

Reflexiones en Torno a La Potestad de Inspección o Fiscalización de La Administración Pública

José Antonio Tirado Barrera*

La potestad de fiscalización o inspección es, quizás, una de las más importantes que posee la Administración. Sin embargo, uno de los principales problemas para su estudio es la diversidad de normas reguladoras específicas, para lo cual sería necesario encontrar sus cuestiones básicas y características comunes que permitan un análisis adecuado del control de la Administración en el ejercicio de las libertades de las personas, y así se puedan formular propuestas de mejora del régimen normativo

De esa manera, por el medio del presente trabajo el Dr. Tirado reflexiona, y nos explica de manera clara, los principales aspectos de la potestad administrativa pública, desarrollando sus fundamentos constitucionales, formulando una definición básica, señalando la principales atribuciones de las leyes sectoriales brindan a la función inspectora y a su vez, nos brinda un interesante análisis acerca del valor probatorio de las actas de inspección; para, finalmente, señalar los principales derechos que se le brinda al administrado frente al ejercicio de la potestad inspectora.

Introducción

La importancia de lo que, convencionalmente, podemos denominar fiscalización, inspección, supervisión o control por parte de la Administración Pública y algunos de sus problemas más relevantes resulta fácil de comprender si prestamos atención a ciertos acontecimientos de amplio conocimiento público, tales como la publicación de la relación de los mayores deudores tributarios y la sorprendente revelación de los extraordinarios montos de sus deudas con el fisco; el drama de toda una ciudad, como es el caso de La Oroya y, digámoslo benévolutamente, el retraso en el cumplimiento de las obligaciones de carácter ambiental; las intervenciones que cada cierto tiempo realizan las municipalidades sobre centros de abastos y mercados; la paralización de obras de construcción; los anuncios por parte de las máximas autoridades gubernamentales sobre la creación de entidades públicas que se encargarán específicamente de las labores de fiscalización de las normas laborales, etc.

Estos hechos, que afectan diversos aspectos de la vida social, nos recuerdan periódicamente que la Administración Pública también fiscaliza, supervisa, inspecciona y controla a los ciudadanos, al ejercicio de sus libertades y, en no pocas ocasiones, sus actividades empresariales¹.

Pero los efectos relativos a las tareas de fiscalización o inspección de las Administraciones Públicas no se limitan, únicamente, a los ámbitos internos de un determinado ordenamiento jurídico. El profesor Alejandro Pérez Hualde nos enseña cómo la crisis financiera mundial iniciada en el año 2008 puede ser explicada, en parte, como consecuencia de la falta de medidas de fiscalización por parte de organismos estatales controladores de las actividades bancarias y financieras², siendo especialmente relevante conocer que entre las medidas adoptadas por el Grupo de los 20 (que reúne a las principales economías del mundo) destacan aquellas destinadas específicamente a reforzar la labor de inspección, fiscalización y control sobre determinados sectores del sistema financiero³.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente es profesor en el Programa de Alta Especialización en Derecho Administrativo de la Escuela Superior de Administración de Negocios-ESAN. Ex miembro de Derecho & Sociedad.

1 ALENZA GARCÍA, José Francisco. Potestad inspectora. En MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Diccionario de Derecho Administrativo*. Tomo II. Madrid: Iustel, 2005, p. 1890.

2 "Pero es también evidente que el resultado de la crisis y el objeto de este compromiso exigen tener por sujetos a un nuevo estado y a otro mercado; ambos sometidos a reglas jurídicas verificables y controlables. Estamos convencidos de que nos encontramos ante la presencia de un principio de reconstrucción del rol de los estados en la defensa del interés público que no sólo no significa la destrucción del sistema de mercado sino que viene exigida obligadamente para la subsistencia de ese mismo sistema. Esto es así porque ha quedado evidenciada la necesidad de un mercado que se encuadre dentro de los parámetros constitucionales en tanto y en cuanto espacio jurídico cultural y humano; porque el mercado es una noción ligada a la de estado y porque su existencia no puede realizarse fuera del área protegida de la ley. No obstante lo dicho, a nadie escapará la necesidad de una nueva formulación de las actividades estatales y públicas, tan desprestigiadas por su ineficiencia, primero, y por la prédica del neoliberalismo de las últimas dos décadas, después. Es imperioso reconstruir también a ese sector público, que había fracasado con sus instrumentos de intervención y limitación de las espontaneidades del mercado, y que es hoy el que aparece llamado a salvar precisamente a esos mismos mercados que no supieron contener los instrumentos que evitaran las monumentales trampas y defraudaciones que han amenazado con provocar la destrucción del sistema a nivel global" (PÉREZ HUALDE, Alejandro. La crisis mundial y el Derecho Público (El Estado, otra vez, protagonista). En: *Rivista di Diritto Pubblico italiano*, comunitario e comparato. N°10/2009. Disponible en www.federalismi.it).

3 "13. Los grandes fallos en el sector financiero y en la regulación y la supervisión financieras fueron causas fundamentales de la crisis. La confianza no se recuperará hasta que no reconstruyamos la confianza en nuestro sistema financiero. Tomaremos medidas para crear un marco supervisor y regulador más fuerte y globalmente más coherente para el futuro sector financiero, que apoye un crecimiento mundial sostenible y cubra las necesidades de empresas y ciudadanos.

14. Cada uno de nosotros acuerda garantizar que establecerá unos sistemas reguladores fuertes. Pero también estamos de acuerdo en establecer una mayor coherencia y una cooperación sistemática entre países, y el marco de criterios elevados acordados internacionalmente que un sistema financiero mundial requiere. El fortalecimiento de la regulación y de la supervisión debe promover el decoro, la integridad y la transparencia; proteger frente al riesgo en todo el sistema financiero; amortiguar en lugar de amplificar el ciclo financiero y económico; reducir la dependencia de fuentes de financiación indebidamente arriesgadas; y desincentivar la excesiva asunción de riesgos. Los reguladores y los supervisores deben proteger a los consumidores y a los inversores, apoyar la disciplina del mercado, evitar impactos perjudiciales en otros países, reducir el alcance del arbitraje regular, fomentar la competencia y el dinamismo, y mantenerse al día con las innovaciones del mercado." (Declaración Final de la Cumbre del G-20. Londres, 2 de abril de 2009).

Teniendo en cuenta el notable alcance que puede llegar a alcanzar el correcto ejercicio de las funciones de control a cargo de la Administración Pública, consideramos, pues, que resulta de la mayor importancia abordar las cuestiones básicas y fundamentales de una de las potestades administrativas más tradicionales y que, como lo señalan diversos autores, ha merecido poca atención doctrinal.

En este sentido, es preciso señalar que, de igual manera que ocurre en otros ordenamientos, en el caso peruano la función o potestad administrativa de fiscalización o inspección, se encuentra sometida a una diversidad de normas reguladoras (las cuales prácticamente poseen todos los grados del sistema de fuentes, desde convenios internacionales hasta resoluciones de organismos técnicos, pasando por leyes, decretos legislativos y normas reglamentarias de todo grado). Esta diversidad plantea, como resulta claro advertir, un primer problema a cualquier intento de aproximación a su estudio y esclarecimiento.

Resulta por ello necesario abstraernos de la regulación específica, que en muy diversos sectores del ordenamiento trata acerca de esta potestad administrativa, para, recurriendo a algunos de los principales desarrollos teóricos, plantear más bien ciertas características básicas y ver, por contraste, la forma específica en que nuestra legislación ha regulado esta materia, ya sea alineándose con las posturas doctrinarias más generalizadas o, por el contrario, constituyéndose en alguna excepción o regulación distinta a las comúnmente aceptadas⁴, para alcanzar, así, dos finalidades esenciales: en primer lugar, aproximarnos a lo que la doctrina más autorizada puede decirnos acerca de la función de inspección administrativa; en segundo lugar, revisar, al menos panorámicamente, el tratamiento que el ordenamiento jurídico nacional ha brindado en sus diversos sectores a la potestad administrativa de fiscalización, inspección, supervisión o control.

1. Fundamento Constitucional de la Función de Fiscalización o Inspección Administrativa

Aunque la Constitución de 1993 no contenga un desarrollo específico de la función de fiscalización o inspección a cargo de las Administraciones Públicas, sí es posible encontrar referencias a ella cuando la norma constitucional desarrolla algunos derechos fundamentales o fija determinadas directivas en la configuración del modelo económico.

Así, tenemos, por ejemplo, el caso del derecho a la inviolabilidad del domicilio donde se fija como una excepción a su protección, los motivos de sanidad, que necesariamente tendrán que ser evaluados y determinados por la Administración sanitaria⁵; de igual modo, al desarrollarse el derecho al secreto de las comunicaciones, la Constitución somete expresamente a los libros contables y administrativos a la inspección o fiscalización de la autoridad competente, la que constituye una fórmula abierta que permite comprender en ella, sin la menor duda, a la Administración Pública⁶; por otro lado, al desarrollar el derecho a la educación y referirse al régimen tributario de los centros educativos, la Constitución expresamente los somete a la fiscalización de la Administración en cuanto beneficiarios de una inafectación tributaria⁷; el artículo 59° fija el rol del Estado en materia económica⁸, mientras que el artículo 61° le atribuye un rol fundamental en el objetivo de alcanzar una libre competencia⁹ y, de igual modo, el artículo 65° nos habla acerca del rol del Estado en la defensa del consumidor¹⁰.

De esta manera, pues, resulta claro advertir que aunque la Constitución no consagre expresamente como una función propia de la Administración, el de la fiscalización o inspección, es fácilmente apreciable que sí la tenía claramente presente y, al menos de manera indirecta, ésta alcanza un reconocimiento constitucional.

Ahora bien, de estas referencias indirectas a la potestad administrativa de fiscalización o inspección

4 "La construcción de una teoría general del procedimiento de inspección puede ayudar a reconducir las múltiples normas especiales que regulan la realización de actividades de inspección muy distintas a algunas reglas jurídicas perfectamente generalizables." (RIVERO ORTEGA, Ricardo. *El Estado vigilante. Consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*. Madrid: Tecnos. 2000. p. 164).

5 Constitución Política de 1993.

"Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho (...)

9. A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley."

6 Constitución Política de 1993.

"Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho (...)

10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos, sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal. Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley. Las acciones que al respecto retomen no puede incluir su sustracción o incautación, salvo por orden judicial."

7 Constitución Política de 1993.

"Artículo 19°.- Las universidades, institutos superiores y demás centros educativos constituidos conforme a la legislación en la materia gozan de inafectación de todo impuesto directo e indirecto que afecte los bienes, actividades y servicios propios de su finalidad educativa y cultural. En materia de aranceles de importación, puede establecerse un régimen especial de afectación para determinados bienes. Las donaciones y becas con fines educativos gozarán de exoneración y beneficios tributarios en la forma y dentro de los límites que fije la ley. La ley establece los mecanismos de fiscalización a que se sujetan las mencionadas instituciones, así como los requisitos y condiciones que deben cumplir los centros culturales que por excepción pueden gozar de los mismos beneficios (...)"

8 Constitución Política de 1993.

"El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública (...)"

9 Constitución Política de 1993.

"Artículo 61°.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios."

10 Constitución Política de 1993.

"Artículo 65°.- El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población."

se ha valido, en diversas oportunidades, el Tribunal Constitucional para avanzar algunas consideraciones sobre el sentido y alcance de la fiscalización o control por parte de la Administración Pública que, lamentablemente, no ha sido formulado de manera sistemática¹¹.

Entre estas consideraciones podemos señalar el reconocimiento de las limitaciones a la libertad de empresa¹²; el establecimiento de un deber especial de protección a consumidores y usuarios¹³, la fijación de límites horarios para la realización de actividades económicas¹⁴, la constitucionalidad de sanciones que establezcan la clausura de locales que afecten el medio ambiente¹⁵, entre otros aspectos. De este modo, aunque no podamos encontrar un desarrollo sistemático ni un planteamiento general respecto de las atribuciones, sentido y alcances de la potestad administrativa de fiscalización o inspección, el Tribunal Constitucional nos ofrece algunas líneas de desarrollo en torno a temas específicos propios de aquella.

2. Definición de la Función de Fiscalización o Inspección de la Administración Pública

Corresponde en este momento intentar formular una definición básica de la función de inspección

administrativa y diríamos, tomando como base a lo expresado por Severiano Fernández Ramos, que ella es la potestad administrativa destinada a garantizar la adecuación permanente de las actividades sujetas a control a lo dispuesto por la ley¹⁶ y a las que se hubiera establecido en el correspondiente título habilitante, precisando que dicha garantía podrá comprender, también, las acciones necesarias para el restablecimiento de la legalidad quebrantada¹⁷. Esta definición deberá complementarse, necesariamente, con una referencia al fundamento mismo de la existencia o reconocimiento de su finalidad institucional, que, como resulta lógico dentro de un Estado Democrático de Derecho, que no es otro sino la necesaria protección de un interés general fundado en la protección de los derechos fundamentales o de otros bienes constitucionalmente consagrados¹⁸.

A partir de esta definición consideramos que podemos destacar cuatro características básicas o fundamentales de la función de inspección o fiscalización de la Administración, que abordaremos a continuación.

En primer lugar, es una potestad administrativa, es decir, se trata de un poder abstracto y genérico¹⁹ otorgado a la Administración Pública, de naturaleza instrumental y que, proveniente de un mandato legal²⁰, que no se agota en su ejercicio individualizado, y posee la capacidad

- 11 Una clara oportunidad perdida lo fue el caso del proceso de inconstitucionalidad seguido contra la Ley N° 28925, de modificación de diversos artículos de la Ley N° 27692, de creación de la Agencia Peruana de Cooperación Internacional y de la Ley N° 28875, Ley que crea el Sistema Nacional Descentralizado de Cooperación. En este caso el Tribunal Constitucional apenas si hace mención de la "fiscalización", "supervisión" o "control" en el ámbito de la cooperación técnica internacional que recibe algún tipo de beneficio tributario, para centrarse en otros temas que, independientemente de su relevancia, eran más bien una concesión al debate político generado por la pretendida intención del Gobierno de intervenir ilegítimamente en las actividades de los organismos no gubernamentales y, por parte de éstos, de considerar cualquier alteración al régimen legal vigente, como un atentando contra todas las libertades fundamentales. En medio de ese criterio, el Tribunal Constitucional se encaminó por rutas que no le dejaron oportunidad para pronunciarse sobre lo que era, en lo fundamental, el tema central de las normas cuya constitucionalidad se discutía. Al respecto ver la sentencia recaída en el Exp. N° 0009-2007-PI/TC y 0010-2007-PI/TC (acumulados).
- 12 "Consagrado por el artículo 59° de la Constitución, el derecho a la libertad de empresa se define como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. La libertad de empresa tiene como marco una actuación económica autodeterminativa, lo cual implica que el modelo económico social de mercado será el fundamento de su actuación y, simultáneamente, le impondrá límites a su accionar. Consecuentemente, dicha libertad debe ser ejercida con sujeción a la ley -siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan de la seguridad, la higiene, la moralidad o la preservación del medio ambiente-, y su ejercicio deberá respetar los diversos derechos de carácter socio-económico que la Constitución reconoce" (Exp. N° 7320-2005-AA/TC).
- 13 "(...) a juicio del Tribunal Constitucional, la primera parte del artículo 65 de la Constitución contiene un genérico deber especial de protección del consumidor y usuario que asume el Estado, cuyas formas como puede concretizarse, se traducen, sólo de manera enunciativa en garantizar "el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado", así como en velar, "en particular, por la salud y la seguridad de la población". Estas concretizaciones del deber especial de protección sobre los derechos e intereses de los consumidores y usuarios no se agotan allí, puesto que incluyen la expedición de directivas, el establecimiento de procedimientos administrativos, la aplicación de las leyes y reglamentos de conformidad con los derechos fundamentales, entre muchos otros factores a tomarse en consideración." (Exp. N° 858-2003-AA/TC).
- 14 "En efecto, la restricción de los horarios de apertura de los establecimientos en la *Calle de las Pizzas* constituye una restricción o intervención en el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad de los concurrentes a dichos establecimientos, pues tal derecho les garantiza su visita a estos lugares. En principio, se está ante una restricción legítima que tiene como propósito la salvaguarda del derecho al medio ambiente, la tranquilidad y a la salud, de los vecinos de la zona de restricción. Por otra parte, como se advirtió, no existe medio hipotético alternativo que pueda cumplir tal cometido (...) Expuesto en otros términos, conforme a la ponderación efectuada se concluye que, en la restricción del horario de atención examinada, resulta que el grado de limitación de la libertad de trabajo y del libre desenvolvimiento de la personalidad es leve, mientras que el grado de protección del derecho al medio ambiente, a la tranquilidad y a la salud es elevado. Por consiguiente, la medida adoptada satisface la *ley de ponderación* y, por tanto, es constitucional." (Exp. N° 0007-2006-PI/TC).
- 15 "Debe tenerse presente que, si bien en el ordenamiento constitucional coexisten diversos derechos constitucionales, hay circunstancias que legitiman la restricción de unos derechos en salvaguarda de otros, atendiendo a finalidades superiores del mismo ordenamiento constitucional. Bajo esta perspectiva, si el respeto a los derechos invocados en la demanda supone menoscabar los derechos a la salud y a un medio ambiente sano de los vecinos, convirtiéndolos en irreparables, es evidente que deben prevalecer estos últimos, por estar vinculados al principio de protección al ser humano, contenido en el artículo 1° de la Constitución Política del Perú, en virtud del cual la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, y sin cuya vigencia carecerían de sentido todos los demás derechos constitucionales. Es evidente, también, que el interés individual no puede primar sobre el interés colectivo. Por otro lado, los gobiernos locales tienen atribuciones de fiscalización y control de los establecimientos comerciales e industriales; por lo que en aquellos casos en que el funcionamiento de los mismos sea contrario a las normas reglamentarias o perjudicial para la salud o tranquilidad del vecindario, pueden disponer su clausura transitoria o definitiva, tal como lo prevé el artículo 119° de la Ley Orgánica de Municipalidades, N.° 23853. En consecuencia, las resoluciones cuestionadas han sido expedidas por los emplazados en el ejercicio regular de sus atribuciones." (Exp. N° 2071-2002-AA/TC).
- 16 "Las Administraciones legalmente habilitadas puede así obtener información, comprobar, examinar, vigilar, investigar hechos, actos, actividades en general, situaciones, documentos, operaciones, siempre que tales elementos sean <debidos>; esto es, que las diferentes personas físicas o jurídicas esten, positiva o negativamente, obligados a llevar a cabo de la manera, o bien previamente determinada por las normas, o bien sin que se contradigan aquéllas." (BERMEJO VERA, José. *La Administración inspectora*. Revista de Administración Pública. Madrid. 1998. N° 147. p. 44-45).
- 17 "(...) la actuación inspectora no se limita a una mera función de vigilancia orientada a prevenir riesgos y daños, sino que debe activar y, en su caso, adoptar los mecanismos de reacción previstos en el ordenamiento contra la transgresión de la legalidad administrativa y, sobre todo, de restablecimiento del orden perturbado." (FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora. Granada. Comares. 2002. p. 23). Ello enlaza directamente con la problemática de las denominadas medidas correctivas. Para un análisis sobre su aplicación en el ordenamiento jurídico nacional, puede consultarse con notable provecho a Juan Carlos MORON URBINA. Los actos-medida (medidas correctivas, provisionales y de seguridad) y la potestad sancionadora de la Administración. En: *Revista de Derecho Administrativo*. Lima. 2011. N° 9. p. 135-159.
- 18 "(...) el verdadero fundamento de la función inspectora en el Estado constitucional no se encuentra en títulos genéricos pretendidamente legitimadores de las intervenciones administrativas, al estilo del orden público o la salud pública, sino en la existencia de derechos fundamentales que deben ser protegidos -derechos a protección- interfiriendo con el menor grado de intensidad posible en la libertad individual." (RIVERO ORTEGA, Ricardo. Op. cit. p. 119.)
- 19 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, citado por Agustín GARCÍA URETA. *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas*. Marcial Pons. 2006. p. 28.
- 20 "La actividad inspectora, como toda actividad esencialmente imperativa o de autoridad, está sometida al clásico principio de legalidad administrativa, en virtud del cual es exigible la adecuada cobertura legal, es decir, la atribución por Ley a la Administración de la potestad de inspección sobre una materia, sector o ámbito determinado, precisando su alcance, extensión y los fines que ha de tutelar, y, ello sin perjuicio de reconocer, desde luego, la conveniencia de un ulterior desarrollo reglamentario de determinados aspectos de la actuación inspectora." (FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. Op. cit. p. 124).

de innovar, modificar, extinguir o aprobar situaciones jurídicas de los ciudadanos.

“(…) la potestad de fiscalización comparte una doble característica: es discrecional en el momento en que se decide su iniciación o aplicación (...); pero debemos considerarla como una potestad reglada en el momento de su ejecución debido a su carácter especialmente gravoso respecto de los derechos de los administrados²⁵ así como de las consecuencias que de la labor inspectiva se puedan derivar.”

En segundo lugar, debido a su caracterización como potestad administrativa, la de inspección es de naturaleza individual, no depende ni requiere de la voluntad o del concierto del administrado ni de otros sujetos (en principio) para su plena eficacia y puesta en ejecución. Ello es así, incluso en aquellos casos en los que el título habilitante para el ejercicio de la potestad inspectora provenga o esté conectado con la participación voluntaria del administrado en una determinada relación jurídica de naturaleza administrativa, como ocurre en los casos en que exista una relación contractual, por ejemplo, un contrato de concesión de servicios públicos. Así, la potestad de inspección o fiscalización de la que están dotados, por ejemplo, los organismos reguladores, no deriva de la existencia de un acuerdo contractualmente fijado ni tampoco requiere que aquellas atribuciones se fijen contractualmente. De igual modo, por tratarse de una atribución unilateral, la intervención de un particular a través de una denuncia, por ejemplo, no lo convierte, necesariamente, en sujeto partícipe de dicha actividad. Cuando la Administración es requerida por un particular a realizar alguna actividad referida o vinculada con el ejercicio de la potestad de inspección, dicha solicitud deberá ser respondida, conforme a ley (e, incluso, la Administración podrá realizar pesquisas iniciales para verificar la verosimilitud de lo denunciado), pero ello

no da lugar a considerar que la denuncia da inicio o constituye un paso necesario previo al ejercicio de la potestad inspectora²¹.

En tercer lugar, la de inspección es una potestad administrativa restrictiva o limitativa de derechos. Debido a su finalidad institucional, la inspección trae consigo, siempre, aunque en diversos grados, la restricción o limitación de derechos del administrado quien deberá soportarlos en la medida de su proporcionalidad y porque su finalidad institucional pretende, es preciso siempre reiterarlo, la satisfacción de un especial y concreto interés público. Al configurarse como una atribución administrativa que normalmente traerá consigo la restricción de los derechos del ciudadano se desprende, lógicamente, la necesidad que su configuración se haga respetando escrupulosamente el principio de legalidad para, justamente, proteger y cautelar adecuadamente la defensa de los derechos del administrado. En este sentido, consideramos necesario dejar en claro que, en el caso que el ejercicio de la potestad inspectora conlleve una restricción de derechos fundamentales, deberá tenerse en cuenta, además, la necesidad de respetar el principio de reserva de ley, que obliga a que tales atribuciones sean fijadas en una norma con rango de ley (e, incluso, podría exigirse que se trate de una ley en sentido formal)²².

La cuarta característica principal de la función de inspección está referida a su configuración como una potestad reglada o discrecional²³, lo que en otras palabras puede entenderse como el grado de autonomía con que cuenta la Administración para llevar a la práctica tales funciones. Si reparamos en que la potestad inspectiva puede alcanzar un carácter especialmente gravoso respecto de los derechos de los administrados, la determinación de su naturaleza reglada o discrecional parece resultar de especial importancia. Una correcta apreciación del problema planteado requiere, a nuestro entender, comprender que podemos encontrar dos momentos particularmente importantes en el ejercicio de la potestad inspectora de la Administración: un primer momento, de configuración de las condiciones necesarias para su ejercicio; un segundo momento, de ejecución individualizada de las potestades inspectoras. Es una cuestión sobradamente conocida que, a pesar de la existencia de mandatos legales que así lo establecen, resulta materialmente imposible, jurídicamente cuestionable y políticamente inconveniente que la Administración Pública pueda ejercer siempre y respecto de todos los sujetos sometidos a su competencia, todos y cada uno de los poderes inherentes a la

21 “Está claro que la denuncia no inicia la relación de inspección, cosa distinta es si obliga a la Administración a dar inicio a la inspección. Parece evidente que no cualquier tipo de denuncia puede tener efectos vinculantes. No obstante, las denuncias que cumplan determinados requisitos sí que obligan a la Administración a realizar las actuaciones que sean pertinentes para verificar si la denuncia está fundada y poder actuar en consecuencia, iniciando la inspección o archivando la denuncia si no hay indicios racionales de irregularidades.” (ALENZA GARCIA, José Francisco. Op. cit. p. 894).

22 En este sentido, es preciso tener en cuenta lo señalado por el Tribunal Constitucional. En un proceso de inconstitucionalidad donde se discutía la validez de ordenanzas municipales que disponían la suspensión temporal en la tramitación de licencias de obras, apertura y funcionamiento de establecimientos y procedimientos anexos, el supremo intérprete de la Constitución señaló lo siguiente: “De otro lado, a pesar de que la parte demandante ha propuesto que el examen de constitucionalidad de las normas impugnadas se realice desde la perspectiva del análisis de los derechos fundamentales, este Colegiado considera que previamente, debe tenerse en cuenta el principio de libertad contenido en el artículo 2.24.a. de la Constitución, como principio fundamental de nuestro ordenamiento constitucional. Así, del artículo 2.24.a. de la Constitución, que expresamente establece que “Toda persona tiene derecho (...) A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: (...) Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”, este Colegiado observa que se ha establecido una reserva de ley ordinaria -que se caracteriza por ser general y abstracta-, y que por sus propias características vincula tanto a los poderes públicos como a los órganos constitucionales autónomos y a todos los ciudadanos del Estado peruano; en consecuencia, no puede pretenderse a través de una ordenanza municipal, cuya eficacia está limitada y circunscrita al ámbito territorial sobre el que la corporación municipal la emite, ejerce su jurisdicción administrativa. Esta reserva de ley impone la obligación de que cualquier regulación que pueda afectar o incidir en los derechos fundamentales, incluso de manera indirecta, debe ser objeto exclusivo y excluyente de ley general y no de fuentes normativas de igual o inferior jerarquía. En ese sentido, cumple además una función de garantía individual al fijar límites a las posibles intromisiones arbitrarias del Estado, en los espacios de libertad de los ciudadanos.” (Tribunal Constitucional. Exp. N° 00017-2006-PI/TC, fundamentos jurídicos 10-12).

23 Sobre la configuración de las potestades administrativas como regladas o discrecionales, la referencia clásica es GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y Tomás Ramón FERNANDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. Civitas. 2000. Tomo I. p. 452-484.

función de fiscalización²⁴. La Administración no suele contar con recursos suficientes para ejercer, siquiera, en un sector relevante de la población sus potestades inspectivas; tampoco es conveniente socialmente que la Administración se encuentre permanente detrás de los particulares para observar y verificar que cumplen con la ley. Debe tenerse presente, además, que para generar actuaciones eficientes, no es necesario que todas las actividades privadas deban ser objeto de inspección en todo momento ya que el simple anuncio de su realización o su puesta en práctica en determinados sectores, sujetos u oportunidades, genera un efecto de demostración que coadyuva a su cumplimiento voluntario. Por otro lado, asumiendo que pudiera ser materialmente factible para la Administración supervisar todas las actividades privadas sujetas a determinada regulación, su puesta en práctica paralizaría la vida económica y social del país, entorpeciendo el desarrollo de la iniciativa privada.

Es en atención a lo expuesto anteriormente que consideramos que podemos señalar que el ejercicio de la potestad de fiscalización comparte una doble característica: es discrecional en el momento en que se decide su iniciación o aplicación (ya sea individualizada en un administrado específico o generalizada a través de los criterios fijados en un plan de inspección, por ejemplo), lo que se justifica debido a la imposibilidad práctica de fiscalizar todas las actividades sometidas a control o verificación; pero debemos considerarla como una potestad reglada en el momento de su ejecución debido a su carácter especialmente gravoso respecto de los derechos de los administrados²⁵ así como de las consecuencias que de la labor inspectiva se puedan derivar. En otras palabras, la Administración goza de un margen de apreciación para disponer de sus recursos (técnicos, económicos, humanos) al momento de configurar la forma en que dispondrá de los mismos para ejercitar su potestad de fiscalización, pero deberá sujetarse estrictamente a dichas consideraciones (y a todas aquellas otras directamente vinculadas con la protección de los derechos de los ciudadanos) cuando, pasando de una etapa de planificación o definición generalizada, se encuentre en una etapa de aplicación en un caso concreto e individualizable de dicha potestad. Esta puede ser, por ejemplo, una interpretación que permita entender en un sentido constitucionalmente correcto el artículo 62º del Código Tributario que señala (y que se entiende amenazadoramente) lo siguiente: "(...) la facultad de fiscalización de la administración tributaria se ejerce en forma discrecional."²⁶

Debemos tener presente que, encontrándonos en un régimen de economía social de mercado, los niveles de intervención administrativa respecto de las actividades económicas desarrolladas por los particulares deben ser mucho menores que aquellas que podrían existir en el caso de sistemas económicos que avalen un grado mayor de intervención estatal. Así, en nuestro país, la desregulación de ciertas actividades económicas, la fijación normativa de principios generales del procedimiento administrativo que privilegian el establecimiento del control posterior, las políticas de simplificación administrativa y de eliminación de barreras burocráticas, han traído como una de sus consecuencias²⁷ el incremento de los procedimientos administrativos de aprobación automática, meras comunicaciones a la Administración que permiten el desarrollo de actuaciones económicas de los administrados, las cuales sólo posteriormente pueden ser objeto de procedimientos de fiscalización, los cuales tampoco son planteados (al menos, normativamente) respecto de la totalidad de los procedimientos sino únicamente respecto de pequeñas muestras representativas, lo que acredita que en ciertas disposiciones legislativas se ha tenido en cuenta la imposibilidad material (o visto desde otra perspectiva, se ha apreciado la conveniencia de no distraer esfuerzos y recursos) para llevar a cabo el control de todas las actividades. De ello se desprende, pues, la necesaria adopción de criterios generales y objetivos que ofrezcan una debida garantía a los administrados acerca de la neutralidad en la aplicación de las intensas atribuciones propias de la potestad inspectora²⁸.

3. Las Principales Atribuciones de la Función Inspectora

Corresponde ahora revisar cuáles son las principales atribuciones que las leyes sectoriales fijan a favor de las administraciones públicas para el ejercicio de la función de inspección. Como hemos señalado en el inicio de este trabajo, es muy importante tener en cuenta que al no existir una regulación básica o general respecto de la potestad de fiscalización o inspección, serán las normas sectoriales las que, adaptándose al contexto específico en que se desarrollarán tales funciones, fijarán el conjunto de atribuciones que se consideren necesarias para el adecuado cumplimiento de las finalidades de cada administración.

Piénsese, por ejemplo, en el régimen de facultades que posee el Ministerio de Trabajo para fines de inspección

24 Por ejemplo, para el caso tributario, se ha señalado que: "Prácticamente, resulta imposible que la Administración Tributaria fiscalice o verifique a la totalidad de los contribuyentes. Por tanto, resulta imperativo que la Administración deba planificar el ejercicio de su potestad de fiscalización, a fin de seleccionar o elegir aquéllos contribuyentes a ser objetos de control. Se trata, pues, de una actividad eminentemente discrecional, pues mediante ella la Administración goza de un margen de libertad para adoptar la decisión que más convenga al interés público dentro del marco que establece la ley (Norma IV del Título Preliminar del Código Tributario). Efectivamente, las normas tributarias no pueden establecer en cada caso concreto qué contribuyentes deben ser verificados o fiscalizados, sino, a lo más, establecer parámetros que regulen dicha elección." (GAMBA VALEGA, César. Acerca del ejercicio y control de las potestades administrativas. Especial referencia al procedimiento tributario de fiscalización. En: *Vectigalia*. Lima, Año 3. N° 3. Diciembre, 2007. p. 44).

25 HUERGO LORA, Alejandro. La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos. *Revista de Administración Pública*. Madrid, 1995, N° 137. p. 189-192.

26 "Los riesgos para el principio de igualdad que se derivan de un ejercicio discrecional de las funciones inspectoras deben ser compensados a través del desarrollo reglamentario de los poderes de inspección, mediante medidas internas de organización y procedimiento que aseguren la objetividad de la decisión (planes o fijación de objetivos de las unidades de inspección), y gracias a la valoración de la proporcionalidad de la medida por parte de los Tribunales, teniendo muy especialmente su necesidad y su oportunidad." (RIVERO ORTEGA, Ricardo. Op. cit. p. 100-101). En directa relación con ello, puede consultarse a Blanca LOZANO CUTANDA. El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad. En: *Revista de Administración Pública*. 2003. N° 163. p. 83 y ss.

27 En todo caso, sino se ha presentado dicha consecuencia en la realidad, al menos esa ha sido la intención del legislador y el objetivo de los esfuerzos por alcanzarlos.

28 César Gamba Vallega nos advierte acerca de un intento por parte de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria-SUNAT de establecer estos criterios a través de un Plan Anual de Fiscalización que, aparentemente, no prosperó. (Op. cit. nota a pie de página 70).

laboral y compárese con las atribuciones que un organismo regulador especializado en materias técnicas como telecomunicaciones, para apreciar el amplio margen de atribuciones que podemos encontrar en el ordenamiento jurídico vigente.

Sin perjuicio de referencias puntuales o, incluso, de la pertinencia de extender las consideraciones que a continuación señalamos a otros supuestos, pasaremos a reseñar tres de las principales atribuciones que normalmente acompañan la labor de fiscalización administrativa, a saber: el ingreso a domicilios o locales; el requerimiento de documentación; la adopción de medidas correctivas.

3.1 El Ingreso a Locales Sujetos a Inspección

Se trata de la más básica y recurrente de las potestades de inspección administrativa. Resulta fácilmente comprensible que la labor de inspección desarrollada por la administración pública requiera, con normalidad, el ingreso a los locales donde se desarrollan las actividades sujetas a su control o donde se ubiquen bienes o presten servicios vinculados con aquellas, con la finalidad de constatar directamente si en tales locales se cumplen con las exigencias legales que regulan el desarrollo de las actividades sujetas a control o fiscalización administrativa.

Cuando el ingreso al local cuenta con el consentimiento de su titular no se plantean problemas respecto de la legitimidad de la actividad inspectora, el problema surgirá cuando no se obtenga dicho consentimiento o cuando no sea prudente contar con él para no entorpecer ni frustrar las finalidades de la inspección. En estos casos, se requiere contar con una autorización judicial²⁹. Esta exigencia deberá ser cumplida, incluso, en aquellos casos en los cuales la ley no la establezca expresamente, pues es usual que se atribuya a la administración la potestad de inspección de locales sin referencia alguna a la autorización judicial previa³⁰ o, incluso, respecto de aquellas normas que habilitan la competencia para que la administración realice dichas actividades sin necesidad de contar con ningún tipo de autorización³¹.

A la luz de estos ejemplos, pues, resulta necesario dejar establecido cuál es, a nuestro criterio, el correcto entendimiento de la potestad de ingreso a locales sujetos a fiscalización administrativa. En primer lugar, debemos destacar que en el caso que el local en el que se realizará la inspección administrativa coincida con un domicilio, se requerirá necesariamente con la preceptiva autorización judicial. Ello se corresponde, necesariamente, con el reconocimiento constitucional del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Como resulta obvio, el problema que se plantea inmediatamente es el relativo a la titularidad del derecho a la inviolabilidad del domicilio por parte de personas jurídicas³². Esta cuestión se encuentra debidamente resuelta por el Tribunal Constitucional el cual, recogiendo la experiencia comparada, no ha dudado en extender el derecho a la inviolabilidad del domicilio a las personas jurídicas³³, fundamentando la necesidad de la extensión del ámbito de protección a la necesaria garantía de los derechos fundamentales de las personas naturales que, organizadas en una persona jurídica, persiguen objetivos no sólo plenamente válidos sino inalcanzables (o difícilmente alcanzables) de modo individual, de modo que la protección de aquel único centro autónomo de imputación de relaciones y situaciones jurídicas en que se convierte la persona jurídica se constituye, en una necesidad perentoria para el funcionamiento pleno del sistema de derechos fundamentales constitucionalmente consagrado³⁴. Así, no resulta necesario tratar de extender las justificaciones de la protección del domicilio de la persona natural al caso de las personas jurídicas³⁵, sino tratar de encontrar en la propia naturaleza y finalidad de las personas jurídicas, el interés jurídicamente protegible a través de la inviolabilidad del domicilio. Y en el caso del desarrollo de actividades comerciales, industriales, de investigación científica o del desarrollo de otras actividades plenamente válidas que, por alguna razón estén, total o parcialmente, bajo supervisión de la administración, la inviolabilidad del domicilio se encuentra plenamente justificada y asegurada constitucionalmente a favor de la persona jurídica que las desarrolla.

29 Esta es, por ejemplo, la postura asumida por el Código Tributario, el cual en su artículo 62º numeral 8) cuando señala que es potestad de la administración tributaria el practicar inspecciones en los locales ocupados por el deudor tributario. Cuando los locales estén cerrados o se trate del domicilio del deudor tributario, se requerirá autorización judicial.

30 Es el caso de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, que señala en su artículo 15º que el Organismo Especializado en Fiscalización Ambiental-OEFA puede realizar, directamente o a través de terceros, realizar labores de fiscalización sin previo aviso en aquellos establecimientos o lugares sujetos a su ámbito de competencia. Nótese que esta disposición no hace referencia alguna a la eventualidad de la existencia de un domicilio ni a la necesidad de autorización judicial.

31 Por ejemplo, la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, establece la facultad de los inspectores de trabajo para ingresar libremente a cualquier centro de trabajo, establecimiento o lugar sujeto a inspección; sólo en el caso que dicho local coincida con el domicilio de la persona física fiscalizada deberán requerir su consentimiento o contar con autorización judicial. La *facultad de ingresar libremente y sin previa notificación* a cualquier establecimiento sujeto a fiscalización se corresponde, es necesario decirlo, con el artículo 12º del Convenio N° 81 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), relativo a la inspección del trabajo en la industria y el comercio, que entró en vigor en el año 1950.

32 Sobre la cuestión puede consultarse a Angel GOMEZ MONTORO. La titularidad de derechos fundamentales por parte de personas jurídicas. Un intento de fundamentación. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. N° 65. p. 49 y ss.

33 "Este Tribunal debe precisar que por la naturaleza del derecho, las personas jurídicas también pueden ser titulares del derecho a la inviolabilidad del domicilio, en la medida que éstas pueden ser titulares de espacios físicos para desarrollar su objeto social. Es oportuno destacar que este criterio de extensión de la titularidad del derecho a la inviolabilidad del domicilio a favor de las personas jurídicas es aceptado en la jurisprudencia constitucional comparada. A título ilustrativo, el Tribunal Constitucional español en la STC 137/1985 ha destacado que "la libertad del domicilio se califica como reflejo directo de la protección acordada en el ordenamiento a la persona, pero no necesariamente a la persona física, desde el momento en que la persona jurídica venga a colocarse en el lugar del sujeto privado comprendido dentro del área de la tutela constitucional, y todas las hipótesis en que la instrumentación del derecho a la libertad no aparezcan o sean incompatibles con la naturaleza y la especialidad de fines del ente colectivo" (Tribunal Constitucional. Exp. N° 2389-2009-AA/TC).

34 "La consecución de la *plenitudo libertatis* a la que se dirigen los derechos fundamentales difícilmente puede lograrse sin la garantía del derecho fundamental a crear organizaciones y de que las mismas puedan, a su vez, desenvolverse con libertad. No resulta suficiente, por ello, el simple reconocimiento de la genérica capacidad jurídica de las organizaciones, al tiempo que se entiende que los derechos fundamentales lo son sólo de sus miembros, o entender que la actividad de la persona jurídica es reconducible en última instancia a los comportamientos de las personas físicas que la integran, que ya están garantizados por los derechos fundamentales. Si precisamente alguna utilidad ha tenido la noción de persona jurídica ha sido la de permitir considerar como un único sujeto de imputación a un colectivo, la de reducir a la unidad una pluralidad, separando los actos de la entidad de los de sus miembros. La persona jurídica es algo distinto de sus miembros y no se entiende por qué tal principio debería quebrar al operarse en el ámbito del Derecho Constitucional y, más en concreto, en el de los derechos fundamentales (...)" (GOMEZ MONTORO, Angel. Op cit. p. 97-98).

35 Invocando una intimidad propia de las personas jurídicas, por ejemplo.

En este caso debe tenerse en claro, que la aplicación de las normas que rigen la facultad de inspección administrativa deben tener presente la protección constitucional al domicilio, la misma que se extiende a las personas naturales y jurídicas, y que, en caso de ausencia de autorización, se necesitará, siempre, la correspondiente autorización judicial³⁶.

3.2 El Requerimiento de Información

La segunda de las facultades propias de la labor inspectiva se refiere al requerimiento de información relativa al desarrollo de las actividades sujetas a fiscalización con el objeto de permitir comprobar su adecuación a la legalidad aplicable. Además de la información existente y cuya tenencia constituye un deber legal³⁷, también forma parte de esta atribución la exigencia de preparación de alguna información nueva no disponible al momento en que se realiza la inspección, la inmovilización y la incautación de documentación.

La legislación vigente regula de forma diversa el ejercicio de esta atribución. En todo caso, debe tenerse presente la protección constitucional que se le otorga a la documentación que, por exigencia de la ley, una persona deba llevar³⁸. En este sentido, la legislación puede señalar de forma específica el tipo de información que el administrado está en obligación de presentar ante el requerimiento de la Administración o puede plantearlo en forma genérica.

El Código Tributario, por ejemplo, señala con un cierto grado de especificidad la documentación que el contribuyente debe poner en conocimiento de la Administración Tributaria cuando ésta se lo solicite³⁹. En el otro extremo, la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental se refiere a esta misma facultad de forma mucho más genérica, presentándose en este último caso cierto grado de imprecisión en sus alcances⁴⁰, línea que es seguida por la Ley N° 29782, de Fortalecimiento de la Supervisión del Mercado de Valores⁴¹.

36 En este caso la intervención judicial, para asegurar la eficacia de la inspección administrativa, podría darse incluso sin participación del afectado, y tendrá por finalidad garantizar un derecho fundamental y no actuar como un juez de la legalidad de la actividad administrativa como lo haría en sede contenciosa, conforme veremos más adelante.

37 Como lo son, por ejemplo, la tenencia y adecuada organización de los libros contables, registros tributarios, libros de planillas y similares.

38 Constitución Política de 1993.

"Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

(...)

10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.

(...)

Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley. Las acciones que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación, salvo por orden judicial."

39 Código Tributario.

"Artículo 62°.- Facultad de Fiscalización

La facultad de fiscalización de la Administración Tributaria se ejerce en forma discrecional, de acuerdo a lo establecido en el último párrafo de la Norma IV del Título Preliminar. El ejercicio de la función fiscalizadora incluye la inspección, investigación y el control del cumplimiento de obligaciones tributarias, incluso de aquellos sujetos que gocen de inafectación, exoneración o beneficios tributarios. Para tal efecto, dispone de las siguientes facultades discrecionales:

1. Exigir a los deudores tributarios la exhibición y/o presentación de:

a. Sus libros, registros y/o documentos que sustenten la contabilidad y/o que se encuentren relacionados con hechos susceptibles de generar obligaciones tributarias, los mismos que deberán ser llevados de acuerdo con las normas correspondientes.

b. Su documentación relacionada con hechos susceptibles de generar obligaciones tributarias en el supuesto de deudores tributarios que de acuerdo a las normas legales no se encuentren obligados a llevar contabilidad.

c. Sus documentos y correspondencia comercial relacionada con hechos susceptibles de generar obligaciones tributarias.

Sólo en el caso que, por razones debidamente justificadas, el deudor tributario requiera un término para dicha exhibición, la Administración Tributaria deberá otorgarle un plazo no menor de dos (2) días hábiles.

También podrá exigir la presentación de informes y análisis relacionados con hechos susceptibles de generar obligaciones tributarias en la forma y condiciones requeridas, para lo cual la Administración Tributaria deberá otorgar un plazo que no podrá ser menor de tres (3) días hábiles.

2. En los casos que los deudores tributarios o terceros registren sus operaciones contables mediante sistemas de procesamiento electrónico de datos o sistemas de microarchivos, la Administración Tributaria podrá exigir:

a. Copia de la totalidad o parte de los soportes portadores de microformas gravadas o de los soportes magnéticos u otros medios de almacenamiento de información utilizados en sus aplicaciones que incluyan datos vinculados con la materia imponible, debiendo suministrar a la Administración Tributaria los instrumentos materiales a este efecto, los que les serán restituidos a la conclusión de la fiscalización o verificación. En caso el deudor tributario no cuente con los elementos necesarios para proporcionar la copia antes mencionada la Administración Tributaria, previa autorización del sujeto fiscalizado, podrá hacer uso de los equipos informáticos, programas y utilitarios que estime convenientes para dicho fin.

b. Información o documentación relacionada con el equipamiento informático incluyendo programas fuente, diseño y programación utilizados y de las aplicaciones implantadas, ya sea que el procesamiento se desarrolle en equipos propios o alquilados o, que el servicio sea prestado por un tercero.

c. El uso de equipo técnico de recuperación visual de microformas y de equipamiento de computación para la realización de tareas de auditoría tributaria, cuando se hallaren bajo fiscalización o verificación.

La Administración Tributaria podrá establecer las características que deberán reunir los registros de información básica almacenable en los archivos magnéticos u otros medios de almacenamiento de información. Asimismo, señalará los datos que obligatoriamente deberán registrarse, la información inicial por parte de los deudores tributarios y terceros, así como la forma y plazos en que deberán cumplirse las obligaciones dispuestas en este numeral.

3. Requerir a terceros informaciones y exhibición y/o presentación de sus libros, registros, documentos, emisión y uso de tarjetas de crédito o afines y correspondencia comercial relacionada con hechos que determinen tributación, en la forma y condiciones solicitadas, para lo cual la Administración Tributaria deberá otorgar un plazo que no podrá ser menor de tres (3) días hábiles.

Esta facultad incluye la de requerir la información destinada a identificar a los clientes o consumidores del tercero (...)"

40 Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

"Artículo 15°.- Facultades de Fiscalización

El OEFA directamente o a través de terceros, puede ejecutar las acciones necesarias para el desarrollo de sus funciones de fiscalización, para lo cual contará con las siguientes facultades:

(...)

c. Proceder a practicar cualquier diligencia de investigación, examen o prueba que considere necesario para comprobar que las disposiciones legales se observen correctamente y, en particular, para:

c.1 Requerir información al sujeto fiscalizado o al personal de la empresa sobre cualquier asunto relativo a la aplicación de las disposiciones legales.

(...)

c.3 Examinar en el establecimiento y lugar fiscalizado la documentación con relevancia en la verificación del cumplimiento de la legislación ambiental, tales como: registros, programas informáticos y archivos en soporte magnético, declaraciones oficiales y cualesquiera otros relacionados con las materias sujetas a fiscalización; obtener copias y extractos de los documentos para anexarlos al expediente administrativo así como requerir la presentación de dicha documentación en las oficinas públicas que se designen al efecto."

41 Ley N° 29782, Ley de Fortalecimiento de la Supervisión del Mercado de Valores.

"Artículo 3°.- Atribuciones del Superintendente del Mercado de Valores

Son atribuciones o facultades del Superintendente del Mercado de Valores las siguientes:

(...)

7. Disponer investigaciones e inspecciones previa notificación, o sin la misma.

Para el desarrollo de la facultad de inspección referida en el párrafo anterior, la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV) podrá examinar, por los medios que considere necesarios, libros, cuentas, archivos, documentos, correspondencia y, en general, cualquier otra información que sea necesaria para el cumplimiento de sus funciones. Existe para ello la obligación de la empresa y de su representante de brindar al personal encargado de las inspecciones todas las facilidades que requieran para el cumplimiento de su cometido. La negativa, resistencia o incumplimiento de los obligados, siempre que se encuentre debidamente acreditado, da lugar a la imposición de cualquiera de las sanciones enunciadas en el Decreto Legislativo 861, Ley de Mercado de Valores. Igualmente podrá requerir todos los antecedentes que juzgue necesarios para informarse acerca de su situación financiera, recursos, administración o gestión, actuación de sus representantes, grado de seguridad y prudencia con que se realizan las inversiones y, en general, de cualquier otro asunto que, en su opinión, deba esclarecerse. Se podrá también recibir el testimonio de terceras personas y solicitarles la exhibición de libros y documentos, diligencia que se practicará dentro de los límites que establece el artículo 47° del Código de Comercio."

No hay duda que el requerimiento documental constituye una atribución básica que permite otorgarle eficacia a la función inspectora. ¿Serán los documentos (cualquiera que sea el soporte físico o magnético en el que se encuentren) el tipo de instrumento básico o elemental que permitirá acreditar si la conducta del administrado se ajusta (y en qué medida) a la legalidad? En muchos casos podría ser el único medio probatorio de su cumplimiento. Por ello, el requerimiento de información constituye una atribución bastante común en la legislación administrativa, que no suele hacer precisiones en el tipo de documentación ni tampoco, lo que es más grave, relaciona o condiciona dicho requerimiento con la finalidad específica de la inspección que se lleva a cabo. Nos explicamos.

Si bien es cierto que, en términos generales, el requerimiento de documentación constituye un medio idóneo para que la Administración pueda comprobar o verificar el adecuado cumplimiento de los deberes a cargo del administrado, deberá siempre comprobarse en el caso específico si dicho requerimiento se ajusta a la necesidad de asegurar el específico fin público que justifica, en cada caso concreto, la inspección administrativa, pues, de lo contrario, podríamos encontrarnos ante un acto arbitrario⁴². Llama pues la atención, la notoria ausencia de disposiciones que, a contrapeso de la atribución de potestades a la Administración, le fijen la necesidad de respetar límites tan claros como la protección de secretos industriales o comerciales o, en general, la necesaria reserva de los documentos privados.

En todo caso, deberá tenerse en cuenta la posición sostenida por el Tribunal Constitucional, el cual ha señalado que la Administración tiene que motivar adecuadamente los requerimientos de información que formule en ejercicio de sus potestades de fiscalización, debiendo poner de manifiesto la finalidad de relevancia legal que la justifica⁴³.

3.3 La Adopción de Medidas Correctivas

La tercera de las principales atribuciones en materia de inspección o fiscalización administrativa es la de adopción de las llamadas medidas correctivas.

Las denominadas medidas correctivas están orientadas a reconducir la actividad de los administrados hacia

los parámetros legalmente establecidos, es decir, a restablecer la vigencia del ordenamiento que ha sido quebrantado, siendo por dicho motivo, sustancialmente diferentes a las sanciones administrativas y, también, a las llamadas medidas cautelares.

Mientras que la sanción administrativa es, según la clásica definición de Eduardo García de Enterría y Tomás – Ramón Fernández: “(...) un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal. Este mal (fin aflictivo de la sanción) consistirá siempre en la privación de un bien o de un derecho, imposición de una obligación de pago de una multa (...)”⁴⁴, las medidas correctivas han sido definidas como: “(...) aquellos actos de gravamen y autónomos que sujetos al principio de legalidad el ordenamiento autoriza expresamente a dictar a algunas entidades ante la comisión de algún ilícito, para, independientemente de la sanción que corresponda, reestablecer al estado anterior de las cosas o reparar la legalidad afectada mediante la cancelación o reversión de los efectos externos producidos”⁴⁵. Por su parte, las llamadas medidas cautelares son, según propia definición de nuestra Ley del Procedimiento Administrativo General, un género distinto pues están conectadas, necesariamente, a garantizar la eficacia de una futura resolución administrativa, detalle o característica inexistente o no aplicable para el caso de las medidas correctivas, que son, repetimos, restitutivas de una legalidad quebrantada⁴⁶.

Estas medidas correctivas comprenden una gran variedad de modalidades entre las cuales podemos mencionar los siguientes ejemplos: mandatos de cese de actividades, paralización de obras, comiso de bienes, inmovilización de bienes, retiro de instalaciones, demolición de edificaciones, publicación de avisos informativos, órdenes de devolución de sumas de dinero, clausura de locales, recomendaciones, advertencias o requerimientos, entre otros.

La plena conformidad de las medidas correctivas respecto del ejercicio de la potestad sancionadora ha sido respaldada por el Tribunal Constitucional, el cual ha señalado que sería absurdo sostener que la represión administrativa de las conductas ilícitas se deba limitar, únicamente, a su sanción y no extenderla

42 “(...) debe tratarse de datos o fuentes de información estrictamente precisas a los fines de la inspección, en la medida en que resulten relevantes o con trascendencia para verificar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en la legislación correspondiente (...) la información o documentación requerida ha de ser verdaderamente indispensable para el cumplimiento de los fines perseguidos (...)” (FERNANDEZ RAMOS, Severiano, op. cit. p. 337).

43 Tribunal Constitucional. Expediente N° 04168-2006-PA/TC. En este caso un contribuyente alegaba que el requerimiento formulado por la SUNAT respecto de los detalles de gastos personales, la realización de viajes al exterior, la identificación de las personas que lo habrían acompañado, motivo y monto de gastos realizados en dichos viajes, violaban su derecho a la intimidad. El Tribunal Constitucional estableció, expresamente, que: “(...) la finalidad de la Administración es clara cuando se trata de definir si se está o no frente a un desbalance patrimonial, lo que se configura como una finalidad legítima y concordante con las funciones de la SUNAT. Teniendo en cuenta ello, una de las variantes que tendrá que considerar la Administración es el gasto efectuado por el demandante; con ello se podrá determinar si sus ingresos y sus egresos guardan relación y le otorga al demandante la posibilidad de presentar declaración jurada sobre tales gastos (...) No obstante, resulta notorio que el punto ii) del fundamento 4, *supra*, referido al requerimiento hecho al actor de que identifique a la persona con la que viajó resulta, *prima facie*, desproporcionado, en la medida en que no aporta datos relevantes para determinar el desbalance patrimonial del actor, salvo que dicha persona sea dependiente económicamente de éste. En efecto, si bien la Administración goza de las atribuciones fiscalizadoras anotadas, ello no implica que no tenga que motivar adecuadamente sus requerimientos, más aún cuando la información requerida no determinada por sí misma una finalidad de relevancia tributaria evidente. Se pone de manifiesto, entonces que la Administración no ha cumplido con sustentar adecuadamente tal requerimiento, por lo que, al no contarse con la fundamentación pertinente, tal solicitud deviene en arbitraria, afectándose con ello, sí el derecho a la intimidad”

44 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNANDEZ. Op. cit. Volumen II. p. 161.

45 MORON URBINA, Juan Carlos. Op. cit. p. 157.

46 En este punto es oportuno señalar la unánime calificación doctrinaria sobre la confusión de denominaciones y sus contenidos. *Medidas cautelares, medidas provisionales, medidas correctivas*, aparecen siendo utilizadas, muchas veces, en forma confusa y contradictoria por la legislación y, también, por algunos autores. Para un adecuado resumen y perspectiva en nuestro medio, se puede consultar, también a Rafael PIZARRO NEVADO. Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo: una aproximación conceptual. En: *Derecho Administrativo Contemporáneo. Ponencias del II Congreso Nacional de Derecho Administrativo*. Palestra Editores. Lima, 2007. p. 163 y ss. Para complicar el panorama también podemos encontrar las llamadas medidas preventivas de choque o de salvaguarda aplicables en casos en los que no existe ilegalidad a reparar sino la necesidad de preservar bienes de interés público, como ocurre ante la amenaza de una epidemia, por ejemplo. Al respecto puede consultarse a César CIERCO SEIRA. Las medidas preventivas de choque adoptadas por la Administración frente a los productos insalubres. En: *Revista de Administración Pública*. N° 175. 2008. p. 55 y ss.

a la eliminación de sus efectos⁴⁷. En sentido, una de las formas habituales de desarrollo normativo de esta autonomía entre sanciones y medidas correctivas puede ejemplificarse en el artículo 14° de la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, donde se establece que: “Los requerimientos que se practiquen se entienden siempre sin perjuicio de la posible extensión de acta de infracción y de la sanción que, en su caso, pueda imponerse.”

4. Acerca del Valor Probatorio de las Actas de Inspección

Una de las cuestiones más relevantes a tratar en el estudio de la potestad administrativa de inspección o fiscalización es el referido al *valor probatorio de las actas de inspección*⁴⁸.

Todas las tareas desarrolladas por la Administración en cumplimiento de la función de fiscalización concluyen con la elaboración de un acta de inspección en la cual deben recogerse, entre otros aspectos, los comportamientos, acciones u omisiones de los administrados respecto de la específica normativa que regula cada una de las materias. En caso de incumplimiento de las normas y de la presunta comisión de una infracción administrativa, la Administración podrá dar inicio al procedimiento sancionador correspondiente. Es a partir de esta situación de la cual surge la necesidad de reflexionar en torno al valor que la ley le otorga al acta de inspección y, en sentido estricto, a lo que en ella se consigna. Además resulta muy importante tener presente las consecuencias que se derivarán de la asignación de un determinado valor probatorio a las actas de inspección a la luz de la conexión con el procedimiento sancionador así como

respecto del proceso contencioso administrativo que pudiera iniciarse posteriormente.

Es del caso mencionar que en nuestra legislación no existe un criterio unánime para calificar o determinar qué efectos probatorios pueden llegar a alcanzar las actas de inspección, debiendo señalar, en primer lugar, que la Ley del Procedimiento Administrativo General, como norma procedimental básica⁴⁹, no hace la menor referencia sobre el particular lo que genera un vacío que debe ser cubierto por cada norma sectorial.

De esta manera, podemos encontrarnos frente a tres situaciones: la primera, la ausencia de tratamiento por parte de la normativa sectorial respecto de las actas de inspección y su valor probatorio; en segundo lugar, la calificación de las actas de inspección como documento público; en tercer lugar, el otorgamiento a las actas de inspección de una denominada presunción de certeza⁵⁰.

En la doctrina podemos encontrar dos posiciones doctrinarias definidas en torno al valor probatorio de las actas de inspección. Una, que reconoce la legitimidad de la atribución legal de presunción de certeza o veracidad al contenido del acta (dando por supuesto, ciertamente, el respeto a ciertas condiciones formales y materiales) y que la conecta, además, con la aplicación del principio de eficacia de la Administración así como a la presunción de validez del acto administrativo⁵¹. Otra postura, en cambio, propugna rechazar el carácter o aplicación de una presunción de veracidad y propone, por el contrario, considerar simplemente que las actas de inspección poseen valor probatorio y que, conforme a las reglas de la sana crítica, será una más de las pruebas que deba valorar conjuntamente el juez o el órgano resolutor en un procedimiento sancionador⁵².

47 Tribunal Constitucional. Expediente N° 1963-2006-PA/TC. Al respecto puede consultarse a César HIGA. El reconocimiento constitucional de la potestad del Indecopi para imponer medidas complementarias: análisis de la Sentencia N° 1963-2006-PA/TC (Caso Dino). En: *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*. Año 3. N° 5. 2007. p. 259 y ss.

48 “El ejercicio de la potestad de inspección se materializa, por lo general, en documentos concretos denominados usualmente como Actas. Estos documentos son antecedente imprescindible para que la inspección se entienda como correctamente realizada, aunque el contenido del Acta no necesariamente tiene garantizada la autenticidad, y el órgano que debe adoptar la decisión definitiva no está vinculado estrictamente por dicho contenido, dado que, frente al ejercicio de la potestad de inspección, los inspeccionados disponen de un completo cuadro de garantías que sirven de compensación a esta relevante potestad.” (BERMEJO VERA, José. Op. cit. p. 55-56).

49 Refiriéndose a la Ley del Procedimiento Administrativo General, César OCHOA CARDICH ha señalado que: “(...) se constituye como una norma jurídica atípica en nuestro ordenamiento. Es la norma del procedimiento administrativo común en el sentido de ser el tronco de nuestro Derecho Público y a su vez es norma supletoria de las lagunas o vacíos de normas especiales de procedimiento. Por ser tronco común algunos conceptos básicos de la L[ey de] P[rocedimiento] A[ministrativo] G[eneral] deben regir de manera unívoca en todo el ordenamiento administrativo. La LPAG es dicotómica porque, por lógica, cuando es prevalente no es supletoria y cuando es supletoria no hay prevalencia o primacía.” (La aplicación de la Ley de Procedimiento Administrativo: rectoría y supletoriedad. En La Ley de Procedimiento Administrativo General. Diez años después. Libro de ponencias de las Jornadas por los 10 años de la Ley de Procedimiento Administrativo General. Diego Zagarra Valdivia y Víctor Baca Oneto (Coordinadores). Pontificia Universidad Católica del Perú. Palestra Editores. Lima. 2011. p. 70.

50 Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo.

“Artículo 16.- Actas de infracción

Las Actas de Infracción por vulneración del ordenamiento jurídico sociolaboral, así como las actas de infracción por obstrucción a la labor inspectiva, se extenderán en modelo oficial y con los requisitos que se determinen en las normas reguladoras del procedimiento sancionador. Los hechos constatados por los inspectores actuantes que se formalicen en las actas de infracción observando los requisitos que se establezcan, se presumen ciertos sin perjuicio de las pruebas que en defensa de sus respectivos derechos e intereses puedan aportar los interesados. El mismo valor y fuerza probatoria tendrán los hechos comprobados por la Inspección de Trabajo que se reflejen en los informes así como en los documentos en que se formalicen las medidas inspectivas que se adopten.”

51 “Estamos en este caso ante otra de las decisiones del Legislador ordinario que contempla un instrumento dirigido a mejorar la eficacia administrativa. No es la única regulación posible de las actas de inspección, pero es una de las legítimas y razonables. Si con la función inspectora se pretende prevenir la realización de determinadas conductas y, en último término, asegurar el respeto del ordenamiento, no parece descabellado presumir que los funcionarios de la Administración que realicen esta tarea, respetando determinados requisitos sustantivos y procedimentales, ofrecerán una versión objetiva de los hechos fiscalizados. No puede negarse que si en los procesos judiciales se diera a las actas de inspección el mismo valor que a las declaraciones no fundadas de los sujetos inspeccionados, entendiéndose que a quien corresponde probar la realidad de los hechos constatados es a la Administración en todo caso, probablemente no sería eficaz la prevención y represión de las conductas infractoras del ordenamiento.” (RIVERO ORTEGA, Ricardo. Op. cit. p. 205-206). En un sentido similar se pronuncia Agustín GARCÍA URETA. Op. cit. p. 230-231.

52 En este sentido se pronuncia Severiano FERNANDEZ RAMOS: “Para nosotros, el valor probatorio de las actas de inspección es compatible con la presunción de inocencia precisamente porque no constituye una verdadera presunción que anule aquella. Lo que verdaderamente concede o deniega relevancia probatoria a las actas es el hecho de que documenten o no una auténtica actividad probatoria. Como se señala más adelante, el valor probatorio de las actas depende, no sólo del cumplimiento de los requisitos subjetivos (...) y formales, sino también de que reflejen una verdadera actividad probatoria: desde la simple observación directa y personal por el propio actuario, a otras fuentes de prueba obtenidas observando los requisitos legales -como toma de muestras, obtención de documentos, testimonios de terceros, admisión de los hechos por el propio interesado-. De ahí que no se trate de una presunción incondicionada de validez general, sino de una propiedad que dependerá en cada caso de que se cumplan las exigencias señaladas. En definitiva, es la actividad probatoria realizada por el Inspector lo que respalda el acta y le otorga, cumplidos los requisitos formales, valor probatorio.” (Op. cit. p. 474-475). Por su parte, Vincenc AGUADO I CUDOLA señala lo siguiente: “Ciertamente estamos ante unas actuaciones que no están revestidas de las mismas características que las producidas ante un órgano jurisdiccional, pero debe pensarse por otra parte que -en determinados casos y con la confluencia de un *minimum* de garantías- no pueden equipararse, sin más, a unas meras denuncias como las que pueda realizar cualquier particular. La aportación con base documental por la Administración, dentro del proceso, de una labor objetiva de constatación de hechos realizada por funcionarios especializados debe de tener un cierto valor probatorio, libremente ponderable por el juez de lo contencioso. Ponderación que con la correspondiente contradicción, dentro del ámbito judicial, podrá bastar para destruir la presunción de inocencia atribuida constitucionalmente a los ciudadanos. Ahora bien, requerirá inexcusablemente que en vía administrativa se hayan respetado una serie de exigencias fundamentales, derivadas de la Norma Constitucional (...)” (*La presunción de certeza en el Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Civitas-Generalitat de Catalunya. Escola D'Administració Pública de Catalunya. 1994, p. 85).

Cuando se afirma el carácter de presunción de veracidad que acompañaría a la actas de inspección parece desprenderse de ello la creencia en la subsistencia de un modelo legal de prueba tasada, es decir, en la existencia de un mandato legal que dispone que ciertos medios probatorios, limitando la capacidad cognitiva del juez que los evalúa, deben ser considerados como acreditativos de los hechos que a su través se busca demostrar, sin que la existencia de otros medios probatorios contradictorios pueda, en algunos casos, servir para fundamentar su contradicción y, en todo caso, para cuestionarlos. Este modelo de prueba tasada debe ser considerado, a la luz del desarrollo del derecho a la tutela jurisdiccional y el debido proceso, como superados, dando lugar, más bien, a un modelo de libre valoración de la prueba, donde es el juzgador quien, respetando las reglas de la lógica y de la experiencia, debe apreciar en su conjunto la totalidad de los medios probatorios aportados y valorarlos conjuntamente, sin privilegiar ni sobreestimar uno sobre otro, exponiendo en sus decisiones los motivos por los cuales determinado medio probatorio generó en él convicción⁵³.

Al no estar prevista en nuestra Ley de Procedimiento Administrativo General ninguna referencia sobre el régimen de valoración de la prueba, consideramos que, desde un punto de vista constitucional, éste sólo podría ser calificado como un sistema basado en la libre valoración de la prueba⁵⁴ y no bajo el régimen de prueba tasada. Refuerza esta interpretación la muy importante sentencia de la Corte Suprema que establece que, en materia probatoria, el proceso contencioso administrativo debe admitir, en contra del texto expreso de la ley la presentación de pruebas no recogidas en las actuaciones administrativas previas⁵⁵.

Adicionalmente, deberá tenerse en cuenta el carácter supletorio del Código Procesal Civil que recoge dicho sistema⁵⁶.

Un claro ejemplo de la distorsión que puede alcanzarse a partir de la idea del acta de inspección como documento público y de la atribución a éstos de un presunción de veracidad, la encontramos en el Reglamento del Fedatario Fiscalizador, aprobado por el Decreto Supremo N° 086-2003-EF⁵⁷ que señala que las actas probatorias, por ser instrumentos públicos, constituyen prueba suficiente para la imposición de sanciones⁵⁸.

De esta manera pues, ya sea de manera directa (atribuyendo al acta de inspección expresamente una presunción de veracidad) o de manera indirecta (calificando al acta de inspección como documento público) en ambos casos nos encontramos ante la misma situación, que es la de pretender otorgarle al acta de inspección un valor probatorio tasado o, en el mejor de los casos, pretender reducir la capacidad del juez (o del órgano resolutor, en el caso de procedimientos sancionadores) para valorar en conjunto todo el acervo probatorio que pudiera presentarse o utilizarse por parte del administrado.

El riesgo que implica la inversión de la carga de la prueba (y su correlativa inconstitucionalidad, ciertamente) derivada de la distorsión antes señalada exige tener presente los principios aplicables en el procedimiento administrativo sancionador⁵⁹, lo que le permite a Vincenc Aguado resaltar la necesidad de atender las inconsistencias que pueden presentarse al aplicarse las reglas del proceso civil en el proceso contencioso administrativo cuando éste tiene por objeto el cuestionamiento de una sanción⁶⁰.

De este modo, pues, resulta muy importante tener en cuenta la forma en que deben articularse el valor probatorio del acta de inspección respecto del procedimiento sancionador y, posteriormente, respecto del proceso contencioso administrativo,

- 53 "(...) la técnica de la prueba legal consiste en la producción de reglas que predeterminan, de forma general y abstracta, el valor que debe atribuirse a cada tipo de prueba. En cambio, el principio opuesto, de la prueba libre o de la libre convicción, presupone la ausencia de aquellas reglas e implica que la eficacia de cada prueba para la determinación del hecho sea establecida caso a caso, siguiendo criterios no predeterminados, discrecionales y flexibles, basado esencialmente en presupuestos de la razón." (TARUFFO, Michelle. *La prueba de los hechos*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, segunda edición, 2005, p. 387.) En la doctrina nacional se puede consultar a BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*. Prólogo de Ana María Arrarte Arisnabarreta. Lima: Ara Editores, 2001, p. 322-323.
- 54 Roberto SHIMABUKURO MAKIKADO llega a la misma conclusión aunque se fundamenta en el carácter supletorio del Código Procesal Civil. (La instrucción del procedimiento administrativo. En: DANOS ORDOÑEZ, Jorge et al. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Ley N° 27444, Segunda Parte. Lima: ARA Editores, 2003, p. 314).
- 55 "(...) es evidente que la restricción contemplada en el artículo 27° de la Ley N° 27584, vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de las partes, pues se impide que se ofrezcan medios probatorios a través de los cuales se pueden probar las afirmaciones de las partes, vulnerando el derecho a probar. Por tanto la decisión de la Sala Suprema de limitar la actividad probatoria a las actuaciones recogidas en la vía administrativa, infringe su derecho constitucional (...)" (CAS N° 2081-2009 Lima, publicada el 2 de setiembre de 2011).
- 56 Código Procesal Civil.
"Artículo 197°.- Valoración de la prueba.-
Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan." En el mismo sentido se pronuncian Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. p. 177-180.
- 57 Decreto Supremo N° 086-2003-EF.
"Artículo 5.- Sobre los documentos emitidos por el Fedatario Fiscalizador
Los Documentos emitidos por el Fedatario Fiscalizador, en el ejercicio de sus funciones, tienen el carácter de documento público, según lo dispuesto en el numeral 43.1 del artículo 43 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. En consecuencia, de conformidad con la presunción de veracidad a que se refiere el segundo párrafo del artículo 165 del Código Tributario, dichos Documentos producen fe respecto de los hechos comprobados por el Fedatario Fiscalizador con motivo de la inspección, control y/o verificación del cumplimiento de las obligaciones tributarias, de acuerdo a lo establecido en los artículos 6, 7 y 8.
(...)
Artículo 6.- Actas Probatorias
El Fedatario Fiscalizador deberá dejar constancia de los hechos que comprueba con motivo de la inspección, control y/o verificación del cumplimiento de las obligaciones tributarias, en ejercicio de las funciones señaladas en el artículo 4, en los documentos denominados Actas Probatorias. Las Actas Probatorias, por su calidad de documentos públicos, constituyen prueba suficiente para acreditar los hechos realizados en presencia del Fedatario Fiscalizador. Dichas Actas sustentarán la aplicación de la sanción correspondiente, de ser el caso."
- 58 "(...) las precitadas disposiciones del Reglamento del Fedatario Fiscalizador atribuyen a las actas de fiscalización no sólo presunción de certeza sino incluso les confieren el carácter de prueba plena y suficiente para acreditar los hechos que consignan los inspectores de la Administración Tributaria, y que además sirven de sustento directo para la imposición de una sanción administrativa. A nuestro juicio, esta normatividad vulnera el derecho fundamental de presunción de inocencia (...). Desde la denominación de esta documentación administrativa como 'actas probatorias', hasta el valor de prueba fehaciente que se les atribuye, aun cuando el administrado formule observaciones o manifieste discrepancias se evidencia que se invierte la carga de la prueba en perjuicio del ciudadano sometido a procedimientos de fiscalización tributaria en los que la Administración Tributaria se constituye en juez y parte (...)" (OCHOA CARDICH, César. Op. cit. p. 57-58).
- 59 Vid. DANOS ORDOÑEZ, Jorge. La preferencia de los principios de la potestad sancionadora establecidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General respecto de las normas especiales sobre la materia. En: *Modernizando el Estado para un país mejor*. IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Pontificia Universidad Católica del Perú. Palestra Editores. 2010. p. 874 y ss.
- 60 AGUADO I CUDOLA, Vincenc. Op. cit. p. 82.

pues, como consecuencia lógica de la presunción de inocencia, la norma reguladora del proceso contencioso administrativo señala que en el caso de procedimientos sancionadores, es a la administración a quien le compete acreditar la comisión de la infracción⁶¹ llevando así la carga de la prueba de sus afirmaciones⁶².

“Al no estar prevista en nuestra Ley de Procedimiento Administrativo General ninguna referencia sobre el régimen de valoración de la prueba, consideramos que, desde un punto de vista constitucional, éste sólo podría ser calificado como un sistema basado en la libre valoración de la prueba⁵⁴ y no bajo el régimen de prueba tasada.”

En este sentido, resulta conveniente tener presente que: “La operación que ha de realizar el órgano jurisdiccional en estos casos es considerar si aquel medio de prueba -que es el documento administrativo con presunción de certeza-, contrastado con los otros que eventualmente hayan sido aportados al proceso, es o no suficiente para destruir la presunción de inocencia que como derecho fundamental se reconoce al imputado. Entenderlo de otra manera supone conferir a las actas que estudiamos un valor exorbitante no justificado dentro del proceso que podría entrar en serias dudas con las garantías constitucionales (...)”⁶³.

5. Las Garantías del Administrado frente al Ejercicio de la Potestad de Inspección Administrativa

Hasta el momento nos hemos referido a la inspección o fiscalización como una potestad y hemos obviado referirnos a ella como un procedimiento. Ello puede justificarse debido a que dicho concepto evoca,

siempre, un conjunto ordenado y sistemático de actos concatenados unos con otros destinados a formar la voluntad de la administración expresada a través de la emisión de un acto administrativo.

Por su parte, la inspección o fiscalización administrativa no necesariamente responde a dicho esquema, pues realizada la verificación de una determinada situación, puede cumplir su finalidad y no dar lugar a la emisión de ningún acto administrativo ni a ninguna otra actuación posterior.

Sin embargo, su íntima vinculación con el ejercicio de la potestad sancionadora⁶⁴ así como su carácter gravoso respecto de los derechos de los administrados, hace que aparezca necesario establecer que, para evitar que el ejercicio de la potestad de inspección administrativa se convierta en una carga desproporcionada o irrazonable para el administrado, éste tenga atribuidos algunos derechos específicos⁶⁵.

En este sentido, podemos mencionar los siguientes derechos que la legislación debe reconocerle al administrado frente al ejercicio de la potestad inspectora de la administración:

- a) el administrado debe tener derecho a ser informado acerca de la naturaleza y alcance de la inspección, lo que se encuentra conectado con su derecho de defensa, pues será habitual que un administrado pueda estar sujeto a una diversidad de normas sectoriales y sólo con el conocimiento preciso de la materia de la inspección es que podrá atender satisfactoriamente los requerimientos que la autoridad pueda formularle.
- b) el administrado debe tener acceso al expediente que se forme a propósito de la inspección, derecho éste que, en realidad, es una especificación del genérico derecho de acceso reconocido por el artículo 55° de la Ley del Procedimiento Administrativo General⁶⁶.
- c) el administrado debe tener derecho a que los procedimientos de inspección tengan una duración

61 Texto Único Ordenado de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo.

“Artículo 33°.- Carga de la prueba

Salvo disposición legal diferente, la carga de la prueba corresponde a quien afirma los hechos que sustentan su pretensión. Sin embargo, si la actuación administrativa impugnada establece una sanción o medidas correctivas, o cuando por razón de su función o especialidad la entidad administrativa está en mejores condiciones de acreditar los hechos, la carga de la prueba corresponde a ésta.”

62 “(...) las actas si bien son configuradas como un medio probatorio en virtud de la legislación supletoria común, su eficacia no puede llegar a ser prevalente sobre otras pruebas en aplicación del sistema procesal penal que implica su libre apreciación. Por consiguiente, se rompe, en definitiva, el valor que la normativa procedimental parecía querer impregnar a las actas y demás documentos públicos con presunción de certeza: una prueba tasada que, por aplicación *ex lege*, impediría la libre formación del criterio por el órgano administrativo o, en su caso, jurisdiccional. Esta posible interpretación que, ciertamente, podría desprenderse del tenor literal de esta normativa no ha sido acogida, con buen criterio, por el TC.” (AGUADO I CUDOLA, Vicenc. Op. cit. p. 99-100).

63 AGUADO I CUDOLA, Vincen. Op. cit. p. 156. El mismo autor señala más adelante que: “Estamos ante una categoría jurídica que no entra apriorísticamente en contradicción con el derecho fundamental a la presunción de inocencia, puesto que puede llegar a ser una actividad probatoria de cargo libremente ponderable por el órgano correspondiente. Se excluye, de esta forma, una posible inversión de la carga de la prueba puesto que siempre corresponde a la Administración demostrar que se ha producido la conducta descrita en el supuesto de hecho como ilícito administrativo. Se impone, en todo caso, valorar la suficiencia o no de esta actividad administrativa para saber si constituye fundamento suficiente para la imposición de la sanción.” (Op. cit. p. 187).

64 “(...) la inspección no debe utilizarse como fase anticipada de instrucción, sino exclusivamente con la finalidad indicada de comprobación, de constatación, de verificación de hechos, pues, de lo contrario, los derechos de defensa de los sujetos afectados por la actuación inspectora pueden verse irremediamente comprometidos en el marco de actuaciones de investigación previas que puedan tener carácter determinante para establecer pruebas de carácter ilegal de los comportamientos de los sujetos obligados.” (FERNANDEZ RAMOS, Severiano. Op. cit. p. 111).

65 “(...) las actuaciones inspectoras son actuaciones administrativas que inciden sobre la esfera de los administrados, y sujetas, por tanto, al principio de legalidad y al control jurisdiccional, así como, desde luego, al respeto de los derechos fundamentales (...). Y aunque ciertamente estas actuaciones de ordinario tienen la naturaleza de ‘actuaciones previas’ del procedimiento sancionador, ello no debe significar que queden relegadas a una fase de penumbras, en las que los interesados se encuentren desprovistos de garantías jurídicas.” (FERNANDEZ RAMOS, Severiano. Op. cit. p. 111).

66 Ley del Procedimiento Administrativo General.

“Artículo 55°.- Derechos de los administrados

Son derechos de los administrados respecto al procedimiento administrativo, los siguientes:

(...)

3. Acceder, en cualquier momento, de manera directa y sin limitación alguna a la información contenida en los expedientes de los procedimientos administrativos en que sean partes y a obtener copias de los documentos contenidos en el mismo sufragando el costo que suponga su pedido, salvo las excepciones expresamente previstas por ley.”

determinada y razonable⁶⁷, pues teniendo en cuenta el carácter gravoso sobre sus derechos e intereses legítimos que pueden tener las exigencias derivadas de la inspección administrativa y la incertidumbre sobre las consecuencias que podrían presentarse, no resulta compatible con nuestro ordenamiento constitucional que la potestad de fiscalización ejercida para un caso concreto pueda extenderse ilimitadamente en el tiempo, dejando en estado de pendencia al administrado en tanto dure ésta⁶⁸.

d) el administrado debe tener en todo momento la oportunidad de ejercer el derecho de defensa⁶⁹, permitiéndosele presentar los descargos y justificaciones que estime conveniente respecto de las presuntas omisiones o incumplimientos que le puedan ser imputados o que, razonablemente, puede entender que le serán imputados.

A modo de Conclusión

A modo de conclusión consideramos pertinente plantear ciertas reflexiones generales sobre la regulación normativa de la potestad administrativa de fiscalización o inspección.

En ese sentido, la primera cuestión a plantear es la relativa a la conveniencia de fijar normativamente un régimen básico y común de la función de fiscalización. Dada la gran diversidad de procedimientos técnicos involucrados en las labores de fiscalización por

parte de la Administración Pública, seguramente resultaría una tarea muy difícil de cumplir el alcanzar un objetivo que pretendiera presentar agotadoramente un procedimiento tipo de fiscalización, siendo más aceptable y realista atender acaso, a ciertas consideraciones básicas, esenciales, que puedan fijarse como un mínimo común a todos los procedimientos administrativos, calificando a la ley del procedimiento administrativo general como una ley de garantías mínimas de los ciudadanos frente a la Administración.

De este modo, podríamos postular la necesidad de fijar un mínimo de garantías aplicables al administrado sujeto a la potestad inspectora de la Administración, especialmente en lo que se refiere al conocimiento informado del motivo y alcances de la actividad de inspección concreta a la que se ve sometido, a la duración razonable de dichas actividades, al derecho de acceso al expediente que se forme con motivo de la fiscalización de sus actividades, entre otros.

Por último, en cuanto al valor probatorio de la actividad de inspección resulta verdaderamente urgente uniformizar el criterio y dejar claramente establecido que no es constitucionalmente válido atribuirle ningún grado de presunción de certeza o veracidad a las actas de inspección que pueda entenderse suficiente, por sí mismo, para la imposición de sanciones pues con ello se lesiona el derecho a la presunción de inocencia o de presunción de licitud, en el ámbito administrativo sancionador. ❏

67 "Habitualmente, las normas que regulan la inspección no hacen alusión al tiempo para el ejercicio de tal actividad. Sólo se prevé que se puede deberse al hecho de que, como antes se ha indicado, la inspección no se ciñe a un procedimiento formalizado (...). Por ello, las normas se refieren a las visitas de inspección o, en general, a la inspección pero sin circunscribirla necesariamente a unos plazos determinados de duración." GARCIA URETA, Agustín. Op. cit. p. 143-144.

68 Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que: "(...) si bien no corresponde a este Tribunal Constitucional establecer plazos fijos y perentorios del procedimiento de fiscalización -tarea propia del Poder Legislativo- si tiene la potestad jurisdiccional de establecer, en línea de principio, criterios de razonabilidad y proporcionalidad que garanticen el respeto de los derechos fundamentales de los contribuyentes durante el período anterior a la modificación efectuada al Código Tributario y la publicación del Reglamento de Fiscalización, motivo por el cual este Colegiado exhorta a la demandada a que adecue su proceder a lo expresado en los fundamentos 2 a 19 de la sentencia recaída en el Expediente N.º 05228-2006-HC/TC, en lo que le sea aplicable." (Tribunal Constitucional. Expediente N.º 00081-2008-PA/TC). De este modo se ha extendido al ámbito administrativo las consideraciones sobre la duración de los procedimientos de investigación fiscal, *mutatis mutandi*.

69 "Si bien es verdad que los derechos de defensa han de respetarse en los procedimientos administrativos susceptibles de concluir en una sanción, hay que evitar que esos derechos puedan quedar irremediablemente comprometidos en el marco de los procedimientos previos de inspección que pueden resultar determinantes para el establecimiento de pruebas de carácter ilegal sobre el comportamiento de empresas de tal naturaleza como para comprometer su responsabilidad. En consecuencia, si ciertos derechos de defensa no conciernen más que a los procedimientos contradictorios que siguen a la incoación del procedimiento sancionador, otros deben ser respetados ya en la inspección previa." Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de octubre de 1989, As. 374/87, citado por FERNANDEZ RAMOS, Severiano. Op. cit. p. 113.