográficas y virtuales se empleó las fichas bibliografías, literales, resumen y comentario; (2) para la jurisprudencia, se empleó la ficha de análisis de contenido. Con estas se recogieron los datos para la construcción del marco teórico y la discusión, y, luego, la validación de la hipótesis planteada. Asimismo, el estudio de la normatividad se realizó a través de los métodos exegético y hermenéutico, lo que hizo posible una visión sistemática del problema de estudio.

### ***1.8.5 Técnica de análisis de datos y/o información***

Se empleó la técnica del análisis cualitativo (Briones, 1986, p. 43), toda vez que en la investigación jurídico-dogmática no se admiten las valoraciones cuantitativas, el análisis de datos debe concretarse en la descomposición de la información en sus partes o elementos, tratando de encontrar la repetición de lo idéntico y las relaciones de causalidad, a fin de describir y explicar las características esenciales del hecho o fenómeno. Esto es lo que se denomina como análisis cualitativo, en el cual un dato es definido como un “no cuantitativo”, es decir, que no puede ser expresado como número, de modo que es difícilmente medible, no traducible a términos matemáticos y no sujeto a la inferencia estadística (Robles Trejo, 2014, p. 74).

Los criterios empleados en el proceso de investigación fueron:

- Identificación del lugar donde se buscó la información.
- Identificación y registro de las fuentes de información.
- Recojo de información en función a los objetivos y variables.
- Análisis y evaluación de la información.

### ***1.8.6 Validación de la hipótesis***

La investigación jurídica, en la dimensión teórica, tiene su evaluación mediante la contratación de las hipótesis planteadas mediante la argumentación jurídica (o conocida como argumentación jurídica estándar —AJE—) (Atienza, 1997). Argumentar o razonar es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o refutar. Esa actividad

puede ser muy compleja y consistir en un número muy elevado de argumentos (de razones parciales) conectadas entre sí de muy variadas formas.

Para conseguir este tipo de validez se deben fomentar procesos de cristalización más que de triangulación. Richardson (1997) sugiere que «la imagen central para «la validez» de los textos postmodernos:

No es el triángulo, una figura rígida, fijada y en dos dimensiones. Más que esta figura, la imagen central o la figura central es el cristal, el cual combina la simetría y la sustancia con una infinita variedad de formas, sustancias, transmutaciones, multidimensionalidades, y ángulos de aproximación. Los cristales son prismas que reflejan la parte externa y se refractan sobre ellos mismos, creando diferentes colores, modelos, llevándote por diferentes direcciones y caminos.

Lo que nosotros vemos depende de nuestro ángulo de reposo. No es la triangulación sino la cristalización lo que se debe fomentar en los procesos de investigación cualitativa. En la postmodernidad, con textos en donde se mezclan géneros, nosotros nos movemos desde la teoría de la geometría plana a la teoría de la luz, donde la luz puede ser tanto onda como partícula. La cristalización, sin perder la estructura, que construye la idea tradicional de «validez» pues permite mostrar que no existe una verdad singular, la cristalización nos proporciona una comprensión de los temas, parcial, dependiente y compleja. (Richardson, 1997, p. 97)

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

#### 2.1 Antecedentes

##### 2.1.1 A nivel internacional

De la revisión de páginas web, no se pudo encontrar tesis relacionadas con la inactividad de la Administración pública como barrera burocrática que vulnera la libertad de empresa, pero sí respecto de la inactividad como responsabilidad del Estado, sobre la cual se encontró una tesis y una memoria.

Por una parte, Celorrio Bella (2014), en su investigación de tesis *La inactividad material y prestacional de la Administración pública*, presentada a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de la Rioja, la investigadora concluye:

*Primero.* Somos conscientes del estado crítico de nuestro sistema de servicios sociales, no es asumible la tan extrema tardanza en la resolución y tramitación de expedientes, los escasos avances en igualdad ciudadana en el ámbito de la discapacidad, quedando demostrada la incapacidad de la propia Administración para imponer el cumplimiento de las normas de accesibilidad y exigir la adaptación de edificios para personas discapacitadas. A su vez, no es sostenible en ningún caso, la gran cantidad de personas pertenecientes a la tercera edad que no tienen la opción de insertar en centros residenciales debido al límite de plazas y a las largas listas de espera poco alentadoras. Las barreras para estas personas no terminan

aquí, sino que, además, ven excluidos servicios básicos como lo es el servicio de teleasistencia.

*Segundo.* La dependencia no está pasando tampoco por una situación más favorable, la demora en la tramitación de expedientes es desorbitada, la falta de financiación, la reducción de las prestaciones, el endurecimiento de las valoraciones para obtener la dependencia y la posterior modificación del nivel de la misma son ejemplos de acciones que dificultan todavía más la vida de estas personas, cuando lo natural es aportar los medios suficientes para hacerles la vida más sencilla y procurar su igualdad ciudadana. Tampoco son admisibles en ningún momento situaciones que han dado lugar a numerosas quejas referidas a los malos tratos en centros residenciales. Es totalmente aborrecible el permitir estos incidentes.

*Tercero.* No se puede permitir que el urbanismo se encuentre en condiciones de dejadez semejantes a las que se han reflejado en los informes. La conservación de los inmuebles es vital, empezando por el derecho a la vivienda y continuando por las situaciones de peligro en las que se exponen los vecinos de un inmueble en mal estado.

*Cuarto.* No entiendo cuál es el concepto que tiene la Administración sobre el medio ambiente, pero es evidente que no radica entre sus prioridades. Ha quedado demostrado en innumerable jurisprudencia y doctrina la importancia que devenga la contaminación acústica, la cual puede causar problemas morales, psíquicos, físicos... siendo por tanto un tema merecedor de especial protección. Antagónicamente, la realidad no es esa.

Cada vez son más las quejas recibidas en ese campo frente a las cuales la administración despliega una reacción nula o en su caso, defectuosa.

*Quinto.* Asimismo, las quejas orientadas a los servicios sociales en los informes del Defensor del Pueblo de La Rioja hablan de situaciones muy similares a las reflejadas en los informes del Defensor del Pueblo de España. Por todo ello, es evidente la falta de actividad por parte de la Administración o la ineficacia de la misma cuando sí es realizada. Bien es cierto que esta situación no se da siempre y que la Administración pública cumple con sus obligaciones legales y practica su papel de prestadora de servicios, pero a los hechos me remito en afirmar que no actúa como debe en todos los casos.

*Sexto.* Cierto es también que las restricciones presupuestarias debidas a la actual crisis en la que España se encuentra sumida afectan de modo negativo al cumplimiento de sus obligaciones legales, ya sea por falta de recursos materiales, o recursos económicos. Pero ello, aunque sí dificulta la correcta actividad, no debe impedir la misma; debiendo ante estas situaciones la Administración tomar medidas y emprender estudios para intentar que paulatinamente vaya disminuyendo la inactividad y promover una mejora de su función servicial en aras del interés general. Pero los datos no dicen lo mismo, el número de quejas aumenta, y cada vez aparece el término “inactividad material” en los textos jurisprudenciales. Lo que me lleva a pensar que están haciendo demasiado uso del argumento de la crisis desatendiendo de ese modo sus obligaciones. De hecho, analizando el informe anual del Defensor del Pueblo de España relativo al año 2007, puede apreciarse que problemas acontecidos entonces persisten en la actualidad; lo

que quiere decir que el obstáculo económico es relativo en tanto que determinadas actitudes pasivas de la Administración ya se daban en tiempos de estabilidad presupuestaria.

*Finalmente.* Estos planteamientos nos hacen retornar al debate inicialmente planteado en la introducción: ¿Funciona el actual sistema de lucha contra la inactividad material de la Administración pública? Bajo mi punto de vista, lamentablemente no. Primeramente, y de modo aclaratorio, decir que no es necesario tomar posturas extremistas, puesto que la ineficacia del sistema no es absoluta. Se cuenta con un mecanismo que contempla determinadas situaciones y que en ocasiones (lo cual se desprende de la jurisprudencia analizada) sí resulta eficiente. Hay que añadir que el procedimiento actual es notablemente mejor al contemplado en la antigua LJCA de 1956, que limitaba la inactividad al silencio administrativo. Pero eso no es suficiente; son demasiados los casos que quedan fuera de este mecanismo, y son demasiadas las posturas pasivas de la Administración ante asuntos tan trascendentales como son los servicios sociales, el urbanismo y el medio ambiente. La inactividad material de la administración ha sido objeto de debate desde su origen hasta nuestros días. La ley de la LJCA de 1956 como ya se ha dicho, ya contemplaba una forma de inactividad y un mecanismo de defensa ante la misma, pero este sistema resultaba insuficiente ya que no comprendía la inactividad material, sino tan solo la formal, siendo por ello criticado por la doctrina. Estas críticas llevaron a aprobar la actual LJCA de 1988, la cual no fue recibida del mismo modo por todos, mientras unos confiaban en ella y veían un progreso en relación con la anterior ley;

otros ya entonces la veían como un mecanismo ineficaz, el cual dejaba fuera de protección muchos casos. Pasado ya tiempo suficiente para comprobar la efectividad del mismo, la reciente jurisprudencia demuestra cómo cada vez, son más los casos surgidos por esta causa. Como respuesta al antiguo debate surgido en torno a la eficacia del mecanismo de defensa contra la inactividad material, decir que, concluyentemente, el actual precepto 29 de la LJCA debe ser objeto de modificación y mejora, para así poder abarcar los supuestos que han sido objeto de denuncias a lo largo de estos años a causa de la inactividad de la Administración. (Celorrio Bella, 2014, pp. 51-53)

Por su parte, Gonzales Luchsinger (2014), en su tesis *La inspección administrativa (Responsabilidad del Estado por inactividad en su ejercicio)*, presentada a la Facultad de Derecho del Departamento de Derecho Público de la Universidad de Chile, llega a las siguientes conclusiones:

*Primero.* Las actuaciones inspectoras deben ser consideradas desde una doble perspectiva. En primer lugar, como una técnica de comprobación de la actividad de policía, y, en segundo lugar, como el ejercicio una auténtica potestad administrativa.

*Segundo.* La potestad inspectora es reglada en cuanto a su habilitación y desarrollo práctico pero discrecional desde el punto de vista de su puesta en marcha. Es fiduciaria, ya que se ejerce para servir un interés público ajeno al del titular, es conservativa y heteroatribuida. Además, es autónoma e independiente, pues si bien mantiene una intrínseca relación con la potestad sancionadora, son dos potestades que persiguen objetivos

distintos y cuyo estudio debe hacerse necesariamente respetando esa independencia.

*Tercero.* La función esencial de la inspección trasciende la mera observación de la normativa vigente, pues lo que se espera con ello finalmente es la protección de los bienes que el ordenamiento jurídico tutela a través de las normas. Esa es, entonces, su función más importante, la protección de bienes e intereses generales de la comunidad, tales como la salud, la dignidad de los trabajadores, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, etc, que el ordenamiento jurídico reconoce y ampara. Junto con ello, la normativa le ha entregado a los órganos inspectores otras funciones de carácter secundario como lo es la de informar a los sujetos controlados sobre las normas que los regulan para que estos no caigan en incumplimientos por desconocimiento de la ley, a través de charlas por ejemplo, así como también efectuar labores de asistencia técnica a otros órganos administrativos a los que sirva la información recabada por medio de la fiscalización.

*Cuarto.* Algunos de los límites de la inspección administrativa emanan de los principios que encauzan y dirigen esta técnica de la actividad de policía. Estos principios son: el principio de legalidad, de igualdad, de proporcionalidad y de respeto a la libertad individual. Además de otros principios propios de toda actuación administrativa como el principio de eficacia y eficiencia y el respeto a los derechos fundamentales.

*Quinto.* La regulación esencial de la actividad inspectora debe entregarse a normas con rangos de ley, dejando al reglamento su

determinación en concreto. No es admisible que la Administración por medio de su potestad normativa, a través de la dictación de circulares por ejemplo, traspase los límites establecidos en la ley y el reglamento, fijando nuevos deberes de colaboración o atribuyéndose nuevas potestades que intervengan en la esfera del sujeto administrado.

*Sexto.* A partir de un análisis de la normativa vigente pudimos advertir tres modalidades a través de las cuales se manifiesta o materializa la potestad inspectora, estas son el requerimiento de información, el requerimiento de comparecencia y la visita de inspección. Sin duda alguna esta última es la modalidad más característica.

*Séptimo.* En particular respecto a la visita, determinamos que es de su esencia que esta se lleve a cabo de sorpresa ya que el aviso podría perjudicar los fines preventivos propios del ejercicio de esta potestad. En cuanto a la ejecución de la misma, tomando como referencia el modelo ambiental, observamos una serie de momentos y directrices que todo órgano debiese respetar. En primer lugar, i) la preparación de la visita, mediante la cual se reúne la información necesaria sobre la actividad controlada para efectuar una inspección informada y así más eficaz, los instrumentos que sean necesarios para su ejecución así como la determinación del personal idóneo para aquello y en general se realizan todas aquellas actividades previas a la visita en terreno que permiten que esta se ejecute adecuadamente; ii) las pautas de actuación a que, en términos generales, debe adecuarse el inspector, tales como ingresar por accesos habilitados o públicos, identificarse al llegar al lugar, solicitar información acerca de la

organización del establecimiento así como la que requiera necesaria para facilitar su labor ; iii) las actuaciones de comprobación que el inspector puede ejecutar son diversas dependiendo de la actividad que se inspeccione, así podrán consistir en mediciones, tomas de muestra, toma de testimonios, entrevistas, exámenes de libros y documentos, observación ocular, toma de fotografías, grabación de imágenes, entre otras; iv) y, finalmente, la elaboración del acta, con cuya redacción se culmina la visita de inspección.

*Octavo.* Las actas de inspección son la materialización de la fiscalización. En estos documentos, cuya calificación jurídica es la de un instrumento público y un acto administrativo, el inspector fija lo que logró percibir mediante sus propios sentidos durante la visita. Si bien estos documentos no configuran actos definitivos, en virtud de ellos se pueden adoptar decisiones que repercutirán en la actividad del sujeto controlado, tales como la adopción de medidas provisionales o la incoación de un procedimiento sancionador. Por este motivo es importante que la visita se realice respetando ciertas garantías mínimas del particular.

*Noveno.* Sobre la adecuación de las actuaciones inspectoras a un procedimiento administrativo, determinamos que no es necesario, adecuado ni pertinente. En primer lugar porque, desde una perspectiva teórica, la definición de procedimiento como “una sucesión de actos trámite vinculados entre sí, emanados de la Administración y, en su caso de particulares interesados, que tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal” claramente no se ajusta a la naturaleza instrumental y material de las actuaciones inspectoras y, en segundo lugar, porque atenerse a un

procedimiento estricto significaría dar inicio a este a través de la correspondiente notificación, lo que claramente atentaría contra la eficacia de estas actuaciones. Sin perjuicio de esto, consideramos que de todas formas deben respetarse ciertas garantías procedimentales que amparen al sujeto inspeccionado ante la intervención de la Administración, entre ellas, siempre teniendo en cuenta la naturaleza de las actuaciones inspectoras, la contradicción.

*Décimo.* Dentro de ciertos límites, la Administración es libre de iniciar las actuaciones inspectoras que estime convenientes, así como de fijar dentro del universo de sujetos sometidos a su control el o los géneros específicos sobre los que esta recaerá, e , incluso, de seleccionar la actividad específica dentro de ese género. Por eso se ha sostenido que desde el punto de vista de la puesta en marcha, la potestad inspectora es una potestad discrecional.

*Undécimo.* Como toda potestad discrecional, la libertad con la que goza la Administración en la puesta en marcha de las actuaciones inspectoras no es absoluta. Además de las técnicas tradicionales de control que operan ex post, consideramos que –en mayor o menor medida - la aleatoriedad, los planes de inspección y la denuncia permiten controlar a priori la discrecionalidad de la administración en este ámbito. Sin duda, el método más efectivo es la aleatoriedad ya que permite eliminar completamente la discrecionalidad al dejar la selección de los sujetos al azar. Por su parte, los planes de inspección y la denuncia, tal como están planteados en nuestro ordenamiento, aportan escasos límites efectivos a la discrecionalidad.

*Duodécimo.* Los criterios generales de los planes de inspección deben ser públicos de modo que la Administración tenga motivos suficientes para aplicar criterios razonables, eficientes y objetivos en la selección de los sujetos y así ser una garantía de que el principio de igualdad no será transgredido.

*Decimotercero.* En cuanto a la denuncia, es necesario que la regulación de cada sector contemple supuestos en los que la Administración está obligada a iniciar una actuación inspectora. Así por ejemplo en aquellos casos en que el daño que pueda causarse con la irregularidad denunciada pueda implicar graves consecuencias en la salud e integridad de las personas, o bien, cuando existan antecedentes que reafirmen lo sostenido en la denuncia. En cualquier caso, es importante que la decisión de la Administración de archivar la denuncia pueda ser objeto de impugnación por quién la interpuso.

*Decimocuarto.* Las garantías mínimas que debiesen amparar a todo sujeto durante el desarrollo de las actuaciones inspectoras son las siguientes: (1) Ser informado del inicio de la actividad inspectora y de su objeto; (2) Derecho a participar activamente durante el transcurso de la actividad; (3) Derecho a que las actuaciones que requieran intervención en la esfera del sujeto inspeccionado se lleven a cabo en la forma que resulte menos gravosa para él; (4) Derecho a la protección y reserva de los datos esenciales que se obtengan en el ejercicio de la fiscalización; (5) Acceso a los archivos y registros administrativos pertinentes; (6) Imparcialidad del órgano inspector

y de aquellos que colaboren con él y (7) Ser tratado con respeto y deferencia por la autoridad inspectora.

*Decimoquinto.* La garantía de la no autoincriminación es propia del proceso penal y no se puede pretender su aplicación en el ámbito de las actuaciones inspectoras. En primer lugar, porque las actuaciones inspectoras no son procedimientos destinados a resolver si un sujeto cometió o no una infracción administrativa por lo que no existe un sujeto que ostente la calidad de acusado o imputado, según lo requiere la norma. En segundo lugar, durante las actuaciones inspectoras no se adoptan decisiones por lo que jamás podrían verse afectadas la libertad personal o la seguridad individual del sujeto inspeccionado. De hecho, esto ni siquiera sucede en el ámbito del derecho administrativo sancionador. Además, estimamos que la aplicación de la garantía pone en riesgo la eficacia de las actuaciones inspectoras haciéndolas prácticamente inútiles, ya que autorizar a un sujeto a obstruir el ejercicio de esta potestad por medio de la negación a entregar información o a entregar información derechamente falsa atenta contra los intereses generales que se encuentran en juego. Finalmente, estimamos que, si la intención del legislador hubiese sido que esta garantía tuviera aplicación en todos los procedimientos, entonces hubiera sido incluida derechamente en el artículo 19 N°3 que consagra el debido proceso, lo que no es efectivo. A esta conclusión podemos llegar a partir de un análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional rol 2381-2013.

*Decimosexto.* En cuanto al derecho a la inviolabilidad del domicilio consideramos que si bien no impide el acceso de la inspección a los

domicilios, sí entraña además de un reforzamiento de los principios de legalidad y proporcionalidad, la necesidad de contar, a falta de consentimiento del titular, con una resolución judicial, que pueda obtenerse con carácter preventivo, esto es, sin que todavía conste la oposición del administrado pero exista riesgo de ello.

*Decimoséptimo.* En general, el legislador ha dotado a los órganos inspectores de facultades extremadamente amplias como es el caso del requerimiento de información que se encuentra planteado en términos muy genéricos y, en algunos casos desorbitantes y excesivas, como sucede con las de allanamiento y descerrajamiento en aquellos casos en que no se distingue entre los lugares que constituyen morada o no, lo que es muy preocupante pues pueden resultar lesivas de derechos fundamentales.

*Decimooctavo.* En razón de la información recabada en una fiscalización, los órganos competentes pueden adoptar las siguientes medidas, según sea el caso: i) requerir al sujeto cuya actividad se inspeccionó que adopte las medidas que sean necesarias para subsanar los defectos e irregularidades detectadas; ii) ante una situación de riesgo inminente adoptar las medidas provisionales adecuadas para prevenir la creación de algún daño; iii) dar inicio a un procedimiento administrativo sancionador. Es por esta razón que se sostiene que las actividades inspectoras son actividades instrumentales.

*Decimonoveno.* En la segunda parte de la memoria, como punto de partida, establecimos que el artículo 38 de la Constitución Política establece una garantía institucional de responsabilidad en virtud de la cual toda acción

u omisión de un órgano de la Administración del Estado es susceptible de comprometer la responsabilidad patrimonial de esta. En consecuencia, cualquier norma que reconozca parcelas de irresponsabilidad a órganos de la Administración del Estado, o de cuya interpretación se colija dicha solución –como es el caso del artículo 900 de la Ley de Concesiones, que ha sido utilizado como fundamento por los tribunales para eximir de responsabilidad al Estado por su falta de fiscalización de las obligaciones asumidas por las concesionarias viales, al entender que solo estas responden por los daños causados en las carreteras concesionadas- debe ser considerada inconstitucional.

*Vigésimo.* Para que el Fisco o el órgano inspector-en caso de ser descentralizado- comprometa su responsabilidad por omisión de sus potestades de inspección es necesario que: (i) el sujeto sometido a su inspección haya causado un daño; (ii) que el órgano inspector no haya ejercido sus potestades de inspección; (iii) que la omisión de la potestad haya infringido un deber de actuación; (iv) que dicha infracción sea imputable a su falta de servicio; (v) y, por último, que exista una relación causal entre la omisión de las potestades de inspección y el daño causado. En otras palabras, el Estado compromete su responsabilidad por falta de inspección, cuando la omisión de las potestades inspectoras importa una inactividad administrativa imputable a su falta de servicio.

*Vigésimo primero.* Por su parte, la inactividad administrativa es la infracción de un deber de actuación –específico o genérico- exigido por el ordenamiento jurídico. En nuestra opinión, el deber de inspección se

presenta de formas distintas, según el sujeto fiscalizado esté en una relación de sujeción especial con la Administración, o solo general. Así, en el primer caso, el deber de inspección que por regla general es genérico, se convierte en específico en atención al vínculo especial que los une. Esto, tiene como consecuencia que la sola infracción de ese deber, coloca al órgano en inactividad. En cambio, en aquellos casos en que solo existe una relación de sujeción general, el deber de inspección se presenta en forma genérica, como una facultad. Aquí, es el juez, quien a través de un proceso de valoración ex post, a partir de las funciones del órgano administrativo, determina si la omisión constituyó la infracción de un deber en términos específicos.

*Vigésimo segundo.* Una que vez que se ha comprobado que el órgano inspector incurrió en inactividad administrativa, se presume que dicha infracción es imputable a su falta de servicio. Ante ello, dado que la falta de servicio se aprecia, en nuestros términos, según las circunstancias que rodean el actuar del órgano- este aún tiene algo que decir en su defensa. Desde luego, puede alegar la falta de recursos, la imprevisibilidad del daño, la existencia de un caso fortuito, etcétera.

*Vigésimo tercero.* Especial mención merece en la apreciación de la falta de servicio en esta hipótesis de responsabilidad, la calificación de la actividad inspectora como una actividad de difícil ejecución. En efecto, el Estado solo responderá si la falta en que el órgano inspector incurre es de aquellas consideradas como falta grave. Existen elementos que nos permiten determinar cuándo una falta es grave, como por ejemplo, la probabilidad del daño, la época en que ocurrió, que el daño en que incurrió el sujeto

inspeccionado se haya desarrollado en el tiempo como un hecho público y notorio, etcétera.

*Finalmente.* En cuanto a la relación causal que debe existir entre el daño y la omisión de la potestad inspectora se deben decir dos cosas. En primer lugar, que no opera la exigencia tradicional de una causa directa y necesaria, sino que se habla de una causalidad virtual o hipotética, en el sentido de que podría haberse evitado hipotéticamente el resultado dañoso si se hubiera cumplido el deber jurídico de inspeccionar. Y, en segundo lugar, es preciso señalar que esta hipótesis de responsabilidad plantea necesariamente un supuesto de concurrencia de causas, ya que junto a la omisión de la potestad inspectora en que incurre la Administración, se encuentra la actuación del particular que causó materialmente el daño. (Gonzales Luchsinger, 2014, pp. 194-205)

### **2.1.2 Antecedente nacional**

De la revisión de Cybertesis, se puede observar que en el contexto nacional no existe investigación sobre la inactividad de la administración pública como barrera burocrática que vulnere a la libertad de empresa desde un punto de vista general, pero sí se encuentra una investigación específica sobre los juegos de tragamonedas.

García Rojas (2013), en su investigación de tesis *El silencio administrativo negativo, como limitación de acceso al mercado en casinos y tragamonedas y su influencia en los estados financieros de la empresa*, presentada a la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Del Perú, concluye:

*Primero.* Este esfuerzo administrativo del Estado debe estar directamente vinculado a brindar las facilidades al administrado, a efectos de viabilizar su petición, que en la mayoría de los casos está vinculada a constituir los pilares de las inversiones, que se ven afectados y limitados por la inercia e inactividad de resolver, por parte de la administración.

*Segundo.* Entonces la intervención del Estado tiene que apuntar en beneficio del interés público, la dignidad de la persona, la protección a la vida y la salud. Sin embargo, dicha intervención económica tiene que realizarse como razonabilidad, para que no se convierta en barreras de acceso al mercado como sucede en el mercado de casinos y tragamonedas, cuando se aplica, por ejemplo, el silencio administrativo negativo, bajo el concepto de interés público.

*Tercero.* La protección del interés público, para justificar la aplicación del silencio administrativo negativo en el mercado de casinos y tragamonedas, constituye algo vago, es como una forma, dentro de la cual nada existe. Es una apariencia, cuando en verdad debe ser una realidad; razón por la cual debe ser perceptible y a la vez justificable mediante estudios técnicos y científicos, como la econometría o la estadística, que permitiría confrontar la realidad del mercado, para decir en efecto si existe realmente un perjuicio a la salud (ludopatía), que haría necesario establecer mecanismos para regularla adecuadamente, de lo contrario, la regulación hecha sin justificaciones técnicas, resultaría contraria y enfrentada a derechos fundamentales, como son la libertad individual, el derecho al trabajo y a la libre empresa.

*Cuarto.* Nuestra posición consiste en que la decisión ficta del Estado debe ser a favor del administrado, es decir, bajo los alcances del silencio positivo; ya que como ha quedado de manifiesto, no existe razón para intentar justificar el silencio negativo como mecanismo de protección del inexistente interés público.

*Quinto.* Solo accedería a una resolución ficta positiva aquel administrado que cumplió con presentar toda la información requerida dentro del plazo establecido; caso contrario, no tendría derecho a acogerse al silencio administrativo positivo.

*Finalmente.* La aplicación del silencio administrativo negativo constituye una barrera de acceso al mercado de casinos y tragamonedas, porque confunde el bien jurídico protegido con el interés público, al no tener un sustento legal racional, ocasionando que la actividad empresarial en ese mercado sea ineficiente y a la vez desincentive la inversión. (García Rojas, 2013, pp. 86-87)

## **2.2 Bases teóricas**

### **2.2.1 Libertad de empresa**

#### **2.2.1.1 Concepto de libertad**

La libertad (del latín *libertas*, *-ātis*) es la capacidad de la conciencia para pensar y obrar según la propia voluntad de la persona. “La libertad es la posibilidad que tenemos para decidir por nosotros mismo como actuar en las diferentes situaciones que se nos presentan en la vida” (Pérez, Mariana, s. f.).

En otras palabras, la libertad es aquella situación, circunstancia o condición de quien no es esclavo, ni sujeto, ni impuesto al deseo de otros de forma coercitiva. Es decir, aquello que permite a alguien decidir si quiere hacer algo o no, lo hace libre, pero también responsable de sus actos en la medida en que comprenda las consecuencias de ellos. En caso de que no se cumpla esto último se estaría hablando de *libertinaje*, pues la libertad implica una clara opción por el bien.

Hay que tener en cuenta que la libertad no es hacer lo que se quiere, sino hacer lo que se debe hacer en sociedad; una persona libre piensa muy bien lo que va hacer antes de decidirse a actuar de una manera. La dimensión o medida de la libertad está condicionada por las delimitaciones que derivan del derecho de los demás, del orden público y social y de la responsabilidad de cada quien. A lo largo de la historia, en especial a partir de las revoluciones burguesas del siglo XVIII y XIX, la libertad suele estar muy unida a los conceptos de justicia e igualdad.

### **2.2.1.2 Definición jurídica de libertad**

Es un principio y derecho fundamental de la persona. Según García Máynez (s. f.), “en un caso se trata de una facultad fundante (derecho de primer grado) y una fundada (derecho de segundo grado); y en el otro de un deber fundante y una facultad fundada (derecho de cumplir el deber propio)”<sup>2</sup> (p. 107). En ese sentido, la libertad jurídica se basa en un derecho subjetivo, mas no en una obligación.

---

<sup>2</sup> Libertad jurídica es la facultad que toda persona tiene de ejercitar o no ejercitar sus derechos subjetivos, cuando el contenido de los mismos no se reduce al cumplimiento de un deber propio. Ahora bien; la libertad jurídica puede basarse en un derecho subjetivo, mas no en una obligación. esto es obvio, porque aun cuando es verdad que el obligado tiene el derecho de hacer lo que la norma ordena, también es cierto que no puede optar entre hacerlo y no hacerlo. mejor dicho; “puede, pero no debe”.

### 2.2.1.3 La empresa

En el *Diccionario de la lengua española* de Real Academia Española, se define a la empresa como la entidad integrada por el capital y el trabajo, como factores de la producción, y dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios generalmente con fines lucrativos y con la consiguiente responsabilidad.

Desde la tendencia económica, la empresa es la institución o agente económico que toma las decisiones sobre la utilización de factores de la producción para obtener los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado. Así que la actividad productiva consiste en la transformación de bienes intermedios (materias primas y productos semielaborados) en bienes finales, mediante el empleo de factores productivos (básicamente trabajo y capital).

Sin embargo, en el Derecho, la empresa ha sido conceptualizada como sujeto u objeto de derecho.

- a) La empresa como sujeto de derecho.** La empresa es sujeto de derecho de cuando en si es una persona jurídica. Es decir, desde que fue inscrita en el registro respectivo, tal como lo indica el artículo 77 del Código Civil. Y desde esta inscripción es que sus actos surgen efectos frente a terceros, a la vez que se deslinda la responsabilidad de sus socios o de quienes celebraron el acto a nombre de ella; además, si esta persona celebró actos antes de su inscripción es necesario que sean ratificados dentro de los tres meses siguientes de haber sido inscrita.

b) **La empresa como objeto de derecho.** Es aquello sobre la cual pueden constituirse derechos reales, o que puede ser cedido, o transmitido, o de otra manera ser objeto de transacciones.

#### **2.2.1.4 Derecho a la libertad de empresa**

Es un derecho consagrado por la Constitución que se ejercita, fundamentalmente, a través de actividades económicas competitivas, en las que se debe respetar el principio de igualdad, legalidad e interés público. Es la facultad de cualquier persona para emprender una actividad comercial de venta de productos o servicios a terceros con un fin lucrativo, y el afán de hacer efectivo su deseo de procurar satisfacer las necesidades de los demás.

Este derecho fundamental de la persona fue alcanzado gracias al liberalismo con la Revolución Francesa y abarca tres libertades diferentes: libertad de acceso al mercado (iniciación-nacimiento), libertad de ejercicio o permanencia en el mercado (desarrollo, crecimiento; gozar de autonomía en la organización interna y externa, así como también sobre el modo de realización de la actividad económica) y libertad de cesación o de salida del mercado (terminación o muerte empresarial).

#### **2.2.1.5 Libertad de empresa en la Constitución**

La característica principal del mercado en nuestro sistema económico es el intercambio a través del mecanismo de precios. Sin embargo, en el caso particular del Perú, los derechos constitucionales vinculados al empresario, la empresa y la actividad empresarial son el derecho de propiedad privada (art. 2, inc. 16 y art. 70), libertad de contratar (art. 2, inc. 14 y art. 62), libertad de trabajo (art. 2, inc. 15 y art.

59), libre iniciativa privada (art. 58), libertad de empresa (art. 59) y libertad de comercio (art. 59).

Este conjunto de derechos garantiza a las personas, que se convierten en empresarios y desarrollan actividad empresarial, un cúmulo de derechos que tienen que ver con:

- a) El uso y explotación de sus bienes (derecho de propiedad y libertad de contratar);
- b) La dirección y organización de los recursos y elementos internos de la empresa (derecho de propiedad, libre iniciativa, libertad de empresa);
- c) La producción de bienes y servicios (derecho de propiedad, libre iniciativa, libertad de empresa);
- d) La comercialización y venta de la producción de la empresa (libertad de trabajo, libertad de comercio, libertad de empresa).

Estos derechos constituyen en su mayor parte un conjunto de libertades, que garantizan la actuación de las personas (empresarios, del sector privado) frente a la intervención o la interferencia del Estado y sus entidades así como de otras personas (otros ciudadanos). Estas libertades y derechos tutelados jurídicamente son los que permiten al empresario erigirse en organizador de la empresa. En virtud a dicha “juridificación”, el empresario se erige en el titular del poder dentro de la organización (empresa).

El empresario es el sujeto que ha adquirido el dominio y control de los recursos humanos y materiales necesarios para el desarrollo de las actividades económicas. Con dichas facultades, el empresario ordena y dirige a los recursos citados. En una economía de mercado, el dominio y control de los recursos humanos

y materiales se obtienen mediante derechos reales y contratos (instrumentos jurídicos).

El sistema jurídico tutela las libertades y derechos del empresario, porque seguramente considera valiosa su rol. La ciencia económica parece dar sustento a esto. La actividad del empresario es deseable porque genera valor en la sociedad.

El empresario adquiere recursos (materiales o humanos) de la sociedad, para transformarlos y devolverlos a la sociedad productos (bienes o servicios) que esta valora de manera superior (a los recursos en su condición original). Un empresario tiene éxito, cuando la situación descrita se produce. De lo contrario, es expulsado por la sociedad (a través de la quiebra, por ejemplo).

A comienzos del mes de octubre del año 2009 e inicios del 2010, se suscitó la polémica siguiente: La Dirección de Signos Distintivos del INDECOPI rechazó el registro de la marca “El Pezweon” que fuese solicitado por Andrea Tataje Montero y Carlos Banda Saravia, creadores de este peculiar personaje. Los creadores, manifestaron que al negarles el registro de la marca se atentaba contra el derecho fundamental de libre expresión y libertad de empresa; ambos derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución. Por su parte, INDECOPI señaló expresamente, haciendo una interpretación de las normas estipuladas en el “Régimen Común de Propiedad Industrial”, que no se puede registrar como marca cualquier palabra o frase que atente contra las buenas costumbres.

El problema antes mencionado, no es el único que se presentó dentro de nuestra sociedad, es así que casos similares son los que les tocó vivir en su momento a otras entidades como la “Peña del Carajo”, “La Concha de sus Mares”, entre otros. Así que, ante los ejemplos antes citados, y la polémica que necesariamente ello

conlleva, nos hacemos la siguiente interrogante: ¿Es acaso irrestricta la libertad de empresa en el Perú? Para deslindar dicha interrogante tenemos que abocarnos al estudio de lo prescrito en el artículo 59 de nuestra Constitución, el cual señala que “el Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria”. Entonces podríamos afirmar que son estas libertades las que se van a ver traducidas concretamente en la libre iniciativa privada o libertad de empresa. Es por ello que se da el reconocimiento por parte del Estado peruano a favor de los empresarios.

Pero realmente ¿qué es la libertad de empresa? Para ello, nos apoyamos en el concepto vertido por Bernal Ballesteros (1999, p. 354), quien señala que la libertad de empresa consiste en la posibilidad de crear libremente personas jurídicas dedicadas a actividades lucrativas, en las distintas formas que ellas asuman.

Para lo antedicho, cabe precisar que, en el mismo precepto constitucional, se establecen los parámetros para su ejercicio, entre los cuales se establece que “no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública”.

Para estas limitaciones entendemos que las libertades no pueden ser contrarias a la moral, entendiéndose como la moral social predominante y que a su vez deberá ser encontrada, por un lado, en el significado ético de la Constitución y demás normas legislativas. Pero, además y fundamentalmente, la moral puede ser ubicada en la escala de valores que tiene la población, en la medida que ella puede ser objetivada a través de la apreciación de la cultura, de la ideología y las costumbres.

Del mismo modo, se establece que estas libertades no deben ir en contra de la salud pública, entendida esta como la protección que brinda el Estado sobre la

salud a nivel de todo el territorio, ello con el fin de buscar mejorías en la salud de la sociedad y la promoción de un estilo de vida saludable. Igualmente, estas libertades no pueden alterar e ir en contra de la seguridad pública, que se entiende como aquella situación jurídica en la cual los ciudadanos de una determinada sociedad conviven en armonía, existiendo respeto mutuo y recíproco de los derechos de cada uno de los individuos que lo conforman, en donde el Estado funge de garante de la seguridad pública.

A manera de conclusión, podemos afirmar que en el Perú la libertad de empresa no es irrestricta, dada su naturaleza jurídica en el derecho constitucional donde se prescriben parámetros para su nacimiento y desarrollo como tal.

#### **2.2.1.6 El principio de libertad de empresa**

Este principio constitucional tiene como postulado básico la apertura de la libre competencia. Es decir, la libertad de empresa, que es un derecho consagrado que se ejercita, fundamentalmente, a través de actividades económicas competitivas.

En esta libertad no hay lugar para monopolios y fijaciones de precios unilaterales, sino una efectiva economía de mercado, que obedezca siempre a la oferta y la demanda, a menos que se realice en provecho del Estado.

Sin embargo, este principio de libre empresa no es de carácter absoluto y abstracto, es decir, no es igual para todas las empresas y en todos los mercados. Me explico: El principio de la libre empresa coincide con el de la libertad de competencia, que lo convierte en un modelo económico de competencia imperfecta. O sea, para que este funcione es necesario que las nociones de igualdad y libertad, se enmarquen en la situación real de mercado y no en modelos teóricos.

### 2.2.1.7 Límites a la libertad de empresa

La constitución señala que el ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud o seguridad pública. Con respecto a la moral pública hay discrepancias, pero como se mencionó en el ejemplo anterior, sobre el caso de “El Pezweon”, “Peña del Carajo”, “La Concha de sus Mares”, son casos que atentan contra la moral pública, si bien es cierto es subjetivo, pero para mí valedero, que debería ser tomado en cuenta; es aquí que se da el enunciado que tratamos anteriormente líneas arriba; “puede, pero no debe”, es decir, puede formar una empresa pero no debe faltar a la moral pública.

Hay otros que no lo consideran como límite plausible, porque en primer lugar, el concepto de moral pública es lo suficientemente subjetivo como para admitir las más diversas interpretaciones. Para ellos es necesario recurrir entonces al concepto de reserva de ley, contenido en la legislación comparada y desarrollada por la jurisprudencia y doctrinas nacionales, por el cual los derechos fundamentales solo pueden ser limitados por la ley. Es obvio que la libertad de empresa es un derecho fundamental, en uso del artículo 59 de la Constitución.

Por otro lado, existen límites a la libertad de empresa que no resultan amparables por el ordenamiento jurídico. La reserva por parte del Estado de actividades económicas se encuentra seriamente limitada en la Constitución de 1979 que la permitía expresamente. La citada reserva es a todas luces una violación de la libertad de empresa, al limitar el acceso al mercado de los particulares.

### **2.2.1.8 Transgresión a la libertad de empresa**

El derecho a la libertad de empresa es violentado en muchos de los casos por actuaciones u omisiones —actividad e inactividad— del Estado al exceder su función o no cumplir con su labor de protector y promotor de derechos fundamentales. En tal sentido, esta libertad primordial del ser humano se ve afectada generalmente cuando se trasgrede las dos etapas de la vida empresarial al acceder al mercado formal y/o permanecer en el mercado, configurándose las barreras u obstáculos que no lo permiten iniciarse y desarrollarse de una manera esperada por el empresario, desincentivándolo en la inversión.

### **2.2.1.9 Protección a la libertad de empresa**

La libertad de empresa es un derecho constitucional reconocido por el artículo 59 de la Constitución Política peruana de mil novecientos noventa y tres, el cual ha sido poco desarrollado por parte de los tratadistas, motivo por el cual se justifica investigar sobre dicho tema del derecho constitucional económico, rama del derecho público que forma parte del derecho empresarial o financiero. Es decir, este derecho ha merecido reconocimiento constitucional, lo cual demuestra la importancia del tema tratado. Ya que la constitución prima sobre las otras normas de derecho positivo y además porque en la familia romano germánica a la cual pertenece el Estado peruano la ley prima sobre otras fuentes del derecho.

La empresa es una unidad de producción, cuya eficiencia y desarrollo deben ser promovidos por el Estado, en cuanto son generadores de riqueza nacional, y promueven el bienestar social. Por ello, Zambrano Torres (s. f.) propone la creación del “habeas empresarial” el cual “consiste en una acción constitucional a fin de

garantizar el ejercicio de la libertad de empresa, siendo este un medio de subsistencia, y desarrollo integral del ser humano” (Zambrano Torres, s. f.).

Este planteamiento para crear una institución jurídica constitucional para garantizar el efectivo cumplimiento del respeto de la libertad de empresa, y que es diferente a la demanda de amparo, que es más general, se debe a la constante violación de la actividad empresarial, y circulación del mismo, como producto de un mal manejo de facultades o desconocimiento de su función de la Administración pública.

Estos asuntos, por la envergadura que representan en la trascendencia social-económica del país son resueltos vía contencioso-administrativa o por medio de la acción popular, pero en lo personal debería ser tratada por la ley de barreras burocráticas por tener un carácter inmediato.

#### ***2.2.1.9.1 Contencioso-administrativa***

Orden jurisdiccional que se encarga de controlar la correcta actuación de la Administración, con pleno sometimiento a la ley y al derecho; así como de la resolución de los posibles conflictos entre la Administración y los ciudadanos, mediante la interposición de los correspondientes recursos contenciosos-administrativos por cualquier persona en defensa de su derechos e intereses, cuando estos se hayan visto lesionados por la actuación (o la falta de ella) de la Administración.

### a) Evolución histórica en el Perú

En el Perú, los constituyentes del siglo XIX no tuvieron entre sus preocupaciones la creación de una magistratura especializada en resolver controversias sobre materias administrativas ni tampoco consagraron o hicieron alusión a un proceso especial para tal efecto. Las veces que las Constituciones de esa centuria hacían referencia a las controversias que podían suscitarse derivadas de los contratos que suscribía el Estado o de lo que denominaban “contenciosos de hacienda pública” e incluso de minería y “comisos” asignaban la resolución de las mismas a los tribunales ordinarios que conformaban el Poder Judicial.

Las Constituciones de 1834, 1839 y 1855 consagraron a un órgano que denominaron “Consejo de Estado” pero sin vinculación alguna con el conocido antecedente francés, porque se trataba de un cuerpo que tenía exclusivamente por objeto auxiliar al Congreso en la defensa de la Constitución mediante la detección de infracciones constitucionales y el correspondiente emplazamiento a los infractores, pero carecía de toda capacidad resolutoria la que estaba reservada al Congreso iniciado el siglo XX la Carta de 1920, que rigió solo durante dicha década, consagró un “Consejo de Estado” compuesto de siete miembros nombrados con el voto del Consejo de Ministros y con aprobación del Senado que debía cumplir funciones de cuerpo consultivo del Gobierno y del cual incluso se aprobó su Ley de Organización N° 4024, con fecha 31 de enero de 1920, pero que nunca llegó a funcionar por falta de designación de sus integrantes.

Probablemente la primera norma legal que con carácter general estableció la posibilidad de cuestionar ante el Poder Judicial los actos de la Administración

pública fue el artículo 94 de la Ley N° 1510 Orgánica del Poder Judicial de 1912 con el siguiente tenor:

LOPJ, 1912, artículo 94. Corresponde a los jueces de primera instancia de Lima, conocer, en primera instancia, de los despojos que infiera el Gobierno y de las demandas que contra él se interpongan sobre derechos que hubiese violado o desconocido ejerciendo funciones administrativas.

Otro dato importante en la evolución del contencioso-administrativo en el Perú pero que no llegó a concretarse normativamente es el anteproyecto de Constitución preparado en 1931 por la Comisión de juristas más conocida en nuestro medio como “Comisión Villarán” por el ilustre jurista que la presidió don Manuel Vicente Villarán, que propuso asignarle a la Corte Suprema o a la Corte Superior, según los casos, la resolución de los denominados “recursos contencioso-administrativos”, condicionado al previo agotamiento de la vía administrativa.

Lamentablemente, la referida propuesta no fue recogida por los constituyentes que elaboraron lo que sería conocida como la Constitución de 1933, que, sin embargo, sí consagró un proceso *ad hoc*, especial, para el control judicial de las normas reglamentarias denominado “acción popular”, el que ha subsistido hasta nuestros días con carácter de proceso constitucional para el control jurisdiccional en vía directa de las disposiciones de carácter general de rango subordinadas a la ley, lo que importa una importante diferencia con la mayor parte de países con un régimen administrativo semejante al nuestro, en los que el control judicial de la legalidad de los reglamentos generalmente es materia de los procesos contencioso-administrativos.

La ley orgánica del Poder Judicial, que fuera dictada en 1963 mediante el Decreto Ley N° 14605, estableció también la posibilidad de cuestionar ante el Poder Judicial las actuaciones administrativas, aunque sin configurar un proceso específico al respecto:

LOPJ, 1963, artículo 12. Hay acción ante el Poder Judicial contra todos los actos de la Administración pública, departamental y municipal que constituyan despojo, desconocimiento o violación de los derechos que reconocen la Constitución y las leyes.

Otro dato histórico importante en la evolución del proceso administrativo en el Perú, aunque vinculado a la organización de la administración de justicia en atención a la resolución de controversias contra la Administración pública lo constituyó el Decreto Ley N° 18060 y su posterior modificación por el Decreto Ley N° 18202, que crearon en la Corte Suprema de Justicia una nueva Sala de “asuntos contencioso-administrativos, laboral y derecho público en general”, junto a las tradicionales salas del más alto tribunal dedicadas a las clásicas materias civil y penal.

Sin embargo, la etapa más importante en la evolución de la institucionalización del proceso administrativo en el Perú lo constituye la consagración por la Constitución de 1979 en su artículo 240 de las por primera vez denominadas “acciones contencioso-administrativas” con el siguiente tenor:

Constitución de 1979, artículo 240. Las acciones contencioso-administrativas se interponen contra cualquier acto o resolución de la Administración que causa Estado.

La ley regula su ejercicio. Precisa los casos en que las cortes superiores conocen en primera instancia, y la Corte Suprema en primera y segunda y última instancia.

No se tendría un panorama completo de los mecanismos para el control jurisdiccional de la Administración en el Perú si no hacemos hincapié que dicha Carta de 1979 consagró también por primera vez al proceso de amparo, diferenciándolo del *habeas corpus* dedicado exclusivamente a la protección de la libertad personal, como un proceso destinado a la tutela de los derechos fundamentales cuando “sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad, funcionario o persona”, de modo que el amparo se ofrecía como otro mecanismo, alternativo al proceso contencioso-administrativo, para el control de la actuación de los poderes públicos pero exclusivamente cuando estuviera en juego la protección de los derechos constitucionales.

Asimismo, la Constitución de 1979 recogió también el proceso de acción popular antes citado para el control judicial de la legalidad y constitucionalidad de los reglamentos y de toda otra norma de carácter general con rango inferior a la ley.

Lamentablemente, no obstante su proclamación constitucional, el proceso administrativo careció durante muchos años de una ley especial que estableciera su trámite, a diferencia de los procesos constitucionales como el amparo y *habeas corpus* que fueron regulados por la Ley N° 23506 desde 1982 y la denominada acción popular para el control judicial de los reglamentos desarrollada mediante la Ley N° 24968 desde finales de 1988, en nuestro país durante muchos años no existió una ley que desarrollara específicamente el cauce procesal del contencioso – administrativo.

Precisamente debido a la ausencia de una ley reguladora del proceso administrativo se llegó al extremo de que el propio Poder Ejecutivo, es decir el poder del Estado, cuyos actos administrativos podían ser sometidas a control judicial, reguló mediante una norma reglamentaria, el Decreto Supremo N° 037-90-TR, publicado el 13 de junio de 1990, diversos aspectos procesales “de las acciones contencioso-administrativas que se interpongan contra resoluciones de la Administración que causen Estado en materia laboral” ante los Tribunales especializados en materia laboral de Lima.

Es recién en 1991, a propósito de la expedición de una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, que se establece por primera vez en el Perú reglas procesales específicas para los denominados procesos contencioso-administrativos, en un capítulo ubicado en las disposiciones finales de dicha ley, que sin embargo lamentablemente tuvo efímera existencia porque fue prontamente derogado mediante el Decreto Legislativo N° 767 que aprobó el nuevo Código Procesal Civil en 1993.

Dicho Código adjetivo sustituyó el vetusto Código de Procedimientos Civiles de 1911, por una regulación moderna del proceso civil, en la que sin embargo se decidió sumar la regulación del proceso contencioso-administrativo entre los artículos 540 a 545 con el título de “impugnación de acto o resolución administrativa”, como una modalidad de los denominados procesos abreviados.

Por dicha razón en el Perú hasta antes de la entrada en vigencia de la reciente Ley N° 27584 reguladora del proceso contencioso administrativo, las reglas de dicho proceso estaban contenidas en el Código Procesal Civil de 1993, no obstante lo inapropiado de regular el proceso administrativo en un cuerpo legal que regula

procesos de naturaleza civil y a diferencia de otros países que tienen una ley procesal específica que regula el proceso contencioso-administrativo, aunque no es posible negar que ello se debe a que en la mayoría de tales ordenamientos existe una jurisdicción especializada en la materia administrativa de la cual carece el ordenamiento peruano.

Posteriormente, la Constitución de 1993 actualmente vigente consagró a su vez en el artículo 148 la denominada “acción contenciosa-administrativa” en el capítulo dedicado al Poder Judicial con un texto no idéntico, pero sí semejante al de la Constitución precedente:

Constitución de 1993, artículo 148. Las resoluciones administrativas que causan Estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contenciosa-administrativa.

A fin de completar la descripción de los mecanismos de control jurisdiccional de la actuación de la Administración pública en el Perú conviene tener presente que la Constitución de 1993 vigente aparte de consagrar el antes citado proceso de amparo para la protección de los derechos constitucionales distintos a la libertad individual, tutelados estos últimos más bien por el proceso de *habeas corpus*, y de haber recogido asimismo el proceso de acción popular para el control judicial de la legalidad de las disposiciones reglamentarias, ha consagrado dos nuevos procesos constitucionales destinados en gran parte para el control jurídico de la Administración pública: es el caso del proceso de *habeas data* mediante el cual los ciudadanos pueden impugnar ante el juez la negativa de la Administración pública a sus solicitudes de acceso a la información que obra en su poder o para la protección de los datos personales respecto de los servicios informáticos, públicos

o privados y es también el caso del proceso denominado “acción de cumplimiento” mediante el cual los ciudadanos pueden acudir ante el juez para solicitarle requiera a cualquier autoridad o funcionario de la Administración pública renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo para que cumpla con sus obligaciones.

Como se puede apreciar en el Perú ha sido una constante histórica la opción por el sistema judicialista en el diseño de los mecanismos de control jurisdiccional de la actuación de la Administración pública; por tanto, no se ha considerado justificado crear una organización diferente a la jurisdicción ordinaria similar al Consejo de Estado de Francia. Más aún, solo en una oportunidad, durante el gobierno militar que gobernó el país entre 1968 y 1980, se crearon dos organizaciones paralelas a la judicial ordinaria denominados “fueros privativos”, compuesto cada uno de ellos de jueces de primera instancia y salas de nivel superior con competencia para decidir con carácter de cosa juzgada, dedicados a tramitar procesos en los que se ventilaban conflictos de derecho laboral y de derecho agrario, respectivamente, con el deliberado propósito del Gobierno de entonces de que el tratamiento de los citados conflictos no fuera resuelto por los jueces o tribunales ordinarios que consideraba conservadores y escasamente conocedores de los temas. Sin embargo, la citada experiencia recibió numerosas críticas por lo que, terminado el régimen militar, por mandato de la Constitución de 1979 dichos “fueros privativos” fueron obligatoriamente integrados a la jurisdicción ordinaria y con los años incluso la especialización de los jueces en la materia agraria fue suprimida.

La decidida opción por el sistema judicialista para el control jurisdiccional de la Administración pública es ratificada por el Proyecto de Bases para la futura reforma de la Constitución Peruana, elaborada en julio del año 2001 por una

Comisión de juristas designada por el Gobierno de Transición presidido por el doctor Valentín Paniagua que sucedió al régimen de Fujimori, y que tuvo la satisfacción de integrar, porque en el capítulo dedicado a la Administración pública se consignó una propuesta con el siguiente tenor:

Bases para la Reforma Constitucional del Perú, Cap. XV De la Administración pública, 2. Control de la constitucionalidad y legalidad de la actuación administrativa. Corresponde al Poder Judicial controlar la constitucionalidad y legalidad de toda la actuación u omisión administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican mediante el proceso contencioso administrativo que será regulado mediante ley.

En el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución vigente, elaborado por la Comisión de Constitución del Congreso de la República y que se encuentra actualmente en debate público se han proyectado las siguientes normas:

Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución, Capítulo IV De la Administración pública, artículo 107°. Control Jurisdiccional de la Administración pública.

Toda actuación de la Administración pública es susceptible de control por el Poder Judicial a través del proceso contencioso administrativo, conforme a la ley de la materia. Artículo 217. Funciones de los órganos jurisdiccionales  
Corresponde a los órganos jurisdiccionales:

4) El control de la legalidad de la actuación administrativa

El último tramo de la evolución histórica del proceso contencioso-administrativo en el Perú lo constituye la Ley N° 27584, el cual ha generado un marco legal específico para dicho proceso atendiendo a la singularidad de las

situaciones o controversias que se ventilan en dicha vía y que reside precisamente en estar regidas por el Derecho Administrativo. En la Exposición de Motivos del Proyecto que dio origen a la referida Ley N° 27584 se expresa que no obstante el notable avance que significó el establecimiento por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico de normas procesales especiales para el proceso contencioso-administrativo, aunque en un cuerpo legal adjetivo ajeno a la materia administrativa (el Código Procesal Civil), la experiencia acumulada sobre el contencioso-administrativo en los últimos años evidencia la necesidad de una “profunda revisión de las reglas de tramitación del proceso a fin de precisar aspectos esenciales del mismo e incorporar reglas adicionales que regulen los nuevos cometidos del referido proceso en consonancia con su finalidad y objeto”.

En lo que se refiere a los aspectos organizativos la citada Ley N° 27584 en su artículo 9 hace referencia a los jueces especializados en lo contencioso-administrativo que constituirían normalmente la primera instancia y a las Salas Especializadas en lo contencioso-administrativo en el ámbito de Corte Superior, porque considera que los asuntos que podrían ser ventilados mediante el contencioso-administrativo por su diversidad y carácter complejo componen un conjunto muy amplio y heterogéneo de materias que requieren de magistrados con suficiente especialización porque la técnica y los principios propios del derecho administrativo y del derecho público en general son muy diferentes a los del derecho privado y no es fácil acertar en su interpretación y aplicación por quienes no tienen especialización en esa rama del derecho. Sin embargo, conforme al ordenamiento constitucional peruano la tarea de formalizar la creación de las citadas instancias judiciales especializadas en lo contencioso administrativo corresponde a la Ley

Orgánica del Poder Judicial en cuya reforma se ha estado trabajando por una comisión designada por el Congreso en coordinación con la Corte Suprema de Justicia, encargada de elaborar el proyecto de nueva ley y en el que tengo entendido existe consenso acerca de la necesidad de crear las mencionadas instancias judiciales especializadas en lo contencioso administrativo con magistrados titulares dotados de formación profesional en derecho público.

#### **b) Implicancias de su consagración constitucional**

La consagración del proceso contencioso-administrativo en las dos últimas constituciones peruanas garantiza que el legislador está impedido de aprobar normas que restrinjan el derecho de los particulares a poder cuestionar ante el Poder Judicial mediante dicho proceso las decisiones administrativas que los afecten.

En mi opinión, la Constitución no permite la existencia de ámbitos de la actividad administrativa que puedan considerarse exentos o inmunes a un eventual control jurisdiccional por quienes se consideran afectados. Por tanto, sería contrario a la Constitución cualquier dispositivo legal que, por ejemplo, pretendiera condicionar el inicio de un proceso contencioso-administrativo a que la deuda determinada en un acto administrativo supere cierta cuantía, porque significaría dejar sin acceso a la tutela judicial a los eventuales perjudicados por actos administrativos que determinen una menor cuantía.

En el Perú el proceso contencioso-administrativo constituye el proceso específico previsto por la Constitución para la impugnación ante el Poder Judicial de las decisiones de la Administración pública a fin de verificar la legitimidad de la actuación de todas las entidades administrativas. Como sabemos mediante el

proceso contencioso se garantiza una de las conquistas básicas del Estado de derecho cual es la subordinación de toda la actividad administrativa a la legalidad. En tal virtud los afectados por una actuación administrativa violatoria de sus derechos e intereses están constitucionalmente facultados para demandar ante el Poder Judicial la satisfacción jurídica de sus pretensiones contra la Administración pública.

### **c) Actuaciones Impugnables**

La ley a la vez que proclama la universalidad del control jurisdiccional de toda actuación administrativa en ejercicio de potestades reguladas por el derecho administrativo establece con fines meramente ilustrativos una relación de actuaciones impugnables que comprende obviamente en primer lugar a los actos administrativos, al silencio, la inercia o cualquier otra omisión formal de la Administración pública, a la simple actuación material de la administración sin cobertura formal, a las actividades de ejecución de actos administrativos que transgredan el marco legal (Ejemplo: excesos en el procedimiento de cobranza coactiva), a las actuaciones sobre el personal dependiente de la Administración pública ya sea bajo el régimen de la carrera administrativa o el régimen laboral privado y a las controversias sobre la ejecución de los contratos suscritos por la Administración pública cuando no sea obligatorio el sometimiento a la vía arbitral, como es el caso de casi todos los contratos administrativos suscritos al amparo de la ley de contrataciones y adquisiciones (artículo 4).

#### **d) Vía procedimental**

En cuanto al cauce procesal la regla general es que el proceso contencioso administrativo se trámite por la vía del proceso abreviado y que sea de aplicación supletoria el Código Procesal Civil (artículo 25 y 1.<sup>a</sup> D.F.). Únicamente cuando se formule como pretensión que el juez ordene a la Administración pública el cese de cualquier actuación material que no se sustente en un acto administrativo previo o que enmiende su inercia cuando está obligada realizar una actuación, se tramita por la vía del proceso sumarísimo (artículo 22).

#### **e) La competencia**

La nueva ley consagra la creación de Juzgados de Primera Instancia y de Salas de la Corte Superior, especializados en lo contencioso-administrativo, lo cual garantizará mayor efectividad en las técnicas de control jurisdiccional de la Administración pública. Se establece que el proceso deberá iniciarse en todos los casos ante el juez especializado en la materia y sus resoluciones pueden apelarse ante la respectiva sala especializada de la Corte Superior. La Corte Suprema cumple un rol exclusivamente casatorio (artículo 8 y 9).

Recientemente, mediante Ley N° 27709 se ha modificado el texto del artículo 9 para establecer que respecto de actuaciones realizadas por tribunales administrativos y algunos organismos constitucionales, el proceso se inicia por excepción ante la sala especializada de la Corte Superior respectiva cuya resolución puede apelarse ante la Corte Suprema, la cual curiosamente resuelve también en vía de casación.

En tal sentido, aparte del error consistente en referirse únicamente a “resoluciones”, en lugar del término genérico “actuaciones” administrativas en sintonía con el artículo 4 de la ley, se constata que los legisladores han desnaturalizado la casación al permitir que proceda respecto de resoluciones dictadas por una sala de la propia Corte Suprema, olvidando que su propósito es la unificación de la jurisprudencia y que ello solo se justifica respecto de sentencias dictadas por instancias judiciales inferiores a la del más alto tribunal de justicia nacional. Dicho error ha motivado que de manera incoherente se haya otorgado la competencia para resolver la apelación de las sentencias de las salas especializadas en lo contencioso-administrativo de la Corte Superior nada menos que a la Sala Civil de la Corte Suprema, en lugar de la respectiva sala especializada en materia administrativa de dicho alto tribunal, a la que se le ha relegado a resolver precisamente los recursos de casación.

#### **f) Plazos**

La nueva ley restablece el plazo de tres meses como regla general para interponer la demanda. En los procedimientos administrativos en que media silencio administrativo u otras formas de inactividad formal de la Administración pública el plazo para formular la demanda es de seis meses, contados a partir de la fecha en que vence el plazo establecido para que la administración se prenuencie (artículo 17).

En mi opinión, constituye un error de la nueva ley el establecimiento de un plazo de seis meses para interponer la demanda cuando se produzca silencio administrativo negativo, a contar desde la fecha en que vence para la Administración pública el plazo legal para expedir la resolución o producir el acto administrativo

solicitado (numeral 3 del artículo 17), porque el citado tipo de silencio administrativo constituye una técnica de garantía del particular y no una carga para el mismo quien puede utilizarlo para dar por denegada su petición o recurso y acudir ante los órganos jurisdiccionales para promover su control jurisdiccional, o puede legítimamente esperar el pronunciamiento expreso de la Administración sin que corran plazos en su contra. Sobre la base de dichas consideraciones el anteproyecto establecía de manera expresa que en caso de silencio administrativo no se debería computar plazo para interponer demanda alguna, lo cual es coherente con el régimen previsto en el artículo 188.5 de la nueva Ley N° 27444 de Procedimiento Administrativo General, conforme al cual “el silencio administrativo no inicia el cómputo de plazos ni términos para su impugnación”.

#### ***2.2.1.9.2 Proceso de acción popular***

La acción popular es un proceso constitucional orgánico, reconocido por la Constitución del 93 como garantía constitucional, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.

La demanda de acción popular es una clara expresión de la democratización de la justicia, ya que cualquier ciudadano goza de legitimación activa para interponer una demanda, situación por la cual, el Poder Judicial declara la inconstitucionalidad o ilegalidad de una norma reglamentaria con efectos derogatorios directos.

La acción popular es la acción de inconstitucionalidad de la legislación derivada. Prueba de ello es que el Código Procesal Constitucional dedica un título entero a las disposiciones generales de los procesos de acción popular e inconstitucionalidad, así como un título exclusivo al proceso de acción popular.

La demanda de acción popular procede contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen, siempre que infrinjan la Constitución o la ley, o cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley, según el caso (artículo 76 del CPC).

#### **a) Origen**

La acción popular es uno de nuestros más antiguos procesos constitucionales. Una institución de origen latinoamericano, aparecida en Venezuela y Colombia en la segunda mitad del Siglo XIX e inicios del siglo pasado, denominada acción popular de inconstitucionalidad o acción de inexecutableidad, como una reacción al sistema de la *judicial review* y anticipándose a los europeos en la institución de su sistema concentrado.

Aparece en la Constitución de Cuba de 1935, pudiendo ser ejercida por no menos de veinticinco ciudadanos, con efecto derogatorio indirecto.

Honduras la establece en su Constitución de 1936 y la de 1982, Bolivia la recoge en su Constitución de 1938, Panamá en sus Constituciones de 1946 y de 1972, El Salvador en las Constituciones de 1950, 1962 y 1983, Guatemala en la Constitución de 1965.

En el Perú, esta garantía constitucional aparece en el artículo 127 de la Constitución de 1920, también se consigna en el artículo 133 de la Constitución de 1933, siendo retomada por el artículo 295 de la Constitución de 1979 y, actualmente, por el artículo 200, inciso 5 de la Constitución de 1993, el mismo que establece que “la acción popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen”.

#### **b) Finalidad**

El artículo 75 del CPC señala que los procesos de acción popular y de inconstitucionalidad tienen por finalidad la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa. Esta infracción puede ser, directa o indirecta, de carácter total o parcial, y tanto por la forma como por el fondo. Sin duda, este artículo desarrolla el principio de jerarquía de las normas jurídicas, la misma que se desprende del artículo 51 de Constitución del 93, la que sostiene que la Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente.

#### **c) Procedencia de la demanda**

La demanda de acción popular procede contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen, siempre que infrinjan la Constitución o la ley, o cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley, según el caso. (Artículo 76 del CPC).

#### **d) Legitimación activa**

La demanda de acción popular puede ser interpuesta por cualquier persona.  
(Artículo 84 del CPC).

#### **e) Legitimación pasiva**

Se interpone contra el órgano emisor de la norma objeto del proceso.

#### **f) Competencia**

El artículo 85 del CPC dispone que la demanda de acción popular es de competencia exclusiva del Poder Judicial. Son competentes: 1) La Sala correspondiente, por razón de la materia de la Corte Superior del Distrito Judicial al que pertenece el órgano emisor, cuando la norma objeto de la acción popular es de carácter regional o local; y 2) La Sala correspondiente de la Corte Superior de Lima, en los demás casos.

#### **g) Demanda**

Según el artículo 86 del CPC, la demanda escrita contendrá cuando menos, los siguientes datos y anexos:

- 1) La designación de la sala ante quien se interpone.
- 2) El nombre, identidad y domicilio del demandante.
- 3) La denominación precisa y el domicilio del órgano emisor de la norma objeto del proceso.
- 4) El petitorio, que comprende la indicación de la norma o normas constitucionales y/o legales que se suponen vulneradas por la que es objeto del proceso.

- 5) Copia simple de la norma objeto del proceso precisándose el día, mes y año de su publicación.
- 6) Los fundamentos en que se sustenta la pretensión.
- 7) La firma del demandante, o de su representante o de su apoderado, y la del abogado.

#### **h) Plazo**

El plazo para interponer la demanda de acción popular prescribe a los cinco años contados desde el día siguiente de publicación de la norma. (Artículo 87 del CPC)

#### **i) Medida cautelar**

Procede solicitar medida cautelar una vez expedida sentencia estimatoria de primer grado. El contenido cautelar está limitado a la suspensión de la eficacia de la norma considerada vulneratoria por el referido pronunciamiento. (Artículo 94 del CPC).

#### **j) Costos**

Si la sentencia declara fundada la demanda se impondrán los costos que el juez establezca, los cuales serán asumidos por el Estado. Si la demanda fuere desestimada por el juez, este podrá condenar al demandante al pago de los costos cuando estime que incurrió en manifiesta temeridad. En todo lo no previsto en materia de costos, serán de aplicación supletoria lo previsto en el Código Procesal Civil. (Artículo 97 del CPC).

### ***2.2.1.9.3 Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas***

El Decreto Legislativo 1256, promulgado el 07 de diciembre del año 2016, protege los derechos a la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, en beneficio de personas naturales o jurídicas, mediante la prevención o la eliminación de barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad que restrinjan u obstaculicen el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que constituyan incumplimientos de las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa con el objeto de procurar una eficiente prestación de servicios al ciudadano por parte de las entidades de la Administración pública. (Decreto Legislativo 1256, Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, 2016)

### ***2.2.2 Administración pública***

#### **a) Conceptos**

Es el conjunto de organismos y personas que se dedican a la Administración o el gobierno de los asuntos de un Estado, o la actividad de este conjunto de organismos y personas. Es decir, es la actividad de la entidad del Estado. En tal sentido, estos sujetos que trabajan en dicha actividad de administración de bienes y servicios se los conoce con la denominación de funcionarios.

Es un sistema de límites imprecisos que comprende el conjunto de organizaciones públicas que realizan la función administrativa y de gestión del Estado y de otros entes públicos con personalidad jurídica, ya sean de ámbito regional o local. Por su función, la Administración pública pone en contacto directo

a la ciudadanía con el poder político (servidores públicos), «satisfaciendo» los intereses colectivos de forma inmediata, por contraste con los poderes legislativo y judicial, que lo hacen de forma mediata.

## **b) Definición de Administración pública**

Administración es un término procedente de *administratĭo*, un vocablo latino. La primera acepción del concepto que menciona el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española (RAE) alude al acto y el resultado de administrar (dirigir, gobernar, organizar u ordenar algo).

Lo público, por otra parte, es aquello que pertenece al Estado y, por lo tanto, a la comunidad en general. Público es lo opuesto a privado (cuya propiedad está en poder de un individuo o de un grupo de personas). La idea de Administración pública, en este marco, se vincula a la gestión de servicios brindados por el Estado y al grupo de las entidades estatales que se dedican a desarrollar estas funciones.

Es importante tener en cuenta que la definición de Administración pública no es precisa. En general, se relaciona a las diferentes organizaciones de carácter público que administran los servicios del Estado. Entre estas organizaciones también hay corporaciones que disponen de personería jurídica.

Gestionada por el Poder Ejecutivo, la Administración pública permite al Estado establecer un vínculo directo con los vecinos. Las personas acuden a la Administración pública para obtener respuestas a diferentes problemas o inquietudes.

En ocasiones se utiliza la noción de Administración pública para referirse al conjunto de los trabajadores del Estado. Cuando se dice que la Administración

pública realiza un paro, se está informando que las dependencias estatales no atenderán al público ya que sus empleados no cumplirán con sus tareas habituales. En un sentido similar, un aumento de salario para la Administración pública implica un incremento de sueldo para quienes trabajan para el Estado.

Si se la toma como una estructura orgánica, es posible afirmar que la Administración pública es creada por el propio Estado y que su regulación se encuentra a cargo del derecho positivo. El concepto de derecho positivo, por su parte, hace referencia al grupo de normas jurídicas que escribe una soberanía, es decir, el conjunto de creaciones jurídicas a cargo del órgano del Estado que ejerce la función legislativa.

Como actividad, la Administración pública también puede entenderse como una función pública que establece el ordenamiento jurídico de la nación. Entendemos por ordenamiento jurídico el grupo de normas jurídicas que, en una época y un lugar en particular, tienen validez y vigencia.

Es importante señalar que tanto la función como la organización también están asociados a ciertos *caracteres tecnopolíticos* que corresponden a varios campos de estudio ajenos al terreno jurídico, como ser los de la ciencia política y la teoría de la organización administrativa.

Por ende, el concepto de Administración pública depende de los enfoques principales de estudio (el político, el técnico o el jurídico) o de la disciplina, dado que no existe una ciencia general que pueda combinar de forma armoniosa el conjunto de enfoques y elementos que giran en torno a la Administración pública.

En el siglo XIX, el pensador político y autor progresista Charles Jean Baptista Bonnier, oriundo de Francia, formuló una definición amplia y concisa, que

incluso al día de hoy sirve como referencia para analizar este objeto del conocimiento:

La Administración pública gestiona los asuntos relacionados con las personas, las acciones y los bienes del ciudadano como participante del Estado, así como de su propia persona, sus acciones y sus bienes desde el punto de vista de su repercusión en el orden público.

Dada la complejidad y la poca rigidez de este concepto, su alcance puede parecer abrumador a simple vista. Y es que además de las características antes mencionadas, la Administración pública también gestiona y dirige los negocios ordinarios del Estado. Por otro lado, hay quienes señalan que la regula el derecho administrativo y que forma parte del poder ejecutivo.

### ***2.2.3 Inactividad de la Administrativa pública***

Partiendo de la naturaleza del procedimiento administrativo en la que existe una teoría, Tawil (2010) conceptualiza y ubica al Estado como un “ente dinámico tendiente a realizar sus logros, y, sobre la base del poder soberano otorgado por el ordenamiento jurídico, alcanzar dichos fines para la prosecución de los intereses del pueblo” (p. 9). Se obtiene que, cada una de las actividades que desarrolla a tales efectos se denomina función o, más genéricamente, funciones jurídicas del Estado o funciones estatales. Es decir, para lograr el interés de una sociedad en favor del bien jurídico protegido se obtiene una función de Administración pública al cual debe alcanzar. Pero al no ser alcanzada se da la figura de la inactividad o función administrativa deficiente.

### 2.2.3.1 La inactividad

Es una forma general que hace referencia a toda situación caracterizada por la falta de acción o de actividad, ya sea por disponer de tiempo libre (como en ocio y descanso), ya sea por dedicar el tiempo libre a descansar (como se indicaría con las voces quietud y reposo), o ya sea por falta de ganas para trabajar (como en pereza o indolencia).

### 2.2.3.2 Antecedente histórico

La inactividad en el Derecho romano. La tradición romana negaba efectos jurídicos a la inactividad; no se concebía que el ciudadano dejara de manifestar su voluntad en un derecho contextualizado tan objetivamente; siempre quedaba a los romanos el tiempo necesario para demostrar o patentizar su voluntad en tal o cual sentido; la vida no tenía el dinamismo de la época actual y de ahí el principio consagrado en derecho romano *Quitaset non utiquefateur; sed tamenverumesteum non negare*; el que calla es cierto que no confiesa, pero también es verdad que no niega; es decir, el que calla no dice nada; esta norma ha informado no solo, el derecho justinianeo, sino el del medioevo y, quizá, si por eso se exigía siempre declaración expresa, la que a veces era arrancada por la violencia; pero es en la época moderna y sobre todo en la Contemporánea que ya la inactividad configura o condiciona situaciones jurídicas.

Es el derecho canónico, profundamente subjetivo, quien se debe la regla de *Quitasetconsentievidetur*; el que calla parece que consiente; el que calla otorga; esto es fruto sin duda del carácter individual, personal de este derecho para el que tiene tanta importancia el individuo, por considerarlo como centro del universo.

La inactividad en la época Contemporánea cambia totalmente en donde es excepcional la importancia del silencio; se considera necesario para la convivencia social; es un factor de orden y una forma de economizar esfuerzo, energía y tiempo, elementos importantísimos en la vida contemporánea; ahora no es necesario que el comerciante avise de todas maneras la buena recepción de las mercaderías al vendedor; acarrearía desperdicio de energía absorbiendo tiempo útil para otras actividades; se va simplificando y suprimiendo el ritual jurídico y las formas consagradas para patentizar la declaración de voluntad; simples señas determinan en las grandes bolsas, operaciones de importancia; por todo esto el silencio se torna en favor de imponderable valor social; si se calla en un contrato de venta, se entiende que se obliga a la evicción y saneamiento; el silencio del acreedor hace que se impute el pago parcial de su deudor; a los intereses antes que al capital.

### **2.2.3.3 Concepto de inactividad de la Administración pública**

La inactividad de la Administración pública es el dejar de hacer o actuar de dicha entidad del Estado, es la omisión por la Administración de toda actividad, jurídica o material, legalmente debida y materialmente posible; por la que será necesaria su inmediata intervención (habeas empresarial [Zambrano Torres, s. f.]) con la cual se subsana la vulneración a la libertad de empresa. Para Nieto la inactividad de la Administración pública puede ser material o formal, en tal sentido “la inactividad material sería aquella que se traduce en el incumplimiento por parte de la Administración de sus competencias ordinarias, en la pasividad de los entes administrativos para ejecutar o llevar a su debido cumplimiento los objetivos que le son propios. La inactividad formal se refiere, por su parte, a la pasividad de la

Administración dentro de un procedimiento, es la simple no contestación a una petición de los particulares” (Nieto, 1962, p. 1980). Como expuso el mismo autor, “la exigencia legal y jurisprudencial de que la intervención jurisdiccional ha de condicionarse a un acto previo de la Administración, se refiere exclusivamente a un acto en sentido formal indicado, y no a un acto material, siendo admisibles, por tanto, los recursos contra la inactividad material de la Administración”.

#### **2.2.3.4 Tratamiento y clasificación**

El derecho administrativo ha centrado todos sus esfuerzos en el estudio y desarrollo de la actividad de la Administración pública, sin detenerse a profundidad en la inactividad de la administración, el cual tiene igual importancia y trascendencia que el primero.

La rama del derecho administrativo que sí ha sido desarrollada es la relativa al silencio administrativo, más esta no es toda la inactividad en la que puede incurrir la Administración pública; es tan solo una parte de ella.

En el derecho español no existe una obligación general consagrada positivamente que obligue a actuar a la Administración, tan igual como en nuestro medio. Es decir, en la relación entre los derechos de los ciudadanos, ante las Administraciones públicas; no hay un derecho a la actividad de la Administración pública.

Según el maestro Sánchez Morón, “en los últimos tiempos va adquiriendo mayor importancia para el Derecho la inactividad de la Administración en sí, cuando es contraria a Derecho, pues constituye una vulneración no solo del principio de legalidad sino también al de buena administración. De ahí que podamos deducir de

los principios generales del ordenamiento jurídico —la legalidad, la seguridad jurídica, y la confianza legítima, la interdicción de la arbitrariedad, la eficacia administrativa— un derecho general del ciudadano a la actividad administrativa en los términos en que venga exigida por las normas aplicables” (Sánchez Morón, 2001, p. 467).

Para entrar a conceptualizar el significado de inactividad de la Administración, debemos empezar por segregar los dos tipos de inactividad en que puede incurrir la organización administrativa: la formal y la material.

- a) **Inactividad formal.** Es la indiferencia o inmovilidad de la administración dentro de un procedimiento administrativo, en el que un particular ha solicitado la producción de un acto administrativo, vale decir, ha efectuado un requerimiento o bien una solicitud; petición que no obtiene respuesta por parte de la Administración o, si se quiere, esta responde con su silencio. Es aquí donde entra la figura del silencio administrativo. Es la omisión a una obligación legal que tiene la administración de obrar o actuar.
  
- b) **Inactividad material.** Mucho más amplia que la anterior, es la pasividad de la Administración en el marco de sus competencias ordinarias, se refiere a la ausencia de una actuación de carácter prestacional o a la inejecución material de decisiones ya adoptadas. De ahí, que se distingan dos tipos de inactividades materiales, la positiva y la negativa:
  - **Positiva.** Es aquella que resulta de la pasividad de la Administración cuando no quiere cesar sus actuaciones ilegales y perjudiciales, pese a la

denuncia de los interesados; por ejemplo, tomándolo al transportista; quien nota que en su agencia han dejado montículos de basura, entonces se acerca al municipio a pedir que la retiren, pero la municipalidad no la retira pese a que tiene la obligación de hacerlo bajo ordenanza municipal. De modo que una autoridad pública que, teniendo las facultades para ello, nada hace para poner término a la violación de una garantía constitucional, incurriría en este tipo de conducta.

- **Negativa.** No todas las formas de actividad de la Administración precisan la sustanciación de un procedimiento. En muchas ocasiones lo que se espera de la Administración no es la emisión de un acto administrativo, sino la realización de una determinada actividad material; por ejemplo, si un empresario transportista va a la municipalidad a solicitar que hagan arreglos con respecto al mal estado de una carretera porque perjudica su productividad. En tal sentido, esta inactividad corresponde a la pasividad de la administración producida fuera de un procedimiento administrativo. Tiene trascendencia jurídica especial cuando existe una obligación de actuar impuesta directamente por las normas o por un acto de autovinculación de la Administración o cuando media un derecho del administrado.

Así pues, comprendida esta diferencia, podemos decir de manera generalizada que la doctrina define la inactividad de la Administración como la omisión de actividad jurídica o material ante la existencia de un deber de actuar fijado en la ley, o deducible directamente del texto constitucional, cuando la falta de

actuación de la administración determine con seguridad, o un alto grado de certeza, la vulneración de un derecho constitucional.

Con acierto Gómez Puente (2002) señala que “la inactividad constituye, pues, una de las modalidades más extensas y graves de mala administración al desconocer la vocación transformadora de la realidad social a la que está llamada constitucionalmente en el modelo de Estado social poniendo en peligro muchas de sus conquistas históricas”.

### **2.2.3.5 Clasificación según la legislación peruana**

En la legislación peruana, la inactividad de la Administración pública está basada en cuanto a las reglas y leyes que corresponden al silencio administrativo.

En tal sentido, se clasifica en positivo y negativo:

#### **a) Silencio administrativo positivo**

El silencio administrativo positivo se da cuando la inacción o el no actuar de la Administración pública, en los supuestos señalados por la ley, hace que la petición del administrado sea aprobada; en esta hipótesis, se presume por mandato de la Ley, que la Administración pública, ha respondido afirmativamente, a la petición planteada, con todas sus consecuencias jurídicas; el silencio administrativo positivo o también llamado estimatorio da lugar al nacimiento de un acto presunto, por cuanto se entiende concedido lo que se ha solicitado.

## b) **Silencio administrativo negativo**

El silencio administrativo negativo se presenta cuando la inacción de la Administración pública determina que, vencido el plazo para resolver la petición del administrado, debe tenerse por denegada su petición; es entonces que estamos, frente a una ficción legal, de carácter procedimental, que permite al administrado, acceder a la siguiente instancia administrativa, o en su caso al proceso contencioso administrativo; el silencio administrativo negativo o llamado también desestimatorio es no pronunciarse dentro de un determinado plazo acerca de algo solicitado, por lo cual la ley le da efecto desestimatorio a la petición; si la Administración no resuelve una petición del administrado, su abstención o silencio equivale por mandato de la ley a una denegación o negativa.

### **2.2.4 Barrera burocrática**

Para poder definir este término tenemos que separar cada palabra de la expresión y de allí sacar un concepto, puesto que esta figura jurídica es nueva. En tal sentido, sabemos que barrera es todo obstáculo que impide o dificulta la realización de una determinada tarea o actividad, sea esta física o espiritual, y desde un punto de vista jurídico; material o subjetivo. Entonces, para poder explicar el aspecto subjetivo es necesario apoyarse en la teoría del derecho subjetivo.

Una definición del derecho subjetivo basada en su naturaleza sería la de “poder o facultad atribuida por la norma potestativa o autoritativa al sujeto, que le permite realizar determinados actos o exigir a otros sujetos una conducta de hacer o no hacer algo, o bien de abstención y no impedimento”. De esa definición se puede

extraer los elementos que determinan su contenido: hay un elemento externo (la norma de la que procede) y dos elementos internos (el ejercicio del derecho y la pretensión, que faculta al sujeto para exigir a otras determinadas conductas). El ejercicio del derecho es la finalidad básica de todo derecho subjetivo y por medio de él el sujeto puede usar o no su derecho, aunque el ejercicio del derecho no debe confundirse con la condición de renunciable o no del mismo. La pretensión se concreta en la facultad del titular de un derecho subjetivo para exigir a otra determinada conducta. Por ejemplo, siendo el caso de una barrera subjetiva sería el incumplimiento por parte de un funcionario o servidor público de un derecho que la empresa esperaba o solicitase que lo ejecutaran, que arreglaran la pista o votaran la basura del ejemplo anterior.

Por otro lado, al tratar sobre la “burocracia”, encontramos que proviene del francés *bureaucratie*, cuya raíz es *bureau* (“oficina”). El concepto permite nombrar a la organización que está regulada por normas que buscan un orden racional en la gestión y distribución de sus asuntos. Además de lo expuesto es interesante establecer que existe una teoría de la burocracia. Se trata de una teoría que se inició con el claro objetivo y la necesidad de conseguir que la organización de las distintas empresas, especialmente de las que contaban con muchos empleados y con un gran volumen de actividad, estuvieran “ordenadas” de manera racional.

De ahí surgieron ideas y propuestas, como la del economista alemán Max Weber, que, entre finales del siglo XIX y principios del XX, se convirtió en uno de los máximos exponentes de dicha teoría. En su caso, consideró que la burocracia era una forma racional de organizar una entidad para conseguir que la misma funcionara con precisión, claridad, velocidad y eficiencia.

En este sentido, para él a la hora de establecer dicha burocracia era fundamental que la misma se sustentara en cuestiones tales como la división del trabajo, la jerarquía de la autoridad, las reglas y normas, el compromiso profesional, la racionalidad, la impersonalidad en cuanto a la aplicación de los procedimientos y las reglas o los registros escritos.

La burocracia también es el conjunto de los servidores públicos, aunque el término tiene una connotación negativa: se entiende por burocracia a la administración ineficiente por el papeleo y las formalidades, y a la influencia excesiva de los funcionarios en los asuntos públicos. Por ejemplo, por culpa de la burocracia muchas veces se tiene que buscar los recibos de sueldo de los últimos treinta años; de lo contrario, no se puede acceder al beneficio, “la burocracia a la hora de los trámites hizo que dejara la universidad pública”.

Dentro de esa acepción negativa del término burocracia que estamos analizando es interesante comprobar a través de lo que son casos prácticos. Así, por ejemplo, se establece que una de las causas que lleva a que muchas personas sean reacias a apostar por el autoempleo en algún momento de sus vidas es precisamente la cantidad de papeleo que hay que realizar y también la gran pérdida de tiempo que aquel trae consigo.

Pese a esta utilización negativa del término, la sociología y las ciencias administrativas entienden a la burocracia como la estructura que se caracteriza por los procedimientos regularizados y explícitos. La burocracia implica relaciones jerárquicas e impersonales, la especialización del trabajo y la división de responsabilidades.

Por lo tanto, se entiende por barrera burocrática a toda actividad e inactividad impuesta por las entidades de la Administración pública, las cuales vulneran el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado, modificando directamente las condiciones para que dichos agentes ejerzan sus actividades económicas. Son medidas que imponen las entidades de la Administración pública a los ciudadanos al tramitar procedimientos administrativos incumpléndose normas y/o principios que garantizan la simplificación y celeridad administrativa con el que se vuelve ineficiente la prestación de servicios al ciudadano por parte de las entidades de la Administración pública.

#### **2.2.4.1 Clasificación**

Las barreras burocráticas pueden clasificarse, por su aplicación, en positivas o negativas. Y, por la realidad socioeconómica de la actividad empresarial, en; subjetivas y objetivas.

##### **A) Por su aplicación:**

**A.1) Barreras burocráticas positivas.** Son aquellos obstáculos impuestos por la Administración pública en el ejercicio de sus funciones, los cuales permiten que la actuación de la libertad no caiga en libertinaje; no se afecte el derecho e intereses de los demás. Son las permitidas por el ordenamiento jurídico; “El derecho de uno termina donde empieza el derecho del otro”; si por ejercitar tus derechos causas un menoscabo en los derechos de terceros, tienes que resarcirlo, porque abusaste e invadiste la esfera jurídica de otro.

**A.2) Barreras burocráticas negativas.** Son obstáculos abusivos e imperfectos de la Administración pública, los cuales impiden el libre desenvolvimiento de sus derechos de los administrados.

Es a esta, es a la que se refiere el Dec.Leg.1256 (Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas) al tratar sobre la ilegalidad e irracionalidad.

**B) Por la realidad socioeconómica de la actividad empresarial:**

**B.1) Barreras burocráticas objetivas.** Son aquellos actos, disposiciones o cualquier actuación de la Administración pública, encaminados a obstaculizar el inicio y desarrollo de la actividad empresarial.

**B.2) Barreras burocráticas subjetivas.** Es la espiritualidad del acto administrativo. Está relacionado con el elemento subjetivo del acto administrativo conformado por los funcionarios o servidores públicos que por su calidad y investidura al que representan omiten su actuación, se quedan inactivos “no hacen nada pese a que deberían hacer”, obstaculizando el inicio y desarrollo de la actividad empresarial.

Es la facultad inoperante. Está en la ideación del sujeto administrador el cual bloquea el correcto desarrollo de los derechos fundamentales de la persona. Es toda inactividad sea esta, formal o material que atenta el acceso o permanencia en el mercado. Es la falta de respuesta administrativa que ocasiona una lesión de un derecho fundamental.

### 2.2.5 Principios

- a) **Principio de legalidad.** Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.
- b) **Principio de razonabilidad.** Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.
- c) **Principio de imparcialidad.** Las autoridades administrativas actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándoles tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general.
- d) **Principio de celeridad.** Quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento.
- e) **Principio de simplicidad.** El principio de simplicidad indica que los seres humanos organizamos los campos perceptuales con rasgos simples y regulares, tendiendo a buenas formas.

Este principio se refiere a la técnica visual que impone el carácter directo y simple de la forma elemental, liberada de complicaciones. La simplicidad consiste en eliminar o reducir lo evidente y añadir lo importante, haciendo referencia a la fuerza de la forma, que ayuda al recuerdo.

## 2.2.6 Variables

### 2.2.6.1 Variable independiente: Actividad empresarial

**A) Conceptos.** Perteneciente a la libertad de empresa, es la materialización del derecho de libertad de empresa, el cual proviene del latín *activitas*. Es una acción o función que desarrolla un sujeto y/o una institución u organización que lleva a cabo tareas comerciales o industriales con afán de lucro.

Son todas aquellas actividades que lleva adelante una empresa con el objetivo de producir y comercializar los bienes o los servicios que le permiten generar ingresos. En este sentido, las tareas que realiza a nivel interno para gestionar su capital y para organizar los recursos materiales y humanos también forman parte de las actividades empresariales.

**B) Características.** Tomemos el caso de una empresa que comercializa conservas de pescado. Entre sus actividades empresariales, se puede mencionar la captura de los peces, el almacenamiento en frío, el procesamiento, el envasado y finalmente su distribución. Todos estos procesos son indispensables para que las conservas lleguen a los consumidores a través de mercados, tiendas, etc. Si nos centramos en la actividad económica de esta empresa, podríamos decir que realiza una actividad económica secundaria (no solo obtiene la materia prima,

sino que también la procesa). Por el tipo de actividades que lleva a cabo, por otra parte, la compañía pertenece a la industria pesquera.

**C) Tipos.** Dentro de la clasificación encontramos a las agrícolas, las industriales, la silvícola (la silvicultura es el cultivo de montes o bosques), la ganadera, además de la ya mencionada pesca, etc.

- **Actividad de tipo industrial.** Se centra en la conservación, la transformación o la extracción de materias primas, la elaboración y el acabado de artículos para su posterior comercialización.
- **Actividad de tipo agrícola.** La siembra, el cultivo y la cosecha, así como la primera enajenación de todos los productos que se obtienen en dichos procesos, siempre que no se los someta a ningún tipo de alteración.
- **Actividad de tipo ganadera.** Dedicada a la cría de los animales que el ser humano explota para conseguir alimento y vestimenta, por ejemplo, como ser las vacas, las ovejas, las cabras y las aves de corral. Así como en el caso de la agricultura, para que la ganadería se considere una actividad empresarial, debe incluir todo el proceso hasta antes del punto en el cual comienzan las transformaciones industriales.
- **Actividad de tipo silvícola.** En este punto también debemos incluir la cría, la restauración y la conservación de los montes y los bosques, así como cualquier movimiento que fomente dichas acciones.

### 2.2.6.2 Variable dependiente: Barrera burocrática subjetiva

A) **Concepto.** Como se mencionó anteriormente, no existe una definición que precise el significado. En tal sentido, tomando la idea anterior podemos decir que son obstáculos que se encuentran en el momento intermedio entre el derecho adquirido y la potestad o facultad que tiene el ente administrador de hacer efectivo su función al cual se lo ha encomendado.

En otras palabras, es la inactividad de la Administración pública, es decir, son aquellas funciones defectuosas u omitidas ilegalmente e irracional, las cuales vulneran el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado, incumpléndose normas y/o principios que garantizan la simplificación y celeridad administrativa con el que se vuelve ineficiente la prestación de servicios al ciudadano por parte de las entidades de la Administración pública.

Así, transgrede la libertad de empresa, la cual es un derecho primordial del ser humano. Este derecho se ve afectada generalmente cuando se trasgrede las dos etapas de la vida empresarial; al acceder al mercado formal y/o permanecer en el mercado, pero, también se podría dar al momento de cese de una empresa.

En el derecho de la competencia tiene como finalidad esencial la protección del libre mercado, para lo cual se busca resaltar el principio sacramentado de la soberanía del consumidor<sup>3</sup>. En este contexto, tenemos que el

---

<sup>3</sup> Principio que señala que es el consumidor el único que está en la posición de poder conocer que bienes, en qué cantidad y en qué calidad lograrán la satisfacción de su interés. Así, la intervención del Estado en la fijación de precios, cantidad o calidad de los bienes en el mercado solo conduce a la ineficiencia en la distribución de los recursos, en tanto que el Estado no puede conocer en que punto puede ser satisfecho el interés de cada consumidor en el mercado. Por lo cual, es más eficiente que la libre confrontación de la oferta y la demanda fijen precio, calidad, y cantidad de los bienes.

Estado deja actuar al mercado como mecanismo idóneo de redistribución de los recursos, reduciendo su intervención. Pero la afectación de la competencia no solamente puede ser vista entre competidores que participan en el mercado, sino que también puede manifestarse con la intervención del Estado en la fijación de trabas que afectan la participación de las empresas en el mercado. Así, estas trabas a la competencia por parte del Estado son conocidas en el derecho peruano como barreras burocráticas ilegales y/o irracionales.

**B) Clasificación.** Basándome en la teoría del delito por omisión, se clasifica en; propias e impropias.

- **Propias.** Es aquel obstáculo ya regulado por la legislación en la que encajaría las de silencio administrativo positivo y negativo.
- **Impropias.** Es aquella traba reflejada por la inactividad material no regulada aun por nuestra legislación.

## 2.3 Definición de términos

### a) Transgresión

De acuerdo con la definición del diccionario, se debe entender como la “violación de un precepto, de una ley o de un estatuto” (Real Academia Española, 2014). Por ejemplo, durante la década de los 60 muchos intelectuales abogaban por la transgresión cultural.

## **b) Ilegalidad**

Es aquella acción e inacción contraria a la ley. En tal sentido, se da cuando (1) exceden el ámbito de competencia de la entidad que las impone; (2) no respetan los procedimientos y formalidades necesarios para su imposición; y (3) contravienen el marco legal promotor de la libre iniciativa privada y de la simplificación administrativa.

## **c) Irracionalidad**

Basada en la teoría de la razón lógica, desproporcionalidad del acto u omisión del ente administrador. Sus características principales son las siguientes: (1) No se justifican en un interés público a tutelar o no son idóneas para cumplir con este. (2) Guardando relación con un interés público, son desproporcionadas (costos>beneficios). (3) No es la opción menos gravosa que existe para tutelar el interés público.

## **d) Reclamo administrativo previo**

Antes de 1900 en Argentina era necesario para poder demandar a la nación, obtener la “venia legislativa,” esto es, una ley del Congreso autorizando la acción judicial contra el Estado. En ese año se dictó la Ley 3952, que suprimió tal requisito sustituyéndolo por la exigencia de un previo reclamo administrativo de aquello por lo que se quería demandar.

Esta ley fue interpretada en forma restrictiva, entendiéndose poco después que ella no era aplicable cuando el Estado actuaba como “poder público;” por lo que fue necesario dictar otra ley, la 11.634, para aclarar definitivamente que toda vez

que se demandara al Estado, por cualquier causa que fuera, no haría falta la venia legislativa sino únicamente “la previa reclamación administrativa.” Una copiosa jurisprudencia y algunas normas expresas, fueron progresivamente limitando a través del tiempo la exigibilidad de la reclamación administrativa como requisito previo a la interposición de una demanda judicial, hasta el punto de cuestionarse al presente tanto su conveniencia o necesidad como su misma existencia; aunque, como es bien sabido, “los muertos que vos matáis gozan de buena salud” (Gordillo, 2016). En tal sentido, el reclamo administrativo previo es aquella exigencia que se hace ante el ente administrador para que cumpla con sus funciones al que se lo encomendó.

#### **e) Función administrativa**

Es la que el Estado realiza bajo un orden jurídico, y que consiste en la ejecución de actos que determinan situaciones jurídicas para casos individuales. Dicho de otra manera, es la función del Estado que se ocupa de la satisfacción de los intereses comunitarios impostergables; la función más amplia que se utiliza en la esfera estatal y es la función principal del Poder Ejecutivo, donde encontramos el derecho administrativo puro.

#### **f) Inspección administrativa pública**

Es aquella que tiene por objeto la comprobación e investigación del adecuado cumplimiento de las obligaciones de los administrados. Llamada también fiscalización, supervisión y control de la correcta actividad de sus administrados con base en sus funciones o potestades conferidas. Es el mecanismo para una correcta Administración pública sustentada por la ley.

## CAPÍTULO III

### RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

#### 3.1 Resultados doctrinarios

La doctrina está basada en las ideas y propuestas de García Máynez (s. f.)<sup>4</sup>, así como en las del jurista español Gómez Puente (2002)<sup>5</sup>, con las cuales se comprende y explica este trabajo

#### 3.2 Resultados normativos

##### 3.2.1 *Derecho interno*

##### 3.2.1.1 La Constitución Política del Perú (Del régimen económico: arts. 58 y 59)

**Artículo 58.** La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

**Artículo 59.** El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que

---

<sup>4</sup> “En un caso, se trata de una facultad fundante (derecho de primer grado) y una fundada (derecho de segundo grado); y en el otro de un deber fundante y una facultad fundada (derecho de cumplir el deber propio)”. En ese sentido: la libertad jurídica se basa en un derecho subjetivo, mas no en una obligación.

<sup>5</sup> “Inactividad de la Administración pública es la omisión por la administración de toda actividad, jurídica o material, legalmente debida y materialmente posible”

sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

### **3.2.1.2 Decreto Legislativo 1256 (Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas)**

#### **Artículo 1. Finalidades de la ley**

La presente ley tiene como finalidad supervisar el cumplimiento del marco legal que protege los derechos a la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, en beneficio de personas naturales o jurídicas, mediante la prevención o la eliminación de barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad que restrinjan u obstaculicen el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que constituyan incumplimientos de las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa con el objeto de procurar una eficiente prestación de servicios al ciudadano por parte de las entidades de la Administración pública.

#### **Artículo 3. Definiciones**

(...) Sin perjuicio de las responsabilidades que se deriven de la aplicación de la normativa correspondiente, no se consideran barreras burocráticas dentro del ámbito de la presente ley:

c. Las omisiones, inacciones o cualquier inactividad de la Administración pública.

### 3.2.1.3 Ley 27444 (Ley del Procedimiento Administrativo)

**Artículo 188.3** El silencio administrativo negativo tiene por efecto habilitar al administrado la interposición de los recursos administrativos y acciones judiciales pertinentes. (Modificado por Decreto Legislativo 1272)

#### **Artículo 34. Procedimiento de evaluación previa con silencio negativo**

**34.1** (Modificado por Decreto Legislativo 1272, que su vez deroga a la Ley 29060 [Ley del Silencio Administrativo])<sup>6</sup>.

#### **Artículo 244 Denuncia por delito de omisión o retardo de función**

El Ministerio Público, a efectos de decidir el ejercicio de la acción penal en los casos referidos a delitos de omisión o retardo de función, deberá determinar la presencia de las siguientes situaciones:

- a) Si el plazo previsto por ley para que el funcionario actúe o se pronuncie de manera expresa no ha sido excedido.
- b) Si el administrado ha consentido de manera expresa en lo resuelto por el funcionario público.

---

<sup>6</sup> Artículo 37.1 del Decreto Legislativo 1272: “Excepcionalmente, el silencio negativo es aplicable en aquellos casos en los que la petición del administrado puede afectar significativamente el interés público e incida en la salud, el medio ambiente, los recursos naturales, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, la defensa comercial, la defensa nacional y el patrimonio cultural de la nación, así como en aquellos procedimientos de promoción de inversión privada, procedimientos trilaterales y en los que generen obligación de dar o hacer del Estado y autorizaciones para operar casinos de juego y máquinas tragamonedas. Las entidades deben sustentar técnicamente que cumplen con lo señalado en el presente párrafo”.

### **3.2.1.4 El artículo 377 del Código Penal peruano**

El funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta días-multa.

### **3.2.1.5 Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo (Ley 27584)**

#### **Artículo 1. Finalidad**

La acción contencioso administrativa prevista en el artículo 148 de la Constitución Política tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la Administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados.

Para los efectos de esta Ley, la acción contencioso administrativa se denominará proceso contencioso administrativo.

#### **Artículo 4. Actuaciones impugnables**

Conforme a las previsiones de la presente Ley y cumpliendo los requisitos expresamente aplicables a cada caso, procede la demanda contra toda actuación realizada en ejercicio de potestades administrativas.

**4.2** El silencio administrativo, la inercia y cualquier otra omisión de la Administración pública.

### **3.2.2 Derecho internacional**

#### **3.2.2.1 Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (Ley 2689/1998 - LJCA - Española)**

##### **Artículo 25**

1. El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

2. También es admisible el recurso contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho, en los términos establecidos en esta Ley.

##### **Artículo 29**

1. Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo

con los interesados, estos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración.

2. Cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si esta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, que se tramitará por el procedimiento abreviado regulado en el artículo 78.

### **3.3 Resultados jurisprudenciales**

#### **3.3.1 ----- 0005-2014/CEB-INDECOPI**

10 de enero de 2014

**EXPEDIENTE N° 000292-2013/CEB: PROCEDIMIENTO SANCIONADOR  
SEGUIDO CONTRA LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE  
MIRAFLORES**

#### **RESOLUCIÓN FINAL**

**SUMILLA:** Se declara barrera burocrática ilegal el silencio administrativo negativo establecido en el procedimiento denominado “Autorización de anuncios y publicidad en señalizadores y cabinas de telefonía ubicadas en la vía pública” consignado en el Texto Único de Procedimientos Administrativos de la Municipalidad Distrital de Miraflores, publicado en su Portal Institucional y en el Portal de Servicios al Ciudadano y Empresas, por cuanto le corresponde el silencio administrativo positivo, conforme a lo establecido en la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo.

La Municipalidad no ha cumplido con justificar la afectación significativa del interés público ante la Presidencia del Consejo de Ministros, para asignarle al mencionado procedimiento el régimen de silencio administrativo negativo, lo cual constituye una transgresión a lo dispuesto en la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo. De conformidad con lo establecido en el numeral 5) del literal d) del artículo 26 BIS del Decreto Ley N°025868, corresponde imponer una multa de 6,19 UIT a la Municipalidad Distrital de Miraflores al haberse verificado la aplicación de la mencionada barrera burocrática.

**3.3.2 ----- 0050-2015/CEB-INDECOPI**

6 de febrero de 2015

**EXPEDIENTE N° 000292-2014/CEB**

**DENUNCIADA: MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE CHILCA S.A.**

**DENUNCIANTE: FUNDICIÓN CHILCA S.A.**

**RESOLUCIÓN FINAL**

**SUMILLA:** Se declara barreras burocráticas ilegales las siguientes medidas; y, en consecuencia fundada en parte la denuncia presentada por Fundación Chilca S.A. contra la Municipalidad Distrital de Chilca: El desconocimiento del silencio administrativo positivo que operó respecto de la solicitud de licencia de funcionamiento presentada por Fundación Chilca S.A. el día 24 de octubre de 2013, efectivizado en la Resolución de Gerencia de Administración Tributaria N° 0012014-GAT/MDCH del 24 de mayo de 2014.

Al haber emitido la referida resolución administrativa después de transcurrido el plazo de 15 días hábiles, la Municipalidad Distrital de Chilca contraviene lo dispuesto en el artículo 8° de la Ley N° 28976, Ley Marco de Licencia de Funcionamiento que dispone que este tipo de procedimientos se tramitan en dicho plazo como máximo y se sujetan al silencio administrativo positivo.

(i) La exigencia de presentar el Certificado de Compatibilidad de Uso y Zonificación emitida por la propia Municipalidad Distrital de Chilca como requisito para obtener una licencia de funcionamiento, efectivizada en la Resolución de Gerencia de Administración Tributaria N° 001-2014-GAT/MDCH del 24 de mayo de 2014.

Debido a que constituye un requisito adicional a los máximos establecidos en la Ley N° 28976 y transgrede lo dispuesto en el numeral 40.1.2) del artículo 40 de la Ley N° 27444, ya que se trata de información emitida por la propia Municipalidad Distrital de Chilca.

Se dispone la eliminación de las barreras burocráticas declaradas ilegales en el presente procedimiento y de todos los actos que la materialicen, de conformidad con lo establecido en el artículo 26 BIS del Decreto Ley N° 25868. El incumplimiento de lo resuelto podrá ser sancionado hasta con 20 UIT de conformidad con lo dispuesto en el literal a) del mencionado artículo.

Al haberse verificado la aplicación de la barrera burocrática ilegal mencionada en el numeral (ii), corresponde imponer a la referida corporación edil una multa de 7,5 UIT, de conformidad con lo establecido

en los numerales 1) y 6) del literal d) del artículo 26°BIS del Decreto Ley N° 25868.

Por otro lado, se declara concluido el procedimiento por haber operado la sustracción de la materia, en los extremos en que se cuestionó:

- El impedimento de presentar documentación vinculada con la aplicación del silencio administrativo a su solicitud de habilitación urbana y a su solicitud de licencia de funcionamiento, acreditado con la Denuncia y Constatación Policial N° 302 de fecha 6 de julio de 2014.
- El impedimento de presentar documentación vinculada a su solicitud de licencia de funcionamiento y de habilitación urbana, acreditada con la Denuncia y Constatación Policial N° 378 de fecha 21 de julio de 2014.
- La exigencia de presentar la vigencia de poder original correspondiente a su gerente general, para la tramitación de los procedimientos de solicitud de habilitación urbana y solicitud de licencia de funcionamiento, acreditada con la Denuncia y Constatación Policial N° 302 de fecha 6 de julio de 2014.
- El impedimento de obtener un formato único para presentar documentación vinculada a una compatibilidad de uso y zonificación, acreditada con la Denuncia y Constatación Policial N° 396-2013 de fecha 16 de octubre de 2013.

La Municipalidad Distrital de Chilca ha señalado que dichas medidas no serían aplicadas a Fundación Chilca S.A., lo cual no ha sido negado por esta última.

Asimismo, se declara la conclusión del procedimiento sancionador, en el extremo en que se cuestionó la exigencia de presentar la vigencia de poder original correspondiente a su gerente general, debido a que no se ha configurado una infracción sancionable en virtud de lo dispuesto en el numeral 6) del literal d) del artículo 26°BIS del Decreto Ley N° 25868.

**3.3.3 ----- 0190-2015/CEB-INDECOPI**

22 de mayo de 2015

**EXPEDIENTE N° 000024-2015/CEB**

**DENUNCIADA: MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE PUNTA HERMOSA**

**DENUNCIANTE: SCD INDUSTRIES E.I.R.L.**

**RESOLUCIÓN FINAL**

**SUMILLA:** Se declara barrera burocrática ilegal el desconocimiento del silencio administrativo positivo que operó respecto de la solicitud de licencia de funcionamiento presentada por SCD Industries E.I.R.L. el 7 de noviembre de 2014 ante la Municipalidad Distrital de Punta Hermosa, materializada en la Resolución Jefatural N° 159-2014-GAT-MDPH y en la Resolución de Sanción N° 023-2015-GAT-MDPH.

Al haber denegado la solicitud de licencia de funcionamiento después de transcurrido el plazo de 15 días hábiles, la Municipalidad ha vulnerado lo dispuesto en el artículo 8° de la Ley N° 28976, Ley Marco de Licencia de Funcionamiento que dispone que este tipo de procedimientos se tramita en dicho plazo como máximo y se sujetan al silencio administrativo positivo.

Se dispone la eliminación, al caso concreto de SCD Industries E.I.R.L., de la barrera burocrática declarada ilegal en el presente procedimiento y de todos los actos que la materialicen. El incumplimiento de dicho mandato podrá ser sancionado con una multa de hasta veinte (20) UIT de conformidad con lo dispuesto en el literal a) del artículo 26 BIS del Decreto Ley N° 25868. (INDECOPI, Resolución 0190-2015/CEB-INDECOPI, 2015)

## CAPÍTULO IV

### DISCUSIÓN Y VALIDACIÓN DE LA HIPÓTESIS

#### 4.1 Discusión doctrinaria

##### *4.1.1 Posturas o argumentos a favor*

##### 4.1.1.1 Teoría del derecho subjetivo o natural

###### A. Concepto

Trata al derecho como facultades o potestades jurídicas que se les reconoce a los sujetos de derecho por naturaleza y que se encuentran expuestas en la normativa vigente. Estas facultades permiten efectivizar ese derecho o no, pero siempre está al reconocimiento de los demás, o sea, perdura ante los demás. Es así le permite realizar determinados actos o exigir a otros sujetos una conducta de hacer o no hacer algo o bien de abstención y no impedimento. Así, no solo es parte de la creación de una norma o derecho positivo sino va más allá; engloba a un deber jurídico.

###### B. Elementos de la teoría subjetiva

Existen dos: externo e interno.

**B.1. Elemento externo:** Tenemos aquí a la norma, que es aquella plasmación, reconocimiento de un derecho.

**B.2. Elemento interno:** Está, a la vez, formado por dos.

**B.2.1 El ejercicio del derecho;** Que es la finalidad básica de todo derecho subjetivo y por medio de él el sujeto puede usar o no su derecho,

aunque el ejercicio del derecho no debe confundirse con la condición de renunciable o no del mismo.

**B.2.2 La pretensión;** Faculta al sujeto para exigir a otros determinada conducta.

#### **4.1.2 Posturas o argumentos en contra**

##### **4.1.2.1 Teoría de la no institucionalización de la inactividad en el ordenamiento jurídico.**

Esta teoría trata de desaparecer la regulación del silencio como categoría general, y basa su tesis en los siguientes enunciados:

- Sistema tipológico; la figura de la inactividad dentro del ordenamiento jurídico carece de tipología, cada forma de inactividad administrativa responde a un principio propio.
- Al tratarse de inactividad material será genérico, hasta el punto de que va a escapar de su finalidad; es decir, si se trata a la inactividad como algo absoluto esto va a acarrear, en primer lugar, un criterio de principio radicalmente contrario a la inactividad, que se proyecta decididamente no solo sobre la omisión de actos administrativos, sino también sobre la inactividad reglamentaria y la simple inactividad material. Y va a resultar, también, una ampliación del control judicial de la administración inactiva.
- Institucionalizar la inactividad (en especial la del silencio negativo) resulta algo incongruente, porque una vez aceptada de esta manera se le da un carácter de normalidad, dado que esto no lo pertenece, ya que se daría los casos en los que la Administración para no ser denunciada por inactividad emitiría una

resolución denegatoria expresa al ciudadano, ante la cual no se podría interponer ningún tipo de recurso. Es decir, “lo que para épocas anteriores podría considerarse una garantía del ciudadano (entender la solicitud desestimada para poder acceder a la vía jurisdiccional), esto puede verse como aceptación de algo que debiera considerarse inadmisibles”. (Velasco Caballero, & Rodríguez de Santiago, 2000, p. 339)

- La Administración no puede denegar algo debido al ciudadano según la norma aplicable, pero tampoco puede dar algo a lo que no se tiene derecho, según esta regla; o sea, no se puede por inactividad ganar lo que no se podría tener por resolución expresa, solo se puede adquirir por silencio administrativo aquello que es conforme a la ley.
- La regla general del silencio negativo puede retrasar la obtención de aquello a lo que el ciudadano cree tener derecho (a lo que, en su caso, podrá ponerse remedio mediante la acción de responsabilidad patrimonial por daños derivados del retraso). Por el contrario, la regla general del silencio positivo posibilita peligrosamente el surgimiento de situaciones jurídicas materialmente ilegales que perjudiquen los intereses públicos. Supuestos (con los que eso supone de inseguridad), lo que lleva a un falseamiento en la práctica de la regla teórica.
- Cuando la Administración incumple con una prestación concreta establecida por norma y que la forma más natural de reaccionar frente a este incumplimiento es ejerciendo el derecho de petición.
- El derecho de petición; al amparo de este derecho cualquier titular del mismo puede dirigirse a los poderes públicos en solicitud de actos o decisiones sobre materia de su competencia, con independencia de las normas sobre legitimación

propias de cualquier procedimiento administrativo o proceso judicial con respecto al fondo de lo que se pide (a través de este derecho puede pedirse, por ejemplo, que se adopte determinada actitud ante un conflicto internacional, o que se mejore un servicio público estatal mediante la adopción de las propuestas que en su escrito incluye el peticionario); y sin que, como es evidente, el derecho a pedir incluya el derecho a obtener lo que se pide.

- El derecho de petición tiene una doble vertiente; por un lado, otorga el derecho a la libertad (libertad de petición), cuyo ejercicio no perjudica al peticionario y, del otro lado, prestacional, el cual exige al Estado a una actividad con respecto a lo pedido. Parece correcta la afirmación de que en el supuesto del derecho de petición la protección jurisdiccional no se dirige al fondo de lo pedido, sino que esta protección jurisdiccional se refiere al derecho en sí mismo considerado, con el contenido al que se ha hecho referencia.
- Para reclamar el cumplimiento de una prestación por esta vía, dicha prestación debe ser “concreta” y estar establecida “a favor de una o varias personas determinadas”. Debe tratarse, pues, de una obligación de dar o hacer por parte de la Administración. En tal sentido, se fija una fórmula de la previsión de un procedimiento especial para garantizar su rápida sustanciación; solo podrá pedirse del juez la condena a la Administración a cumplir con su obligación de resolver; una vez que haya transcurrido el plazo para que la Administración resuelva, el interesado formulará un requerimiento intimando el cumplimiento de esa obligación, y si en ese plazo la Administración no lo hace, podría recurrirse frente a la inactividad en petición de una condena judicial.

#### ***4.1.3 Posturas o argumentos personales***

A mi juicio, el incumplimiento del deber de resolver por parte de la Administración no es una cuestión que deba regularse al margen del marco normativo propio en la Ley de Procedimiento Administrativo.

Las barreras burocráticas objetivas positivas son actos o disposiciones necesarias para ejercer el control por parte de la Administración de las actividades de los entes que participan en el mercado. Es decir, si bien constitucionalmente existe un derecho de los privados a participar libremente en el mercado, dicha actividad de ninguna manera podría ser irrestricta e ilimitada. Así, la Administración crea ciertos requisitos o limitaciones necesarios para participar en el mercado, en tanto debe protegerse el interés social. Por ejemplo, constituye barrera burocrática la necesidad de contar con autorizaciones o licencias, para lo cual deberán cumplirse con presentar los documentos necesarios y el pago de las tasas correspondientes.

El problema se da en las barreras burocráticas irracionales e ilegales, sean estas subjetivas u objetivas, en el cual, si bien la administración del Estado, sometida al orden jurídico y al imperio de la ley, tiene la responsabilidad de procurar soluciones a las necesidades básicas de la población en forma continua y permanente y, proteger el interés general o bien común a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley. Este objetivo se logra, entre otras formas, mediante la dictación de actos administrativos que emanan de su potestad pública. Sin embargo, en la práctica, resulta que en muchas ocasiones las actuaciones del ente administrativo adolecen de retardo o dilaciones, y en otras tantas, no pocas, el órgano llamado a actuar o a pronunciarse respecto a la pretensión de un particular no lo hace. Desde la perspectiva del ciudadano se produce, así, la inactividad de la

Administración o un ritmo de actividad inadecuado, lo que acarrea, en consecuencia, a las barreras subjetivas, ya que es una inoperancia a la facultad del derecho esperado; es decir, si cuando se espera que se reconozca un derecho, pero se obtiene como respuesta una omisión de parte de la Administración, se genera una pérdida u obstáculo al derecho de la libertad de empresa.

De lo anterior, las barreras burocráticas no son perniciosas para el mercado en sí mismas, sino que serán negativas en la medida que desincentiven la inversión. Así, respetando la teoría del derecho subjetivo debemos tener en cuenta la legalidad y la racionalidad que tiene que ir de la mano con el interés general, orden público y buenas costumbres.

Como se ha expresado, durante el desarrollo de este trabajo no nos hemos enfocado tan solo en las barreras objetivas (actos o disposiciones) de la Administración pública, sino también de aquellas inacciones que repercuten en el desincentivo de los empresarios, ya que estas tienen el mismo efecto la no acción que restringe y obstaculiza la libertad de empresa.

De este modo, la inactividad, sea material o formal, de la Administración pública se convierte en algo lesivo a nuestros derechos. Es decir, al producirse un choque de fuerzas entre el derecho subjetivo adquirido, por un lado, y la inactividad —actividad inutilizada—, del otro lado, se produce una barrera subjetiva.

Al tener un derecho fundamental consagrado en la legislación y tiene que hacerse efectivo; entonces el organismo administrativo está en el deber de solucionar o a hacer efectivo ese pedido, pero siempre y cuando lo solicitado esté de acorde con la ley y la razonabilidad.

Para terminar, todos tenemos derecho a la libertad de empresa, pero siempre respetando los derechos de los demás, basados en los principios de legalidad y razonabilidad. También se debe tener en cuenta que la acción de interponer barrera subjetiva sobre una inactividad corresponde al interesado, en este caso al empresario perjudicado.

## **4.2 Discusión normativa**

### ***4.2.1 Análisis o discusión de la normatividad interna***

#### **4.2.1.1 Ley de prevención y eliminación de barreras burocráticas (DLeg. 1256)**

De acuerdo con el Decreto Legislativo 1256, “no se consideran barreras burocráticas dentro del ámbito de la presente ley: Las omisiones, inacciones o cualquier inactividad de la Administración pública” (Decreto Legislativo 1256, artículo 3).

En el ordenamiento jurídico peruano, no se considera la inactividad de la Administración pública como barrera burocrática pese a que esta forma parte de aquella. Por ello, para reclamar un derecho omitido por la Administración pública, se tiene que recurrir a un proceso contencioso administrativo, reconocido por el artículo 240 de la Constitución de 1979, y, ahora, por el artículo 148 de la Constitución Política de 1993. Aunque sigue vigente aquella, no llegó a regularse el proceso contencioso administrativo mediante una ley especial, esto sí ha sucedido unos años después de aprobada la nueva Carta Magna, con la Ley 27584, titulada *Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo*, publicada en el *Diario Oficial El Peruano*, con fecha 7 de diciembre de 2001, en vigor desde el 17 de abril de 2002 (en adelante, LPCA). No es un proceso objetivo sino subjetivo, no es un

proceso de revisión sino de control jurídico pleno de la actuación administrativa, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado. Es un proceso para la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, cuando estos puedan estimarse lesionados o afectados por aquellas actuaciones procedentes de los poderes públicos. Pero ello, no es suficiente, ya que se genera pérdida de tiempo y dinero, y en términos de economía de mercado se busca la inmediata solución al problema.

Entonces, no tenemos que taparnos los ojos o hacer como si no existieran y tratarlos como algo aislado de bajo interés, tomarlos como algo accesorio, puesto que su incursión en la legislación de la Administración pública es necesaria ya que se estaría dándole un tratamiento adecuado. La inoperancia de la Administración no debe quedar sin reconocimiento legal, si bien es cierto que se tiene desconfianza por el uso exagerado que se pueda dar, pero para ello están los principios de la legalidad y la razonabilidad, los cuales funcionarán como parámetros primordiales.

Aún más: la Constitución consagra el derecho a la libertad de empresa desde su inicio y desarrollo, y promueve el empleo y el desarrollo del país; como es cierto, una empresa formalizada trae consigo empleados formales (dentro de planillas, etc.), Pero por la inactividad de sus funciones del administrador público el empresario se puede ver desprotegido.

Evidentemente, estas actuaciones estarán sujetas siempre al principio de responsabilidad que eventualmente le pudiera caber a la Administración y a sus organismos, esto por cuanto todos los ciudadanos tienen derecho a la protección jurídica, los cuales pueden ser quebrantados exactamente igual por una conducta activa que por una conducta emisiva de la Administración.

## *4.2.2 Análisis o discusión de la normatividad internacional*

### **4.2.2.1 Ley de jurisdicción contenciosa administrativa (Ley 2689/1998 - LJCA – Española)**

**Artículo 29.1** Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, estos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración”.  
(Ley 29/1998, art. 29)

Una vez examinadas las medidas de reacción y defensa contra la inactividad de la Administración pública, dirigidas no solo a combatir la pasividad y dilaciones administrativas, sino sobre todo a obtener un pronunciamiento de condena que obliga a cumplir a la Administración sus obligaciones en los términos establecidos.

Además de los actos y de los reglamentos administrativos, también la inactividad de la Administración puede ser objeto de control, a través de recurso judicial contencioso administrativo; pero hay que anticipar que en este caso el control no es admisible ante cualquier tipo de actividad, sino solamente cuando esta supone un incumplimiento de sus deberes por parte de la Administración. Si no existe deber, no habrá incumplimiento, ni, por tanto, posibilidad de control.

Esta Ley de jurisdicción contenciosa administrativa (LJCA) contempla la admisibilidad de recurso judicial contra la inactividad de la Administración, disponiendo que cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, estos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración. Además, cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si esta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, que se tramitará por el procedimiento abreviado.

De acuerdo con el fundamento revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando la Administración no dicta un acto es necesario provocarlo, para plantear recurso contra la inactividad formal, si esta persiste. Ante la inactividad de la Administración no cabe un remedio directo, sino tan solo un procedimiento que en último término pueda conducir a una indemnización. Por otra parte, la inactividad, el silencio administrativo y la caducidad del procedimiento constituyen tres figuras contra la falta de diligencia de la Administración, sea en cumplir sus obligaciones o para resolver o tramitar con celeridad.

Hay que tener en cuenta que la inactividad material de la Administración solo es impugnabile cuando se deriva de determinados actos o negocios

(disposiciones generales, actos administrativos, contratos o convenios). Nos encontramos ante inactividad administrativa cuando la Administración no actúa cuando debe de actuar, o, dicho de otra manera, cuando estando obligada por una disposición legal, acto, contrato o por cualquier otro medio admitido en derecho, a una determinada prestación de dar o hacer, hace caso omiso de la misma.

La ley establece un procedimiento especial para tutelar determinados supuestos de inactividad administrativa, pero al exigir ciertos requisitos para poder acogernos a este procedimiento, debemos descartar que el mismo sea aplicable a todos los supuestos de inactividad administrativa. La LJCA dispone que la admisibilidad del recurso contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho, en los términos establecidos en la propia ley; asimismo, establece cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, estos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración. Cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si esta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, que se tramitará por el procedimiento abreviado que la misma LJCA regula.

### 4.3 Discusión jurisprudencial

#### **4.3.1 Resolución N° 0005-2014/CEB-INDECOPI. Caso: “Procedimiento sancionador seguido contra la Municipalidad Distrital de Miraflores”. Expediente N° 000292-2013/CEB del 10 de enero del 2014**

Se declara barrera burocrática ilegal el silencio administrativo negativo establecido en el procedimiento denominado “Autorización de anuncios y publicidad en señalizadores y cabinas de telefonía ubicadas en la vía pública” consignado en el Texto Único de Procedimientos Administrativos de la Municipalidad Distrital de Miraflores, publicado en su Portal Institucional y en el Portal de Servicios al Ciudadano y Empresas, por cuanto le corresponde el silencio administrativo positivo, conforme a lo establecido en la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo. (Resolución N° 0005-2014/CEB-INDECOPI)

Comparto con el fallo que se dio en esta resolución, puesto que la municipalidad había omitido en su momento, y, por el transcurso del tiempo, la empresa tenía un derecho adquirido por silencio positivo y, por consiguiente, no pueden cobrarlo o ejecutarlo cualquier acto administrativo ya que la figura del silencio negativo perjudica al empresario, y es más como lo dijimos líneas arriba la inactividad solo puede ser interpuesta a petición de parte y no de oficio.

**4.3.2 Resolución N° 334-2016/INDECOPI-CUS. Caso: “Gemma Negocios S.A.C. - Ferrocarril Trasandino S.A.”. Expediente N° 000008-2015/CEB-INDECOPI-CUS del 27 de mayo de 2016**

Declara improcedente la denuncia en el extremo que la denunciante cuestionó la vulneración de los principios y normas de simplificación administrativa contenidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General, materializadas en la publicación y contenido del Texto Único de Procedimientos Administrativos – TUPA de la Municipalidad Provincial de Cusco, respecto al procedimiento denominado “Cambio de Zonificación, debido a que la omisión cuestionada no califica como una barrera burocrática. (Resolución N° 334-2016/INDECOPI-CUS.)

No comparto este criterio, puesto que es un claro ejemplo de barrera burocrática subjetiva por inactividad, en donde la empresa tenía el derecho ya adquirido por la Constitución de derecho de usufructo que efectuó con la empresa originaria del derecho. De esta forma, la municipalidad niega ese derecho (inactividad, barrera subjetiva) y lo imposibilita en su actuación (actividad empresarial); o sea, es como si dijera que no tiene derecho a solicitar aquello (cambio de zonificación, requisito indispensable para la construcción de centros comerciales), dándose así un retraso y pérdidas económicas a la empresa comercial.

#### **4.4 Validación de hipótesis**

##### **4.4.1 Argumento 1**

Partiendo de la hipótesis general, sí existen incumplimientos en los fundamentos jurídicos contenidos por la inactividad de la Administración pública,

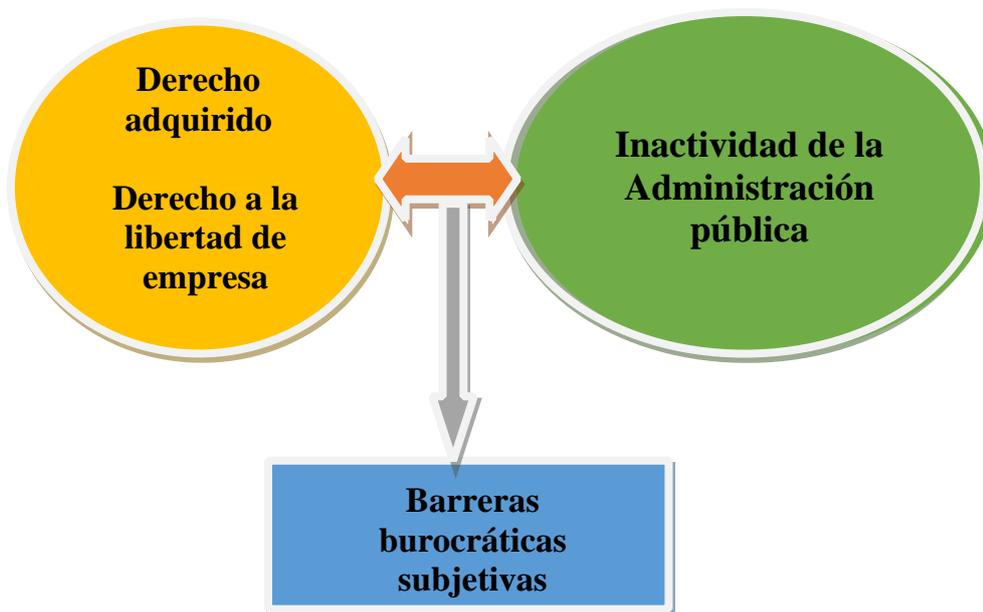
al no ser considerada como barrera burocrática que vulnera el derecho de libertad de empresa.

Si bien es cierto que el restablecimiento y reconocimiento del derecho, como manifestación de plena jurisdicción del proceso contencioso-administrativo, es el derecho que puede solicitar el administrado en el escenario de la inactividad de la administración de un acto reglado; esto no es suficiente, como bien sabemos, también la inactividad material y el silencio negativo, al no ser tratados y reglados, como tales, producen frustraciones en el reconocimiento del derecho, lo cual trae como resultado las barreras subjetivas, como ya se vio con la Resolución N° 334-2016/INDECOPI-CUS del caso “Gemma Negocios S.A.C. - Ferrocarril Trasandino S.A.”. Entonces, las barreras no solo son objetivas (actos) sino que también suelen ser subjetivas, las cuales tienen los mismos efectos.

La orientación de la presente es, eminentemente, protectora del empresario y pretende alcanzar su objetivo mediante el desarrollo de acciones destinadas a establecer mecanismos eficaces para el correcto desenvolvimiento de la libertad de empresa, ya que es un derecho fundamental y trascendente. Así, se logrará una actividad empresarial justa y razonable, sin trabas ni perjuicios, sean en el inicio, desarrollo o en el cese de la empresa, cuando se da un tratamiento especial y se reconozcan a la inactividad como barrera burocrática. Para especificar mejor, se tiene la figura siguiente:

**Figura 1**

*Barreras burocráticas*



Del conflicto entre un derecho adquirido y la inactividad de la Administración pública, se obtienen las barreras subjetivas; o sea, con base en que el derecho otorga facultad de ejercerlo y si existe un obstáculo de la otra parte al no reconocerlo, entonces se producirán las barreras subjetivas. Siempre se va quebrantar el derecho a la libertad de empresa si es que no se logra reglamentar la inactividad de la Administración pública como barrera burocrática.

#### **4.4.2 Argumento 2**

La suscribimos y consideramos válida la afirmación de que “el medio idóneo para que la inactividad de la Administración pública no quebrante el derecho de libertad de empresa es ser considerada como barrera burocrática y tener una solución inmediatamente mediante las leyes, principios y reglas que a esta correspondan (barrera burocrática)”.

Como se ha explicado a lo largo de este trabajo, con base en una inactividad de la Administración pública se producen las barreras burocráticas; no es un capricho, sino que está demostrado que eso es lo que ocurre; y, por ello, debe tener inmediata solución, ya que, el tiempo, en la economía y el trabajo, es importante. Así, pues, un minuto de tiempo perdido puede equivaler a un millón en producción.

## CONCLUSIONES

1. Si bien la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas (DLeg. N° 1256) es novedosa y coadyuva en el desarrollo de la libertad de empresa, resulta insuficiente al no incluir a las barreras burocráticas subjetivas, “esas que lo obligan a hacer algo que debió hacer”, desde un plano subjetivo del acto administrativo. En tal sentido, es necesario precisar que la nueva Ley de antibarreras burocráticas presenta defecto al no incluir a las barreras burocráticas subjetivas, por lo que caen defectuosas e insuficientes.
2. La inclusión de las barreras burocráticas subjetivas en la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas (DLeg. N° 1256) es necesaria, ya que con ello se lograría disminuir la informalidad.
3. El afán que se persigue es que la Administración actúe y exprese su voluntad mediante la emisión de un acto administrativo, evitando en lo posible las trabas y obstáculos, llamadas barreras burocráticas subjetivas, reflejadas por la inactividad sea material o formal, ya que estas desincentivan la inversión privada.
4. La eliminación de barreras burocráticas dinamiza la economía de una sociedad; es decir, cuanto mayor sea la barrera burocrática existente tanto mayor será crecimiento del informalismo; *a contrario sensu*, en donde haya menos barreras burocráticas, allí, mayor será el crecimiento económico y la formalización de las empresas, puesto que todo será más accesible.
5. Si bien es cierto que se ha dado un paso en materia legislativa, al considerar las barreras burocráticas en un sistema normativo, aún adolece de imperfecciones; falta unificar las leyes correspondientes a esta materia, todas se ven dispersas;

se debería crear un procedimiento propio y singular para la eliminación de las barreras burocráticas. Supletoriamente, se viene haciendo uso de las normas del procedimiento único establecido para la Comisión de Protección al Consumidor y Represión de la Competencia Desleal.

6. El procedimiento que se otorga a la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI, con respecto de la eliminación de barreras burocráticas subjetivas dadas por la inactividad de la Administración pública, es desfavorable, debido a que no son consideradas por la Ley 1256 (Ley de Eliminación de Barreras Burocráticas) como tales, lo que no le permite a la comisión eliminar con eficacia las barreras burocráticas; por ello, es necesario fortalecer sus facultades mediante la realización de determinadas modificaciones legales.
7. Finalmente, resulta necesario considerar a la inactividad como una institución, ya que esto permitiría que cualquier ciudadano, no solo los empresarios, poder reclamar a que se hagan efectivos sus derechos, sin trabas. Por ejemplo, se podría pedir al municipio que arregle las veredas con base en el derecho al libre tránsito; solo se justificaría su inactividad, por legalidad y proporcionalidad (si existiese una causa justa; por ej., razones económicas). Y si se desarrolla este tema a mayor profundidad, incluso se podría exigir a los funcionarios que cumplan con sus funciones, y si no lo hicieran se podría denunciarlos por inactividad. Ahondando más, se podría incluso denunciar por inactividad a aquellos funcionarios que no cumplen lo que ofrecieron al ser candidatos; así, podría darse la posibilidad de vacancia por inactividad de función para estos funcionarios.

## RECOMENDACIONES

1. Con la finalidad de dotar de dinamismo y efectividad en la protección al derecho de libertad de empresa por parte de la CEB del INDECOPI (Comisión de Eliminación de Barreras del INDECOPI) se propone la modificación del artículo 3, inciso 3, acápite C, de la Ley de Eliminación de Barreras Burocráticas (Decreto Legislativo 1256), por ser deficiente y carecer de eficacia requerida.
2. Se propone dotar de institucionalidad a las barreras burocráticas en las que cabe destacar tanto las objetivas como las subjetivas, en cuanto deben ser tratadas por igual, para lograr una correcta protección a la libertad de empresa, pero siempre respetando la ley, las buenas costumbres y el orden público.
3. Se recomienda ahondar sobre el tema para buscar nuevas figuras con las que se pueda coadyuvar en el cumplimiento de los derechos, como el de la promesa de los candidatos durante la campaña, que podría daría lugar a la vacancia si el funcionario no llegara a hacerlo.
4. El tema es nuevo, la iniciativa está dada; solo nos queda a todos los sectores involucrados a seguir con la investigación para continuar impulsándose la política de eliminación de barreras burocráticas en los niveles económico, social y político.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alejandro, Nieto. (2000). *La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Arazamendi, Lino. (2011). *La investigación jurídica. Diseño del proyecto de investigación y estructura y redacción de la tesis* (2.<sup>a</sup> ed.). Grijley
- Atienza, M. (1997). *Derecho y argumentación*. Ediciones Universidad Externado de Colombia.
- Atienza, M. (2003). *Las razones del Derecho*. Ediciones Universidad Autónoma de México.
- Atienza, M. (2004). *Las razones del Derecho. Teoría de la argumentación jurídica*. Editorial Palestra.
- Atienza, M. (2011). *Argumentación constitucional. Teoría y práctica*. Editorial Porrúa.
- Bernales Ballesteros, Enrique. (1999). *La Constitución de 1993. Análisis Comparado*. Editora RAO.
- Briones, Guillermo. (1986). *Métodos y técnicas de investigación para las ciencias sociales*. Editorial Trillas.
- Bullard, Alfredo. (2006). *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Editorial Palestra.
- Celorio Bella, Carla. (2014). *La inactividad material y prestacional de la Administración pública* [Tesis de pregrado, Universidad de la Rioja]. Repositorio institucional.  
[https://biblioteca.unirioja.es/tfe\\_e/TFE000622.pdf](https://biblioteca.unirioja.es/tfe_e/TFE000622.pdf)

- Decreto Legislativo 1256, Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas. (2016, 7 de diciembre). Consejo de Ministros. *Diario Oficial El Peruano*.
- García Máynez, Eduardo. (s. f.). La Libertad como derecho. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 101-111. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/30129/27203>
- García Rojas, Weyden. (2013). *El silencio administrativo negativo, como limitación de acceso al mercado en casinos y tragamonedas y su influencia en los estados financieros de la empresa* [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio institucional. <https://cutt.ly/HTndNyH>
- Gómez Puente, Marcos. (2000). *La inactividad de la Administración*. Editorial Aranzadi; Thomson.
- Gonzales Luchsinger, Constanza. (2014). *La inspección administrativa (Responsabilidad del Estado por inactividad en su ejercicio)* [Tesis de pregrado, Universidad de Chile]. Repositorio Uchile. <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/129665/Inspeccion-administrativa-responsabilidad-del-estado.pdf>
- Gordillo, Agustin. (2016). El reclamo administrativo previo. En A. Gordillo, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas* (541-585). Fundación de Derecho Administrativo. [https://www.gordillo.com/pdf\\_tomo4/tomo4.pdf](https://www.gordillo.com/pdf_tomo4/tomo4.pdf)

- Hernández Sampieri, Roberto; Fernández Collado, Carlos y Baptista Lucio, Pilar. (1997). *Metodología de la investigación*. McGraw-Hill.
- INDECOPI (2015). Resolución 0190-2015/CEB-INDECOPI. <https://cutt.ly/WTERsbx>
- Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. (2001, 11 de abril). Congreso de la República del Perú. *Diario Oficial El Peruano*.
- Montoya Vivanco, Yvan. (2015). *Manual sobre delitos contra la Administración pública*. IDEHPUCP.
- Nieto, Alejandro. (1962). La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo. *Revista de Administración Pública*, (37), 80-91.
- Pérez, Mariana. (s. f.). *Definición de libertad*. <http://conceptodefinicion.de/libertad/>
- Quiroga Robles, José Mauricio. (2004). *La inactividad de la administración como causa de vulneración de derechos fundamentales* [Tesis de pregrado, Universidad Austral de Chile]. Repositorio institucional. <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2004/fjq.8i/pdf/fjq.8i.pdf>
- Ramos Nuñez, Carlos. (2001) *Cómo hacer una tesis y no envejecer en el intento*. Editorial Grijley.
- Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española* (23.<sup>a</sup> ed.). Espasa Calpe.
- Resolución N° 334-2016/INDECOPI-CUS (2016). Exp. N° 0000082015/CEB-INDECOPI-CUS.

- Richardson, L. (1997). *Fields of play: Constructing an academia life*. Rutgers University Press.
- Robles Trejo, Luis. (2014). *Guía metodológica para la elaboración del proyecto de investigación jurídica*. Editorial Ffecaat.
- Rodríguez Moguel, Ernesto A. (2005). *Metodología de la investigación* (1.<sup>a</sup> ed.). Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.
- Sánchez Morón, Miguel. (2001). *Derecho administrativo* (3.<sup>a</sup> ed.). Tecnos.
- Tawil, Santiago Guido. (2010). *Procedimiento administrativo*. Editorial Abeledo Perrot.
- Velasco Caballero, Francisco y Rodríguez de Santiago, José María. (2000). La inactividad de la administración en las reformas de la legislación administrativa de 1998 y 1999: especial referencia al silencio administrativo. *Revista Jurídica*, (2), 337-372.  
<http://hdl.handle.net/10486/2983>
- Vicente Montes, Freddy. (s. f.). *Acto administrativo y acto de administración*.  
<https://cutt.ly/xTngrvx>
- Viera Álvarez, Christian. (2010). Libertad de empresa y algunos limites desde la perspectiva del Estado social. *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, (21), 197-224.
- Zambrano Torres, Alex. (s. f.). *La libertad de empresa como derecho constitucional*. <http://alexzambrano.webnode.es/products/la-libertad-de-empresa-como-derecho-constitucional/>
- Zelayaran Duran, Mauro. (2007). *Metodología de la investigación jurídica*. Ediciones Jurídicas.