

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCULA DE POSGRADO

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 para optar el grado de Magister en Derecho de la
Empresa: Regulación de los Servicios Públicos

WEYDEN GARCÍA ROJAS

ASESOR

MAG. RICHARD MARTIN TIRADO

JURADO

HERBERT EDUARDO TASSANO VELAOCHAGA

JULIO CÉSAR MOLLEDA SOLIS

Pando, 2013

INTRODUCCIÓN

La presente investigación trata un tema muy controvertido, que se centra en analizar la Aplicación del Silencio Administrativo Negativo en el Mercado de Casinos y Tragamonedas dispuesto por nuestra legislación, la misma que constituye una barrera burocrática de acceso al mercado como consecuencia de la inacción de la Administración Pública.

El régimen económico, según está establecido y reconocido en nuestra Constitución Política del Estado, permite la iniciativa privada y se ejerce bajo una política de economía social de mercado, garantizando la libertad de trabajo y la libertad de empresa, constituyendo la intervención del Estado una forma de actuación de los poderes públicos, imponiendo límites a la actuación de los particulares mediante el establecimiento de un marco normativo, que establece cómo es que se tiene que desarrollar y ejercer el derecho a la libertad de empresa y libre iniciativa, a efectos que el mercado funcione, sin que ello implique una sobre regulación, como se da en el mercado de Casinos y Tragamonedas, lo que hace difícil y complicada la obtención de una autorización expresa para este tipo de negocio, por las restricciones y barreras administrativas de acceso a éste mercado, tanto en el MINCETUR como el gobierno local correspondiente, generando también en algún momento una informalidad en este mercado.

Las barreras burocráticas de acceso al mercado en las empresas de Casinos y Tragamonedas, como se ha indicado, están referidas en gran medida a la sobre regulación y por ello es pertinente analizar el rol que debe jugar el Derecho Administrativo en este mercado, que permita regularla en forma eficaz y transparente, para que se establezcan relaciones más justas entre las empresas dedicadas a la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas y el Estado.

De esta forma, analizaremos los conceptos de interés público y del silencio administrativo, a fin de buscar una respuesta en el Derecho Administrativo,

que justifique la aplicación del silencio administrativo negativo en el mercado de casinos y tragamonedas y, por tanto, si su aplicación constituye una barrera de acceso al mercado y consecuentemente su afectación en los estados financieros de las empresas.

Para demostrar nuestra hipótesis, en la primera sección hemos desarrollado el Silencio Administrativo, sus antecedentes, su aplicación frente al problema de la inactividad del Estado, así como la naturaleza jurídica y diferencias entre Silencio Administrativo Negativo y Positivo.

En la segunda sección, desarrollamos temas importantes sobre política de libre competencia y desarrollo del principio de libertad de empresa, el desarrollo empresarial, las barreras de ingreso al mercado y el Estado, así como una visión del procedimiento de obtención de licencia de funcionamiento de casinos y tragamonedas. Asimismo, analizaremos en la parte final de esta sección, la intervención del Poder Judicial en el desarrollo informal del mercado de casinos y tragamonedas.

En la tercera sección, apreciamos las barreras burocráticas de acceso al mercado de casinos y máquinas tragamonedas desde el punto de vista económico, a fin de explicar las externalidades que supuestamente justifican la aplicación de dichas barreras, así como su efecto en el Estado de Resultados de la empresa.

En la cuarta sección, definimos a la salud pública así como al juego patológico y sus causas, para establecer que las barreras burocráticas de acceso al mercado de casinos y tragamonedas no son la solución idónea para combatir esta patología. Asimismo, desarrollamos propuestas reales como alternativa a dichas barreras burocráticas.

En la quinta sección, analizamos la eficacia y balance del silencio administrativo en el Mercado de Casinos y Tragamonedas, desarrollando en primer término, la aplicación del Silencio Administrativo Negativo, su justificación y las medidas normativas que consideramos deben corregirse e implementarse.

Finalmente, según nuestra apreciación, determinaremos las medidas normativas que deben corregirse e implementarse en el mercado de casinos y tragamonedas.

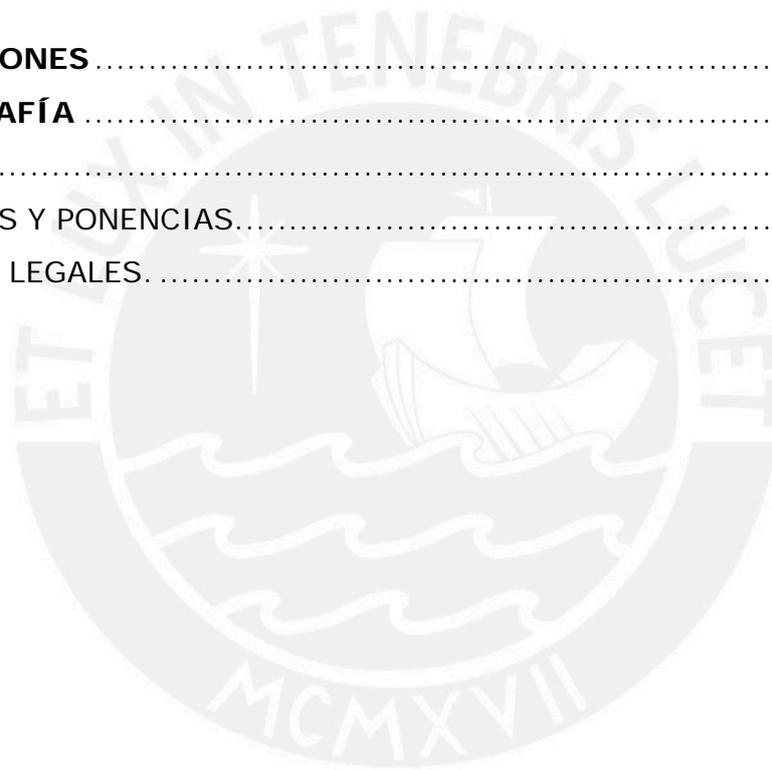


ÍNDICE

PRIMERA SECCIÓN	8
EL SILENCIO ADMINISTRATIVO	8
1. Introducción y antecedentes del Silencio Administrativo.	8
2. El Silencio Administrativo como Solución Frente al Problema de Inactividad del Estado.	14
3. Naturaleza Jurídica del Silencio Administrativo Negativo y del Silencio Administrativo Positivo.	17
3.1. Naturaleza Jurídica del Silencio Administrativo Negativo.	17
3.2. Naturaleza Jurídica del Silencio Administrativo Positivo.	19
3.2.1. Diferencias entre el Silencio Administrativo Positivo y el Silencio Administrativo Negativo.	21
3.3. Procedimientos Sujetos al Silencio Administrativo Negativo y al Silencio Administrativo Positivo.	23
3.3.1. Procedimientos Sujetos a Silencio Administrativo Negativo.	23
3.3.2. Procedimientos Sujetos a Silencio Administrativo Positivo.	24
3.4. Procedimientos sujetos a leyes especiales.....	25
SEGUNDA SECCIÓN	27
EMPRESA, DESARROLLO ECONÓMICO Y REGULACIÓN DEL MERCADO DE CASINOS Y TRAGAMONEDAS EN EL PERÚ	27
1. Aspectos Generales.	27
2. Política de Libre Competencia y desarrollo del Principio de Libertad de Empresa	28
2.1 Política de Libre Competencia	28
2.2. Intervención del Estado en defensa de la Libre Competencia	29
2.3. Acceso al Mercado y Barreras de Entrada.	31
2.4. Actos Restrictivos de Libre Acceso al mercado.	32
3. Desarrollo empresarial y el Estado	33
3.1. Límites a la Iniciativa Privada y Libertad de Empresa.....	34
3.2. Interés Público vs. Libertad de Empresa	36
4. Regulación sobre Casinos y Tragamonedas en el Perú	38
4.1. Evolución y antecedentes.	38
4.2. Legislación peruana de Casinos y Tragamonedas.	40

4.3. Títulos Habilitantes - Autorizaciones.....	46
4.3.1. La Autorización	46
4.4. Intervención del Poder Judicial en el desarrollo informal del mercado de Casinos y Tragamonedas.	48
4.5. Tribunal Constitucional y sus efectos para el reordenamiento del mercado de Casinos y Tragamonedas.....	49
TERCERA SECCIÓN.....	57
BARRERAS BUROCRÁTICAS DE ACCESO AL MERCADO DE CASINOS Y MÁQUINAS TRAGAMONEDAS Y SU EFECTO EN LOS ESTADOS FINANCIEROS DE LA EMPRESA	57
1. Principales Indicadores del Mercado de Casinos y Máquinas Tragamonedas	57
1.1. Niveles de Formalización de los Establecimientos de Casinos y Máquinas Tragamonedas	57
1.2. Recaudación del Impuesto a los Juegos de Casinos y Máquinas Tragamonedas	59
2. Regulación por la Administración Pública y su repercusión en el mercado	60
3. Efectos en los Estados Financieros.....	64
3.1. Marco Conceptual.	65
3.1.1. Objetivos de los estados financieros.....	65
3.1.2. Normatividad sobre información financiera.....	66
3.1.3. El Estado de Resultados	68
4. Resultados y Efectos en los Estados de Resultados	69
CUARTA SECCIÓN	71
EL JUEGO PATOLÓGICO COMO EXTERNALIDAD Y MEDIDAS PREVENTIVAS DISTINTAS DE LA APLICACIÓN DE BARRERAS DE ACCESO AL MERCADO	71
1. La Salud Pública y el Juego Patológico	71
2. Medidas Socializadoras para la Prevención y el Tratamiento de la Ludopatía o Juego Patológico	73

QUINTA SECCIÓN	75
EFICACIA Y BALANCE DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO	75
EN EL MERCADO DE CASINOS Y TRAGAMONEDAS	75
1. Aplicación del Silencio Administrativo Negativo, en el mercado de Casinos y Tragamonedas.	75
2. Justificación para la aplicación del Silencio Administrativo Positivo, en el Mercado de Casinos y Tragamonedas.	76
3. Medidas Normativas que deben corregirse e implementarse en el Mercado de Casinos y Tragamonedas.	80
CONCLUSIONES	86
BIBLIOGRAFÍA	88
A. LIBROS.	88
B. REVISTAS Y PONENCIAS.....	91
C. NORMAS LEGALES.....	92



PRIMERA SECCIÓN

EL SILENCIO ADMINISTRATIVO

1. Introducción y antecedentes del Silencio Administrativo.

La figura del silencio administrativo negativo data de gran antigüedad. Como señala Calmell del Solar, esta “surge en Francia a raíz de la emisión de dos normas básicas; la primera emitida en 1864 durante el reinado de Napoleón III, a través de la cual se pretendía ofrecer a los descontentos con la administración la posibilidad de expresarse en la vía contenciosa y de esa manera fortalecer el Estado. La segunda norma, dictada durante la III República Francesa (1900), generaliza el sistema iniciado por la norma anterior al asimilar el silencio administrativo a una decisión implícita de rechazo, que abre las puertas a la vía contencioso administrativo. Así esta ley tiene la finalidad de quitar estorbos para acceder al Consejo de Estado y Combatir la inercia administrativa”¹. De dicha manera, se buscaban remedios para contrarrestar la burocracia estatal.

¹ CALMELL DEL SOLAR, Analía, “El Silencio Administrativo, Aspectos Generales y su Reglamentación Actual, en el Derecho Administrativo Contemporáneo”, en: *Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo*, Palestra Editores, Lima, 2007, pág. 217.

Es así que, debido a que el “recurso contencioso-administrativo” en Francia se consagró no como un proceso entre partes sino como un “proceso al acto”, en el que se protegía la “mera legalidad objetiva” de un acto previo de la Administración, bastaba con que tal decisión no se produjera para que el acceso a los órganos judiciales por parte del reclamante resultara a todas luces imposible; de esta forma, ante el importante peligro de que no se dictara previamente acto administrativo alguno y, consiguientemente, resultara impracticable acceder a la revisión jurisdiccional del mismo, surgió la “doctrina del silencio administrativo”.²

Por otro lado, el silencio administrativo positivo surge en el derecho español debido a la promulgación de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, lo que conllevó a la unificación de la regulación sobre silencio administrativo al derogarse expresamente todas las disposiciones especiales sobre el silencio administrativo existían –hasta entonces- dispersas en el ordenamiento. En esta ley, el legislador optó por conceder efectos estimatorios a la pasividad administrativa mediante la “ficción” del silencio administrativo positivo.³ Es posible apreciar la evolución del concepto de silencio administrativo, derivado del temor a no obtener pronunciamiento alguno por parte de la administración, a optar por un pronunciamiento ficto de ésta en el caso de que se diera esta falta de pronunciamiento.

Como indican Abruña y Baca, “frente al silencio administrativo, la ley puede atribuir un contenido estimatorio o un contenido desestimatorio a la no-declaración de la Administración. En el primer caso (cuando la declaración se presume estimatoria), nos encontramos ante lo que se denomina silencio administrativo positivo, y en segundo caso (se presume una declaración desestimatoria), hay silencio administrativo negativo”⁴, de manera que el silencio administrativo positivo, constituye un acto expreso y el silencio

² BARTRA CAVERO, José, *El silencio Administrativo. Doctrina–Jurisprudencia–Marco Legal*, Rhodas Lima, 2008, pág. 88.

³ BARTRA CAVERO, José, *Ídem*, pág. 93.

⁴ ABRUÑA PUYOL, Antonio y BACA ONETO, Víctor Sebastián, “El Silencio Administrativo en el Derecho Peruano”, en: *El Derecho Administrativo y la modernización del Estado peruano. Ponencias presentadas en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Grijley Lima, 2008, pág. 47.

administrativo negativo, una ficción legal para iniciar los actos estrictamente jurisdiccionales, de ser el caso.

Es decir, mediante la institución del silencio administrativo se trata de garantizar los derechos e intereses de los ciudadanos ante la falta de contestación expresa por la Administración Pública a las solicitudes que se formulen, evitando que aquéllos tengan que esperar indefinidamente que se les otorgue una respuesta positiva o negativa. Bartra señala que “ello se consigue estableciendo que si transcurre un determinado periodo de tiempo sin que se haya dictado resolución, se pone en marcha un sistema que terminará por considerar estimada (silencio positivo) o desestimada (silencio negativo) la solicitud del ciudadano, permitiéndole al menos, en este último caso, interponer los correspondientes recursos, si considera que esa denegación presunta por transcurso del tiempo vulnera sus derechos o intereses reconocidos por el ordenamiento jurídico”.⁵ Como vemos, la figura del silencio administrativo constituye, en efecto, una técnica garantizadora de los derechos de los particulares frente a la administración, que omite dictar un acto expreso dentro de un acto administrativo iniciado por las partes⁶. El silencio administrativo resulta una forma de garantizar el derecho de las partes a recibir un pronunciamiento por parte de la Administración, siendo que dicho derecho no puede verse perjudicado por un retraso o inacción de ésta.

Según García de Enterría, en ocasiones “ante la ausencia de una voluntad administrativa expresa, la Ley sustituye por sí misma esa voluntad inexistente presumiendo que, a ciertos efectos, dicha voluntad se ha producido con un contenido bien negativo o desestimatorio, bien positivo o afirmativo”.⁷ Es así que para la aplicación del silencio administrativo será necesario un análisis por parte del legislador, a fin de determinar las

⁵ BARTRA CAVERO, José, Ob. cit., pág. 80.

⁶ DANÓS ORDOÑEZ, Jorge, Comentarios al Proyecto de la Nueva Ley de Procedimientos Administrativos, En: *Revista THEMIS* N° 34, pág. 39.

⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Palestra – Temis, Lima, 2006, Pág. 640.

situaciones en las cuales la ausencia de voluntad administrativa expresa derivará en una presunción positiva o negativa.

Para el Tribunal Constitucional, “el silencio administrativo constituye un privilegio del administrado frente a la administración para protegerlo ante la eventual demora de ésta en resolver su petición, pues quien incumple el deber de resolver no debe beneficiarse de su propio incumplimiento”⁸.

En resumen, coincidimos con Abruña y Baca en cuanto son varias las razones que fundamentan la previsión de esta técnica: “la importancia de que la inactividad administrativa no cause perjuicios a los ciudadanos, el interés por incentivar la agilidad administrativa, además, como ya hemos visto, la conocida obligación constitucional o legal de responder; y finalmente la seguridad jurídica y la garantía de los derechos constitucionales de defensa. No es, por tanto, una técnica que tenga por finalidad sancionar a la Administración por su inactividad, sino que busca evitar el perjuicio que la inactividad formal de aquélla le pueda causar al particular”⁹, de manera que se dilata la emisión del acto administrativo, con las consecuencias y perjuicios económicos en contra del administrado.

En el ordenamiento jurídico peruano, este deber tiene su anclaje constitucional como una obligación en el inciso 20 del artículo 2° de la Carta Política de 1993, con la siguiente fórmula:

*“Toda persona tiene derecho a formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito, ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también escrita dentro del plazo legal bajo responsabilidad”*¹⁰

Así, el particular tiene derecho a formular peticiones individual o colectivamente ante la autoridad competente y por parte de la autoridad

⁸ SSTC N°s 0815-2004-AA/TC y 4077-2004-AA/TC, del 25 de junio del 2004 y 21 de junio del 2005.

⁹ ABRUÑA PUYOL, Antonio y BACA ONETO, Víctor Sebastián, op.cit. pág. 48.

¹⁰ Inciso 20 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú de 1993

existe la obligación de otorgarle la respuesta correspondiente, tomando en cuenta el plazo previsto por la ley. A nivel legislativo, el artículo 75.6° de la LPAG, lo recoge, como deber de la autoridad pública respecto del procedimiento administrativo y de sus partícipes de *“resolver explícitamente todas las solicitudes presentadas, salvo en aquellos procedimientos de aprobación automática”*¹¹.

De este modo, frente al derecho fundamental de petición, surge como contraparte el silencio administrativo como adecuada tutela del ciudadano frente a la inactividad procesal de la administración, previéndose para la hipótesis de que no haya una respuesta expresa, determinadas consecuencias jurídicas¹². Como hemos indicado, lo que el silencio administrativo intenta prevenir es el perjuicio al administrado, como consecuencia de la falta de respuesta de la administración.

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 vinculado 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.

De este modo, Cabrera Vásquez señala como principales requisitos del silencio administrativo los siguientes:

a) “Formulación expresa en disposición legal o reglamentaria: En el Derecho Administrativo peruano el silencio administrativo negativo está previsto expresamente en los siguientes artículos de la Ley del Procedimiento Administrativo General:

- Artículo 10° inc. 3.- Nulidad de los actos expresos. De aprobación automática o silencio positivo.

¹¹ Revista Jurídica del Perú, Derecho Privado y Público, Tomo 89, Julio 2008, pág. 68.

¹² CABRERA VASQUEZ, Marco Antonio y QUINTANA VIVANCO, Rosa, Derecho Administrativo & Derecho Procesal Administrativo, Ediciones Legales, Lima, 2011, Pág. 559.

- Artículo 30°.- Calificación del procedimiento administrativo.
- Artículo 33°.- Procedimiento de evaluación previa con silencio positivo. (*)
- Artículo 34°.- Procedimiento de evaluación previa con silencio negativo. (*)
- Artículo 37° inc. 4.- Deber de señalar en los procedimientos de evaluación previa el silencio administrativo aplicable.
- Artículo 48° inc. 1.- Simplificación administrativa
- Artículo 92°.- Trámite de abstención.
- Artículo 182° inc. 182.4.- Imposibilidad de audiencia pública: silencio administrativo negativo.
- Artículo 186° inc. 186.1.- Actos que ponen fin al procedimiento administrativo.
- Artículo 215°.- Silencio administrativo en materia de recursos.
- Artículo 218°.- Agotamiento de la vía administrativa.

b) Solicitud dirigida a la Administración: puede ser una solicitud administrativa o un recurso impugnativo.

c) Documentación que debe acompañarse a la petición, esto con la finalidad de facilitar a la administración un adecuado conocimiento del asunto para mejor resolver.

En el caso de la inactividad del administrado opera la figura de la caducidad o el abandono.

d) Posibilidad de lo pedido, es decir, que lo pedido debe referirse a algo posible y real y no algo inexistente o contrario al ordenamiento jurídico”¹³.

¹³ CABRERA VASQUEZ, Marco Antonio y QUINTANA VIVANCO, Rosa, Ob. cit., págs. 560-561.
(*) Artículo derogado, a partir del 02.01.2008, por la Novena Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley N° 29060, publicada el 07.07.2007.

2. El Silencio Administrativo como Solución frente al Problema de Inactividad del Estado.

La Administración Pública en un Estado de Derecho está supeditada en un deber de actuación bajo dos principios fundamentales: la legalidad y la eficacia. En cuanto al de legalidad, ello es así porque la Administración debe actuar con sujeción a la Constitución, la ley y al ordenamiento jurídico administrativo en general. Con respecto a la eficacia, es el principio que refleja, lo que se ha venido a llamar un deber de “buena administración” o de “gobernanza”, según el cual se interpreta que la administración no sólo debe cumplir la ley, sino que debe actuar con resultados tangibles a favor de los ciudadanos y los destinatarios de sus servicios¹⁴. Es así que esos dos principios deben actuar al mismo tiempo en la actuación de la Administración Pública a fin de que esta pueda actuar en beneficio de los ciudadanos.

No obstante ello, la legalidad y la eficacia que constituyen principios fundamentales del Estado, se ven opacados por la cultura burocrática de los estados, así como por una deficiente organización institucional, que dificulta un pronunciamiento rápido y eficaz a favor del administrado.

La doctrina distingue dos clases de inactividad administrativa, de un lado, la **inactividad formal**, entendida como la infracción del deber de resolver una petición de un administrado en el marco de un procedimiento administrativo, y por el otro, la **inactividad material**, entendida como la falta de un deber de prestación material o de una pasividad en el ejercicio de las competencias por parte de la Administración, fuera del ámbito de un procedimiento formal.¹⁵

Si bien es cierto que el «ideal» para las personas que se ven obligadas a tramitar procedimientos administrativos ante las diversas entidades

¹⁴ GÓMEZ APAC, Hugo y HUAPAYA TAPIA, Ramón, “Lo Bueno, Lo Malo y lo Feo de la Ley del Silencio Administrativo”, En: *El Derecho Administrativo y la Modernización del Estado Peruano*, Grijley Lima, 2008, pág. 78.

¹⁵ GÓMEZ APAC, Hugo y HUAPAYA TAPIA, Ramón, Loc. Cit.

estatales es el pronunciamiento oportuno de las autoridades que tienen que resolver, la realidad indica que los mecanismos de sanción y exigencia de responsabilidad al personal de la administración pública establecidos para propiciar este pronunciamiento no son ni han sido eficaces para lograrlo. La razón más evidente es que a quien le correspondería impulsarlo; es decir, al ciudadano, le interesa principalmente el pronunciamiento de la administración y no la sanción a los funcionarios estatales con quienes, además, por lo general, si se trata de la realización de actividades altamente reguladas, deberá seguir en contacto a lo largo del desarrollo de su inversión con ese funcionario a quien habría en principio denunciado.¹⁶ De esta manera, un pronunciamiento ficto resulta mucho menos perjudicial para el administrado, que la ausencia total de pronunciamiento.

En efecto, como señala Maraví, “uno de los principales problemas de la Administración Pública consiste en la existencia de trámites administrativos ineficientes, costosos, inoportunos y de baja calidad. Esto trae consigo: (i) limitaciones de la ciudadanía en el acceso pleno de sus derechos y, por lo tanto, persistencia de la exclusión social; (ii) mala imagen de la administración pública en general, y el rechazo y consiguiente pérdida de legitimidad del Estado, y (iii) obstáculos para el buen funcionamiento de la economía, porque se generan sobrecostos para la ciudadanía y las empresas, se incrementa el gasto fiscal, se elevan los costos de transacción, se limita la inversión pública y privada, se reduce la competitividad y se abren espacios para la corrupción; todo lo cual frena el desarrollo económico y social del país”¹⁷. Lo que resulta aun más ineficiente es el hecho de que a pesar de realizar el trámite correspondiente, el administrado no obtenga el pronunciamiento solicitado, sea positivo o negativo.

Para contrarrestar dicha inercia, nuestro ordenamiento ha establecido mecanismos procesales para que los afectados puedan combatir las

¹⁶ MARAVÍ SUMAR, Milagros, “Novedades sobre los silencios administrativos en el Perú”, en: *El Derecho Administrativo y la modernización del Estado peruano. Ponencias presentadas en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2008, Págs. 107-108.

¹⁷ MARAVÍ SÚMAR, Milagros, “La simplificación administrativa en el marco de la modernización del Estado”, en: *Modernizando el Estado para un país mejor. Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Palestra, Lima, 2010, Págs. 595-596.

distintas formas de inactividad en que puede incurrir la administración. La clasificación más aceptada distingue entre inactividad formal e inactividad material de la administración. “La inactividad formal se refiere a la pasividad de la administración dentro de un procedimiento, es la simple no contestación a una petición o recurso de los particulares, es decir se traduce en el incumplimiento de resolver expresamente las cuestiones que hubiesen sido planteadas por los particulares. En cambio la inactividad material es un simple no hacer al margen de un procedimiento, supone una conducta omisiva en cuanto a sus resultados materiales”¹⁸.

Al respecto, coincidimos con el profesor Danós, en el sentido que el Silencio Administrativo nace con una finalidad muy concreta, abrir al particular la posibilidad de enjuiciar la conducta de la administración, aunque no existiese un acto administrativo que impugnar, es decir, superar la inactividad formal que obstaculiza el acceso de los particulares a los mecanismos de protección jurisdiccional; en este sentido, mientras no se establezca una verdadera reforma del estado, el silencio administrativo seguirá siendo una solución parcial a la inactividad del estado.

Aunado a ello, Céspedes Zavaleta nos comenta que según la Ley del Silencio Administrativo, “los funcionarios y servidores públicos incurren en falta administrativa sancionable conforme al artículo 239° de la Ley de Procedimiento Administrativo General, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales cuando:

- Incurran en defectos de tramitación al interior del procedimiento (transgresión de plazos u omisión de trámites).
- Exijan a los administrados o administradas un procedimiento, trámite, requisito u otra información, documento o pago no contenidos en el TUPA de su entidad.

¹⁸ DANÓS ORDOÑEZ, Jorge, “El silencio Administrativo como técnica de garantía del particular frente a la inactividad formal de la Administración”, en: *Ius Et Veritas* N° 13, pág. 226.

- Se nieguen injustificadamente la eficacia del derecho conferido el ser humano al haber operado el Silencio Administrativo Positivo a su favor.
- Se nieguen injustificadamente a recibir o cumplir la resolución ficta derivada de la declaración jurada, dentro de un procedimiento”¹⁹.

3. Naturaleza Jurídica del Silencio Administrativo Negativo y del Silencio Administrativo Positivo.

3.1. Naturaleza Jurídica del Silencio Administrativo Negativo.

La naturaleza jurídica del silencio administrativo es una cuestión discutida doctrinalmente. Para la primera posición, “el silencio negativo es una ficción legal de efectos exclusivamente procesales. No es un verdadero acto administrativo de sentido desestimatorio sino todo lo contrario, es la ausencia de toda actividad volitiva de la administración”²⁰. Ante esta ausencia, “no son admisibles procesos interpretativos destinados a averiguar una voluntad que no existe. No siendo un acto, no es posible ligar a él ningún tipo de efecto jurídico- material ni cabe denominarlos como actos firmes o consentidos o que han sido posteriormente confirmados”²¹. El silencio negativo es simplemente una “ficción legal de efectos estrictamente procesales, limitados, además, a abrir la vía de recurso. Sustituye el acto expreso, pero sólo a los concretos fines y en beneficio del particular únicamente. Precisamente por eso, no libera a la Administración del deber de resolver expresamente”²², por lo tanto está ligado precisamente al procedimiento contencioso administrativo como un mecanismo de solución del particular, de haber concluido ya sea por decisión expresa, aprobación automática o por silencio administrativo.

¹⁹ CÉSPEDES ZAVALATA, Adolfo, “El silencio administrativo positivo: ¿resulta un mecanismo acertado para promover la eficiencia del Estado, en: *Aportes para un Estado Eficiente. Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Palestra Editores, 2012, Pág. 29.

²⁰ ABRUÑA PUYO, Antonio y BACA ONETO, Víctor Sebastián, Ob. cit. pág. 52.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*.

Por el contrario, de acuerdo con la tesis de Boquera Oliver, considerar el silencio negativo como una ficción legal de efectos meramente procesales plantea más problemas que soluciones, porque desde la perspectiva del particular hay una verdadera denegación, aunque sea presunta. Sostiene el citado autor que el silencio negativo es un “acto administrativo denegatorio nacido en virtud de una presunción legal”²³.

El silencio administrativo negativo es “un mecanismo de garantía procesal de los particulares, tiene por objetivo evitar que la Administración eluda el control jurisdiccional mediante el simple expediente de permanecer inactiva sin resolver el procedimiento iniciado por el particular”²⁴, de tal manera que constituya una alternativa tradicional, a efectos de que pueda entenderse transcurrido el plazo legal para resolver, y por tanto “el Silencio Administrativo negativo tiene por efecto habilitar al administrado la interposición de los recursos administrativos y acciones judiciales pertinente”²⁵, quedando por lo tanto libre, de poder iniciar y continuar la acción contencioso, en el plazo legal que corresponda

En el caso del silencio negativo, una vez vencido el plazo establecido por la ley, la administración continúa con la obligación de resolver la petición en tanto que el particular no opte por acceder a la instancia superior. De lo anterior se desprende que el administrado tiene la facultad y no la obligación de acceder a la instancia superior después de vencido el plazo establecido en la ley,²⁶Salvo que opte por dejar consentir la resolución.

²³ ABRUÑA PUYO, Antonio y BACA ONETO, Víctor Sebastián, Loc. cit.

²⁴ DANÓS ORDOÑEZ, Jorge, Ob. cit., pág. 227.

²⁵ DANÓS ORDOÑEZ, Jorge, Loc. cit. ídem.

²⁶ CALMELL DEL SOLAR, Analía, Ob. cit., pág. 219.

3.2. Naturaleza Jurídica del Silencio Administrativo Positivo.

El Silencio Administrativo Positivo sí produce un acto presunto y por ende un verdadero acto administrativo. Así, “cuando un administrado solicita de la Administración Pública alguna pretensión y ésta no responde en el plazo señalado legalmente – siempre que esté previsto en la norma como un supuesto de silencio positivo y se den las condiciones precisadas por el ordenamiento jurídico – se entenderá otorgado lo solicitado en virtud al Silencio Administrativo Positivo”²⁷. En este marco se comprende, sin dificultad alguna, que el silencio administrativo positivo produce un verdadero acto administrativo.

El silencio, pues, no es más que un hecho generador de efectos jurídicos, y cuando esos efectos repercuten en el Derecho administrativo se está delante de un hecho jurídico administrativo. Entiéndase pues, que “el silencio no es un acto, mas sí un hecho jurídico administrativo”²⁸. Cabe recalcar el hecho de que en relación a las Entidades, el silencio administrativo será aplicable no sólo cuando éstas actúan como Administración frente al administrado, sino también cuando actúan como contraparte de un particular en un proceso contractual bilateral.

Con relación a los efectos del silencio positivo, señala Calmell que este “tiene efectos sustantivos y no meramente procesales, a diferencia del silencio administrativo negativo. No obstante ello, esto no significa que no produzca efectos jurídico procesales inherentes a cualquier acto administrativo, ya que recordemos que el silencio positivo da a lugar a un verdadero acto presunto”²⁹.

De esta manera, el otorgamiento de la licencia, autorización o permiso solicitado, mediante el silencio administrativo positivo, surte todos sus efectos legales, razón por la cual la autoridad administrativa ya no puede resolver en forma expresa o en sentido contrario al otorgamiento positivo o

²⁷ GÓMEZ APAC, Hugo y HUAPAYA TAPIA, Ramón, Ob. cit., págs. 84-85.

²⁸ BARTRA CAVERO, José, Ob. cit., Pág. 115.

²⁹ CALMELL DEL SOLAR, Analía, Ob. cit., pág. 221.

revocarlo, salvo que estuviera viciado de una causal de nulidad establecida en el numeral 3) del artículo 10° de la LPAG³⁰. Ello implica que el acto administrativo debe revestir de legalidad, ya que en la vía de un silencio administrativo resulta inadmisibles conceder un derecho cuando se haya obviado algún requisito legal.

Resulta pertinente destacar lo señalado por Morón Urbina, quien indica por el Silencio Administrativo Positivo, el administrado no puede obtener más de lo que podría ser reconocido legalmente mediante una resolución expresa. Por ello, una vez operado el Silencio Administrativo Positivo, la administración mantiene el deber de realizar la fiscalización posterior sobre la solicitud y la documentación presentada por lo cual debe comprobar su veracidad, para evitar así que casos donde exista una manifiesta ilegalidad en la petición, que adoleciese de vicios de nulidad de pleno derecho, se tramite de oficio a fin de dejar sin efecto el acto administrativo obtenido, en contravención a la norma legal.

Sin embargo, la configuración vigente del silencio administrativo positivo como una técnica que tiene siempre el límite en su necesaria adecuación con el ordenamiento jurídico, coloca al interesado en la situación de tener que decidir por sí mismo –sin ayuda alguna de las administración incumplidora- sobre si su petición es o no acorde con la legalidad.³¹

Ante esta situación de inseguridad jurídica se han creado nuevos “tipos” de silencio positivo, siendo uno de ellos el Silencio Positivo Mitigado. En efecto, tenemos el caso de España quien, como regla, se opta por el silencio positivo mitigado, vale decir, en el ejemplo de la licencia de construcción, el silencio de la administración entrega la licencia siempre y cuando concurren dos requisitos: “los formales o procedimentales previstos por el artículo 9° RSCL y el sustantivo de adecuación del acto pretendido a la normativa urbanística pertinente”³².

³⁰ Al respecto, vid, numeral 3) del artículo 10° de la LPAG.

³¹ BARTRA CAVERO, José, Ob. cit. Pág. 126.

³² BARTRA CAVERO, José, Ob. cit. Pág. 127.

Los llamados requisitos formales son la solicitud de licencia, el transcurso del plazo legalmente definido y fijado, la inactividad de la administración y el no condicionamiento de la competencia municipal por otros actos. El primer requisito, la solicitud de la licencia, es indispensable para caracterizar el no actuar administrativo. En efecto, si no hay un pedido de licencia o si ese pedido es retirado por desistimiento antes del cumplimiento del plazo legal para que la administración decida, no se puede evidentemente pensar en silencio administrativo. El segundo requisito, transcurso del plazo, es fundamental. Antes de éste no hay silencio administrativo. El tercer requisito sólo puede ser entendido en relación al anterior, una vez que la inactividad administrativa se produce con el cumplimiento del plazo de tiempo legal. Finalmente, el cuarto requisito formal dice respecto a la exigencia, en algunos casos, de pre licencias que se presentan como condición para que pueda ocurrir el silencio positivo.³³

En el caso de las licencias de funcionamiento, este modelo podría ser aplicado de forma análoga, dado que el silencio positivo mitigado salvaguarda la legalidad del acto presunto al evitarse que el silencio positivo se convierta en un medio para constituir lo que está prohibido manifiestamente por Ley.

3.2.1. Diferencias entre el Silencio Administrativo Positivo y el Silencio Administrativo Negativo.

La naturaleza jurídica y los efectos del Silencio Administrativo Negativo así como del Silencio Administrativo Positivo, son totalmente distintos en su aplicación. Conforme a lo expuesto por GÓMEZ y HUAPAYA TAPIA³⁴, dichas diferencias se expresan de la siguiente forma³⁵:

³³ *Ibidem*.

³⁴ GÓMEZ APAC, Hugo y HUAPAYA TAPIA, Ramón, *Ob. cit.* pág. 85-86.

³⁵ GÓMEZ APAC, Hugo y HUAPAYA TAPIA, Ramón, *Ob. cit.* pág. 85.

- El Silencio Administrativo Negativo no se produce de modo automático, sino que es una potestad del particular utilizarlo o no (con la salvedad de lo establecido en el numeral 3) del artículo 17° de la Ley 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo)³⁶. Como se indica podrá ser utilizado o no, para que posteriormente a ello y transcurrido el plazo legal posterior al plazo que establece la norma para el pronunciamiento, el administrado pueda dar por negada la petición y consecuentemente interponer la respectiva demanda hasta seis meses después de transcurrido el plazo legal para expedir el pronunciamiento por la administración.

En cambio, el Silencio Administrativo Positivo se produce automáticamente, por el solo transcurso del tiempo de una solicitud que haya sido admitida a trámite válidamente por la administración.

En este sentido, creemos que el Silencio Administrativo Negativo debería estar dirigido a los procedimientos estrictamente peligrosos, que realmente afectan la salud o el medio ambiente, como explicaremos más adelante.

- El Silencio Administrativo Negativo no pone fin al procedimiento, la obligación de resolver se mantiene hasta que la autoridad administrativa pierda competencia, sea por un recurso jerárquico o porque ha sido notificada con una demanda judicial. El Silencio Administrativo Positivo, por el contrario, pone fin al procedimiento y acaba o elimina la obligación de resolver³⁷. Como hemos indicado anteriormente, el silencio administrativo negativo habilita al administrado a interponer los recursos, acciones judiciales pertinentes; sin embargo, si la petición ha sido materia de observación por algún defecto formal, existe un condicionamiento para el inicio del procedimiento y si esta observación no estuviese subsanada, no cabría aplicar el silencio administrativo positivo, porque no se está

³⁶ Al respecto, vid, numeral 3) del artículo 17° de la Ley 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo.

³⁷ Al respecto, vid, Artículo 188° de la LPAG, sobre los Efectos del Silencio Administrativo.

cumplimiento con la normatividad interna del TUPA, de haberse iniciado válidamente el procedimiento.

- El Silencio Administrativo Negativo no genera un acto administrativo, es una ficción procesal que permite interponer un recurso administrativo jerárquico o iniciar un proceso contencioso administrativo, según sea el caso o instancia en el cual se genere. El Silencio Administrativo Positivo, en cambio, genera un auténtico acto administrativo presunto a favor del particular, y para acogerse a este silencio debe estar taxativamente establecido en el TUPA respectivo y a falta de ello en las disposiciones generales del derecho administrativo.

- El Silencio Administrativo Negativo no genera una “nulidad” del procedimiento o de un supuesto “acto ficto”, únicamente permite que el particular acceda a una instancia superior administrativa o a la vía judicial. El Silencio Administrativo Positivo ilegal sí puede ser declarado nulo, mediante la causal contenida en el numeral 3) del artículo 10° de la LPAG; en este sentido, el silencio administrativo positivo sólo debe acogerse cuando la petición es solicitada de acuerdo a derecho y no deberá constituir como una posibilidad o como una vía para el administrado pueda evadir el cumplimiento de los requisitos fundamentales que exige cada procedimiento en particular.

3.3. Procedimientos Sujetos al Silencio Administrativo Negativo y al Silencio Administrativo Positivo.

3.3.1. Procedimientos Sujetos a Silencio Administrativo Negativo.

Nuestro ordenamiento estableció en el artículo 34° de LPAG, actualmente derogado, una lista de casos en donde se aplicaba el Silencio Administrativo Negativo; referido principalmente a solicitudes que versaban sobre asuntos de interés público, incidiendo en la salud, medio ambiente, recursos naturales, seguridad ciudadana, sistema financiero, mercado de valores,

defensa nacional y patrimonio histórico y cultural de la nación, y otros actos que se establecieron en la norma derogada³⁸.

Sin embargo, esto fue modificado por la Ley del Silencio administrativo, Ley N° 29060, conforme a lo establecido en la Cláusula Primera de las Disposiciones Transitorias, Complementarias y Finales, en la cual se mantienen los mismos casos de excepción; sin embargo, se adicionan otros, como en las autorizaciones de juegos de casinos y máquinas tragamonedas, en materia tributaria y aduanera³⁹.

En efecto, conforme se señala en la referida ley, “excepcionalmente, el silencio administrativo negativo será aplicable en aquellos casos en los que se afecte significativamente el interés público, incidiendo 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 histórico cultural de la nación, procedimientos trilaterales o que generen obligación de dar o hacer del Estado, autorizaciones para operar casinos y máquinas tragamonedas, entre otros”⁴⁰. Queda claro entonces que el espíritu de la dación de la Ley del Silencio Administrativo, era la simplificación de los procedimientos administrativos vía el fortalecimiento del silencio administrativo positivo; sin embargo, como indica Danós, “paradójicamente, en lugar de reducir el silencio administrativo negativo, este se ha ampliado”⁴¹.

3.3.2. Procedimientos Sujetos a Silencio Administrativo Positivo.

La novísima ley del silencio administrativo, Ley N° 29060, establece los procedimientos administrativos de evaluación previa sujetos al silencio administrativo positivo, establecidos en el artículo primero de la mencionada ley, “cuando se trate de solicitudes cuya estimación habilite

³⁸ Al respecto, *vid.* inciso 34.1 del artículo 34° de la LPAG.

³⁹ Al respecto, *vid.* Primera Disposición Transitoria de la LPAG

⁴⁰ DANÓS ORDOÑEZ, Jorge, OB. cit., pág. 5.

⁴¹ *Ibidem.*

para el ejercicio de derechos preexistentes o para el desarrollo de actividades económicas que requieren autorización previa del Estado y siempre que no se encuentren contempladas en la Primera Disposición Transitoria Complementaria Final de la Ley y otros especificados en el Artículo 1° de la Ley”⁴².

Conforme está planteado en la Ley, se ha pretendido establecer diferencias en ambos silencios, en forma taxativa, sin establecer soluciones claras, tales como generar procedimientos de aprobación automática en materia de licencias y autorizaciones comerciales y no afectar el interés público y de esa forma generar más inversión y puestos de trabajo.

En este contexto, es importante señalar un avance legislativo como es la Ley N° 28976, Ley Marco de Licencia de Funcionamiento, la cual señala en su artículo N° 8 lo siguiente:

“Artículo 8.- Procedimientos para el otorgamiento de la licencia de funcionamiento

La licencia de funcionamiento se otorgará en el marco de un único procedimiento administrativo, el mismo que será de evaluación previa con silencio administrativo positivo. El plazo máximo para el otorgamiento de la licencia es de quince (15) días hábiles”⁴³.

3.4. Procedimientos sujetos a leyes especiales.

Tal y como explican Gómez y Huapaya, “la nueva ley prescribe que en materia tributaria y aduanera, el silencio administrativo se regirá por sus leyes y normas especiales, y que tratándose de procedimientos administrativos que tengan incidencia en la determinación de la obligación

⁴² Al respecto, *vid.* el artículo 1° de la Ley N° 29060 referido al Objeto de la Ley.

⁴³ Artículo 8 ° de la Ley N° 28976, Ley Marco de Licencia de Funcionamiento

tributaria o aduanera, se aplicará el segundo párrafo del artículo 163⁴⁴ del Código Tributario (que contiene un supuesto de Silencio Administrativo Negativo), que establece que en caso de no resolverse dichas solicitudes en el plazo de 45 días hábiles, el deudor tributario podría interponer recursos de reclamación dando por denegada su solicitud. También señala que los procedimientos de petición graciable y de consulta se regirán por su regulación específica”⁴⁵.

Como está planteado, en obligaciones tributarias la potestad de la administración tributaria no podrá estar sometida a la voluntad del contribuyente, por lo que se determina por el Silencio Administrativo Negativo.



⁴⁴ Artículo 163° del Código Tributario.

⁴⁵ GÓMEZ APAC, Hugo y HUAPAYA TAPIA, Ramón, Ob. cit., pág. 91.

SEGUNDA SECCIÓN

EMPRESA, DESARROLLO ECONÓMICO Y REGULACIÓN DEL MERCADO DE CASINOS Y TRAGAMONEDAS EN EL PERÚ

1. Aspectos Generales.

La intención del presente apartado es sentar las premisas que van a servir para realizar un análisis de la regulación de la actividad de juego de casinos y tragamonedas y determinar en qué medida el Silencio Administrativo Negativo limita el libre acceso en este mercado.

En ese sentido, trataremos sobre la importancia del establecimiento de la libre competencia y su relación con el principio de Libertad de Empresa. La idea central de este planteamiento es analizar si resulta factible proponer que la actividad de juego de casinos y tragamonedas se desarrolle en un mercado con libre competencia. Para conseguir tal fin, trataremos el rol del Estado en defensa de la Libre Competencia, la protección del interés público y su relación con la Libre Competencia, el acceso al mercado y las barreras de entrada y los actos restrictivos de libre acceso al mercado.

2. Política de Libre Competencia y desarrollo del Principio de Libertad de Empresa.

2.1 Política de Libre Competencia.

En general, se puede afirmar que para que un mercado funcione y sea eficiente resulta importante garantizar la existencia de libre competencia, en cuanto resulta ser un factor que beneficia al mercado y a los consumidores. En ese sentido, considerando la importancia que tiene el establecimiento de libre competencia, se trata de garantizarla a través de normas que sancionan comportamientos que la restringen o crean barreras a la entrada de nuevos competidores.

Así, la competencia supone la rivalidad entre las empresas⁴⁶ que existen en el mercado para ganarse la preferencia del consumidor, ya sea ofreciéndole menores precios, mejor calidad u otros beneficios adicionales. Asimismo, incentiva el comportamiento eficiente de las empresas que buscan reducir sus costos y mejorar su gestión para enfrentar a sus rivales⁴⁷. Tal como se mencionó anteriormente con el establecimiento de la libre competencia se benefician, finalmente, los consumidores.

La competencia supone establecer una situación en la cual las empresas luchan para lograr la preferencia de los consumidores con la finalidad de alcanzar un objetivo comercial y, consecuentemente, obliga a las empresas a ser eficientes y, como objetivo final, beneficiar a los consumidores.

Dentro de este contexto, a fin de lograr eficiencia económica, es importante determinar los instrumentos de política de competencia regularmente utilizados, los cuales pueden ser de dos tipos: "i) **el control de conductas**, para investigar y sancionar, algunas veces con carácter penal determinados comportamientos (tales como los acuerdos entre competidores que tienden a restringir la rivalidad entre ellos – concentración de precios, reparto de

⁴⁶ QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo, "Rezando entre Tinieblas, el credo del Control de Concentraciones Empresariales", En: *Themis* N° 39, Lima, 1999, pág. 223.

⁴⁷QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo, Ob. cit. pág. 96.

mercado, etc.); ii) **el control de los actos abusivos** de empresas con posición de dominio en el mercado que buscan la exclusión de los otros agentes que pueden ser sus competidores. En ese sentido, la configuración de este sistema sanciona prácticas que restringen la competencia una vez que los mismos se han producido y pueden evaluarse sus efectos sobre el mercado”⁴⁸.

De todo lo señalado se puede afirmar que el fin último de la competencia es mantener vigente la promoción de una competencia efectiva entre los agentes que existen en el mercado y a la vez, garantizar los objetivos asociados a la libertad de empresa y acceso a los mercados.

2.2. Intervención del Estado en defensa de la Libre Competencia.

La intervención del Estado en el ámbito de las relaciones privadas tiene como finalidad regular determinadas conductas o comportamientos de las empresas a efectos que el mercado funcione. En efecto, el Estado interviene en el mercado, no para imponer barreras u obstaculizar el libre desarrollo del mismo, sino para preservar la libertad de competencia, cuestión que se considera de interés general una vez que ha quedado definido políticamente el modelo económico que ha de configurar el desarrollo de la actividad económica⁴⁹.

Dentro de este contexto, corresponderá al Estado garantizar que los particulares puedan ejercer sus derechos en un ámbito propicio para el desarrollo de sus actividades, defendiendo la libre y leal competencia, lo cual involucra ejercer sus potestades de supervisión y regulación del mercado. Ello en la medida que se ha reconocido que el mercado guiado por

⁴⁸ QUINTANA y SÁNCHEZ, Eduardo, Op. cit. pág. 96.

⁴⁹ MARTÍNEZ LAGE, Santiago y otros, *La Modernización del Derecho de la Competencia, en España y la Unión Europea*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2005, pág. 34.

la participación de los privados resulta la manera más eficiente de asignación de recursos.⁵⁰

En este sentido, el Estado interviene como una forma de actuación de los poderes públicos imponiendo límites a la actuación de los particulares, vía regulación administrativa, mediante el establecimiento de un marco normativo donde se establece cómo es que se tiene que desarrollar y ejercer el derecho de libertad de empresa y libre iniciativa.

Asimismo, es responsabilidad fundamental del Estado regular la competencia económica, facilitando que se desarrolle libre y lealmente, fortaleciendo a las empresas nacionales en su capacidad competitiva, para que puedan participar exitosamente en el mercado internacional, dentro del proceso de globalización de las relaciones económicas.⁵¹

Dentro de este contexto, el éxito de la política de la libre competencia no radica en que tenga uno o diversos objetivos, "sino en el balance que puede hacerse de los mismos para efecto de su aplicación, de tal forma que las autoridades que tutelan la libre competencia, formulen políticas gubernamentales con el fin de asegurar que los mercados funcionen eficientemente, determinando que la existencia de competencia sea un hecho de interés público, pues permite que los proveedores sean cada vez más eficientes y ofrezcan una mayor gama de productos y servicios a precios más bajos"⁵².

Finalmente, la intervención del Estado debe responder a un objetivo principal, que es el de garantizar una competencia eficiente, compatibilizando con las demás leyes que regulan el mercado.

⁵⁰ CAIRAMPOMA ARROYO, Alberto, "(Re) interpretación del principio de subsidiariedad en el Ordenamiento Jurídico peruano", en: *Aportes para un Estado eficiente. Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Palestra Editores, Lima, 2012, Pág. 321.

⁵¹ OCHOA CARDICH, César, "Rol de la Administración Pública en la economía. Notas sobre la reforma constitucional", en: DANÓS ORDOÑEZ, Jorge y ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy, *Derecho Administrativo*, Jurista Editores E.I.R.L., Lima, 2004, Pág. 361.

⁵² QUINTANA y SÁNCHEZ, Eduardo, Op. cit. pág. 96.

2.3. Acceso al Mercado y Barreras de Entrada.

Las barreras de entrada, en la mayoría de veces, son impuestas por el Estado a través de leyes que otorgan licencias de exclusividad o prohíben la importación de bienes o servicios fijos, requisitos de operación que únicamente pueden ser cumplidos por una sola empresa o grupos de empresas⁵³, de tal forma que en ciertos mercados se establecen requisitos burocráticos inalcanzables que finalmente se establecen como barreras de acceso no racionales. En la presente investigación, pretendemos estudiar la actividad de juego de casinos y tragamonedas, analizando si la onerosa exigencia legal que existe para ingresar a este mercado constituye una barrera de acceso al mercado, que se justifica bajo la premisa de preservar el interés público, o si la misma resulta ineficiente, generando un desincentivo a la inversión.

Dentro de este contexto, una barrera de entrada puede ser definida como aquellas condiciones que impiden o desalientan el ingreso de una empresa a un determinado mercado, a pesar de que las empresas participantes observen beneficios económicos, y se refieren a impedimentos y dificultades que tienen los contratantes potenciales para ingresar en una industria, bajo la forma de barreras legales, materiales y estratégicas.

En este sentido, en el caso peruano, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Industrial (en adelante, INDECOPI), cumple una función principal, como la institución encargada de velar por el respeto del ejercicio de la libre iniciativa privada y libre competencia, identificando los supuestos que pueden constituir barreras burocráticas ilegales o irracionales con el propósito de proponer su eliminación⁵⁴.

En efecto, la Ley N° 28996, Ley de Eliminación de Sobrecostos, Trabas y Restricciones a la Inversión Privada, promulgada el 22 de marzo de 2007 y

⁵³ FERNÁNDEZ BACA, Jorge, Organización Industrial Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, Lima, 2006, pág. 112.

⁵⁴ CHUECA ROMERO, José E., Op. cit. pág. 171.

publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 04 de abril de 2007, busca la eliminación de las barreras burocráticas que impiden el desarrollo competitivo del mercado.

Al respecto, nos define a las barreras burocráticas en su Artículo 2° de la siguiente manera: *"Constituyen barreras burocráticas los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública que establecen exigencias, requisitos, prohibiciones y/o cobros para la realización de actividades económicas, que afectan los principios y normas de simplificación administrativa contenidos en la Ley N° 27444 y que limitan la competitividad empresarial en el mercado"*⁵⁵.

En este sentido, no pretendemos que no se puedan establecer condiciones al ejercicio de la libertad de empresa, sino que estas deben ser condiciones o exigencias que no estimulen la informalidad, como sucede en el mercado materia de estudio.

2.4. Actos Restrictivos de Libre Acceso al Mercado.

Señala Chueca Romero que "un modelo de economía de mercado y libre empresa postula como condición esencial la libertad de acceso al mercado y la libertad de emprender actividades empresariales lícitas; sin embargo, esto no quiere decir que el Estado no imponga condiciones al ejercicio de la libertad empresarial, pues ciertamente el ejercicio de la libre iniciativa y de la libre competencia no es irrestricto"⁵⁶. Este ejercicio está sujeto a la normatividad dictada por las diferentes instituciones administrativas del Estado, a lo que se denominan barreras burocráticas, como la aplicación del silencio administrativo negativo, constituyendo exigencias que deben ser asumidas para el desarrollo de las actividades económicas y que se materializan en trámites, requisitos, cobros, limitaciones o impedimentos.

⁵⁵ Artículo 2° de la Ley N° 27444

⁵⁶ CHUECA ROMERO, José E., Op. cit. pág. 171.

En la práctica, todos estos requisitos exigidos por el Estado llegan a constituir barreras de acceso al mercado⁵⁷.

Cuando las barreras burocráticas están destinadas a hacer compatibles el desarrollo de las actividades económicas con los intereses de la sociedad, resultan indispensables para hacer respetar las exigencias que por su propia naturaleza una empresa debe tener, como por ejemplo, las normas de zonificación que regulan la ubicación de una empresa en el ejercicio de su actividad empresarial; sin embargo, existen barreras burocráticas que en la realidad resultan exigencias que son perjudiciales para la actividad empresarial, porque se confunde el bien jurídico protegido o la debida correspondencia con el interés público o tutelar, y al no tener un sustento legal racional, ocasionan que la actividad empresarial sea ineficiente y desincentiva la inversión.

En el mercado donde se desarrolla la actividad de casinos y tragamonedas, se han establecido una serie de normas que resultan de difícil cumplimiento para el ingreso a este mercado, como por ejemplo, la prohibición del establecimiento de este tipo de negocios a una distancia menor de 150 m² de iglesias, instituciones educativas, cuarteles y hospitales⁵⁸.

3. Desarrollo empresarial y el Estado.

El régimen económico propiamente dicho está reconocido en el artículo 58° de la Constitución actual,⁵⁹ el cual está basado en la iniciativa privada libre, en una economía libre de mercado, orientado a la primacía del empleo, salud, edificación, seguridad, servicios públicos, etc. Asimismo⁶⁰ el Estado estimula la conservación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio, e industria, así como reglas claras, para promover la creación de pequeñas empresas que son las que más empleos

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Artículo 5° de la Ley N° 27153.

⁵⁹ Al respecto, el artículo 58° de la Constitución Política del Perú.

⁶⁰ Al respecto, *vid.* Artículo 59° de la Constitución Política del Perú.

generan, garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, y se establece como un derecho fundamental, no solamente para la ubicación que tiene en el Derecho Constitucional, sino porque contiene dos de las características básicas de los derechos fundamentales, como son: i) desde del punto de vista subjetivo, las facultades que tiene toda persona para acceder a un trabajo libre, a la iniciativa económica y a asociarse; y, ii) para llevar a la práctica ese derecho subjetivo el Estado tiene que fomentarlo y respetarlo⁶¹; de tal manera que el estado debe garantizar la iniciativa privada la libertad de trabajo, la libertad de empresa, fundamentos indispensables para que funcione una economía social de mercado.

El derecho de libre empresa no significa solamente acceder al mercado o emprender actividades económicas, sino que también debe existir la libertad en la gestión empresarial sometidos a la leyes del mercado libre por competencia. Tal y como indica Cassagne, “el Estado cumple el papel de garantizar el correcto funcionamiento del mercado mediante la supervisión de su funcionamiento a fin de evitar abusos y corregir los desvíos que ocasionan la llamada competencia imperfecta y los monopolios naturales o legales, en este sentido se lleva a cabo un proceso de crecimiento de globalización, no existiendo gobierno alguno por conservador que fuera que no intervenga en la vida económica”⁶².

3.1. Límites a la Iniciativa Privada y Libertad de Empresa.

Si bien es cierto la libertad de empresa se puede ejercer con las garantías y la libre iniciativa privada, también es cierto que dichas libertades no pueden ejercerse con afectación de las normas de orden público, la moral y las buenas costumbres⁶³, siendo nulo el acto jurídico contrario a éstas, o que

⁶¹ KRESALJA ROSELLO, Baldo, “Constitución económica - la libertad de empresa, como fundamento del sistema constitucionalizado”, en: Legislación y Política de Competencia en la Comunidad Andina, Lima, 2005, pág. 35.

⁶² CASSAGNE, Juan Carlos, “Los Poderes Normativos y la Estabilidad de las Concesiones y Licencia de Servicios Públicos”, en: Derecho Administrativo Contemporáneo, Palestra Editores, Lima, 2007, pág. 361.

⁶³ Artículo 219º y Art. V del Título Preliminar del Código Civil, y Art. 59 de la Constitución Política.

afecte la vida, la salud de las personas, y la seguridad pública⁶⁴, así como los actos que vayan en contra de los consumidores y usuarios o que establezcan monopolios ilegales que afecten la libre competencia⁶⁵. De esta manera, el Estado prohíbe la concertación de precios de empresas que ejercen posición de dominio o monopolios.

En este orden de ideas, coincidimos con Tassano en que “corresponde al Estado un rol vigilante que debe ejercer acción sobre el mercado. Esto se produce mediante una intervención arbitral del Estado sobre el mercado, buscando la composición de una triada de intereses: de los usuarios, de los prestadores de servicio y del propio Estado. En este sentido, la regulación debería ser utilizada como un instrumento al servicio del mercado y no como un sustituto del mismo”⁶⁶.

Por cierto, no deben entenderse esos límites como condiciones para adecuarlo al interés público, porque ella no se contrapone a este, ya que es parte integrante del mismo, como es el derecho al honor o a la libertad de pensamiento, pero cuando se presentan con caracteres de un derecho de autonomía contrapuestos a otros intereses protegibles, se hace necesaria la intervención del estado para limitarla en nombre de los intereses de la mayoría, aunque por ciento, respetando siempre su contenido social⁶⁷.

Entonces la intervención del Estado tiene que estar relacionado en beneficio del interés público, la dignidad de la persona, la protección a la vida y la salud, pero dicha intervención económica, tiene que realizarse como razonabilidad, para que no se convierta en barreras de acceso a la entrada como sucede en el mercado de casinos y tragamonedas, cuando se aplica

⁶⁴Al respecto, vid, artículo 65° de la Constitución Política del Perú.

⁶⁵ Al respecto, vid, artículo 59° de la Constitución Política del Perú

⁶⁶ TASSANO VELAOCHAGA, Hebert, “Los Tribunales Administrativos en el Marco de la Regulación Económica de los Servicios Públicos”, en: *Derecho Administrativo Contemporáneo*, Palestra Editores, Lima, 2007, pág. 401.

⁶⁷ KRESALJA ROSELLO, Baldo, “La Libertad de Empresa, Fundamento del Sistema Económico”, en: *Libro homenaje a Jorge Avendaño* – Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004, pág. 555.

por ejemplo, el silencio administrativo negativo, bajo el concepto de interés público.

3.2. Interés Público vs. Libertad de Empresa.

Señala Escola que “el interés público no es más que un querer mayoritario orientado a la obtención de valores pretendidos, esto es, una mayoría de intereses individuales coincidentes, porque se orientan al logro de un valor, provecho o utilidad resultante de aquello sobre lo que recae tal coincidencia mayoritaria, y que es público porque se asigna a toda la comunidad, como resultado de esta mayoría coincidente”⁶⁸.

Como resultado de esa mayoría coincidente, el Estado se debe preocupar para proteger los llamados intereses colectivos; y de esa forma, no se trata ya sólo de exigir que la Administración cumpla sus prestaciones debidas, sino también de que los demás ciudadanos se atengan a las normas que les obligan a observar una determinada conducta. Los nuevos derechos importan un rebalanceo de la ecuación social de la convivencia⁶⁹.

Si bien es cierto, el Estado requiere desarrollar una serie de instrumentos, que de una y otra manera están orientados a generar competencia en los mercados y, consecuentemente, crear las condiciones necesarias para atraer las inversiones a largo plazo como fundamento; nos encontramos con una serie de conflictos de intereses, como es, principalmente, cuando nos enfrentamos con el interés público y el derecho de la competencia u otros intereses que también son objeto de tutela jurídica.

En efecto, la presencia de un interés público es un requisito consustancial a la normativa de la competencia que la inspira y la dota de sentido, de modo que su ausencia determinaría que el Estado pierda su legitimación para intervenir y que los particulares recobren su plena libertad.

⁶⁸ ESCOLA, Héctor, *El Interés Público, como fundamento del derecho administrativo*, Ediciones Desalma, Buenos Aires 1989, pág. 240.

⁶⁹ DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, 10ª ed. Buenos Aires – Madrid: Ciudad Argentina 2004, pág. 212.

En consecuencia, la afectación del mencionado interés público se presenta como requisito fundamental para la aplicación de las normas de competencia y su ausencia implicaría no aplicarlos; de manera que la actuación de los poderes públicos referidos a un mercado específico debería responder a un interés público y no cuando respondan solamente a un interés particular irrelevante para el Derecho.

Sin embargo, tal y como indica Escola, “el interés Público no es un concepto carente de contenido concreto; por el contrario, tal contenido debe ser reconocible y determinable, consistiendo en una cosa o un bien que es perceptible para cualquier componente de la sociedad”⁷⁰, por lo que debe entenderse que el interés Público debe aparecer como un contenido concreto.

Por estas razones, la simple invocación del deber de protección al interés público para justificar la aplicación del Silencio Administrativo Negativo en el mercado de casinos y tragamonedas, constituye algo vago e inasible, no sirve para nada: es como una forma, dentro de la cual nada existe. Es una apariencia, cuando en verdad debe ser una realidad⁷¹.

En efecto, se debe invocar este concepto para proteger realmente el interés colectivo, pero no para regular un mercado que inicialmente estuvo liberalizado, razón por la cual creemos que, si bien es cierto el interés público es un concepto abstracto, también es cierto que debe ser perceptible y a la vez justificable mediante estudios técnicos y científicos, como la econometría o la estadística, que permitirían confrontar la realidad del mercado, para determinar si en realidad existe un perjuicio a la sociedad (salud -ludopatía) que haría necesario establecer mecanismos para regular adecuadamente, de lo contrario, la regulación hecha sin justificaciones técnicas, resultaría contraria y enfrentada a derechos fundamentales como la libertad individual, el derecho al trabajo y a la libre empresa.

⁷⁰ DROMI, Roberto, Ob. cit. pág. 245.

⁷¹ ESCOLA, Héctor, Ob. cit., pág. 245.

4. Regulación sobre Casinos y Tragamonedas en el Perú.

4.1. Evolución y antecedentes.

La evolución de los juegos y apuesta data de años muy antiguos o remotos, por cuanto los estudios y descubrimientos antropológicos han demostrado que desde los egipcios, romanos y otras civilizaciones, el juego existió como una de las formas de entretenimiento del ser humano. A lo largo de la historia y conforme se acercaba el siglo XX, el hombre fue perfeccionando el juego, el mismo que inicialmente estuvo prohibido por el Estado, dado que se entendía a este como una manera de perdición del hombre, así como generador de conflictos entre los hombres, que llegaban en algunos casos a la muerte de algún participante.⁷²

La prohibición del juego se mantuvo por mucho tiempo, hasta que en los Estados Unidos se reguló esta actividad y se dictaron disposiciones que al transcurrir de las décadas fueron denominadas *Gaming Law*, que constituye la concepción anglosajona de Derecho del Juego y que posteriormente se ha entendido con mayor técnica como Derecho sobre los juegos de azar y apuesta.

En este sentido, el juego ha ganado mayores mercados y a su vez, se ha logrado convertir a este en una de las actividades económicas más interesantes y lucrativas. Los países que permiten que el juego se reconozca y realice como actividad lícita han establecido una serie de normas que controlan a la misma, partiendo de la premisa de la defensa de los intereses y salud de los usuarios, razón por la cual el ordenamiento jurídico ha ido incrementándose constantemente, a través de frondosas legislaciones que regulan diversas materias, como los aspectos civiles, administrativos, tributarios y penales entre otros.

Bajo este contexto, los países han generado una gran expectativa con la finalidad de atraer turismo receptivo, dado que estas actividades generaban

⁷² Esta situación se advirtió con frecuencia durante el siglo XIX, en los Estados Unidos de América, en aquellos estados que conformaron el conocido Lejano Oeste.

un mecanismo de percepción de ingresos fiscales, que podían orientarse a la satisfacción de diversas necesidades de la población y la sociedad; inclusive existen ciudades enteras dedicadas a este mercado, como Las Vegas, en el estado de Nevada en los Estados Unidos, cuya recaudación obtenida por éstas actividades se destina en beneficio del turismo, salud, deporte, educación, administración pública, beneficencias públicas, entre otros.

En el Perú, a comparación de otros países⁷³, las actividades de juego de azar y apuesta no contaban con el aval o autorización estatal, salvo los juegos de lotería y carreras de caballos, los cuales tuvieron siempre un tratamiento especial. El primero de ellos tuvo una connotación social y de contribución especial a un sector de la población en riesgo, los juegos de lotería se han caracterizado por ser una fuente de financiamiento de proyectos de interés social, ya sea para la construcción de obras públicas, deporte, asistencia social y la cultura, manteniéndose como una actividad pública para evitar la tributación, ya que han sido considerados como uno de los medios más idóneos para financiar la actividad estatal sin recurrir a los tributos, bajo la premisa de garantizar la transparencia en el manejo del dinero que el público destinaba a la suerte y por consiguiente, proteger la confianza pública. Respecto a las carreras de caballos, estas se entendían más como una distracción para unos y una forma de tradición para otros, donde la preparación de los caballos de carrera y la dedicación de preparadores, jinetes y organización institucional, generaban ciertos galardones.

A través del tiempo, se ha ido cambiando la orientación respecto del órgano que debe manejar o conducir la lotería, pasando del control estatal único, a la administración compartida del ente estatal y la empresa privada, llegándose a considerar la posibilidad de la administración estrictamente privada. En el caso de las carreras de caballos, la administración es exclusivamente privada, donde una organización civil se encarga de la

⁷³ En los Estados Unidos de América se legaliza el juego en la década de los 60 y posteriormente fue ubicándose en otras latitudes de Europa.

administración tanto de la actividad como de los fondos y cuya utilidad se distribuye en sí misma para la consecución de sus fines.

Que, en relación al tema de los juegos de casinos y tragamonedas, su actividad se ha mantenido restringida y prohibida en muchos países del mundo como el nuestro, por resultar contrarias o contradictorias con principios de orden moral y religioso principalmente; sin embargo, la necesidad de cubrir o atender otros requerimientos que el Estado no cubriría por cuestiones presupuestales, provocó que se dieran los primeros pasos, respecto de la posibilidad de desarrollar estas actividades en forma legal.

4.2. Legislación peruana de Casinos y Tragamonedas.

La Revista peruana Casino hace un recuento de la evolución de la legislación peruana en el rubro de Casinos y Tragamonedas: “El principio del proceso se remonta a la incorporación legal realizada durante los últimos días del primer gobierno del presidente Alan García, el 11 de julio de 1990. Ese día se aprobó el Decreto Legislativo N° 608, que legalizó formalmente la explotación de máquinas tragamonedas en el Perú y marcó el inicio de la vida jurídica del juego. Citaba el decreto: *“Autorícese a los Hoteles de Turistas y otros similares la instalación de máquinas recreativas turísticas denominadas “tragamonedas”, que están afectadas en un impuesto (3.0%) en su rendimiento neto por máquina según el respectivo registro de ventas. Las máquinas de fabricación nacional gozarán preferencia para la licencia municipal”*. Lo recaudado por impuestos, refería la norma, *“será abonado al respectivo Gobierno regional, para el desarrollo de la Promoción Turística”*. De ese modo, abrió la primera sala formal a nivel nacional, el 26 de febrero de 1991. Aquel antecedente sería el génesis de la industria. En breve tiempo atraería una serie de inversiones extranjeras y fabricantes globales de Slots (nombre anglosajón con el cual se denomina a las máquinas tragamonedas), quienes encontraron un nuevo mercado para sus empresas”⁷⁴.

⁷⁴ Revista Casino. Turismo y Entretenimiento, “20 años del juego en el Perú” Edición N° 72, Febrero 2011, Págs. 6-9

Es preciso mencionar que en el gobierno de Francisco Morales Bermúdez se había promulgado el Decreto Ley N° 22515, Ley de Casinos de Juego. Esta norma autorizaba al Ministerio de Industria, Comercio, Turismo e Integración –hoy, MINCETUR– a otorgar concesiones para la explotación de casinos de juego como parte integrante de una unidad turística. Sin embargo, los desafíos para la joven industria eran distintos a los aparecidos durante los años setenta por lo que se dictó, en noviembre de 1991, el Decreto Legislativo N° 698, que modificó varios artículos del DL N° 22515⁷⁵.

Ya en febrero de 1992, el Decreto Ley N° 25836 (Normas relativas a la autorización y funcionamiento de los Casinos de Juego) tuvo como resultado la aparición de los primeros casinos. Más de un año después, en diciembre de 1993, el Decreto Legislativo N° 776 conocido como la Ley de Tributación Municipal señaló en su segunda disposición final: *“Facúltese al Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales a emitir mediante Decreto Supremo, las normas para la explotación de las máquinas tragamonedas y similares”*.⁷⁶

Recién en el año 1994, el Estado peruano aprueba la legislación que supone el inicio de las actividades de juegos de azar y apuesta, bajo las modalidades de juegos de casino y máquinas tragamonedas, permitiéndose por primera vez, que este tipo de actividades se desarrollen formal y lícitamente en el Perú⁷⁷. Mediante el Decreto Supremo N° 04-94-ITINCI que establece el reglamento de uso y explotación de Máquinas Tragamonedas, el Gobierno apertura el mercado de los juegos de casino y máquinas tragamonedas, permitiendo que se desarrolle esta actividad en forma lícita⁷⁸, vinculando dicha actividad al sector turismo.

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ Ibidem.

⁷⁷ Se dice que los juegos de casino y máquinas tragamonedas, surgieron lícitamente en el Perú a partir de 1994, puesto que en épocas anteriores no se vislumbraban los juegos de casino como giro principal de un negocio

⁷⁸ Artículo 1° del Decreto Supremo 04-94-ITINCE.

El ejemplo más claro de esta visión de orden turístico-económica, era ciudad de Las Vegas, en el estado de Nevada, Estados Unidos, donde la atracción de la gente a involucrarse en el mundo del juego, así como de experimentar la presencia de grandes personalidades del mundo, como petroleros árabes, texanos, millonarios de todo el mundo y gozar de espectáculos impresionantes por el colorido, la belleza y el glamour, genera que se haya convertido en uno de los centros turísticos que más dinero mueve en el mundo.

En el Perú como se ha dicho, se legaliza esta actividad bajo el espíritu de orientar un incremento del desarrollo turístico. Sin embargo, la intención no resultó tan alentadora debido a una falta de proyección, planeamiento, visión y estrategia futura, que adelantándose en el tiempo, evite el descontrol de la actividad tal y como ocurre en la actualidad. Esta carencia ha permitido que se instalen juegos de casino y tragamonedas en hoteles, restaurantes, bingos y discotecas, con el sólo hecho de consignar que los mismos deben entenderse como actividades complementarias al giro principal del negocio.

A efectos de captar recaudación en este mercado, se estableció en diciembre de 1993 la regulación tributaria, mediante la dación del Decreto Legislativo N° 776, Ley de Tributación Municipal, donde la recaudación del Impuesto a los Juegos era administrada por los Gobiernos Locales. Posteriormente, se observó que estas actividades podrían ser un buen generador de ingresos, razón por la cual se modificó la legislación en materia tributaria, cambiándose las disposiciones de la Ley de Tributación Municipal por el Decreto Supremo N° 05-95-ITINCI, el cual estableció una nueva forma de tributar para aquellos operadores de juegos de casino y máquinas tragamonedas⁷⁹, eliminando dicha actividad de la tributación municipal. Con estas modificaciones, se advirtió una apertura en este mercado con la consiguiente legalización de los juegos, lo cual debió conllevar a una constante de crecimiento económico y tributario que se reflejaría sustancial y periódicamente; sin embargo, en la realidad comenzaron a crearse diversos conflictos que motivaron a que el Estado

⁷⁹ Al respecto, *vid.* el Decreto Supremo N° 005-95-ITINCI.

aprobara otra norma que regulara o coadyuvara a regular mejor la actividad⁸⁰, pues se generó un desequilibrio en este mercado, razón por la cual se tuvo que cambiar nuevamente la Legislación aplicable.

Por esta razón, “un año después, el 24 de diciembre de 2006, se aprobó la Ley 28945, conocida como Ley de Reordenamiento y formalización de la actividad de explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas. Dicha norma modificó ciertas restricciones legales y permitió que la mayoría de los operadores puedan acceder al marco legal vigente”⁸¹.

Esta época está signada “por la aparición de normas contra el juego informal. En julio del 2006, la Ley 28842 establecía como delito el funcionamiento ilegal de juegos de casino y máquinas tragamonedas, mientras que, en 2007, se penaliza la tenencia, comercialización y explotación de máquinas de azar dirigidas a menores de edad, mediante la Ley 29149. En el año 2008, el Decreto Supremo N°006-2008-MINCETUR (Reglamento para la implementación del registro de máquinas tragamonedas y normas complementarias para el otorgamiento de autorización expresa en casos de transferencias de salas de juego autorizadas) sentaría las bases de lo que estaría por venir: el sistema de control *online*”.⁸²

Posteriormente se aprobó el Decreto Supremo N° 04-97-ITINCI que creó la Secretaria Técnica de la Comisión Nacional de Casinos de Juegos, delegándose en Provincias a las Direcciones Regionales de MITINCI, ampliándose así los alcances de la regulación sobre estos juegos y estableció mayores mecanismos de control, teniendo en cuenta que el rol principal del Estado es supervisar y tutelar los intereses de los usuarios o jugadores, de tal manera que resultaba necesario que se velara por la

⁸⁰ No habían transcurrido más de tres años y se tuvo de cambiar la legislación, para controlar los desequilibrios que se producían.

⁸¹ Revista Casino. Turismo y Entretenimiento, “20 años del juego en el Perú” Edición N° 72, Febrero 2011, Págs. 10-11.

⁸² Ibidem.

transparencia del juego⁸³.; Por esta razón, solo el poder ejecutivo, continuó regulando la materia, mediante la supervisión de un órgano estatal denominado Comisión Nacional de Casinos y Tragamonedas – CONACTRA.

Ulteriormente, con mucha expectativa se aprueba la Ley Marco N° 27153⁸⁴, Ley que regula la Explotación de los Juegos de Casinos y Maquinas Tragamonedas, mediante el cual esta actividad se mantuvo dentro del sector turismo y se incorporó una serie de disposiciones que buscaban superar el caos en el sector, ocasionado por la aparición desmesurada de Salas de Máquinas Tragamonedas informales, en perjuicio de las empresas formales y reguladas por del sector. Por esta razón, en esta norma se estableció una serie de disposiciones que generaron barreras de entrada a este mercado, en el sentido de que en Lima y Callao solo podrían instalarse casinos y tragamonedas en hoteles de cuatro y cinco estrellas, así como en restaurantes cinco tenedores, y en el caso de las demás provincias del país, en hoteles de tres estrellas⁸⁵. En efecto, esta nueva legislación conllevó a sobre regular este mercado.

Si bien es cierto con la promulgación de la Ley Marco N° 27153 se continuó con el espíritu de mantener estas actividades dentro del sector turismo, se incorporaron una serie de disposiciones que buscaban terminar con el caos que se venía presentando con la aparición de Sala de Maquinas y Tragamonedas, que lejos de relacionarse con el sector turismo se concentraban sólo en el sector comercio.

Tal y como hemos indicado, esta norma se dicta en julio de 1999, provocando una serie de reclamos por los operadores que habían empezado sus actividades desde 1994 en adelante y que por consiguiente veían afectadas o amenazadas sus inversiones, debido a la regulación más restrictiva y exigente que se había aprobado.

⁸³ Artículo 1°, Decreto Supremo N° 04-97-ITINCI.

⁸⁴ Al respecto, véase la Ley N° 27153, publicada el 09 de Julio de 1999.

⁸⁵ Al respecto, vid, Artículo 6° de la Ley 27153.

Este cambio de regulación nació como consecuencia del crecimiento no sólo desmesurado sino también desordenado de la actividad de tragamonedas; donde los operadores o explotadores, lejos de implementar salas de juegos que resulten atractivas al turista, acondicionaban cualquier espacio, con el único fin de poner en funcionamiento cuanta máquina tragamonedas pudiera colocarse, contraviniendo el objetivo que inicialmente orientó al Estado a permitir la explotación de estos juegos, no solo se incumplía, sino que a la vez, provocó un libertinaje de muchos operadores, quienes solo se interesaron en lucrar con dicha actividad, requisitos que para la gran mayoría de los operadores y de las empresas, era imposible cumplir, lo que provocó que las empresas interpusieran acciones de Garantía contra la Ley N° 27153, que generó un conflicto con el Poder Judicial.

Complementariamente, el Estado modificó la tasa del impuesto de juegos, fijándola en el 20% de la recaudación obtenida diaria por cada máquina o por cada mesa de juego de casino. Asimismo, se otorgó un plazo de 120 días para que las empresas que no se ajustaran a la nueva reglamentación, se adecuaran a la misma. De la misma manera, se establecieron disposiciones respecto a la ubicación de estos establecimientos, no pudiendo estos ubicarse a menos de 150 metros de hospitales, Centros Educativos, Cuarteles, Comisarías e Iglesias⁸⁶.

Estos cambios en la legislación generaron una barrera de acceso al mercado de casinos y tragamonedas, por lo que invocando la violación de los principios constitucionales de seguridad y estabilidad jurídica, la libertad de empresa, derechos adquiridos, no confiscatoriedad de la ley, entre otros derechos, los operadores afectados interpusieron en vía constitucional Acciones de amparo contra la mencionada Ley a fin de obtener un pronunciamiento de la autoridad que les permita continuar con el funcionamiento de estos negocios. Dichas acciones de amparo fueron obtenidas con gran éxito, distorsionándose completamente el sentido de la Ley, ya que si hasta ese momento el único ente que podía otorgar la licencia formal de funcionamiento o autorización expresa era la Dirección

⁸⁶ Al respecto, vid. Artículo 5° de la Ley 27153.

General de Turismo, luego de las acciones de amparo otorgadas los operadores podían fácilmente establecer negocios de casinos y tragamonedas en todo el territorio de la República.

4.3. Títulos Habilitantes – Autorizaciones.

Ahora bien, siendo el título habilitante un instrumento legal que habilita a una persona natural o jurídica a realizar una actividad o a ejercer un derecho dentro de la administración del Estado, para el caso de estudio, trataremos sobre las autorizaciones.

4.3.1. La Autorización.

Es un Acto Administrativo mediante el cual el Estado permite la prestación de un servicio que siempre ha estado en manos de particulares. Esta autorización implica la realización de actividades de fiscalización y control por parte de la autoridad competente⁸⁷.

Señala Dromi que el acto de autorización “tiene un doble alcance jurídico: como acto de habilitación o permisión *stricto sensu* y como acto de fiscalización o control. Como acto de habilitación o permisión, la autorización traduce aquellas licencias que la autoridad administrativa confiere a los administrados en el ejercicio de la policía administrativa, como por ejemplo la autorización para constituir o edificar como materia de la policía urbanística, la autorización para habilitar un comercio en ejercicio de la policía económica o la autorización para la existencia de las personas jurídicas como acto de fiscalización o control”⁸⁸. La autorización es una declaración de voluntad administrativa constitutiva o de remoción de obstáculos para superar los límites que el orden jurídico pone al libre desenvolvimiento de la actividad pública. Esencialmente, desde el punto de vista jurídico, “consiste en un acto administrativo de control por el cual un órgano faculta a otro a emitir un determinado acto. En virtud de la

⁸⁷ GUZMÁN NAPURÍ, Christian y GAMARRA BARRANTES, Carolina, “Una Introducción a la Gestión de los Servicios Públicos”, en: *Círculo de Derecho Administrativo*, pág. 290.

⁸⁸ DROMI, Roberto, Ob. cit., pág. 417.

autorización, un órgano administrativo inferior queda facultado para desplegar cierta actividad o comportamiento”⁸⁹.

De acuerdo a las regulaciones anteriores, el Estado solo resolvía peticiones de autorización para la explotación de juegos de casino o máquinas tragamonedas; sin embargo, ante las innovaciones de la nueva legislación, se crearon tres clases o modalidades de procedimientos a seguir ante la autoridad administrativa:

- a) Solicitudes de Autorización Expresa.
- b) Solicitudes de Renovación de Autorización Expresa.
- c) Solicitudes de Adecuación a la Ley N° 27153.

Como podrá advertirse, de una sola modalidad de solicitud, se pasó a tres, teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

- a) Se tramitan como solicitud de autorización expresa para la explotación de Juegos de Casino o Máquinas Tragamonedas, aquellas peticiones de empresas que por primera vez recurrían ante la autoridad para solicitar una autorización y además, nunca habían explotado máquinas con anterioridad a la nueva legislación, estableciéndose los requisitos para su trámite, en el TUPA del MINCETUR⁹⁰.
- b) Por su parte, las solicitudes de renovación tienen relación con aquellas peticiones de empresas que contando con autorización de la administración, están solicitando su renovación por efecto del próximo vencimiento de la autorización, debiendo cumplir para tal efecto con los requisitos establecidos en el TUPA del MINCETUR.
- c) Los procedimientos de adecuación nacieron como consecuencia de los cambios incorporados en la norma, respecto de aquellas empresas que sin

⁸⁹ DROMI, Roberto, Ob. cit., pág. 417.

⁹⁰

http://www.mincetur.gob.pe/turismo/DGJCMT/Formularios/Formulario_15_Autorizacion_Expresa.pdf

contar con restaurante u hotel, venían explotando máquinas antes de la dación de la Ley N° 27153; en consecuencia, debían proceder a adecuarse a las nuevas disposiciones, teniendo como plazo para ello hasta el 31 de diciembre del 2005.

En vista que las reglas de juego estaban dadas, se suponía que el desorden existente en las salas de tragamonedas se superaría; sin embargo, se comenzó a vislumbrar un panorama un tanto crítico para la administración.

4.4. Intervención del Poder Judicial en el desarrollo informal del mercado de Casinos y Tragamonedas.

Cuando todo debía seguirse en buenos términos, comenzaron a interponerse diversas acciones de garantía, llámese amparo, cumplimiento, de incertidumbre jurídica, entre otras, que obligaron a que el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, designe a una Procuradora Pública Ad. Hoc., para asuntos de Casinos y Tragamonedas, debido a la excesiva carga procesal que se generó, como consecuencia de tales acciones. A partir de este momento se generó un conflicto entre el Estado y los operadores de casinos y tragamonedas, teniendo por un lado al Estado intentando controlar esta actividad y por el otro a las empresas que se vieron afectadas con este tipo de barreras de entrada. Como mencionamos líneas atrás, los operadores interpusieron acciones de amparo ante el Juzgado de Derecho Público, así como ante la Sala de Derecho Público de la Corte Superior, las cuales declararon fundada una Acción de Cumplimiento y una Acción de Amparo respectivamente. Estos pronunciamientos convirtieron a la nueva ley en inexigible para unos e inaplicable para otros, basándose en las libertades contenidas en la Constitución Política del Estado, en el Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para la Inversión Privada y Seguridad Jurídica, entre otras normas. Se obtuvo una resolución judicial con grado de extraterritorialidad que favorecía a los establecimientos de las empresas demandantes, por cuanto al no resultarles aplicable la legislación citada, se impedía que las funciones administrativas de autorización, registro, fiscalización, control y sanción del órgano encargado por ley de ejecutarlas

podieran materializarse, y se impedía que el personal de inspectores pudiera realizar su labor contra ellas, constituyendo a estos establecimientos como islas intocables en esta materia.

En esa coyuntura, esta situación motivó a que muchas salas de casinos y tragamonedas no pudieran ser fiscalizadas y realizaran sus actividades sin restricción alguna inclusive sin pagar impuestos, por lo que las ganancias que obtenían les permitían seguir inaugurando salas de juego de tragamonedas en todo el país, operando informalmente mediante las famosas acciones de amparo.

De acuerdo a los archivos existentes, se presentaban hasta cuatro (04) acciones de amparo por una misma empresa explotadora, donde se solicitaba la inaplicación de algunos artículos de la ley, de la ley y su modificatoria, sólo de la modificatoria, del reglamento sólo o en conjunción con la ley, entre otras, generando deficiencia del Estado con regular este mercado.

4.5. Tribunal Constitucional y sus efectos para el reordenamiento del mercado de Casinos y Tragamonedas.

El máximo órgano supervisor del cumplimiento de las disposiciones de la Constitución, mediante sentencia de fecha 29 de enero de 2002, recaída en el Expediente N° 009-2001-AI/TC, declaró fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley N° 27153⁹¹.

Los argumentos de la demanda constituían en que los artículos 5, 6, 7, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 29, 31, 32, 38, 39, 41, Primera y Segunda Disposiciones Transitorias, vulneraban y atentaban contra los derechos y libertades contenidos en la Carta Magna y en especial, se afectaba directamente a la inversión de los operadores, que venían desarrollando sus actividades desde 1994.

⁹¹ <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/00009-2001-AI.html>

Los argumentos esbozados en la acción de inconstitucionalidad estaban referidos a que no se respetaban algunas de las atribuciones previstas para los Gobiernos Locales en la Constitución Política, y que la norma violaba el derecho a la libre iniciativa privada, dado que se restringía el acceso a los pequeños empresarios para incursionar en la actividad de casinos y tragamonedas, vulneraba el derecho a la igualdad ante la ley por cuanto la obligación de instalación e inversión en obras de infraestructura imposibilitaba al pequeño empresario cumplirlas, transgredía el mandato constitucional en sus artículos 59°, 61° y 72° dada la exigencia de condiciones económicas onerosas y afectaba los derechos y libertades de trabajo, empresa, comercio y de contratar con fines lícitos, dada la exigencia en forma compulsiva de la contratación de un servicio de homologación. Asimismo, afirmaron que la Ley en mención atentaba contra la libre competencia y contra el mandato de no discriminación.

Al analizar los aspectos materiales de la acción, el Tribunal Constitucional consideró, entre otros aspectos, que la norma no violaba las disposiciones constitucionales de libre empresa, trabajo, libre iniciativa privada e igualdad ante la ley, por cuanto entendió que *“...la acción del legislador por configurar la explotación de casinos y máquinas tragamonedas como actividades excepcionales y sujetas al turismo receptivo, es compatible con la labor de orientación del desarrollo nacional en el marco de una economía social de mercado que tiene el Estado...”*⁹² y contrariamente a lo señalado precedentemente, el Tribunal Constitucional consideró inconstitucionales los dispositivos relacionados con la alícuota del impuesto y el plazo de adecuación.

Esta concepción del Tribunal se materializó declarando inconstitucionales los artículos 38.1, 39, Primera y Segunda Disposiciones Transitorias, recomendando que se establezcan plazos más equitativos para el proceso de adecuación, así como que se reduzca la tasa del impuesto fijada en el 20% de la utilidad.

⁹² Texto según el fundamento 2 de la Sentencia del Tribunal Constitucional.

Ante la decisión jurisdiccional emanada del máximo órgano defensor de la constitucionalidad, el Estado optó por aprobar mediante el Congreso otra ley, la misma que modificó diversos artículos de la ley original N° 27153, por lo que mediante Ley N° 27796 se acogieron las observaciones formuladas por el Tribunal Constitucional.

En la nueva ley, se amplió el plazo de adecuación, el mismo que se prolongó hasta el 31 de diciembre del 2005, siempre y cuando los operadores que se hallen dentro de los alcances de la norma presentaran su solicitud de adecuación dentro de los 120 días calendarios siguientes a la publicación de la ley, siendo otro aspecto importante la reducción de la tasa del impuesto de 20% al 12%, otorgándose un derecho de crédito fiscal a aquellos operadores que durante la vigencia de tasa anterior, cumplieron con pagar sus impuestos sobre dicha tasa.

Habiéndose considerado que el problema quedaba resuelto, mediante la Cartera de Comercio Exterior y Turismo, el Poder Ejecutivo expide el Reglamento de la Ley, aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-2002-MINCETUR, en el cual se aclararon o complementaron aquellos aspectos que la norma regulaba en forma muy genérica.

Efectivamente, de acuerdo a los procedimientos previstos en la Ley N°23506 y sus modificatorias, las acciones de amparo y las medidas cautelares para su eficacia y exigibilidad, requieren que la decisión jurisdiccional se encuentre confirmada, salvo en los casos de las sentencias que emite el Tribunal Constitucional en última instancia.

Bajo este contexto, los operadores de salas de casino y tragamonedas recurrían al órgano jurisdiccional vía demanda de amparo y adicionalmente, solicitaban que se dicten las medidas cautelares respectivas, basándose en los principios del *fumus bonis iuris*, apariencia del derecho invocado, también conocido como verosimilitud del derecho; el del *periculum in mora*, peligro en la demora y el de *pedido adecuado a la finalidad*; con el objeto de suspender los efectos o aplicación de las normas cuestionadas.

Para que la medida cautelar pueda surtir efecto, seguía el mismo trámite que el proceso principal; vale decir, si el Juez consideraba que se cumplían con los presupuestos, su decisión tenía que ser confirmada por la Corte Superior; es decir, ratificada, a fin de que el demandante pueda exigir al órgano administrador que se limite de aplicar sus normas contra el operador, en tanto no se resuelva en definitiva la acción principal; es decir, la acción de amparo propiamente dicha.

De dictarse favorablemente al accionante operador, esta situación implicaba que éste podía ejercer sus actividades libremente en tanto se culmine con el proceso principal, el mismo que dependiendo de las decisiones jurisdiccionales, era susceptible de llegar hasta el Tribunal Constitucional, en caso se fallara en contra del demandante.

Por efecto de la interposición de los recursos extraordinarios ante dicho órgano, el término del proceso de garantía se extendía por mucho tiempo y en consecuencia, los operadores que lograron confirmar sus medidas cautelares, podían explotar libremente sus máquinas, sin que la autoridad administrativa competente pudiera ejercer algún tipo de control o fiscalización.

Si bien el procedimiento resultaba más complicado para los operadores, por cuanto estaban obligados a obtener un pronunciamiento confirmado por el órgano jurisdiccional superior, la apertura de salas de tragamonedas no se limitó o restringió; por el contrario, se evidenció cierto crecimiento.

Adicionalmente a lo señalado, un aspecto relevante de la problemática se advierte en la forma cómo se amparaban solicitudes, por cuanto unas suspendían totalmente las disposiciones legales sobre la materia, otras solo lo hacían en parte y también hubieron medidas cautelares que en el fondo no decían nada, pero se pronunciaban por la prohibición de aplicar sanciones, en tanto perdure el proceso.

Otro aspecto de trascendencia para la administración fue el hecho de que las acciones de garantía fueron migrando territorialmente de juzgado

conforme la administración se defendía por intermedio de su Procuraduría Ad Hoc: primero se iniciaba en la ciudad de Lima, por resultar el territorio con mayor número de salas de tragamonedas; sin embargo, atendiendo a la competencia nacional del órgano administrador, los operadores empezaron a interponer sus acciones en cualquier lugar del país donde existiera un Juzgado Civil, y luego interpusieron demandas de amparo en Yanahuanca, Corire, Antonio Raymondi, Picota, Andahuaylas, Castrovirreyna, Ayaviri, entre otras ciudades, con la finalidad de recurrir a órganos jurisdiccionales de las provincias y generalmente resolvían a favor de los operadores. Asimismo, la distancia o limitaciones de viaje dificultaban la defensa oportuna de la administración.

En este momento se comienza a complicar la labor y la función de la administración, al haberse convertido el Estado, entendiéndolo a éste como el Poder Ejecutivo, en un ente sometido y subordinado al Poder Judicial, por cuanto a pesar de haberse emitido una ley modificatoria en virtud de lo resuelto por el Tribunal Constitucional, los órganos jurisdiccionales emiten sus decisiones más allá de los límites y fundamentos de la sentencia, con lo cual la administración pública tuvo que acatar las disposiciones emanadas por los jueces.

Ahora bien, a partir de enero de 2005 entró en vigencia la Ley N° 28237⁹³, la misma que ha modificado el procedimiento en materia de acciones de garantía; lo cual en el asunto bajo comentario, ha producido una serie de problemas más serios que los expuestos anteriormente.

Como se ha dejado establecido, las medidas cautelares bajo el imperio de la Ley N° 23506 sólo surtían efecto luego que las mismas eran confirmadas por la instancia superior; sin embargo, con la entrada en vigencia de la nueva legislación procesal constitucional, la eficacia y exigibilidad de las medidas cautelares rige a partir de su notificación al demandado, sin necesidad que tenga que someterse a confirmación alguna.

⁹³ Código Procesal Constitucional.

Este mecanismo procesal es el que se regula en el Código Procesal Civil, donde el juzgador tiene la facultad de disponer actos que impliquen innovación de la situación jurídica existente; es decir, que se modifique la situación de hecho que motiva la acción judicial, o en todo caso que no se innove, que se mantenga estable la situación de hecho, de tal forma que no se altere hasta que se resuelva en definitiva la controversia.

Este hecho si bien parece extraño, se sustenta en que la decisión judicial, por efecto de la competencia nacional que tiene la Dirección de Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas como órgano administrador, se extiende a toda la República y no solo, se circunscribe a la jurisdicción del juzgado que la emitió.

Como podrá advertirse, el control en materia de máquinas tragamonedas no lo ejercía el órgano competente del Estado, sino el propio operador con el respaldo de una resolución judicial.

Este es el gran problema que sintetiza el conflicto existente entre las facultades administrativas del Estado para regular la materia y las facultades decisorias del mismo Estado emanadas del Poder Judicial, que dejan sin posibilidad alguna en muchos casos, que se exija el cumplimiento de la ley.

Como ejemplo, tenemos el caso de la demanda de Acción de Amparo interpuesta por la empresa INVERSIONES KNN SAC contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo – MINCETUR, a fin de que se declare inexecutable e inaplicable el Artículo 5° de la Ley 27153, así como el Artículo 3° del D.S. 009-2002/MINCETUR, que establece la exigencia de la distancias mínimas, para la instalación de Salas de Juego de Casinos y Máquinas Tragamonedas, y como pretensión accesoria solicita se declare la ineficacia de las resoluciones administrativas que denieguen la autorización de funcionamiento de su local, emitidas por el MINCETUR.

Fundamenta su pretensión en que el día 16 de agosto de 2000 presentó una solicitud dirigida a la Secretaria de la Comisión Nacional de Turismo,

Director Nacional de Turismo y al Viceministro, en la que pedía la emisión de una opinión sobre el inmueble ubicado en la Esquina la Av. Ordoñez, Av. Aviación y Vesalio, Distrito de San Borja, Lima, a efectos de construir un negocio de Máquinas Tragamonedas. Asimismo, señala en la solicitud que pretende desarrollar el proyecto de un restaurante turístico cinco tenedores que incluya un área de casino y máquinas tragamonedas y plantea la circunstancia de que el local se encuentra a menos de 150 metros de la Clínica Municipal de San Borja (94.30 mts).

La referida solicitud dio lugar a la apertura del expediente N° 01129-2000, en el que se realizó un informe legal (N° 027-2000-MITINCINMT/DNT/DJCMT/APD), en merito al cual se emitió el Oficio N° 2093-2000-MITINCINMT/DNT en respuesta a la solicitud y como opinión del Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales, mediante el cual se le exoneraba del requisito de la distancia de 150 metros cuadrados, pudiendo explotar el local ubicado a 94 metros de distancia de la clínica municipal, siempre que en la constancia de zonificación y uso expedida por la Municipalidad correspondiente, quede establecido que el inmueble puede ser destinado a la explotación de máquinas tragamonedas, que da pase al solicitante a iniciar las inversiones y gestiones conducentes a la obtención de la autorización para rubro de maquinas tragamonedas.

Una vez obtenida la exoneración, y en plena etapa de inversión para obtener las autorizaciones y licencias correspondientes al restaurante de cinco tenedores que necesariamente debe albergar este negocio, y los demás requisitos para su funcionamiento, entra en vigencia un nuevo reglamento que ya no contemplaba la posibilidad de exoneración.

Por lo expuesto, el Sexagésimo Tercer Juzgado Civil de Lima declaró fundada la demanda de acción de amparo e inaplicables a la demandante el Artículo 5° de la Ley 27153 modificado por el Artículo 1° de la Ley 27796 y del Artículo 3° del D.S. 009-2002 /MINCETUR, incluyendo las resoluciones administrativas que denieguen la resolución, disponiendo que la Autoridad competente evalúe la solicitud del demandante considerando la exoneración

contenida en el Oficio N° 2093-2000-MITINCINMT/DNT, sentencia que fue confirmada por la Quinta Sala Civil⁹⁴.



⁹⁴ Ver expediente N° 2153-2004, seguido ante el 63° Juzgado Civil de Lima, sobre Acción de Amparo, interpuesto por Inversiones KNN SAC contra el Ministerio de Comercio y Turismo – MINCETUR.

TERCERA SECCIÓN

BARRERAS BUROCRÁTICAS DE ACCESO AL MERCADO DE CASINOS Y MÁQUINAS TRAGAMONEDAS Y SU EFECTO EN LOS ESTADOS FINANCIEROS DE LA EMPRESA

- 1. Principales Indicadores del Mercado de Casinos y Máquinas Tragamonedas.**
- 1.1. Niveles de Formalización de los Establecimientos de Casinos y Máquinas Tragamonedas.**

Debido al desarrollo normativo existente en nuestro país, el cual ha generado una excesiva burocracia, se puede apreciar que los niveles de informalidad eran colosales. Dado ello, la Ley N° 28945 – Ley de Reordenamiento y Formalización de la Actividad de Explotación de Juegos de Casino y Maquina Tragamonedas -, publicada en el diario oficial el 24 de diciembre de 2006, resultó un estímulo positivo para lograr la formalización, ya que si bien existió la afirmación del Principio de Autoridad, ésta fue acompañada de la eliminación de Barreras Anti técnicas de parte de la Dirección General de Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas.

De este modo, al 1 de enero de 2007, solo el 3.63% de las salas tragamonedas eran formales, debiéndose mencionar que las salas de juegos de casino fueron siempre formales (actualmente 12 salas).

Al 24 de marzo de 2007 es que 247 empresas (771 salas) inician el trámite de formalización, concluyéndose con dicho proceso al 100% el 31 de diciembre de 2010⁹⁵.

Gráfico 1: Reordenamiento y Fiscalización



(*) EMPRESAS Y SALAS QUE SE PRESENTARON A LA FORMALIZACIÓN
(*) NO INCLUYE LAS 150 SALAS DEHEGADAS Y ACTUALMENTE CLAUSURADAS,
Cifras al 1 Enero 2013

Fuente: DIRECCIÓN GENERAL DE JUEGOS DE CASINO Y MÁQUINAS TRAGAMONEDAS⁹⁶

En la actualidad, existen cerca de 700 salas de juego autorizadas por la Administración Pública a lo largo del país. Sin embargo, siguen existiendo todavía otras barreras de acceso al mercado de parte de la Administración tales como aquella referida a la distancia, la cual aun cuando ha sido objeto de modificación o precisión en cuanto a la forma de realizar la medición, todavía subsisten aspectos no contemplados; o la referente al establecimiento del Silencio Administrativo Negativo como resguardo a la inacción de la Administración Pública, entre otras.

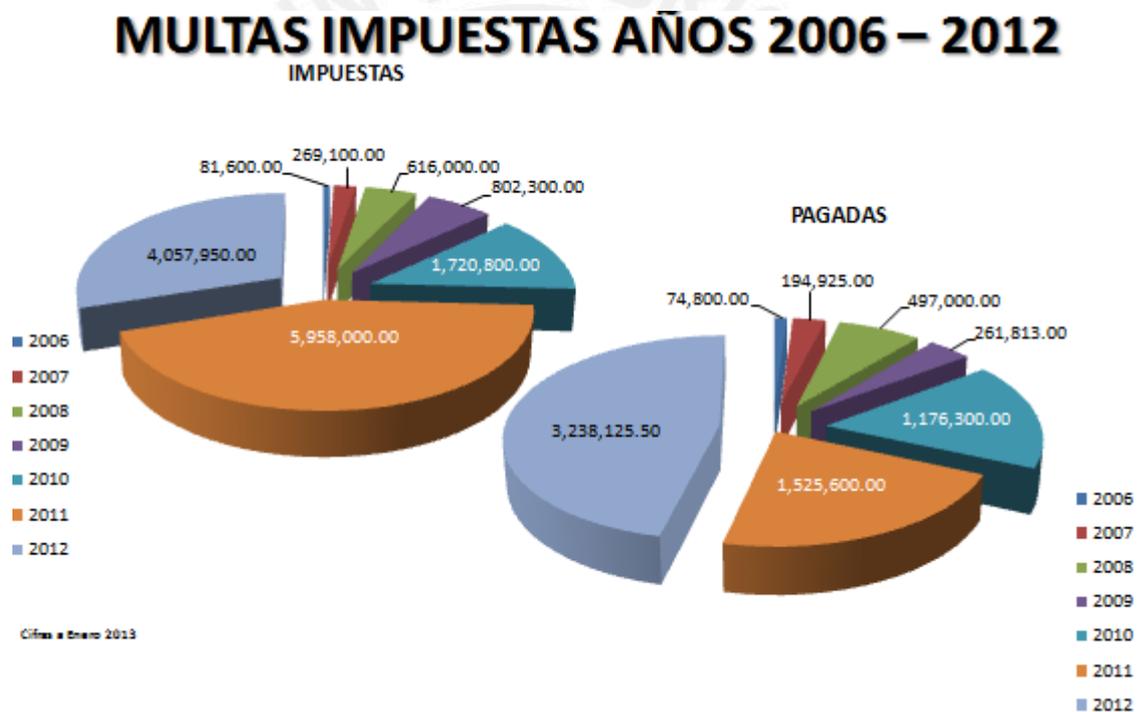
⁹⁵ <http://www.mincetur.gob.pe/turismo/DGJCMT/index.htm>

⁹⁶ <http://www.mincetur.gob.pe/turismo/DGJCMT/index.htm>

1.2. Recaudación del Impuesto a los Juegos de Casinos y Máquinas Tragamonedas.

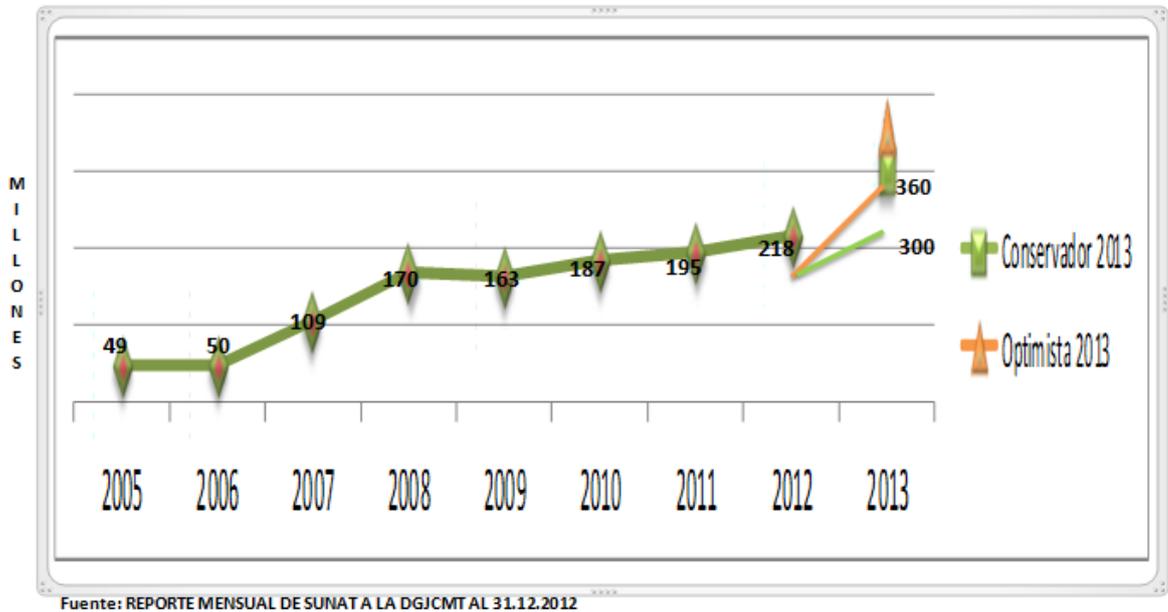
Como consecuencia del aumento de establecimientos formalizados, así como del crecimiento propio del sector, puede observarse que el nivel de recaudación de impuestos ha crecido de forma razonable. Asimismo, podemos ver que las multas administrativas han tenido un crecimiento exponencial, ello principalmente relacionado al proceso de formalización realizado, considerándose esto como un costo hundido.

Gráfico 2: Multas Impuestas 2006-2012



Fuente: DIRECCIÓN GENERAL DE JUEGOS DE CASINO Y MÁQUINAS TRAGAMONEDAS

Gráfico 3: Recaudación del Impuesto a los Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas (S/.)



2. Regulación por la Administración Pública y su repercusión en el mercado.

Lucchetti señala que “el bienestar del administrado y de toda la sociedad en su conjunto, como hechos económicos, son una consecuencia natural del ejercicio del derecho de la libre iniciativa privada. Así, debe entenderse que la finalidad de la legislación de la libre competencia es que la libre iniciativa privada discorra libremente, siendo este uno de los principales principios de la Constitución Económica. En este orden de ideas, las disposiciones y reglamentos administrativos no deben constituir un obstáculo al libre flujo y uso de los bienes y servicios, correspondiéndole a la Comisión de Acceso al Mercado de INDECOPI velar por el respeto al libre acceso y permanencia en el mercado de los agentes económicos eliminando las barreras burocráticas ilegales e irracionales a la actividad económica”.⁹⁷

Sin embargo, no olvidemos que en toda actividad económica, incluido el mercado de casinos y máquinas tragamonedas, existe la posibilidad que

⁹⁷ LUCCHETTI RODRIGUEZ, Alfieri Bruno, “Simplificando los procedimientos de otorgamiento de licencia de funcionamiento y declaratoria de fábrica”, en: *Derecho Administrativo Contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo*, Palestra Editores, 2007, Pág. 261.

surjan externalidades que distorsionen el funcionamiento regular y competitivo de la misma.

Las externalidades son costos o beneficios que surgen de una actividad económica, que afectan a las personas no dedicadas a la actividad económica y que no están reflejados totalmente en los precios. Por ejemplo, el humo que sale de una fábrica puede imponer costos de limpieza sobre los residentes cercanos, o las abejas mantenidas para producir miel pueden polinizar plantas que pertenecen a un agricultor cercano y mejorar así su cosecha. Debido a que estos costos y beneficios no forman parte de los cálculos de la gente que decide seguir o no adelante con la actividad económica, son una forma de fracaso del mercado, ya que la cantidad de actividad de actividad desarrollada si se deja al libre mercado significará un uso ineficiente de los recursos. Si la externalidad es beneficiosa, el mercado brindará poca; si es un costo, el mercado ofrecerá demasiada. Una solución potencial es la regulación: una prohibición, digamos.⁹⁸

En esta línea de pensamiento, Bishop⁹⁹ indica que a menudo las regulaciones son impuestas por el Gobierno, ya sea directamente o a través de un ente regulador designado. En general, la regulación se introduce para tratar el tema del fracaso del mercado. Externalidades como la contaminación han inspirado normas que limitan las emisiones de las fábricas. Pese a ello, incluso cuando fue introducida por razones económicas sólidas, la regulación puede generar más costos que beneficios. Las firmas o individuos regulados pueden enfrentar costos de cumplimiento sustanciales. Las firmas pueden asignar recursos sustanciales al arbitraje regulatorio¹⁰⁰ que no dejaría a los consumidores en mejor situación. La regulación puede conducir al riesgo moral si la gente cree que el gobierno está controlando el comportamiento de una empresa regulada y, por tanto, hace menos

⁹⁸ BISHOP, Matthew, Economía de hoy. Sus nuevas formas de la A a la Z, The Economist – Lupa Solutions, Lima, 2010, Pág. 140.

⁹⁹ BISHOP, Matthew, Ob. cit., págs. 276 – 277.

¹⁰⁰ Entiéndase en este caso por “Arbitraje Regulatorio” el explotar las brechas en la regulación y, quizás, hacer que la regulación pierda utilidad en el proceso. BISHOP, Matthew, Ob. cit., pág. 32.

monitoreo por ella misma. La regulación puede estar mal diseñada y así bloquear una industria en un equilibrio ineficiente. La regulación rígida puede frenar la innovación. En suma, el fracaso regulatorio puede ser aun peor para una economía que el fracaso de mercado.

Siendo así, y al ser el modelo económico adoptado por nuestra Constitución de 1993 el de *Economía Social de Mercado*, lo que busca la Administración Pública por medio de sus políticas de actuación es que estas externalidades, en especial las negativas, sean controladas y minimizadas en beneficio de la sociedad, justificando de este modo la implementación de barreras de acceso a mercados que potencialmente pueden ser fuente de externalidades negativas.

Como señalamos anteriormente, la Ley N° 28996, Ley de Eliminación de Sobrecostos, Trabas y Restricciones a la Inversión Privada, nos define a las barreras burocráticas en su Artículo 2° de la siguiente manera: *“Constituyen barreras burocráticas los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública que establecen exigencias, requisitos, prohibiciones y/o cobros para la realización de actividades económicas, que afectan los principios y normas de simplificación administrativa contenidos en la Ley N° 27444 y que limitan la competitividad empresarial en el mercado”*¹⁰¹.

De este modo, señalamos que existen barreras burocráticas en el acceso al mercado de Casinos y Máquinas Tragamonedas debido a que, en el caso de esta actividad económica, el silencio administrativo adquiere una interpretación negativa, ello debido a la supuesta afectación a la salud pública que ocasionaría, así como el riesgo del lavado de activos.

Asimismo, tenemos los requisitos para obtener la Autorización Expresa establecidos en la Ley N° 27153, Ley Que Regula La Explotación De Los Juegos De Casino y Máquinas Tragamonedas, con su modificatoria Ley N° 27796, entre los cuales se exige para dicha autorización que previamente se cuente con el establecimiento así como las mesas de juego o máquinas

¹⁰¹ Artículo 2° de la Ley N° 28996, Ley de Eliminación de Sobrecostos, Trabas y Restricciones a la Inversión Privada

tragamonedas, en función de las cuales se establece también la garantía correspondiente, entre otros enseres. Todo ello conlleva a un gasto considerable, el cual no será recuperable en caso del silencio administrativo puesto que, como comentamos anteriormente, se interpreta como negatorio.

Este tipo de costos se denominan en la Economía como costos hundidos, esto es, se refiere a algo que está hecho y no se puede deshacer. Los costos hundidos son costos en los que se ha incurrido y que no pueden ser revertidos, por ejemplo, gastos en la publicidad o investigación de la idea de un producto. Pueden ser una barrera a la entrada al mercado. Si los potenciales interesados tuvieran que incurrir en costos similares que no serían recuperables si la entrada fallara, podrían asustarse.¹⁰²

En el presente caso, dado que este trámite dura un intervalo de tiempo bastante extenso, alrededor de 3 años en la realidad, y la inversión de entrada a este mercado es un monto considerable, puesto que debe comprarse previamente las mesas de juego o máquinas tragamonedas, instalarse un sistema de video vigilancia, así como contar con un establecimiento ubicado en alguno de los distritos autorizados y a más de 150 metros de iglesias, instituciones educativas, cuarteles y hospitales, entre otros; es excesivamente aventurado para el inversionista arriesgarse a ingresar a este mercado, puesto que luego de cumplir con todos estos requisitos y esperar una respuesta de la Administración, de no manifestarse ésta luego del plazo establecido se considera que su silencio es negativo, es decir, que no se le concede lo solicitado sin indicarle cuál es la razón por la cual implícitamente se le ha negado la autorización. Por tanto, si el administrado persiste en su deseo de ingresar al mercado de casinos y máquinas tragamonedas, éste podrá seguir un proceso contencioso en contra de la Administración, incurriendo en mayores gastos para lograr su cometido, o esperar que la Administración se pronuncie. De una u otra manera, el administrado perderá recursos monetarios y temporales hasta lograr un pronunciamiento favorable sin poder realizar su actividad

¹⁰² BISHOP, Matthew, Ob. cit., pág. 85.

económica de forma legal, y empujándolo a permanecer en la informalidad, lo que finalmente repercutirá en la economía al disminuir los ingresos fiscales tipo impuestos.

En cuanto a la Administración, ésta justifica su actuar refiriéndose que este mercado causaría como externalidad un grave riesgo a la salud pública, principalmente por el fomento a la ludopatía, así como la posibilidad del lavado de activos por tratarse de una actividad económica en la que circula continuamente grandes cantidades de dinero. Todo ello constituye al mercado de casinos y máquinas tragamonedas en una actividad económica donde fácilmente se puede incrementar la tasa de ilegalidad y el riesgo para la salud pública, razón por la cual no puede darse la autorización de funcionamiento automáticamente en caso del Silencio Administrativo. No obstante ello, tal y como hemos hecho notar, la actuación de la Administración respecto a este mercado causa graves perjuicios económicos al inversionista que no son tomados en cuenta, dada la gran inversión de equipamiento, implementación, infraestructura, que éste debe efectuar previamente a la solicitud de la autorización. Estos perjuicios afectan directamente la rentabilidad de la empresa inversionista, hecho que se ve reflejado en el Estado de Resultados dentro de los estados financieros de la misma. A continuación, ahondaremos un poco más sobre este aspecto.

3. Efectos en los Estados Financieros.

3.1. Marco conceptual.

Se puede mencionar como una primera aproximación a la definición, que los estados financieros son reportes que muestran los diferentes aspectos de la información económico-financiera de una empresa, atendiendo a un orden y lenguaje preestablecidos¹⁰³.

Los principales estados financieros son:

- El Estado de Situación Financiera
- El Estado de Resultados

¹⁰³ FRANCO CONCHA, Pedro, "Evaluación de estados financieros", 3era edición, Lima, Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, 2012, pág. 44

- El Estado de Cambios en el Patrimonio Neto
- El Estado de Flujo de Efectivo

Cabe mencionar que las notas a los estados financieros forman parte integrante de los mismos, ya que brindan la información complementaria necesaria para su adecuada interpretación. La estructura de estas notas está preestablecida en el "Reglamento de preparación de estados financieros", elaborado por la CONASEV¹⁰⁴.

3.1.1. Objetivos de los estados financieros.

Los estados financieros "tienen el objetivo de estandarizar la información contable de la empresa, de tal manera que cualquier persona que tenga algún conocimiento de contabilidad pueda entender lo que el reporte contable, sea el Estado de Situación Financiera o en el Estado de Resultados, desea comunicar, sin interesar el tipo de empresa, su giro o, más aun, el país en donde se desenvuelve"¹⁰⁵.

Sin embargo, estos reportes cumplen otra función, tanto o más importante que la de estandarizar la información. Los estados financieros son una importante y relevante fuente de información para la toma de decisiones, para el establecimiento de las políticas y para el diseño de las estrategias futuras de la empresa¹⁰⁶.

Los estados financieros de una empresa "proporcionan información de tal manera que, al momento de analizarla, se tiene conocimiento de la magnitud de su nivel de inversión en maquinaria y sus fuentes de financiamiento, del resultado económico de la gestión de la empresa en un determinado período, de la estructura de las deudas con terceros, y de la gerencia y otros aspectos que influyen en las decisiones de los usuarios de dicha información financiera"¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Ídem.

¹⁰⁵ Ibidem. pág.45

¹⁰⁶ Ídem.

¹⁰⁷ Ídem.

El objetivo de brindar información para la toma de decisiones se podrá alcanzar en la medida en que los datos sean confiables, veraces, oportunos y completos. Por ello, se deben tomar en consideración los siguientes aspectos:

- La información contable pertenece exclusivamente a la compañía, más que al sector industrial donde ella se desarrolla o a la economía en su conjunto. Es una realidad particular y única en su entorno.
- La información que muestren los estados financieros representan una buena aproximación de la realidad y no una medida exacta de su situación.
- La información contable refleja hechos históricos y debe ser adaptada a la realidad específica de la economía en la que se desarrolla.
- La información contable no es la única fuente de información que se debe utilizar para la toma de decisiones.
- La información contable proporcionada por la empresa genera un costo que debe ser menor que el beneficio que genera su uso¹⁰⁸.

3.1.2. Normatividad sobre información financiera.¹⁰⁹

El Consejo Normativo de Contabilidad es el encargado en el Perú de aprobar las normas de contabilidad aplicables en el país y el que, en la práctica, ha venido oficializando gradualmente la aplicación de las NIIF en el Perú. Por otro lado, la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV) es la encargada de regular la información financiera que debe ser preparada por las entidades bajo su supervisión.

¹⁰⁸ Ídem.

¹⁰⁹ CHONG LEÓN, ESTEBAN; CHÁVEZ PASSANO, MARTHA; QUEVEDO ALEJOS, MARIA ISABEL; BRAVO TANTALEÁN, MIGUEL, "Contabilidad Financiera Intermedia: Estados Financieros y análisis de las cuentas del activo", Lima, Universidad del Pacífico, 2011, pág. 45 y 46.

Para este propósito, la CONASEV ha emitido un reglamento para la preparación de la información financiera, que debe ser utilizado por las entidades bajo su supervisión.

Este reglamento es actualizado periódicamente con el propósito de recoger las nuevas normas internacionales de información financiera y modificaciones a las normas existentes emitidas por el IASB, en especial las modificaciones a la NIC 1 Presentación de Estados Financieros.

En el año 2010, la CONASEV emitió la Resolución 102-2010-EF/94.10 (CONASEV 2010), en la que señala que las empresas emisoras de valores y otras supervisadas por esta entidad deben preparar sus estados financieros aplicando plenamente las NIIF a partir del 31 de diciembre de 2011 o 2012, según corresponda.

Por otro lado, el Consejo Normativo de Contabilidad emitió la Resolución 045-2010-EF/94, en la que oficializa la aplicación de la Norma Internacional de Información Financiera para Pequeñas y Medianas Entidades (NIIF para pymes), la misma que es de aplicación obligatoria a partir del 1 de enero de 2011 y aplica, en términos generales, para aquellas empresas que tengan un total activo o ventas menores a 3,000 Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

La NIIC 1 Presentación de Estados Financieros indica que un juego completo de estados financieros comprende:

- “Estado de Situación Financiera (antes Balance General) al final del período.
- Estado de Resultados integrales del período (antes información contenida en el llamado Estado de Resultados y parte de la información del Estado de Cambios en el Patrimonio Neto).
- Estado de Cambios en el Patrimonio Neto del período.
- Estado de Flujo de Efectivo del período.

- Notas a los estados financieros, que incluyan un resumen de las políticas contables más significativas y otra información explicativa.
- Un Estado de Situación Financiera al principio del primer período comparativo, cuando una entidad aplique una política contable retroactivamente o realice una re-expresión retroactiva de partidas en sus estados financieros, o cuando reclasifique partidas en sus estados financieros”¹¹⁰.

3.1.3. El Estado de Resultados.

De acuerdo a Franco Concha, el Estado de Resultados “cumple la importante función de mostrar las utilidades o pérdidas contables que la empresa obtuvo durante un período o ciclo contable. En efecto, un Estado de Resultados eficientemente elaborado debe proporcionar información importante relativa a la estructura de ingresos y gastos de la empresa. Además, es útil para diseñar medidas correctivas o de esfuerzo dentro de la organización, en términos de la gestión administrativa. El detalle de la información que proporciona este estado financiero incluye los gastos de ventas, los gastos administrativos, los ingresos y gastos financieros, las partidas extraordinarias, entre otros”¹¹¹.

Este reporte contable complementa el Estado de Situación Financiera, al generar la información referente a la utilidad o pérdida del período, de tal manera que se actualice la cuenta patrimonial de “utilidades retenidas”.

El Estado de Resultados está conformado por los ingresos y por los gastos realizados por la empresa en un período determinado. Sin embargo, se debe recordar que estos ingresos y gastos no implican

¹¹⁰ *Ibíd.* pág. 46

¹¹¹ FRANCO CONCHA, Pedro, “Evaluación de estados financieros”, 3era edición, Lima, Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, 2012, pág. 60 y 62.

necesariamente la entrada y salida efectiva de dinero. Existen cuentas ajenas a este estado financiero, cuya función es reconocer las entradas y salidas de dinero futuras o pasadas, así como los ingresos y gastos ajenos al período, de acuerdo con los principios de realización y devengado:

- a) **Ingresos:** son las retribuciones que percibe la empresa por la venta de bienes o los servicios prestados en un periodo determinado. Este ingreso se debe reconocer en el momento de la venta del bien o prestación del servicio independientemente de la forma de pago (principio de realización).
- b) **Gastos:** son disminuciones del capital contable que ocurren en el curso de vender bienes o prestar servicios, es decir, el costo de operación del negocio.

3.2. Resultados y Efectos en los Estados de Resultados.

Como se ha indicado anteriormente, las barreras para ingresar al mercado de casinos y máquinas tragamonedas generan que la empresa tenga que realizar una gran inversión en infraestructura, equipos y máquinas; costos que influyen directamente en los Estados Financieros de la empresa.

En dichos estados financieros, se muestran los diferentes aspectos de la información económica de la empresa, atendiendo a un orden establecido. Entre estos, hemos ya mencionado por ejemplo el Estado de Situación Financiera, el Estado de Resultados, el Estado de Cambio en el Patrimonio Neto, el Estado de Flujo de Efectivo, entre otros¹¹². La estructura de los Estados Financieros ya está preestablecida en el Reglamento de Preparación de Estados Financieros elaborado por el CONASEV, tal y como hemos señalado.

¹¹² FRANCO CONCHA, Pedro. op. cit. Pág. 4

De todos estos estados, podemos apreciar la afectación directa en el Estado de Resultados, anteriormente llamado Estado de Ganancias y Pérdidas. Ciertamente, si una empresa pretende ingresar al mercado de casinos y tragamonedas deberá realizar una gran inversión, no sólo de tiempo invertido en el trámite respectivo, sino de su propio capital, pues como ya se ha señalado, como consecuencia de la regulación actual para la obtención de la autorización de funcionamiento, será necesario que cuente con todos los equipos necesarios antes de incluso solicitar la autorización. Toda esta inversión se verá reflejada como gasto dentro del Estado de Resultados, al ser un costo de operación del negocio. El problema surge cuando este costo no llega a tener la finalidad prevista, que es justamente lo que ocurre cuando a falta de pronunciamiento de la Administración se aplica el silencio administrativo positivo. Todo lo invertido por la empresa para cumplir los requisitos para la solicitud de autorización termina siendo un costo en el cual la empresa ha incurrido, que no producirá ganancias para esta, un costo hundido. Esta situación evidentemente reflejará un desbalance en el Estado de Resultados de la empresa, pues el monto invertido para producir utilidad no cumplirá su finalidad y lo que veremos en dicho estado será un gran gasto para la empresa que no retornará utilidad alguna, al no contar con la autorización respectiva. Este hecho no podrá remediarse en un futuro cercano, pues el tiempo que tome esperar un pronunciamiento de la Administración o el tiempo que tome un proceso contencioso administrativo definitivamente no es corto, y mientras tanto la empresa afectada continuaría con este desbalance que le podría generar muchos más perjuicios al transcurrir el tiempo.

CUARTA SECCIÓN

**EL JUEGO PATOLÓGICO COMO EXTERNALIDAD Y MEDIDAS
PREVENTIVAS DISTINTAS DE LA APLICACIÓN DE BARRERAS DE
ACCESO AL MERCADO**

1. La Salud Pública y el Juego Patológico.

En primer lugar, consideramos pertinente definir la salud pública en los términos de Terris: *"La ciencia y el arte de prevenir las dolencias y las discapacidades, prolongar la vida y fomentar la salud y la eficiencia física y mental, mediante esfuerzos organizados de la comunidad para sanear el medio ambiente, controlar las enfermedades infecciosas y no infecciosas, así como las lesiones; educar al individuo en los principios de la higiene personal, organizar los servicios para el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades y para la rehabilitación, así como desarrollar la maquinaria social que le asegura a cada miembro de la comunidad un nivel de vida adecuado para el mantenimiento de la salud"*¹¹³.

¹¹³ TERRIS M. "Tendencias actuales de la Salud Pública de las Américas", en "La crisis de la Salud Pública", Publicación Científica N° 540, OPS, 1992.

Asimismo, la Organización Mundial de la Salud nos expresa que *“«riesgo para la salud pública» significa la probabilidad de que se produzca un evento que puede afectar adversamente a la salud de las poblaciones humanas, considerando en particular la posibilidad de que se propague internacionalmente o pueda suponer un peligro grave y directo”*.¹¹⁴

Por otro lado, el juego es “un aspecto constitutivo de la vida y el desarrollo del ser humano como medio de aprendizaje de habilidades y forma de interacción con el entorno. Llamamos “juego” a una actividad en la que un sujeto arriesga un objeto de valor a cambio de la posibilidad de conseguir otro considerado de valor superior”¹¹⁵.

De acuerdo a Ponce de León, “en todos los juegos intervienen en mayor o menor medida factores de azar, pero los llamados juegos de técnica se caracterizan porque el respeto a las normas, la capacidad y el entrenamiento de los participantes se identifican como determinantes de resultado. En el juego de azar es manifiesta la independencia entre la conducta del sujeto y el éxito o fracaso final”¹¹⁶. El juego social se practica “en el marco de una relación, su duración es pactada y las pérdidas se determinan previamente. En el juego profesional, los riesgos son limitados y la disciplina es central, ocupando la destreza del sujeto un lugar prioritario respecto al factor azar”¹¹⁷. En el juego patológico (JP) “la actividad, que parece dirigida al control de las leyes del azar, es recurrente y desadaptativa, originando una alteración en la continuidad y el equilibrio de la vida personal, familiar o profesional del afectado”¹¹⁸.

Entre las causas del juego patológico se puede mencionar los trastornos del estado anímico del sujeto tales como la depresión; los trastornos de la

¹¹⁴ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, Reglamento Sanitario Internacional, Segunda Edición, Ginebra, 2008, Pág. 10.

¹¹⁵ PONCE DE LEÓN HERNÁNDEZ, Carmen, GARCÍA SÁNCHEZ, Aurora y CARRIÓN OTERO, José, Juego Patológico, CINTECO. Psicología Clínica y Psiquiatría, España, Pág. 3. En: <http://www.cinteco.com/profesionales/pdfs/jpatologico.pdf>

¹¹⁶ Ídem.

¹¹⁷ Ídem.

¹¹⁸ Ibídem. Pág. 4.

personalidad en los cuales el sujeto tiene dificultad para controlar sus impulsos, derivándose en una adicción; y, sujetos que presentan un alto grado de ansiedad, siendo el juego el único método para tranquilizarse¹¹⁹.

Por tanto, y sin desmerecer la gravedad de la Ludopatía, la cual es reconocida como una enfermedad por la OMS, la actividad económica de los casinos y máquinas tragamonedas no determina necesariamente la aparición de este trastorno en los consumidores sino que depende de las particulares características de cada individuo; razón por la cual no correspondería la aplicación del Silencio Administrativo Negativo en el caso de la solicitud de Licencia de Establecimiento para Casinos y Máquinas Tragamonedas por no tratarse de un peligro para la salud pública.

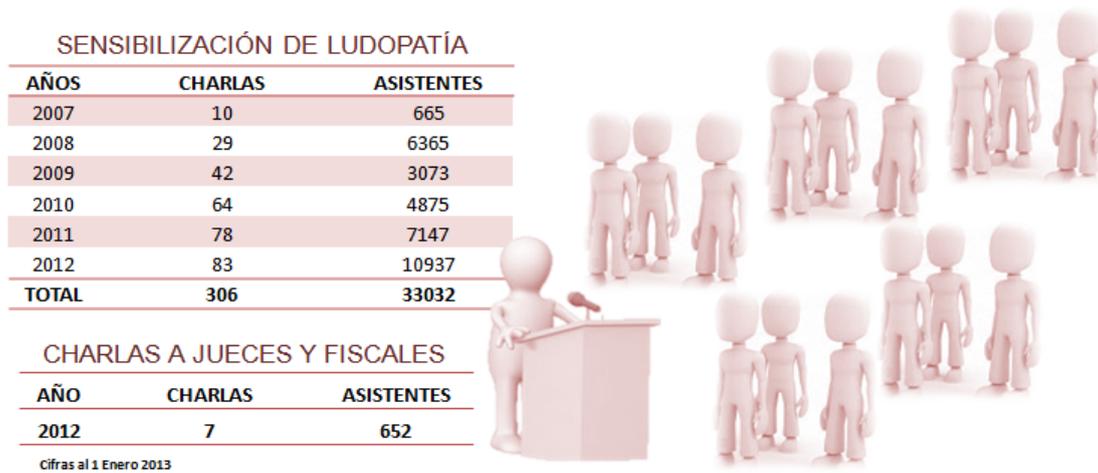
2. Medidas Socializadoras para la Prevención y el Tratamiento de la Ludopatía o Juego Patológico.

Como mencionamos anteriormente, si bien las Salas de Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas no son la fuente del trastorno de Juego Patológico, no se puede negar que las consecuencias de dicha enfermedad son considerables tanto para el sujeto como para aquellos que dependen de él; por ello, se promulga la Ley N° 29907, Ley para la Prevención y el Tratamiento de la Ludopatía en las Salas de Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas, publicada en el Diario Oficial el 20 de julio de 2012.

Es así que la Dirección General de Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas, conjuntamente con el Instituto Nacional de Salud Mental Hideyo Noguchi, ejecuta charlas de sensibilización.

¹¹⁹ Ídem.

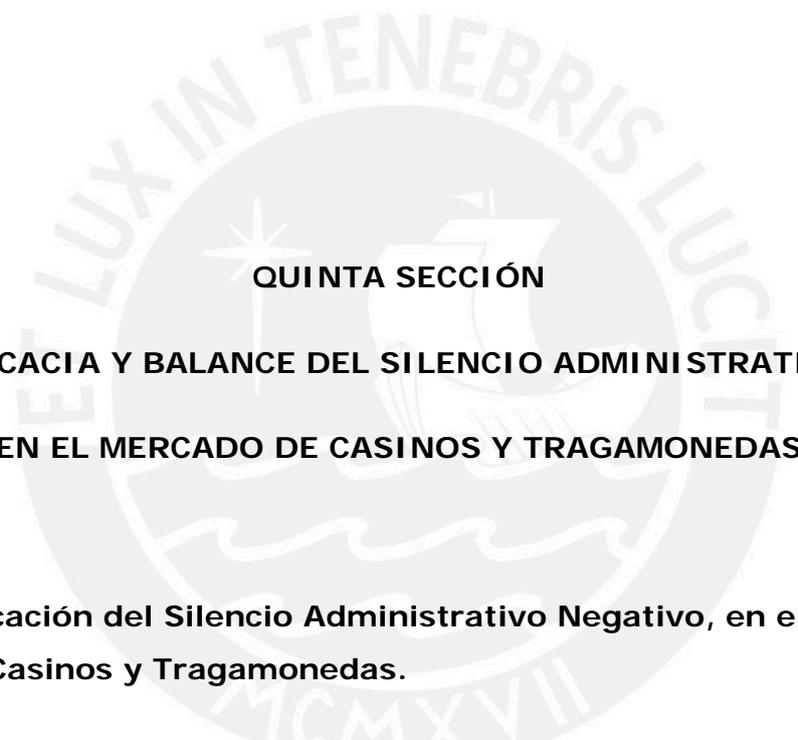
Gráfico 4: Charlas de sensibilización realizadas, periodo 2007-2011



Fuente: DIRECCIÓN GENERAL DE JUEGOS DE CASINO Y MÁQUINAS TRAGAMONEDAS

Como se aprecia en el gráfico, tanto el número de charlas dictadas como la cantidad de asistentes a las mismas ha aumentado considerablemente en cuatro años, lo que se traduce en una medida socializadora más exitosa que la aplicación excesiva de barreras de acceso al mercado.

Asimismo, se debe considerar que se ha emitido la Ley de Prevención y el Tratamiento de la Ludopatía en las Salas de Juego de Casino y Máquinas Tragamonedas, Ley N° 29907 publicada el 20 de Julio del 2012, que tiene el objeto de regular la prevención y tratamiento de la ludopatía en los juegos del azar que se realizan en los establecimientos destinados a la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas y su Reglamento emitido por D.S. 007-2013-MINCETUR, mediante el cual se establece que los casinos esta obligados a efectuar las medidas necesarias, para tener un registro de ludópatas, quienes estarán prohibidas de acceder a las salas de juego de casinos y maquinas tragamonedas, quienes deberán tomar las medidas necesarias, bajo sanción de aplicarse la tabla de infracciones y sanciones aprobada por D.S. 020-2010-MINCETUR.



QUINTA SECCIÓN

EFICACIA Y BALANCE DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

EN EL MERCADO DE CASINOS Y TRAGAMONEDAS

1. Aplicación del Silencio Administrativo Negativo, en el mercado de Casinos y Tragamonedas.

Cuando se promulga la Ley N° 27153, Ley que Regula la Explotación de los Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas, se hizo con la finalidad de regular este mercado y a la vez unificar la normatividad, a fin de prever y proteger a la ciudadanía de los posibles perjuicios y daños que afectan la moral, la salud, y seguridad pública, así como promover el turismo receptivo y establecer el impuesto a los juegos de casinos y máquinas tragamonedas.

En este contexto, cuando se regula la aplicación del silencio administrativo, la ley no es clara en cuando a su aplicación, estableciendo de manera genérica en su Artículo 35°, que “todo procedimiento de autorización que

permita la explotación de casino y tragamonedas, tratándose de una autorización expresa, no está sujeto a la aplicación del silencio administrativo positivo”¹²⁰, lo que ha ocasionado diversas interpretaciones de la norma y vacíos sobre la aplicación que debe corresponder en este caso.

Posteriormente, , mediante la promulgación de la Ley N° 29060, se establece, sin ningún sustento técnico, que en el mercado de casinos y tragamonedas se aplicara el Silencio Administrativo Negativo, , siendo que la aplicación del Silencio Administrativo Negativo no se realiza por materias, sino de acuerdo a cada procedimiento, y en forma excepcional, cuando el procedimiento afecte significativamente el interés público, dado que por regla general en los procedimientos de evaluación previa se aplica el Silencio Administrativo Positivo.

Consideramos que la dación de la mencionada norma ha sido claramente motivada por el interés político de presentarla como una solución a los engorrosos trámites burocráticos en la Administración Pública, sin ningún sustento técnico que vaya concordado con una verdadera reforma de la Administración Pública y consecuentemente del aparato Estatal.

2. Justificación para la aplicación del Silencio Administrativo Positivo, en el Mercado de Casinos y Tragamonedas.

Las razones del Estado para justificar la aplicación del Silencio Administrativo Negativo se fundamentan principalmente en el interés público, como es la afectación a la salud, sin establecer razones técnicas para regular el procedimiento bajo los alcances del silencio administrativo negativo.

Muchas veces, al tratar de construir políticas eficaces, el Estado utiliza el concepto de interés público, de tal forma que por este se entiende que existe una auténtica preocupación colectiva. Por ello, “es deseable que la

¹²⁰ Ley N° 27153 Ley que Regula la Explotación de los Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas, Artículo 35° Silencio Administrativo, 35.1.

información sobre la cosa pública llegue a la mayor cantidad de gente posible, mediante una normativa sobre el acceso a la información pública, un sistema de audiencias públicas o un presupuesto participativo”¹²¹.

En esa dirección, el interés público puede ser entendido como un atributo de la comunidad política, expresado en “la existencia de un conjunto de acuerdos reconocidos como básicos porque se refieren a la satisfacción de necesidades específicas de la misma comunidad”¹²². Son intereses que no se identifican exclusivamente de manera subjetiva; es decir, en atención a los sujetos, sino en función de la comunidad que los agrupa.

Aunque es claro que el funcionario debe equilibrar los intereses de los grupos en conflicto que tiene ante él, ¿qué normas deben sopesar sus demandas? “Mantener el interés público como norma es ofrecer algo imponderable. Su valor es psicológico y no significa más que el sentido que cada servidor público responsable debe encontrarle a la frase. Por lo tanto, es un concepto subjetivo que deberá estar sustentado inevitablemente en estudios técnicos, que realmente justifiquen su aplicación”¹²³.

Si nos remitimos a GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, tenemos que el silencio administrativo constituye un privilegio del administrado ante la Administración, para protegerlo ante la eventual mora de ésta en la resolución de su petición. Se trata de *“una simple ficción de efectos estrictamente procesales, limitados, además, a abrir la vía de recurso”, en sustitución del acto expreso; pero “en beneficio del particular únicamente”, así “el acceso a la vía jurisdiccional una vez cumplidos los plazos [queda] abierto indefinidamente en tanto la Administración no [dicte] la resolución expresa”*.¹²⁴

¹²¹ GONZÁLEZ MANITLLA, Gorki, Poder Judicial, Interés Público y derechos fundamentales en el Perú – Fondo Editorial PUCP, Mayo 1998, pág. 49.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, Curso de Derecho Administrativo, 7ª ed., Edit. Civitas S.A., Madrid, 1996, p. 573.

¹²⁴ *Ibidem*.

Bajo estos preceptos, al analizar la legislación de casinos y tragamonedas, no se advierte cuál es el sustento de la regulación, contrario a la voluntad del administrado, y qué es realmente la protección al interés público, en un procedimiento de obtención del título habilitante, para el ejercicio de la actividad comercial.

En efecto, el Estado ha regulado esta actividad con la finalidad de proteger a la población, de los riesgos de la ludopatía y estafa; sin embargo, resulta contrario al desarrollo de una sociedad ordenada, que las funciones de fiscalización y control estatal se dejen de practicar en forma permanente y eficaz, mediante la inoperatividad y falta de capacidad tuitiva – protectora, teniendo como consecuencia el rechazo de la petición del administrado.

Si apreciamos el avance que ha logrado el Estado respecto de la ludopatía, tenemos que no se han obtenido resultados favorables, toda vez que exigir la colocación de un aviso pequeño sobre el riesgo que conlleva el juego, no refleja una actitud decidida de lograr la defensa del interés público. A pesar de existir un presupuesto destinado para ello en la Ley N° 27153, donde se creó la Comisión Nacional de Prevención y Rehabilitación de personas adictas a los juegos del azar, no existió ninguna trascendencia efectiva que genere políticas de protección y orientación al usuario, situación que resulta totalmente contraria en el caso de los consumos de alcohol y cigarrillos, donde el Estado impone su autoridad, por lo menos varias campañas, según sea el caso.¹²⁵

En cuanto se refiere a la posible estafa, esta situación no puede ser cometida con facilidad, ya que el juego está controlado por sistemas de video, exigidos por la autoridad competente. Asimismo, las máquinas cuentan con una memoria de juego que debe estar homologada previamente a la autorización de la explotación; es decir, verificada y autorizada por la Dirección de Juegos de Casinos y Máquinas Tragamonedas (MINCETUR).

¹²⁵ Nos referimos específicamente, cuando el Estado promueve las campañas de no conducir bajo la influencia del alcohol, o cuando se prohíbe fumar en lugares públicos o cerrados.

Si se presumiera que el operador utilizara memorias que no responden al porcentaje aprobado por ley, en cuanto al retorno se refiere, dicha acción se contrarresta con la debida acción de fiscalización permanente que debe ejercitar el Estado.

Por ello, no podemos pretender que el administrado se perjudique con la negación del ejercicio de una actividad económica, la misma que no cuenta con justificación objetiva para restringirla. Si de juego se trata, deberían restringirse las carreras de caballos, los videojuegos y cuanta forma de juego absorbente exista. En ese sentido, el Estado no puede pretender su mala administración mediante la aplicación del silencio administrativo negativo, cuando no actúa de la misma manera en actividades del mismo tipo como las mencionadas, donde en efecto podría existir más adicción, pero no se aplica al silencio administrativo negativo.

Por esta razón, creemos que la decisión ficta del Estado debe ser a favor del administrado, es decir, estar 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.

Bajo éste análisis, consideramos que sólo accedería a una resolución ficta positiva aquel administrado que cumplió con presentar toda la información requerida dentro de los diez días siguientes a la presentación de su solicitud; caso contrario, no tendría derecho a acogerse al silencio administrativo positivo. Adicionalmente, el hecho de aplicarse el Silencio Administrativo Positivo no implica que el Estado pierda su capacidad de control, muy por el contrario la Dirección de Juegos de Casinos y Tragamonedas debe desarrollar una efectiva tarea de fiscalización posterior a la obtención de la licencia de formal de funcionamiento.

3. Medidas Normativas que deben corregirse e implementarse en el Mercado de Casinos y Tragamonedas.

De acuerdo al análisis que se ha efectuado, se tiene que la legislación en materia de casinos y tragamonedas orienta a sustituir la decisión administrativa efectiva con la denominada decisión ficta, regulada por la institución del silencio administrativo negativo.

Tal como se desprende de lo expuesto en párrafos anteriores, el Estado no ha demostrado que la autorización para casinos y tragamonedas afecte significativamente el interés público para que se siga manteniendo el silencio negativo. Si el Silencio Administrativo Negativo se sustenta en una posición de resguardo de la salud pública, sucede que al momento de cancelar los derechos de autorización se están costeano los servicios de fiscalización posterior y por tanto, cualquier irregularidad o ilegalidad sobreviniente debe ser advertida por el Estado a través de sus órganos competentes y de ser así establecerse las sanciones correspondientes, dentro de la facultad fiscalizadora de la autoridad administrativa. Adicionalmente a ello, el procedimiento de autorización y renovación expresa incumbe otros procedimientos previos como son el procedimiento ante el INDECI y el cumplimiento de 23 requisitos de conformidad con el TUPA del MICENTUR, con lo que resulta suficiente el filtro legal establecido por el Estado para proteger el interés público de la salud. De lo contrario, podría el Estado llegar al absurdo de exigir dentro de los requisitos para la autorización expresa la presentación de 100 informes clínicos de personas con tendencia a la ludopatía, entre otros ejemplos que resultarían en absurdos técnicos y legales.

Conforme se propone, esta forma de fijar la decisión administrativa resulta no solo restrictiva al libre mercado, sino también una forma de vulnerar el derecho que tienen las personas en materia de generación de riqueza, acceso al empleo, libertad de empresa y a ejercer la libertad del derecho de petición.

Ahora bien, del estudio de la normativa comentada, se advierte la necesidad de formular aquellos cambios que se adecuen o complementen con el desarrollo del mercado, toda vez que ha quedado plenamente demostrado que la actividad de explotación de juegos de casinos y máquinas tragamonedas se desenvuelve dentro de un mercado económico eminentemente competitivo, alejado completamente del sector turismo.

Las modificaciones normativas deben orientarse a ordenar la ubicación sectorial de la actividad, a efectos de permitirle un desarrollo armónico y equilibrado con el futuro del país, toda vez que, dentro de la racionalidad de un procedimiento administrativo, se debe lograr que el administrado obtenga del Estado la habilitación formal para el desarrollo de cualquier actividad económica que requiere de calificación por el órgano público. Sin embargo, no puede aprovecharse dicha facultad extra tuitiva del Estado para regular diversas actividades económicas, bajo el amparo de un inexistente interés público.

Como se sostiene, el interés público no ha sido debida y racionalmente sustentado por el Estado en el tema in comento, por cuanto es obvio que el legislador pretendió un mecanismo de control, sin tener pleno conocimiento del verdadero efecto o consecuencia que puede generar el juego y por consiguiente, obligue a adoptar medidas restrictivas a su ejercicio. En todo caso, el Estado debe reglamentar su función fiscalizadora en un dispositivo especial, para que se permita que la inversión privada fluya en este mercado sin desmerecer la protección del bienestar social, como por ejemplo la Ley N° 29907, Ley para la Prevención y el Tratamiento de la Ludopatía en las Salas de Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas, en lugar de poner excesivas barreras de acceso al mercado.

Esta razón motiva que la legislación resulte ineficaz y restrictiva a los derechos de las personas que intentan participar en la actividad, ya que si observamos el comportamiento que presentan los operadores de casinos y salas de tragamonedas, con relación a las exigencias que impone la ley, es evidente que el cumplimiento de requisitos se convierte en una exigibilidad

extrema que en la práctica no responde a la finalidad y objetivo inicial de la Ley, convirtiéndose en una barrera de acceso al Mercado.

Así, tenemos que para obtener una licencia formal de funcionamiento de Casinos y Tragamonedas, sólo es posible si el operador se halla en un Hotel 4-5 Estrellas o cuenta con un restaurante 5 tenedores, establecimientos que según el criterio adoptado, orientan a la promoción del turismo.

Si bien las instalaciones de los establecimientos antes citados se hallan dentro del sector turismo, es fácil apreciar que dicha exigibilidad no responde a una realidad, toda vez que los establecimientos que tienen esta calificación constituyen lugares cuyo público resulta bastante reducido, en comparación con otros establecimientos de alimentos y bebidas, que se caracterizan por una modalidad de autoservicio, snacks, comidas rápidas o al paso, ya sea por cuestiones de tiempo, costo o los propios productos (alimentos) que se ofrecen.

Esta situación se evidencia al visitar las diversas salas de explotación de máquinas tragamonedas o casinos que se han autorizado por contar con restaurantes de la categoría citada, los cuales no cumplen con su función dado que la gran mayoría de restaurantes habilitados como requisito no funcionan, ya que en realidad lo que pretendían los agentes económicos, era explotar los juegos de casino o tragamonedas, con lo cual al no contar con atención al público no realizan operaciones económicas. Este hecho ha sido constatado en salas de Los Olivos, Lince, La Molina, San Borja, La Victoria, Cercado de Lima, San Miguel, Miraflores, Santiago de Surco, entre otros distritos de Lima. Igual situación se advierte en diversas provincias del país.

Continuando con las modificaciones que se considera necesario efectuar, se tiene aquella vinculada con la presentación de todos los contratos del personal que trabajará en la sala de juegos, incluyendo hojas de vida y documentos de identidad; lo cual resulta exagerado, toda vez que el órgano administrador no habilita al personal que laborará y tampoco fiscaliza al mismo, ya que la autorización recae en la empresa, quien de conformidad

con las normas laborales vigentes, tiene la facultad de emplear las herramientas legales que correspondan tanto para la exigencia del cumplimiento de obligaciones, como para el respeto y cumplimiento de los derechos laborales. Asimismo, cabe señalar que aun cumpliéndose con la presentación de esta documentación, el MINCETUR no tiene una norma específica que distinga entre uno y otro trabajador así como entre especialidades que se requieran para la apertura de un Casino y Tragamonedas, resultando estos requisitos en írritos e innecesarios.

Bajo este extremo, exigir la información completa del personal que trabajará en la sala de juegos, también resulta un exceso y una vulneración de los principios del derecho administrativo, en cuanto se refieren a simplicidad, eficacia, informalismo, entre otros.

Siguiendo con la propuesta, se considera que el aspecto más importante, en cuanto a modificación, es aquella referida a la distancia, la cual, si bien ha sido objeto de modificación o precisión en cuanto a la forma de realizar la medición; aún subsisten aspectos no contemplados como los que a continuación se detallan:

1. Si nos circunscribimos a las ciudades de provincias, la mayoría de negocios están ubicados dentro del radio del centro de la ciudad; es decir, plaza de armas; por consiguiente, si la mayoría de los comercios se instala a los alrededores de la Plaza de Armas, donde encontramos iglesia, centros educativos, entre otros, resulta entonces, que rechazarán cualquier petición administrativa, en consecuencia, no se podría desarrollar estas actividades.
2. No se ha tenido en cuenta el aspecto más importante de la distancia, es decir, la influencia que puede generar la sala; ya que sin existir argumento lógico, se pretende que las salas se ubiquen a no menos de 150 metros, medidos en forma peatonal o en el sentido del tránsito peatonal, cuando muchas veces no existe influencia directa ni indirecta de la sala de juegos con algún centro educativo o templo. Por ejemplo, podría darse el hecho de que una sala de juegos que se

ubique a 151 metros de un nido sea aceptada, no obstante que el nivel de influencia sea igual que a 149 metros.

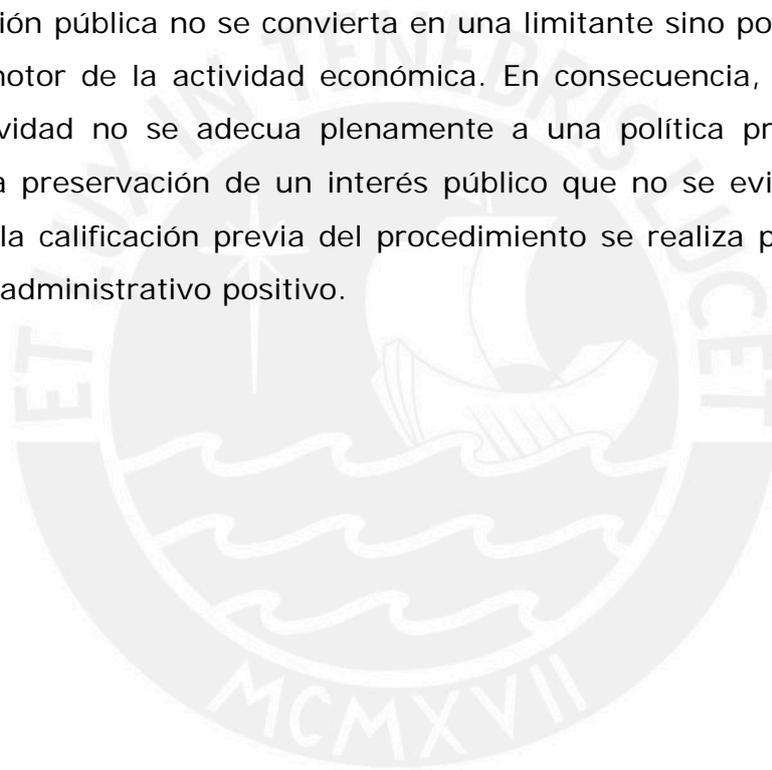
3. Las salas de juego normalmente, mantienen sus puertas cerradas, de tal forma que impiden que fácilmente se acceda visualmente al interior de la misma, especialmente por razones de seguridad y control, con lo cual el aspecto de la ubicación no tendría un efecto significativo.
4. Por otro lado, no tiene sentido que se prohíba su instalación cerca de nidos o colegios, cuando los menores de edad no pueden acceder a este tipo de establecimientos.
5. Por el lado de templos, nos preguntamos, ¿qué efecto puede producir una sala de juegos frente a una iglesia? Tal y como se da en el caso de provincias, ciertamente no encontramos incompatibilidad.
6. Igual situación advertimos de centros hospitalarios, los cuales no se perjudican en nada ante el funcionamiento una sala de juegos, ya que si el problema fuera el posible ruido, este se disipa dentro de la misma sala, al contar con ambientes acondicionados acústicamente; así como tomar en cuenta que la vía pública resulta más ruidosa que el funcionamiento de la sala de juegos.

Consideramos que el requisito establecido en cuanto a la distancia debe modificarse, ya que no se evidencia que exista justificación para restringir el funcionamiento de las salas de juego de casino y tragamonedas.

Finalmente, tenemos lo relacionado al tema principal de este trabajo, el silencio administrativo negativo, el cual se propone que varíe a positivo, toda vez que la administración pública se escuda en esta institución jurídica, para intentar de disimular su incapacidad organizativa, funcional y operacional.

Efectivamente, si se tiene en cuenta cada uno de los aspectos precitados, con relación a las modificatorias, ya no existiría razón para que la administración demore más tiempo en la calificación de las solicitudes. Asimismo, se evitaría un sobrecosto innecesario a los operadores y se podría orientar mejor la fiscalización posterior; que en todo caso, es el efecto natural que debe aplicarse a todo acto de la administración; principalmente en materia de aprobación automática; sin embargo, también es aplicable para los casos de aprobación ficta.

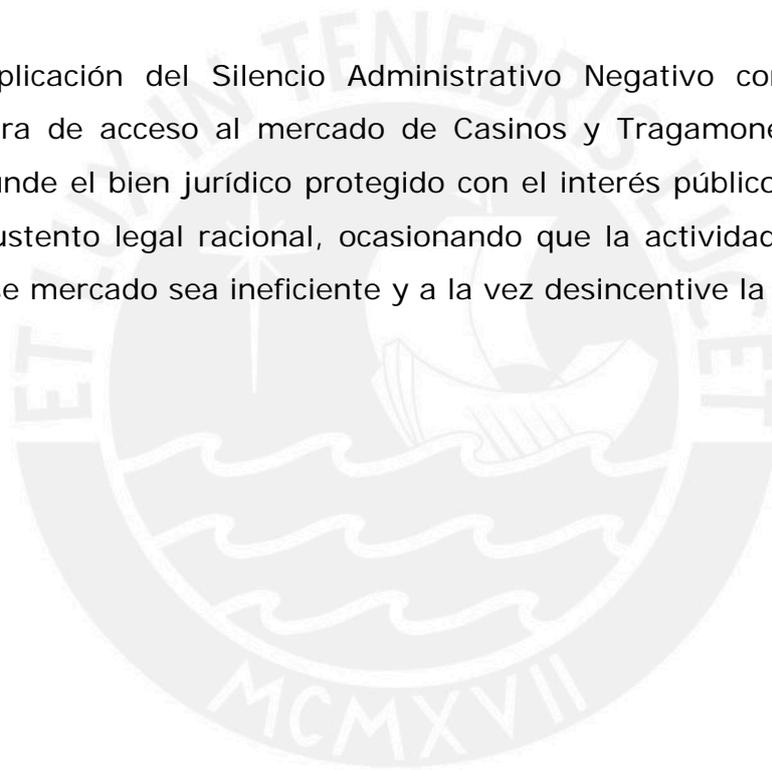
Sin perjuicio de ello, es menester para el desarrollo económico, que la administración pública no se convierta en una limitante sino por el contrario, en un promotor de la actividad económica. En consecuencia, al advertirse que la actividad no se adecua plenamente a una política prohibitiva por efecto de la preservación de un interés público que no se evidencia, debe fijarse que la calificación previa del procedimiento se realiza por aplicación del silencio administrativo positivo.



CONCLUSIONES

1. 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.
2. 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.
3. 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.

4. 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.
5. 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.
6. 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.



BIBLIOGRAFÍA

A. LIBROS.

1. ABRUÑA PUYOL, Antonio y BACA ONETO, Víctor Sebastián, ABRUÑA PUYOL, "El Silencio Administrativo en el Derecho Peruano", en: *El Derecho Administrativo y la modernización del Estado peruano. Ponencias presentadas en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Grijley, Lima, 2008.
2. BARTRA CAVERO, José, El Silencio Administrativo. Doctrina-Jurisprudencia-Marco Legal, Rodhas, Lima, 2008.
3. BISHOP, Matthew, Economía de hoy. Sus nuevas formas de la A a la Z, The Economist – Luppa Solutions, Lima, 2010.
4. CABRERA VASQUEZ, Marco Antonio y QUINTANA VIVANCO, Rosa, Derecho Administrativo & Derecho Procesal Administrativo, Ediciones Legales, Lima, 2011.
5. CALMELL DEL SOLAR, Analía, "El Silencio Administrativo, Aspectos Generales y su Reglamentación Actual, en el Derecho Administrativo Contemporáneo", en: *Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo*, Palestra Editores, Lima 2007.
6. CASSAGNE, Juan Carlos, "Los Poderes Normativos y la Estabilidad de las Concesiones y Licencia de Servicios Públicos", en: *Derecho Administrativo Contemporáneo*, Palestra Editores, Lima, 2007.
7. CÉSPEDES ZAVALA, Adolfo, "El silencio administrativo positivo: ¿resulta un mecanismo acertado para promover la eficiencia del Estado?", en: *Aportes para un Estado Eficiente. Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Palestra Editores, 2012.

8. DANÓS ORDOÑEZ, Jorge, Comentarios al Proyecto de la Nueva Ley de Procedimientos Administrativos, En: *THEMIS N° 34*.
9. DANÓS ORDOÑEZ, Jorge, "El silencio Administrativo como técnica de garantía del particular frente a la inactividad formal de la Administración", en: *Ius Et Veritas N° 13*.
10. DANÓS ORDOÑEZ, Jorge, "¿Era necesario una Ley del Silencio Administrativo?", en *Revista JUS*, Lima, Julio 2007, Grijley.
11. DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, 10ª ed. Buenos Aires – Madrid: Ciudad Argentina, 2004.
12. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. Curso de Derecho Administrativo, 7ª ed., Edit. Civitas S.A., Madrid, 1996.
13. ESCOLA, Héctor, *El Interés Público, como fundamento del derecho administrativo*, Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1989.
14. FERNÁNDEZ BACA, Jorge, Organización Industrial Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, Lima, 2006.
15. GÓMEZ APAC, Hugo y HUAPAYA TAPIA, Ramón, "Lo Bueno, Lo Malo y lo Feo de la Ley del Silencio Administrativo", En: *El Derecho Administrativo y la Modernización del Estado Peruano*, Grijley Lima, 2008.
16. GUZMÁN NAPURÍ, Christian y GAMARRA BARRANTES, Carolina, "Una Introducción a la Gestión de los Servicios Públicos", en: *Circulo de Derecho Administrativo*, Lima, 2008.
17. GONZÁLES MANTILLO, GARKI, Poder Judicial, Interés Público y derechos fundamentales en el Perú – Fondo Editorial PUCP, Mayo 1998.

18. KRESALJA ROSELLO, Baldo, "Constitución económica - la libertad de empresa, como fundamento del sistema constitucionalizado", en: *Legislación y Política de Competencia en la Comunidad Andina*, Lima, 2005.
19. KRESALJA ROSELLO, Baldo, "La Libertad de Empresa, Fundamento del Sistema Económico", en: *Libro homenaje a Jorge Avendaño – Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Lima, 2004.
20. LUCCHETTI RODRIGUEZ, Alfieri Bruno, "Simplificando los procedimientos de otorgamiento de licencia de funcionamiento y declaratoria de fábrica", en: *Derecho Administrativo Contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo*, Palestra Editores, 2007.
21. MARTÍNEZ LAGE, Santiago y otros, *La Modernización del Derecho de la Competencia, en España y la Unión Europea*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2005.
22. MARAVÍ SUMAR, Milagros, "Novedades sobre los silencios administrativos en el Perú", en: *El Derecho Administrativo y la modernización del Estado peruano. Ponencias presentadas en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2008.
23. MARAVÍ SÚMAR, Milagros, "La simplificación administrativa en el marco de la modernización del Estado", en: *Modernizando el Estado para un país mejor. Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Palestra, Lima, 2010.
24. OCHOA CARDICH, César, "Rol de la Administración Pública en la economía. Notas sobre la reforma constitucional", en: DANÓS

- ORDOÑEZ, Jorge y ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy, *Derecho Administrativo*, Jurista Editores E.I.R.L., Lima, 2004.
25. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, Reglamento Sanitario Internacional, Segunda Edición, Ginebra, 2008.
26. QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo, "Rezando entre Tinieblas, el credo del Control de Concentraciones Empresariales", En: *Themis* N° 39, Lima, 1999.
27. TASSANO VELAUCHAGA, Hebert, "Los Tribunales Administrativos en el Marco de la Regulación Económica de los Servicios Públicos", en: *Derecho Administrativo Contemporáneo*, Palestra Editores, Lima, 2007.
28. TERRIS M. "Tendencias actuales de la Salud Pública de las Américas", en "La crisis de la Salud Pública", Publicación Científica N° 540, OPS, 1992.

B. REVISTAS Y PONENCIAS.

29. Revista Jurídica del Perú, Derecho Privado y Público, Tomo 89, Julio 2008.
30. Ponencias presentadas en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Administrativo (Lima, 2008), El Derecho Administrativo del Estado Peruano, Organizado por Pontificia Universidad Católica del Perú, Editora Jurídica Grijley EIRL. 2008.
31. Revista Casino. Turismo y Entretenimiento, Edición N° 72, Febrero 2011.

32. PONCE DE LEÓN HERNÁNDEZ, Carmen, GARCÍA SÁNCHEZ, Aurora y CARRIÓN OTERO, José, Juego Patológico, CINTECO. Psicología Clínica y Psiquiatría, España, Págs. 3-4.

33. <<http://www.cinteco.com/profesionales/pdfs/jpatologico.pdf>>

34. <<http://www.mincetur.gob.pe/turismo/DGJCMT/index.htm>>

C. NORMAS LEGALES.

1. Constitución Política del Perú.
2. Código Civil
3. Ley 27153, Ley Que Regula La Explotación De Los Juegos De Casino y Máquinas Tragamonedas, publicado en el diario oficial El Peruano el 09.07.1999.
4. Ley N° 27796, Ley que Modifica los Artículos de la Ley N° 27153, que regula la explotación de Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas, publicado en el diario oficial El Peruano, el 24.07.2002.
5. Ley N° 28945, Ley de Reordenamiento y Formalización de la Actividad de Explotación de Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas, publicado en el diario oficial El Peruano el 24.12.2006
6. Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo, publicada el 07 de Julio 2007.