



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02679-2013-AA/TC

ÁNCASH

BONIFACIO PASCUAL SILVA BUENO

AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 24 de enero de 2017

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por don Bonifacio Pascual Silva Bueno contra la resolución de fojas 110 de fecha 26 de abril de 2013, expedida por la Sala Mixta Transitoria Descentralizada, sede Huari, de la Corte Superior de Justicia de Áncash que declaró improcedente la demanda de autos; y,

ATENDIENDO A QUE

1. Con fecha 14 de enero de 2013, don Bonifacio Pascual Silva Bueno interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Huari en la que solicita lo siguiente: a) que se le otorgue una licencia de funcionamiento para su discoteca "El Capital", ubicada en el jirón Manuel Álvarez 978 de la provincia de Huari; y b) que se deje sin efecto la clausura de su discoteca y se disponga el retiro del tapiado puesto en la puerta principal por el municipio emplazado.

El recurrente sostiene que sus derechos a la libertad de empresa, a la libertad de trabajo y de igualdad de oportunidades sin discriminación han sido lesionados, por cuanto ha tramitado su licencia de funcionamiento ante la municipalidad emplazada y ha cumplido con las exigencias de adecuación de infraestructura y sonido de su local conforme se le ha solicitado; pese a ello, no se le ha concedido dicha licencia aduciendo que su local se encuentra en una zona urbana y familiar. Sin embargo, sí se ha autorizado el funcionamiento de la discoteca "Eskápate" a unos 30 metros de distancia de su local, por lo que considera que está siendo víctima de discriminación, prohibida por la Constitución y los convenios internacionales.

Agrega que el tapiado de su local es arbitrario, puesto que con la Resolución de Ejecución Coactiva 1, de fecha 19 de noviembre de 2012, se le concedieron 7 días para cerrar su establecimiento bajo apercibimiento de ejecutar dicha sanción; pese a ello, mediante la Resolución Gerencial 077-2012-MPHi/GM, del 22 de octubre de 2012, se dispuso *a priori* el tapiado de la entrada de su local sin que se haya dictado una resolución administrativa que dispusiera la efectividad del apercibimiento, razón por la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02679-2013-AA/TC

ÁNCASH

BONIFACIO PASCUAL SILVA BUENO

0 cual considera que se le ha negado todo derecho de reclamo, dejándosele en estado de indefensión. Adicionalmente, refiere haber solicitado al municipio emplazado que efectúe una inspección de su local para que verifique el cumplimiento de los requisitos para su funcionamiento en mérito de la Ley de Simplificación Administrativa, sin embargo, sus pedidos han sido denegados.

2. El Juzgado Civil de Huari declaró improcedente la demanda a través de resolución de fecha 1 de marzo de 2013, señalando lo siguiente: (i) esta no incide sobre el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo, toda vez que este garantiza únicamente el derecho a acceder a un puesto de trabajo y a no ser despedido sin causa justa; (ii) no está comprometido el contenido constitucionalmente protegido del derecho constitucional a la libertad de empresa, toda vez que el demandante no ha acreditado poseer una licencia de funcionamiento; (iii) que no ha sustentado con claridad la supuesta discriminación racial del que habría sido objeto, lo que impide un pronunciamiento sobre el fondo; y (iv) las resoluciones administrativas que ordenaron el tapiado de la discoteca del demandante debieron recurrirse mediante un proceso contencioso administrativo y no a través de una acción de amparo.
3. La Sala revisora, mediante resolución de fecha 26 de abril de 2013, confirmó la apelada por considerar que la demanda no incide sobre el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de empresa ni a la libertad de trabajo, toda vez que el recurrente no es titular de una licencia de funcionamiento, y que existen vías procedimentales específicas igualmente satisfactorias para tutelar los derechos constitucionales invocados.
4. Según se aprecia de la demanda, en el caso existen dos actos que se reputan como lesivos de los derechos invocados. Por un lado, el actor identifica como lesivos de los derechos fundamentales a la libertad de empresa, la libertad de trabajo y la igualdad de oportunidades sin discriminación la negativa de la emplazada a otorgarle una licencia de funcionamiento para su discoteca "El Capital", pese a que a 30 metros de distancia ha procedido a otorgar licencia municipal para el funcionamiento de la discoteca "Eskápate". Por otro lado, se identifica como lesivo del derecho de defensa el tapiado de la entrada de ingreso de su local sin que previamente se haya emitido un acto administrativo que ejecute el apercibimiento dictado por la Resolución Coactiva 1, de fecha 19 de noviembre de 2012.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02679-2013-AA/TC

ÁNCASH

BONIFACIO PASCUAL SILVA BUENO

- 1
5. ¿Realmente los argumentos planteados por el recurrente identifican algún supuesto lesivo de derechos fundamentales pasible de revisión a través del proceso de amparo? Para dar respuesta a la interrogante planteada, corresponde verificar si los actos presuntamente lesivos pueden incidir o no en forma negativa en los derechos fundamentales invocados, esto con la finalidad de identificar si pretensiones como la propuesta cumplen con los requisitos de procedibilidad necesarios para emitir un pronunciamiento sobre el fondo.
6. El derecho a la libertad de empresa viene a ser “la capacidad de toda persona de poder formar una empresa y que esta funcione sin ningún tipo de traba administrativa, sin que ello suponga que no se pueda exigir al titular requisitos razonablemente necesarios, según la naturaleza de su actividad” (Sentencia 02802-2005-PA/TC, fundamento 4). En tal sentido, se entiende que esta capacidad de crear una empresa o negocio nace de la voluntad humana de transformar su entorno económico ya sea para efectuar una inversión personal o de terceros, pero con una finalidad lucrativa.

Esta capacidad o voluntad de crear un negocio, en tanto idea, es innata al ser humano y, por principio, ilimitable, pues cualquier idea que provoque el nacimiento de un negocio será el punto inicial del ejercicio de este derecho fundamental. Sin embargo, será la materialización de dicha voluntad la que justifique en mayor o menor medida la necesidad de la imposición de límites estatales, esto a fin de salvaguardar derechos fundamentales, valores, bienes y principios constitucionales. Es por ello que será la fase material de esta voluntad la que principalmente se encuentre sometida a límites razonables.

Entonces, dichas limitaciones se implementarán —o podrán implementarse— cuando el negocio se ponga en marcha ya sea para formalizar el tipo de giro a implementar, para la contratación de personal necesario para el desarrollo de labores, para la compra de maquinaria para la implementación de una planta de producción, para la formalización de una estructura organizacional que represente la empresa, entre otros; esto en razón de que la materialización de una empresa genera efectos (positivos y negativos) sobre la sociedad, los cuales requieren fiscalización (establecimiento de límites) a fin de evitar extralimitaciones en el ejercicio de este derecho y eventuales lesiones de bienes jurídicos constitucionalmente valiosos (derechos, valores, bienes y principios).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02679-2013-AA/TC

ÁNCASH

BONIFACIO PASCUAL SILVA BUENO

7. Sobre la libertad de trabajo, este Tribunal en anterior jurisprudencia ha señalado lo siguiente:

[...] se formula como el atributo para elegir a voluntad la actividad ocupacional o profesional que cada persona desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual; así como de cambiarla o de cesar de ella. Para tal efecto, dicha facultad autodeterminativa deberá ser ejercida con sujeción a la ley. Por ello es que existen limitaciones vinculadas con el orden público, la seguridad nacional, la salud y el interés público (Sentencia 03833-2008-PA/TC, fundamento 5)

8. Asimismo, respecto a igualdad, se ha manifestado lo siguiente:

[...] la igualdad consagrada constitucionalmente, detenta la doble condición de principio y derecho fundamental. En cuanto principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras ("motivo" "de cualquier otra índole") que, jurídicamente, resulten relevantes (Sentencia 00045-2004-AI/TC, fundamento 20).

A ello, también se ha precisado lo siguiente:

[...] este derecho no garantiza que todos los seres humanos sean tratados de la misma forma siempre y en todos los casos. Como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puesto que "la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona, es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana" [Opinión Consultiva N° 4/84]. La igualdad jurídica presupone, pues, dar un trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no lo es. De modo que se afecta a esta no solo cuando frente a situaciones sustancialmente iguales se da un trato desigual [discriminación directa, indirecta o neutral, etc.], sino también cuando frente a situaciones sustancialmente desiguales se brinda un trato igualitario [discriminación por indiferenciación] (Sentencia 02437-2013-PA/TC, fundamento 6).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02679-2013-AA/TC

ÁNCASH

BONIFACIO PASCUAL SILVA BUENO

9. Entonces, teniendo en cuenta los alcances de los derechos involucrados ¿en el presente caso, existen razones suficientes para evaluar si los actos denunciados vulneraron o no estos derechos fundamentales? Conforme se ha precisado en el considerando 4, uno de los actos denunciados como lesivos de los derechos invocados es la negativa de la municipalidad emplazada de otorgarle al actor una licencia de funcionamiento para su negocio, actuación que, según se señala en la demanda, se basa en un acto de discriminación, dado que a escasos metros de la ubicación de su local otra discoteca ha sido autorizada para su funcionamiento.
10. El referido argumento, plantea una posible afectación directa al derecho a la igualdad que terminaría incidiendo de manera negativa en el derecho a la libertad de empresa y a la libertad de trabajo, pues, de resultar irrazonable la invocada denegatoria, se habría impedido al recurrente materializar su voluntad de desarrollar un negocio y de trabajar en él, pese a haber cumplido con los requisitos administrativos exigidos.
11. En tal sentido, y dado que no existe una vía igualmente satisfactoria que evalúe las potenciales lesiones contra el derecho a la igualdad con incidencia en otros derechos fundamentales, como lo es el derecho a la libertad de empresa y la libertad de trabajo, se aprecia que la vía procesal del amparo resulta idónea, lo que evidencia que en el presente caso ha existido un indebido rechazo liminar de la demanda, por lo que corresponde que, en aplicación del artículo 20 del Código Procesal Constitucional, se restaure el proceso a la etapa de ocurrencia del vicio procesal a fin de que se admita a trámite la demanda y se corra traslado de la misma a la parte emplazada, debiendo incorporarse al proceso al conductor de la discoteca "Eskápate" en calidad de tercero coadyuvante, así como el expediente administrativo mediante el cual se otorgó la licencia de funcionamiento a la discoteca "Eskápate".
12. De otro lado, y con relación a la afectación de su derecho de defensa, cabe precisar que en la medida en que en autos no se encuentra comprendido en su integridad el expediente administrativo en el que se tramitara la sanción de clausura del local del actor, no se puede determinar con certeza si el procedimiento seguido en su contra provocó o no indefensión al actor. En consecuencia, corresponde admitir a trámite este extremo a fin de verificar si el acto denunciado lesionó o no tal derecho, para lo cual corresponde disponer la integración de dicho expediente administrativo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02679-2013-AA/TC

ÁNCASH

BONIFACIO PASCUAL SILVA BUENO

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú, y el abocamiento de la Magistrada Ledesma Narváez aprobado en el Pleno del día 27 de mayo de 2016, quien emitió el voto singular que se agrega, así como el fundamento de voto del magistrado Urviola Hani,

RESUELVE

1. Declarar **NULO** todo lo actuado desde fojas 78 y, en consecuencia, se ordena al Juzgado Civil de Huari que proceda a admitir a trámite la demanda y correr traslado de esta a la Municipalidad Provincial de Huari.
2. Incorporar a la litis al conductor de la discoteca “Eskapate” en calidad de tercero coadyuvante.
3. Incorporar el expediente administrativo mediante el cual se otorgó la licencia de funcionamiento a la discoteca “Eskápate”.
4. Incorporar el expediente administrativo mediante el cual se sancionó a don Pascual Bonifacio Silva Bueno.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES
URVIOLA HANI
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lo que certifico:

JANET OTÁROLA SANTILLANA
Secretaría Relatora
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02679-2013-PA/TC
ANCASH
BONIFACIO PASCUAL SILVA
BUENO

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO URVIOLA HANI

Coincido con lo resuelto por mis colegas en que se declare nulo todo lo actuado desde fojas 78 y que se admita a trámite la demanda, además de las incorporaciones que se detallan en la parte resolutive; sin embargo, y con el debido respeto por la opinión de la mayoría, me permito efectuar las siguientes precisiones:

1. Uno de los argumentos planteado en la demanda es que se estaría afectando el principio-derecho a la igualdad, lo que incidiría de manera negativa en el derecho a la libertad de empresa y la libertad de trabajo, toda vez que al demandante se le ha denegado la licencia de funcionamiento pese a que ha cumplido con las exigencias de parte de la municipalidad emplazada y que no obstante ello, a la discoteca "Eskapate", que se encuentra a unos 30 metros de distancia de su local, si se le ha autorizado su funcionamiento.
2. A efectos de tener un término de comparación, se ha dispuesto incorporar a la litis al conductor de la discoteca "Eskapate" en calidad de tercero coadyuvante y a su vez, incorporar el expediente administrativo mediante el cual se otorgó la licencia de funcionamiento a dicha discoteca; sin embargo, no se ha dispuesto incorporar el expediente administrativo que deniega la licencia de funcionamiento al recurrente.
3. Si bien obra en el expediente un estudio técnico del establecimiento del demandante (f. 20), así como la Evaluación de Impacto Acústico de la discoteca "Capital", suscrito este último por un arquitecto (f. 61), y un certificado de seguridad de defensa civil (f. 75); sin embargo, es preciso incorporar también el expediente administrativo que deniega la licencia de funcionamiento al demandante, tanto más si no se ha adjuntado en autos resolución alguna a efectos de analizar los motivos de dicha denegatoria.
4. En tal sentido, considero que se debe disponer incorporar el expediente administrativo por el cual se deniega la licencia de funcionamiento al establecimiento del demandante, discoteca "Capital".

S.

URVIOLA HANI

Lo que certifico:

JANET OTÁROLA SANTILLANA
Secretaria Relatora
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02679-2013-PHC/TC

ANCASH

BONIFACIO PASCUAL SILVA BUENO

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Con el debido respeto por la decisión de los colegas magistrados, en el presente caso disiento con su decisión de declarar la nulidad de lo actuado y disponer la admisión a trámite de la demanda, incorporando como tercero coadyuvante al conductor de la discoteca “Eskapate”, pues considero que lo que corresponde es declarar la improcedencia de la demanda. Mis fundamentos son los siguientes:

1. El recurrente pretende que: a) se le conceda la licencia de funcionamiento de la discoteca “El Capital”; y, b) se deje sin efecto la clausura del local en el que funcionaba la misma, retirándose el tapial puesto en la puerta principal. Alega la vulneración de sus derechos al trabajo, la libertad de empresa e igualdad. Funda su pretensión aduciendo que solicitó el otorgamiento de dicha licencia cumpliendo con todos los requisitos exigidos, pero que la demandada le denegó el pedido bajo el argumento de que el local se encontraría ubicado en una zona urbana de la ciudad de Huari. Agrega que, no obstante ello, a cinco metros de su establecimiento existe otra discoteca a la que sí se le habría otorgado la licencia de funcionamiento pese a que, incluso, se encuentra en una zona de declive y, por tanto, con alto riesgo para la integridad de las personas. Precisa que mediante Resolución de Ejecución Coactiva N° 1, de fecha 19 de noviembre de 2012, la demandada le concedió plazo de 7 días para que procediera el cierre definitivo del local bajo apercibimiento de ejecutarse el tapiado en mérito a la Resolución Gerencial N° 22 de octubre de 2012, pero sin que se hubiera emitido resolución administrativa haciendo efectivo el apercibimiento, el 22 de octubre de 2012 se ejecutó el tapiado.
2. De la revisión de autos se advierte que mediante Resolución Gerencial N° 77-2012-MPHi/GM (fojas 54), la demandada ordenó ejecutar la sanción de tapiado del Establecimiento Video Pub Discotek “El Capital”, encargando la ejecución de dicha medida a la Unidad de Ejecución Coactiva de la municipalidad demandada, por haberse retirado los papeles de clausura puestos en el local. En la parte expositivas de dicho acto administrativo se precisó que mediante Resolución de Alcaldía N° 176-20112-MPHi/A se sancionó al recurrente con multa de 4% de UIT y la clausura temporal de 30 días del local en que funcionaba la discoteca El Capital y que mediante resolución de Alcaldía N° 315-2012-PMHi/A, de fecha 11 de junio de 2012, se dispuso la clausura definitiva del mismo por haberse infringido la Ordenanza Municipal N° 0027-2008-MPHi/A.

Además, en la Resolución de Ejecución Coactiva Número Uno (Fojas 52), de fecha 19 de noviembre de 2012, se dispuso iniciar el procedimiento de ejecución coactiva del mandato dispuesto en la resolución citada en el párrafo *supra*, requiriéndose al



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02679-2013-PHC/TC

ANCASH

BONIFACIO PASCUAL SILVA BUENO

demandante que en el plazo de siete proceda al cierre definitivo del local comercial bajo apercibimiento de procedente al tapiado.

3. Ahora bien, en relación a la afectación de los derechos a la libertad de trabajo y de empresa que invoca el recurrente, debe recordarse que en la sentencia emitida en el expediente N° 2802-2005-PA este Tribunal dejó precisado que el derecho a trabajar libremente, en el ámbito del otorgamiento de una autorización municipal para el funcionamiento de un establecimiento comercial, será considerado como un derecho accesorio de la libertad de empresa, lo que supone que para poder determinar si existe afectación a la libertad de trabajo, tendrá que esclarecerse previamente la vulneración del derecho a la libertad de empresa, y que para esto último es menester que se encuentre acreditado que el reclamante cuenta con la licencia de funcionamiento correspondiente, de lo contrario no podrá asumirse la afectación de dicho derecho fundamental. Dicha sentencia también estableció que este criterio resultaba aplicable a las demandas en las que se solicite la inaplicación, suspensión o nulidad de cualquier sanción o procedimiento administrativo o coactivo, derivadas de la falta de la correspondiente autorización municipal.
4. En el caso de autos, estando a que el recurrente, además de no contar con la licencia de funcionamiento, pues lo que busca es precisamente el otorgamiento de la misma, también ha sido sancionado con la clausura definitiva de su local por infringir normas administrativas; siendo ello así, en atención a lo expuesto en el fundamento *supra*, la demanda deviene improcedente en el extremo referido a la vulneración de los derechos a la libertad de trabajo y de empresa invocados.
5. Respecto a la afectación del derecho a la igualdad, el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha señalado que el mismo no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino a ser tratado de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación y que la diferenciación en el trato se encuentra admitida en términos constitucionales sólo si se sustenta en razones objetivas; por ello, para determinar si en un caso específico estamos ante una injustificada diferencia en el trato, debe recurrirse al denominado *test de igualdad*, una de cuyas exigencias básicas es que quien alega ser sujeto de un acto discriminatorio debe proponer un término de comparación válido (*tertium comparationis*), esto es, un término de referencia a partir del cual se determine si el tratamiento jurídico dado no resulta objetivo ni razonable.
6. En los presentes autos, el demandante propone como término de comparación el tratamiento jurídico que la comuna demandada habría dado a la discoteca "Eskápate" al haberle otorgado la licencia de funcionamiento pese a encontrarse ubicada a sólo cien metros de su local y en una zona de declive, lo que a su consideración podría implicar un riesgo para la seguridad personal; sin embargo, no ha



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02679-2013-PHC/TC

ANCASH

BONIFACIO PASCUAL SILVA BUENO

acompañado documento alguno del que se pueda apreciar, no sólo la existencia de dicha discoteca sino también que la misma cuenta con licencia de funcionamiento otorgada por la entidad demandada. Siendo ello así y dado que los procesos constitucionales son restitutivos de derechos y no constitutivos de los mismos, no resulta suficiente la mera referencia a los hechos invocados como término de comparación para hacer un análisis de fondo a fin de determinar si ambos establecimientos se encuentran en una situación sustancialmente igual y que, por tanto, se habría dado un trato diferenciado injustificado, más si se tiene en cuenta que la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos y que los procesos constitucionales carecen de etapa probatoria, deviniendo por ello improcedente también este extremo de la demanda.

7. Finalmente, considero necesario hacer referencia a la intervención del tercero coadyuvante en un proceso, figura prevista en el artículo 97 del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente a los procesos constitucionales por mandato del artículo IX del Código Procesal Constitucional, conforme al cual

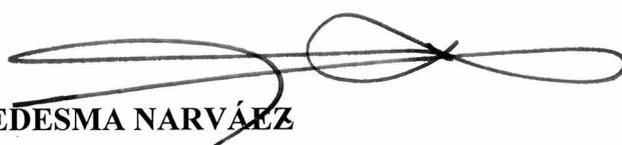
“Quien tenga con una de las partes una relación jurídica sustancial, a la que no deban extenderse los efectos de la sentencia que resuelva las pretensiones controvertidas en el proceso, pero que pueda ser afectada desfavorablemente si dicha parte es vencida, puede intervenir en el proceso como coadyuvante de ella...”

Así, el coadyuvante es aquella persona que no siendo parte en un proceso por ser ajeno a la relación jurídica material que subyace al mismo, se incorpora voluntariamente con la finalidad de ayudar a una de las partes con la que tiene una relación jurídica que podría verse afectada con una eventual sentencia adversa, es decir, tiene un interés en que la parte a la que se adhiere triunfe, y su participación se limitará a apoyar en la defensa del derecho de su coadyuvado. De lo dicho se concluye que el “tercero coadyuvante” no puede ser compelido por el Juez a incorporarse a un proceso, menos si no tiene con una de las partes una relación jurídica que se pueda ver afectada de modo desfavorable con la sentencia.

Por ello, no comparto la decisión de mis colegas magistrados de ordenar la incorporación al proceso del conductor de la discoteca “Eskapate”, cuyo nombre se ignora, como tercero coadyuvante, no sólo porque él no ha pedido ser incorporado sino que tampoco consta que haya evidenciado algún interés en adherirse a una de las partes para ayudarla.

Por tales fundamentos, mi voto es porque se declare **IMPROCEDENTE** la demanda.

S.


LEDESMA NARVÁEZ

Lo que certifico:


JANET OTÁROLA SANTILLANA
Secretaria Relatora
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL