



PERÚ

Ministerio de Justicia
y Derechos Humanos



Guía práctica sobre la actividad administrativa de fiscalización

Guías para asesores jurídicos del Estado

MARÍA SOLEDAD PÉREZ TELLO

Ministra de Justicia y Derechos Humanos

KARINA NILDA FLORES GÓMEZ

Secretaria General

EDGAR ENRIQUE CARPIO MARCOS

Viceministro de Justicia

TOMMY RICKER DEZA SANDOVAL

Director General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria

ANA MARÍA VALENCIA CATUNTA

Directora de Desarrollo Jurídico y Calidad Regulatoria

**CATHERINE MARGARET NAVARRO ACOSTA DE
HERRERA**

Abogada de la Dirección General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria
Responsable de la revisión

JEAN PAUL CALLE CASUSOL

Consultor

Derechos Reservados

Decreto Legislativo N° 822

Guía práctica sobre la actividad administrativa de fiscalización

Actualizada con el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General

2017 - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
Dirección General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria
Calle Scipión Llona 350, Miraflores, Lima 18

DISTRIBUCIÓN GRATUITA

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N°



Resolución Directoral

N° 002-2017-JUS/DGDNCR

Lima, 10 de agosto de 2017

CONSIDERANDO:

Que, el literal b) del artículo 7 de la Ley N° 29809, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos señala que este Ministerio tiene como función específica promover la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico nacional;

Que, de conformidad con lo establecido en los literales b), c) y i) del artículo 54 del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2017-JUS, la Dirección General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria es competente para promover la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico nacional, brindar asesoría jurídica a las entidades de la Administración Pública, así como coordinar las actividades funcionales de las Oficinas de Asesoría Jurídica o Gerencias Legales de las entidades del Sector Público con la finalidad de mantener la coherencia del ordenamiento jurídico;

Que, mediante Decreto Legislativo N° 1272, Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y deroga la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo, se modifican diversos artículos de la mencionada norma, que se sistematiza a través del Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, normas que incorporan la regulación de la actividad administrativa de fiscalización;

Que, en ese sentido, resulta conveniente proveer a las entidades de la Administración Pública de una «Guía práctica sobre la actividad administrativa de fiscalización», la cual es coherente con nuestro ordenamiento jurídico al contener una descripción didáctica de la legislación, la doctrina así como la jurisprudencia constitucional y administrativa más relevantes referida a casos vinculados a la potestad administrativa de fiscalización;

Que, de esta manera, la Dirección General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria busca brindar a los servidores y funcionarios públicos una herramienta completa, práctica y actualizada que les permita conocer los elementos que caracterizan el procedimiento administrativo de fiscalización, pero sobre todo que les permita comprender cuales son los



principios y garantías vigentes que debe respetar la Administración Pública en el ejercicio de su potestad administrativa de fiscalización;

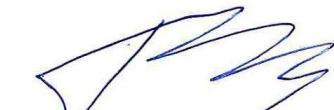
De conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 29809, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2017-JUS;

SE RESUELVE:

Artículo Único. Aprobación.-

Aprobar la primera edición de la «*Guía práctica sobre la actividad administrativa de fiscalización*».

Regístrese y comuníquese.



Tommy Ricker Deza Sandoval

Director General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria
Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

ÍNDICE

	Pág.
Presentación	5
CAPÍTULO I: MARCO NORMATIVO COMÚN DE LA FISCALIZACIÓN	7
1. Marco normativo común de la fiscalización administrativa	7
CAPÍTULO II: MARCO CONCEPTUAL SOBRE LA FISCALIZACIÓN ADMINISTRATIVA	10
2.1. Definición de fiscalización administrativa	10
2.2. Fundamentos y características de la potestad de fiscalización administrativa	15
2.2.1 Ejercicio de oficio	16
2.2.2 Ejercicio basado en títulos habilitantes	17
2.2.3 Ejercicio con colaboración privada	17
2.2.4 Ejercicio limitativo o restrictivo de derechos	19
2.2.5 Potestad reglada y discrecional	20
2.2.6 Actividad instrumental pero autónoma	23
2.2.7 Colaboración de los fiscalizados	23
2.2.8 Colaboración entre entidades	24
2.3. Naturaleza jurídica de la fiscalización	26
2.3.1 Definición de acto administrativo y procedimiento administrativo	26
2.3.2 Fiscalización como actividad administrativa	28
2.4. Fines de la potestad de fiscalización administrativa	31
2.5. Principios de la fiscalización administrativa	34
2.6. Identificación de los sujetos intervinientes, sus derechos y obligaciones	40
2.6.1 Autoridad fiscalizadora	40
2.6.2 Facultades del fiscalizador	41
2.6.3 Deberes del fiscalizador	45
2.6.4 Derechos y deberes del sujeto fiscalizado	46
2.7. Naturaleza y valor probatorio de las actas de fiscalización	48
2.8. Fiscalización administrativa y su vinculación con el ejercicio de la potestad sancionadora	52
2.9. Fiscalización administrativa y medidas correctivas	55
2.10. Fiscalización administrativa y su relación con la calidad regulatoria: Principios para una fiscalización de calidad	57
2.11. Fiscalización administrativa bajo el enfoque de prevención y de gestión de riesgos	63
ANEXO I: Sección de preguntas y respuestas	70
BIBLIOGRAFÍA	79

PRESENTACIÓN

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos es un organismo del Poder Ejecutivo y es el ente rector del Sector Justicia y Derechos Humanos, teniendo como función pública velar por que la labor del Poder Ejecutivo se enmarque dentro del respeto de la Constitución Política del Perú y la legalidad. Para ello, brinda orientación y asesoría jurídica a las entidades de la Administración Pública y se encarga de promover la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico nacional. De esta forma, busca garantizar la vigencia de un Estado Constitucional de Derecho y de contribuir al fortalecimiento de la institucionalidad democrática.

En ese sentido, la Dirección General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria es el órgano de línea encargada de sistematizar y difundir la legislación nacional y la jurisprudencia vinculante con la finalidad de mantener la coherencia y el perfeccionamiento del ordenamiento jurídico; así como de realizar publicaciones que difundan los criterios jurídicos contenidos en informes u opiniones sobre la aplicación, alcances e interpretación de normas legales de carácter general, así como en materia de Derecho Público o Privado que orienten la función de las Oficinas de Asesoría Jurídica en la realización de sus funciones.

Acorde con lo anterior, se presenta esta Guía con el objeto de explicar el contenido y los alcances de la actividad administrativa de fiscalización, en atención a la reciente regulación sobre esta materia introducida a través del Decreto Legislativo N° 1272, por el cual se modificó diversas disposiciones de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), que han sido consolidados en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.

Es importante destacar que, conforme al marco normativo vigente, la actividad administrativa de fiscalización debe orientarse a verificar el cumplimiento de las obligaciones, prohibiciones y otras limitaciones exigibles a los administrados, derivados de una norma legal o reglamentaria, contratos con el Estado u otra fuente jurídica, bajo un enfoque de cumplimiento normativo, de prevención del riesgo, de gestión del riesgo y tutela de los bienes jurídicos protegidos. En esa línea, las entidades fiscalizadoras también deberán procurar realizar algunas fiscalizaciones únicamente con finalidad orientativa, esto es, de identificación de riesgos y notificación de alertas a los administrados para la mejora de su gestión.

Por tal motivo, la fiscalización debe ser ejercida como una potestad administrativa que, sin perjuicio de expresarse a través de actuaciones materiales o técnicas (supervisión, inspección, control, vigilancia y otras modalidades similares), debe cumplir una finalidad preventiva orientada al cumplimiento normativo, una finalidad correctiva orientada al restablecimiento de la legalidad alterada, a fin de garantizar la protección de los bienes jurídicos (seguridad, salud, medio ambiente, cultura, servicios públicos y derechos económicos y sociales diversos), así como el propio interés público; así como una finalidad de orientación a los administrados.

Bajo este punto de vista, la fiscalización no debe ser ejercida con una orientación sancionatoria, sino más bien buscando promover el cumplimiento voluntario, a través de la facilitación, persuasión, orientación, educación y sensibilización, en lugar de la intrusión y coercividad como primera medida. Asimismo, la fiscalización debe utilizar el riesgo para racionalizar las inspecciones, de tal forma que los

recursos estén concentrados en las áreas fiscalizables donde más se necesita y donde el riesgo puede causar un gran impacto.

En ese sentido, esta Guía toma en consideración las Recomendaciones de la OCDE sobre Política y Gobernanza Regulatoria de 2012 (*“Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance”*), sus principios sobre inspecciones de 2014 (*“Regulatory Enforcement and Inspections, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy”*), así como sus recomendaciones sobre esta materia, contenidas en el Estudio de la Política Regulatoria de Perú de 2016 (*“Regulatory Policy in Peru: Assembling the Framework for Regulatory Quality”*). Ello, considerando que la fiscalización está vinculada con la calidad regulatoria, por lo que no solamente debe prestarse atención al diseño y elaboración de normas, sino también de la forma cómo se implementará y se exigirá su cumplimiento.

En efecto, resulta indispensable que tanto la etapa de elaboración normativa como las fases de implementación y verificación del cumplimiento normativo (fiscalización) estén adecuadamente coordinadas dentro del ciclo de la gobernanza regulatoria, a fin de evitar fallas regulatorias. Solo de esa forma, se podrá garantizar que exista una *“actuación fiscalizadora predecible y creíble”*.

Por lo expuesto, la primera edición de la *«Guía práctica sobre la actividad administrativa de fiscalización»* constituirá un instrumento idóneo para promover criterios uniformes respecto del ejercicio de las facultades de las entidades que realizan actividades de fiscalización y simultáneamente, contribuir a que los funcionarios y asesores jurídicos estatales tengan un mejor entendimiento de la misma, de tal forma que en su labor de fiscalización puedan garantizar el cumplimiento normativo, la prevención y gestión del riesgo y la tutela de los bienes jurídicos protegidos.

Agosto de 2017

Tommy Ricker Deza Sandoval
Director General de Desarrollo Normativo y
Calidad Regulatoria

CAPÍTULO I

MARCO NORMATIVO COMÚN DE LA FISCALIZACIÓN

1. MARCO NORMATIVO COMÚN DE LA FISCALIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Mediante el Decreto Legislativo N° 1272¹ - que modificó diversas disposiciones de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General-, se introdujo una regulación expresa sobre la Actividad Administrativa de Fiscalización.²

Con la aprobación del Texto Único Ordenado de la LPAG, mediante Decreto Supremo N° 006-2017-JUS³ (en lo sucesivo, TUO de la LPAG), esta actividad está regulada en el Capítulo II del Título IV referido al “Procedimiento trilateral, del procedimiento sancionador y la actividad administrativa de fiscalización”.

Así, el párrafo 237.1 del artículo 237 del TUO de la LPAG define la actividad de fiscalización como *“... el conjunto de actos y diligencias de investigación, supervisión, control o inspección sobre el cumplimiento de las obligaciones, prohibiciones y otras limitaciones exigibles a los administrados, derivados de una norma legal o reglamentaria, contratos con el Estado u otra fuente jurídica, bajo un enfoque de cumplimiento normativo, de prevención del riesgo, de gestión del riesgo y tutela de los bienes jurídicos protegidos”*.

Dicho artículo también señala que la actividad de fiscalización solamente puede ser ejercida por las entidades públicas en caso la ley o un decreto legislativo así lo disponga, siendo además que se puede coordinar entre entidades para llevar a cabo una fiscalización conjunta o realizar encargos de gestión entre sí, por razones de eficacia y economía.

Por su parte, el párrafo 237.2 del mismo artículo dispone que las normas especiales que regulan la fiscalización, aun cuando se lleve a cabo por personas naturales o jurídica privadas, y con independencia de su denominación, se deberán interpretar y aplicar acorde con las normas comunes previstas el Capítulo II del Título IV del TUO de la LPAG.

De lo antes expuesto, se pueden advertir las siguientes características atribuidas legalmente a la actividad fiscalizadora:

¹ Publicado en el diario oficial El Peruano el 21 de diciembre de 2016.

² Esta regulación introducida por el Decreto Legislativo N° 1272 está contenida en el capítulo I-A, ubicado dentro del Título IV denominado “Del procedimiento trilateral, del procedimiento sancionador y la actividad administrativa de fiscalización”.

³ Publicado en el diario oficial El Peruano el 20 de marzo de 2017.

- (i) Actividad material: la fiscalización es una actuación administrativa caracterizada por un conjunto de actos y diligencias en las modalidades de investigación, supervisión, control o inspección.
- (ii) Objeto: se ejerce con el fin de verificar el cumplimiento de regulaciones de tipo normativo, contractual o de otro título habilitante, a través de los cuales se imponen obligaciones, prohibiciones o limitaciones al administrado.
- (iii) Enfoque: se debe realizar bajo un enfoque de cumplimiento normativo, de prevención y gestión del riesgo y tutela de los bienes jurídico protegidos.
- (iv) Legalidad: su ejercicio está sujeto a reserva de ley.
- (v) Colaboración entre entidades: puede ser ejercida en el marco de la colaboración entre entidades públicas.
- (vi) Ejercicio privado: su ejecución puede ser encargada a personas naturales o jurídicas privadas.
- (vii) Régimen común: las normas vigentes sobre la materia deberán ser interpretadas y ejecutadas de manera concordante con el régimen común que regula la fiscalización administrativa.

Ahora bien, con relación a las facultades de las entidades que realizan fiscalización, el artículo 238 del TUO de las LPAG prevé las facultades de las entidades fiscalizadoras, señalando que la fiscalización se inicia siempre de oficio y se materializa a través de requerimientos de diverso tipo al administrado, interrogatorios, inspecciones, toma de copia de archivos, realización de fotografías, grabaciones, exámenes periciales, utilización de los equipos que se consideren necesarios, entre otros. Ello, sin perjuicio de la facultad de ampliar o variar el objeto de la acción de fiscalización cuando se detecten incumplimientos adicionales, así como del ejercicio de las facultades previstas en las leyes especiales.

Respecto de los deberes de las entidades que realizan actividad de fiscalización, el artículo 239 del TUO de la LPAG establece que la fiscalización debe llevarse a cabo de manera diligente, responsable y con respeto al derecho de los administrados. Asimismo, debe adoptar, cuando corresponda, las medidas necesarias para probar idóneamente los hechos objetos de fiscalización. Entre otros deberes, las entidades quedan obligadas a revisar y/o evaluar la documentación concreta de manera previa a la fiscalización; identificarse, citar la base legal que sustente su competencia, facultades y obligaciones, a requerimiento del administrado; entregar copia del acta de fiscalización al administrado al finalizar la diligencia inspectiva; guardar reserva sobre la información obtenida y actuar con imparcialidad, estando prohibido de mantener intereses en conflicto.

Como contrapartida, el artículo 240 del TUO de la LPAG prevé como derechos de los administrados fiscalizados el ser informados sobre la actividad de fiscalización; requerir la identificación de los funcionarios, servidores o terceros a cargo de la fiscalización; realizar grabaciones de las diligencias en las que participen; solicitar que sus observaciones se incluyan en las actas de inspección, y asistir a las diligencias con asesoría profesional.

Por su parte, el artículo 241 del TUO de la LPAG regula como sus deberes, el de brindar las facilidades a las entidades fiscalizadoras, permitiéndoles el acceso a sus dependencias, instalaciones, bienes y/o equipos, sin perjuicio de su derecho a la inviolabilidad del domicilio cuando corresponda. Asimismo, los administrados están obligados a suscribir el acta de fiscalización, y a realizar las demás actuaciones exigidas por las leyes especiales.

En lo que se refiere a los aspectos materiales, el artículo 242 establece que el acta de fiscalización o el documento que haga sus veces debe dejar constancia y registrar la verificación de los hechos constatados objetivamente durante la diligencia de inspección, regulando su contenido mínimo.

Complementando lo anterior, el artículo 243 establece cinco formas de conclusión de la actividad de fiscalización, a saber (i) la certificación de conformidad de la actividad desarrollada por el administrado, (ii) la recomendación de mejoras o correcciones de dicha actividad; (iii) la advertencia de la existencia de incumplimiento no susceptibles de configurar una responsabilidad administrativa; (iv) la recomendación del inicio de un procedimiento administrativo sancionador; y (v) la adopción de medidas correctivas; así como, otras formas de conclusión previstas en leyes especiales. Sin perjuicio de ello, se establece que las entidades fiscalizadoras deberán procurar realizar algunas fiscalizaciones con fines de identificación de riesgos y notificación de alertas a los administrados para la mejora de su gestión, es decir, únicamente con finalidad orientativa.

Finalmente, el artículo 244 del TUO de la LPAG establece que para la imposición de medidas cautelares y correctivas se requiere de ley expresa, y que las decisiones que se emitan están debidamente motivadas y que observen el Principio de Proporcionalidad.

CAPÍTULO II

MARCO CONCEPTUAL SOBRE LA FISCALIZACIÓN ADMINISTRATIVA

2.1 DEFINICIÓN DE FISCALIZACIÓN ADMINISTRATIVA

La fiscalización administrativa ha sido definida desde diversas perspectivas. Hay quienes atribuyen a la fiscalización —entendida como inspección— naturaleza de **hecho administrativo**⁴, al existir un despliegue de “*actuaciones materiales, operativas y técnicas*”, en ejercicio de una función administrativa, con capacidad de producir efectos jurídicos en el administrado. Así lo entiende Morón Urbina, quien estima que:

*“Los comportamientos materiales o simplemente hechos administrativos subjetivos (...) se refieren a toda actuación física u operativa de los órganos administrativos que produce la adquisición, modificación, transferencia o extinción de relaciones jurídicas. Por ejemplo, (...) la actividad de inspección (...)”*⁵.

En el mismo sentido, Antúnez y Ramírez consideran que:

*“(...) la inspección constituye una actividad material de la Administración, esta tiene lugar a través de un despliegue de medios personales y materiales para realizar las comprobaciones que correspondan. Es una actividad técnica, realizada por funcionarios públicos cualificados y bajo ciertos procedimientos y estándares de actuación”*⁶.

También se ha definido la fiscalización como el ejercicio de un “**deber - control**” que busca asegurar sobre todo la adecuación de la actividad estatal a la legalidad. En esa línea, Dromi señala que “*Existe una profunda razón jurídica y política justificativa del control en todas las instancias del quehacer público. El control se impone como deber irreversible, irrenunciable e intransferible para asegurar la legalidad de la actividad estatal*”⁷.

Para otros autores, la fiscalización —entendida como **vigilancia**— es concebida como un instrumento o técnica de “**policía administrativa**”, en virtud del

⁴ Sobre los hechos administrativos, como forma de exteriorización de la función administrativa, ver DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. Tomo I. Lima, Gaceta Jurídica/ Ciudad Argentina. Editorial de Ciencia y Cultura, 2005, pp. 222, 224 y 311; AGUDO GONZÁLEZ, Jorge. “*Actuación Material e Informalidad. El ejemplo de la concertación con la Administración*”. En: Revista Aragonesa de Administración Pública N° 41-42. Zaragoza. 2013, pp. 128-131; y GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. El Acto Administrativo. Tomo 3. Lima: Ara Editores, pp. III-16 – III-17.

⁵ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 63-64.

⁶ ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides y RAMÍREZ SÁNCHEZ, Amed. *La Potestad Inspectiva v/s la Auditoría Pública*. En: Revista de Derecho UNED N° 18. 2016, p. 539.

⁷ DROMI. Op.cit. Tomo II. p. 325.

cual la Administración interviene en las actividades o relaciones jurídicas de los administrados o adopta medidas limitativas de sus derechos⁸, con miras a evitar perturbaciones a la legalidad o para restablecerla cuando ha sido vulnerada. Así lo sostiene Brewer-Carías para quien:

“(...) dentro de las funciones más importantes de la policía administrativa está la vigilancia general (...) para asegurar el bienestar de la colectividad evitando que pueda ser perturbado con acciones individuales o colectivas, y para evitar las infracciones a los derechos y libertades individuales de los ciudadanos”⁹.

De otro lado, están quienes conciben la fiscalización como una “**potestad administrativa**”, entendida esta última como un poder de actuación genérico atribuido previamente por la Ley y que recae sobre un ámbito de actuación “*definido en grandes líneas o direcciones genéricas*”, caracterizándose por ser inalienable, irrenunciable e imprescriptible, así como por el hecho de que su ejercicio se define en función del interés público¹⁰. No obstante, tal afirmación debe guardar conformidad con la posición tomada por nuestro legislador en el párrafo 237.1 del artículo 237 del TUO de la LPAG, dado que admite que la actividad administrativa de fiscalización pueda implicar fiscalizaciones conjuntas o encargos de gestión que puedan efectuar las autoridades entre sí, fundamentados en razones de eficacia y económica; así como, permite el ejercicio de dicha actividad administrativa con colaboración privada, acorde a lo previsto en el párrafo 237.2 del citado artículo, tema desarrollado en el acápite 2.2.3 de la presente Guía.

En esta perspectiva, la fiscalización es una potestad pública otorgada a los órganos de la administración para supervisar, controlar, vigilar e inspeccionar las actividades llevadas a cabo por los administrados, a fin de verificar su adecuación a la regulación vigente o, en otras palabras, comprobar el cumplimiento normativo¹¹.

Así lo entiende Bermejo Vera cuando señala lo siguiente:

⁸ Sobre el concepto de policía administrativa ver: GARRIDO FALLA, Fernando. *Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa*. En: Revista de Administración Pública, N° 11. 1953, pp. 11-31.

⁹ BREWER-CARIAS, Allan. *Consideraciones sobre el régimen jurídico de la actividad de policía administrativa*. En: Revista de Derecho Público. N° 48. 1991, p. 53.

¹⁰ Sobre el concepto de potestad administrativa ver: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Madrid: Ed. Civitas. 8va ed., 1997. pp. 433 y ss. Estos autores distinguen entre las potestades innovativas y las potestades conservativas. Las primeras son aquellas que implican la creación, modificación o extinción de situaciones o relaciones jurídicas concretas, derechos, obligaciones o normas. En cambio, las segundas son las que privilegian la conservación y tutela de situaciones jurídicas preexistentes, sin modificarlas o extinguirlas.

¹¹ Bajo la distinción entre potestades innovativas y potestades conservativas, puede decirse que la potestad fiscalizadora es una potestad conservativa, ya que se dirige a tutelar el cumplimiento del ordenamiento jurídico.

“Se habla de (...) potestad de inspección (...) para identificar unas actuaciones, más o menos genéricamente previstas en el ordenamiento jurídico, que habilitan a las Administraciones públicas para llevar a cabo funciones de comprobación o constatación del cumplimiento de la normativa vigente, en su sentido más amplio, esto es, incluidas muy especialmente las condiciones y requisitos de orden técnico, consecuencia inherente de la imposición que a determinadas personas, actividades, instalaciones, objetos y productos hacen ciertas normas jurídicas (...) [La] supervisión e inspección constituyen auténticas potestades, que habilitan para llevar a cabo la vigilancia y comprobación del cumplimiento de la disciplina de un determinado sector”¹².

Cabe anotar, que se ha señalado, también, que la potestad de fiscalización no solo debe limitarse a la función de comprobar el cumplimiento para prevenir situación de daño o de riesgo, sino también restablecer la legalidad cuando ha sido quebrantada, considerando que la finalidad última de la fiscalización es la de proteger el interés público¹³. Así, Fernández Ramos destaca que:

“(...) 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”¹⁴.

¹² BERMEJO VERA, José. *La Administración Inspectora*. En: Revista de Administración Pública. N° 147, Setiembre-diciembre. 1998. pp. 41, 43, 45.

De igual manera, García Marcos señala que: *“(...) cuando nos referimos a la inspección administrativa, estamos aludiendo a una actividad ejercitada por los órganos competentes (...) consistentes, básicamente en unas actuaciones de investigación y de contraste o evaluación del grado de conformidad de las actividades objeto de control con la norma de carácter predominantemente técnico - condiciones, requisitos, estándares, especificaciones etc.-. De tal manera que cuando la Administración procede a desplegar esta actividad sobre la esfera privada de los particulares lo ha de hacer necesariamente al amparo de un poder previsto y definido en la norma jurídica que le dice como, donde y en qué condiciones debe ser ejercitado (...), encontrando, precisamente, en esta afirmación, la causa o razón por la cual se atribuye a la actividad inspectora la naturaleza de “Potestad Administrativa” (...).*

GARCÍA MARCOS, José. “Algunas consideraciones sobre la inspección ambiental”. En: Medio Ambiente & Derecho. Revista electrónica de Derecho Ambiental, N° 12-13, Diciembre 2005. Disponible en: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/consideraciones-inspeccion-ambiental-285909>.

¹³ Sobre el concepto de interés público, el fundamento 11 de la sentencia de fecha 05 de julio de 2004 emitida por el Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 0090-2004-AA/TC, señala lo siguiente: *“11. El interés público tiene que ver con aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa. La administración estatal, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, asume el cumplimiento de los fines del Estado teniendo en cuenta la pronta y eficaz satisfacción del interés público. (...)”*.

¹⁴ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora*. Granada: Comares. 2002. p. 23.

Es en este último ámbito que la potestad fiscalizadora o inspectiva ha sido asociada a la potestad sancionadora. Sin embargo, aunque se trata de funciones que pueden estar relacionadas, cada cual es autónoma, como se verá más adelante.

Como se puede advertir, la fiscalización administrativa ha sido conceptualizada de forma diversa, bien como actuación material o técnica, bien como un deber de control impuesto a la Administración, bien como técnica de intervención de policía materializada a través de la supervisión, inspección o vigilancia; o bien como potestad administrativa asignada legalmente a la Administración, teniendo como finalidad proteger o restablecer la legalidad.

Sin embargo, más allá de cualquier diferenciación teórica, estas aproximaciones son útiles por cuanto han contribuido a identificar los elementos propios de toda fiscalización administrativa, lo cual genera la necesidad de tener un enfoque holístico a partir del cual se construya la noción de fiscalización.

Este enfoque integral se basa en cuatro elementos, a saber:

- (i) Un elemento sustantivo constituido por la existencia de una potestad administrativa que le da fundamento y justificación a la fiscalización.
- (ii) Un elemento material constituido por la una actuación material o técnica que se traduce en la ejecución de diversas actividades, llamadas comúnmente como supervisión, inspección, control, vigilancia y otras similares.
- (iii) Un elemento finalista consistente en asegurar preventivamente el cumplimiento normativo o el restablecimiento correctivo de la legalidad alterada.
- (iv) Un elemento garantista consistente en la protección de los bienes jurídicos (seguridad, salud, medio ambiente, cultura, servicios públicos y derechos económicos y sociales diversos), así como el propio interés público.

En resumen, en el siguiente gráfico se muestran los elementos del enfoque integral de la actividad de fiscalización:

Gráfico N° 1

Elementos del enfoque integral de la actividad de fiscalización			
Elemento sustantivo: Potestad fiscalizadora.	Elemento material: Actividades de supervisión, control, vigilancia, inspección y similares.	Elemento finalista: Orientadas a asegurar preventivamente el cumplimiento normativo o a restablecer la legalidad alterada.	Elemento garantista: Para proteger los bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico y el interés público.

A partir de lo expuesto, se podría definir la **fiscalización como una potestad administrativa cuya finalidad es actuar preventivamente para asegurar el**

cumplimiento normativo; o actuar correctivamente para restablecer la legalidad alterada. Ello, con el objetivo de proteger los bienes jurídicos o el interés público, a través de la realización de actuaciones materiales o técnicas que llevan consigo la ejecución de actividades de supervisión, control, vigilancia e inspección, las cuales tienen capacidad para producir efectos jurídicos en el administrado.

Los elementos que contiene esta definición se encuentran presentes en nuestra normativa general. En efecto, de la revisión del párrafo 237.1 del artículo 237 TUO de la LPAG se puede advertir la existencia del elemento material, cuando se identifica a la fiscalización como un “actividad” compuesta por “... el conjunto de actos y diligencias de investigación, supervisión, control o inspección”. Por su parte, el elemento finalista está incluido al hacerse mención a “el cumplimiento de las obligaciones, prohibiciones y otras limitaciones exigibles a los administrados, derivados de una norma legal o reglamentaria, contratos con el Estado u otra fuente jurídica, bajo un enfoque de cumplimiento normativo, de prevención del riesgo, de gestión del riesgo y tutela de los bienes jurídicos protegidos”.

Si bien no se ha recogido expresamente en dicha definición normativa el restablecimiento de la legalidad alterada como una de las funciones de la fiscalización, cabe indicar que su incorporación se ha producido a través del artículo 244¹⁵ del TUO de la LPAG referida a las medidas correctivas, dado que toda actuación efectuada por la Administración necesariamente debe sustentarse en el fiel respeto al Principio de Legalidad, en aplicación del inciso 1.1 del párrafo 1 del Artículo IV del mismo cuerpo legal.

A mayor abundamiento, aunque tal definición tampoco recoge el término de potestad administrativa, es evidente que la actividad fiscalizadora es esencialmente un poder que ha sido otorgado a la Administración por norma con rango de Ley, a efectos de fiscalizar con las facultades allí establecidas. Ello, incluso, se señala de manera expresa en el párrafo 237.1 del artículo 237 citado, al mencionarse que “solamente por Ley o Decreto Legislativo puede atribuirse la actividad de fiscalización a las entidades”.

Por lo demás, puede afirmarse que esta potestad de fiscalización encuentra amparo constitucional en la **función reguladora del Estado**, tal como lo reconoce el Tribunal Constitucional en los fundamentos 6, 7 y 8 de la sentencia del 5 de diciembre de 2006, recaída en el Expediente N° 1963-2006-PA/TC¹⁶, que señala lo siguiente:

“6. Y es que en una economía social de mercado, tanto los particulares como el Estado asumen deberes específicos; en el primer caso, el deber de ejercitar las referidas libertades económicas con responsabilidad social, mientras que, en el

¹⁵ **Artículo 244.- Medidas cautelares y correctivas**

Las entidades solo podrán dictar medidas cautelares y correctivas siempre que estén habilitadas por Ley o Decreto Legislativo y mediante decisión debidamente motivada y observando el Principio de Proporcionalidad.

¹⁶ Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01963-2006-AA.html>

segundo, el deber de ejercer un **rol vigilante, garantista y corrector**, ante las deficiencias y fallos del mercado, y la actuación de los particulares.

7. En efecto, **la Constitución reserva al Estado, respecto del mercado, una función supervisora y correctiva o reguladora, en el entendido que, si bien el ejercicio de la libertad de los individuos en el mercado debe ser garantizada plenamente, también es cierto que debe existir un Estado que, aunque subsidiario en la sustancia, mantenga su función garantizadora y heterocompositiva.**

8. Esta función reguladora del Estado se encuentra prevista en el artículo 58° de la Constitución, en cuyo tenor se estipula: “la iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura (...)”. Por su parte, el artículo 59° establece que el Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo, comercio e industria. Asimismo, el artículo 61° confiere al Estado el deber de proscribir y combatir toda práctica que limite la libre competencia, así como el abuso de posiciones dominantes o monopólicas (...)”.

En síntesis, no existe duda que la Constitución Política del Perú y la ley son el fundamento mismo de la potestad fiscalizadora, razón por la cual el elemento sustantivo también está presente en la definición normativa.

2.2 FUNDAMENTOS Y CARACTERÍSTICAS DE LA POTESTAD DE FISCALIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Para precisar aún más la naturaleza de la fiscalización, cabe remarcar que dicha potestad, como cualquier otra potestad administrativa (v.g. la reglamentaria, la sancionadora, etc.), proviene directamente del ordenamiento jurídico¹⁷, por lo que no es posible desligarla de la competencia administrativa que le sirve de fundamento, ya que esta determinará la extensión en que aquella será ejercida¹⁸.

Como es sabido, la competencia de la entidad es necesaria para distribuir las funciones y asignar las potestades y facultades que se atribuyen a sus órganos administrativos para la consecución de sus fines; pero, a su vez, es la aptitud legal bajo el cual se desenvolverá dichos órganos en su relación con las otras autoridades públicas y los administrados. Siendo ello así, la competencia otorga

¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA. Op.cit.

¹⁸ Como señala Francia Acuña, refiriéndose a la competencia administrativa y su relación con la fiscalización, “Desde el punto de vista de la modalidad en que son otorgadas, las competencias administrativas pueden ser: (i) normativas, (ii) de fiscalización o supervisión y (iii) sancionadoras. Será la ley (o la Constitución) la que determinará si un mismo órgano habrá de ejercer una o más de dichas modalidades, tal determinación es fundamental toda vez que dicho órgano podrá ejercer sus competencias solamente en la modalidad o modalidades en que le fueron otorgadas”.

FRANCIA ACUÑA, Laura. *Consideraciones generales y alcances de la fiscalización ambiental en el Perú*. En Revista de Derecho Administrativo N° 2. 2008. p. 280.

la habilitación legal para que la potestad administrativa puede ser ejercida, y determina los límites a los que se sujetará¹⁹.

Lo antes expuesto permite identificar una serie de aspectos sobre el ejercicio de la potestad de fiscalización, que son de importancia para la Administración y los administrados, los cuales se detalla a continuación:

2.2.1 Ejercicio de oficio

En primer lugar, la potestad fiscalizadora se ejerce siempre de oficio, lo cual se encuentra reconocido en nuestra legislación al establecerse en el párrafo 238.1 del artículo 238 del TUO de la LPAG que *“Los actos y diligencias de fiscalización se inician siempre de oficio, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición motivada o por denuncia”*.

Esto significa que el ejercicio de la potestad de fiscalización no depende de la voluntad ni de la previa participación de los administrados para su eficacia, ya que su fundamento se encuentra precisamente en el interés público que le corresponde tutelar a la Administración. Siguiendo a Morón Urbina, en alusión al deber de oficialidad, podría decirse que le corresponde a la *“parte llamada a servir el interés público (Administración), la función de impulsarlo, en todos sus aspectos, independientemente del interés que puedan mostrar los administrados”*²⁰.

De igual forma, el **deber de oficialidad** no requiere la previa presentación de una denuncia por el administrado para el inicio de una fiscalización, siendo que la sola denuncia tampoco otorga la calidad de sujeto participe al administrado, pues como señala cierto sector de la doctrina *“en ningún caso se da una relación del tipo obligación-derecho subjetivo entre el gravamen y la pretensión del eventual interesado en su imposición. Si se diese esa relación, nos hallaríamos ante un procedimiento triangular o de doble efecto, ya no exclusivamente de gravamen, y cuya iniciación podría ser instada por el interesado”*²¹.

Esto, desde luego, no excluye la obligación que tiene la Administración de responder la denuncia, ya sea comunicando su decisión de llevar a cabo la actividad de fiscalización o de archivar la denuncia, e incluso, de practicar las diligencias necesarias para evaluar su verosimilitud, conforme al artículo 114 del TUO de la LPAG. Tampoco excluye el deber de colaborar que tiene el administrado fiscalizado, una vez iniciada la fiscalización, tal como se desarrolla en el artículo 241 del mismo dispositivo legal.

¹⁹ FRAGA PITTALUGA, Luis. *La incompetencia en el Derecho Administrativo*. Caracas: Editorial Torino.2000, p. 21.

²⁰ MORÓN URBINA. Op.cit., p. 31.

²¹ HUERGO LORA, Alejandro. *La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos*. En: Revista de Administración Pública N° 137. 1995. p. 191.

2.2.2 Ejercicio basado en títulos habilitantes

En segundo lugar, el hecho que la potestad fiscalizadora tenga su fundamento en la ley no significa que los órganos de la Administración solamente puedan fiscalizar el cumplimiento de exigencias u obligaciones derivadas de normas con rango de ley. De hecho, también se puede fiscalizar obligaciones y condiciones derivadas de títulos habilitantes —como sería el caso de las autorizaciones, licencias, permisos—, otros actos administrativos, contratos estatales, o de cualquier otra fuente de deberes exigibles. Esto, por ejemplo, es reconocido en el párrafo 237.1 del artículo 237 del TUO de la LPAG cuando define la actividad de fiscalización como aquella que persigue “*el cumplimiento de las obligaciones, prohibiciones y otras limitaciones exigibles a los administrados, derivados de una norma legal o reglamentaria, contratos con el Estado u otra fuente jurídica*”.

Ciertamente ello no implica variar el fundamento de legalidad atribuido a la potestad de fiscalización, incluso en caso que el título habilitante para ejercer esa potestad se conecte con una relación contractual entre el Estado y el particular. La razón es que la fiscalización es una potestad pública y, por tanto, no se deriva del contrato y tampoco requiere estar incluido en este para su validez y eficacia.

Así lo entiende Rodríguez-Arana cuando señala que:

“(...) los principales privilegios administrativos en materia de contratación son: (...) el poder de inspección y control de las obras”, siendo que “Las prerrogativas públicas en la contratación administrativas traen su causa, desde otro plano, no del contrato, sino de la Ley, no son expresión de un derecho subjetivo, sino de una potestad atribuida “ex lege” para atender los intereses públicos” ²².

2.2.3 Ejercicio con colaboración privada

En tercer lugar, si bien la potestad de fiscalización es una atribución unilateral, en la medida que es asignada exclusivamente a la Administración, ello no excluye

²² RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, *Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las administraciones públicas*. En: Revista de Derecho Público N° 70. 2008. p. 203.

En el mismo sentido, Luna Quesada, cuando señala que “*La Administración pública contratante tiene la facultad de inspeccionar el servicio público o la infraestructura y de recabar información y documentación sobre los aspectos que se relacionan con el cumplimiento del contrato en los términos establecidos en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, así como en los términos que se establecen en la normativa sectorial de aplicación, como por ejemplo el de condiciones (...) Las potestades y prerrogativas que el ordenamiento jurídico atribuye a la Administración contratante (...) tienen como principal finalidad, la de garantizar el interés público objeto del contrato, que en el caso de los contratos de concesión administrativa se materializará en el buen funcionamiento del servicio público, objeto del contrato de concesión administrativa*”.

LUNA QUESADA, Javier. *El control municipal de las concesiones administrativas: el caso de los servicios e instalaciones deportivas*. En: Auditoría Pública N° 62, 2014, pp. 67 y 70.

la colaboración de los privados (a los que se conoce como terceros fiscalizadores), tal como es reconocido en nuestra legislación —párrafo 237.2 del artículo 237 del TUO de la LPAG— cuando se señala que *“las normas especiales que regulan esta función se interpretan y aplican en el marco de las normas comunes del presente capítulo, aun cuando conforme al marco legal sean ejercidos por personas naturales o jurídicas privadas”*²³.

El fundamento de ello radica en la complejidad técnica y especializada de las situaciones fácticas que los órganos de fiscalización afrontan, muchas veces relacionadas a ámbitos de protección de la vida, seguridad y el medio ambiente o al monitoreo de mercados regulados o de contratos de concesión que celebra el Estado con los particulares para la prestación de servicios públicos o para el diseño, construcción, operación y mantenimiento de infraestructuras esenciales para la comunidad; a lo que se suma la falta de personal suficiente, cualificado y especializado, así como de recursos materiales, todo lo cual hace difícil que la capacidad de supervisión pueda ser asumida enteramente por la Administración.

Como dice Galán y Prieto:

“Desde la primera perspectiva, esto es, la de sus funciones, pasan de realizar actividades de carácter exclusivamente material o técnico a asumir actividades jurídicas, con efectos vinculantes para los particulares (...) Las razones que explican el creciente éxito de este fenómeno son variadas (...) De entrada, la falta de medios de la administración, tanto materiales como personales (...) En segundo lugar, la falta de conocimientos técnicos de la administración. Algunos sectores presentan actualmente un alto grado de complejidad técnica. Complejidad que se predica tanto de las actuaciones de control a realizar, como de la normativa sectorial cuyo cumplimiento debe ser objeto de control. Este hecho explicaría que la administración buscara la colaboración de entidades especializadas en el sector. Y, por último, la mejora de la calidad y de la eficacia en la gestión. Se entiende que, dadas las características de la intervención que debe realizarse en determinados sectores, su encomienda a una entidad colaboradora redundará en un incremento tanto de la calidad como de la eficacia de las actuaciones que se realicen” ²⁴.

Estas situaciones, por tanto, llevan a justificar la “externalización” de ciertas funciones públicas con el objeto de mejorar la calidad y eficacia de la intervención estatal. No obstante, ello no debe ejercerse sin limitación alguna. Su aplicación y ámbito de actuación, por el contrario, debe quedar definido expresamente en

²³ Cabe indicar, además, que la posibilidad de colaboración por parte de privados en el ejercicio de ciertas funciones públicas también tendría sustento en lo dispuesto por el artículo 57 del TUO de la LPAG, según el cual *“Todas las actividades vinculadas a los procedimientos administrativos y servicios prestados en exclusividad distintas a la emisión de los actos administrativos o cualquier resolución pueden tercerizarse salvo disposición distinta de la ley.”*

²⁴ GALÁN GALÁN, Alfredo y PRIETO ROMERO, Cayetano. “El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración”, en: Anuario de Derecho Municipal N° 2, 2008, pp. 65-66.

norma con rango de ley, así como observar las garantías de los derechos constitucionales y de terceros que pudieran estar involucrados.²⁵

2.2.4 Ejercicio limitativo o restrictivo de derechos

En cuarto lugar, la potestad fiscalizadora es considerada como una potestad de gravamen en tanto tiene la capacidad para limitar o restringir los derechos de los administrados, pues como se ha visto, su finalidad no es solo asegurar la adecuación de las relaciones jurídicas de los particulares a la normatividad, sino también restablecer la legalidad alterada, para lo cual la Administración tiene la facultad de adoptar medidas cautelares o correctivas. Ello, sin embargo, no significa que esa potestad pueda ser irrestricta, ajena a cualquier límite, pues como señala cierto sector de la doctrina, *“no es posible admitir la existencia de potestades ilimitadas y que, por tanto, todas pueden ser controladas a través de sus elementos reglados, la revisión de sus presupuestos de hecho o el recurso a los principios generales del Derecho”*²⁶.

Esto constituye una garantía para el administrado, pues el órgano administrativo no solo deberá fiscalizar allí donde una norma le atribuya expresamente competencia para hacerlo y según las facultades y modalidades en que le fueron otorgadas, sino que, además, deberá fundar cualquier limitación a los derechos de los particulares, *“concretamente en las disposiciones legales o constitucionales y demás principios jurídicos aplicables”*²⁷. Esto es así por cuanto la fiscalización está al servicio no solamente de la eficacia del ordenamiento jurídico, sino también de la protección de los intereses generales de la comunidad²⁸.

Así lo reconoce el Tribunal Constitucional, en su sentencia de fecha 05 de julio de 2004, recaída en el Expediente N° 0090-2004-AA/TC, cuando señala que:

“11. (...) Consecuentemente, el interés público es simultáneamente un principio político de la organización estatal y un concepto jurídico. En el primer caso opera como una proposición ético-política fundamental que informa todas las decisiones gubernamentales; en tanto que en el segundo actúa como una idea que permite determinar en qué circunstancias el Estado debe prohibir, limitar, coactar, autorizar, permitir o anular algo”.

Cabe indicar que la dimensión limitativa o restrictiva de derechos de los administrados asociada a la fiscalización se deriva en nuestra legislación del párrafo 238.2 del artículo 238 del TUE de la LPAG que establece las facultades de los órganos de fiscalización para llevar a cabo diversas actividades de

²⁵ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. “La Participación de los Privados en la Actividad de Supervisión en el Sector Eléctrico Peruano: Breve Aproximación a su Estudio”, en: Themis N° 69, 2016, pp. 127-128.

²⁶ RIVERO ORTEGA, Ricardo. *El estado vigilante. Consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la administración*. Madrid: Editorial Tecnos, 2000. p. 76.

²⁷ GORDILLO. Op.cit, Tomo 2. p. V-15.

²⁸ ANTÚNEZ SÁNCHEZ. Op. cit.p. 76.

limitación de derechos, tales como requerir al administrado la exhibición o presentación de todo tipo de documentación, expedientes, archivos u otra información necesaria; interrogarlos, realizar inspecciones sobre sus actividades, con o sin previa notificación; tomar copia de sus archivos físicos, ópticos, electrónicos u otros, así como tomar fotografías, realizar impresiones, grabaciones de audio o en video, realizar exámenes periciales, entre otros. También se deriva de su artículo 244 que faculta a la Administración a dictar medidas cautelares y medidas correctivas, aspecto sobre el cual regresamos más adelante.

En todo caso, este ejercicio restrictivo o limitativo de los derechos de los administrados encuentra como límites el respeto al principio de legalidad y de los derechos fundamentales previstos constitucionalmente, tal como incluso se advierte de dichas disposiciones legales.

2.2.5 Potestad reglada y discrecional

En quinto lugar y vinculado a lo anterior, está el hecho que la fiscalización, al estar atribuida expresamente por la ley, es una potestad administrativa reglada, por lo que no cabe su atribución a través de reglamento²⁹. Sin embargo, se ha afirmado que es conveniente que esa potestad reglada se verifique solo en el momento en que se inicia formalmente la fiscalización y se procede a su ejecución debido a su carácter gravoso, en cuyo caso el órgano administrativo no podrá apartarse de lo que las normas le indican; mientras que la decisión previa de si se inicia o no la fiscalización debe quedar sujeta a cierto nivel de discrecionalidad³⁰, debido a la falta de recursos para supervisar todas las actividades de los particulares, así como al potencial riesgo de que una supervisión intrusiva pueda afectar las actividades económicas.

En efecto, como señala Tirado Barrera:

“podemos señalar que el ejercicio de la potestad de fiscalización (...) es discrecional en el momento en que se decide su iniciación o aplicación (...), 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 administrados 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 (...) cuando, pasando de una etapa de planificación o definición

²⁹ ZEGARRA VALDIVIA. Op.cit., p. 125.

³⁰ GONZÁLEZ LUCHSINGER, Constanza. *La Inspección Administrativa (Responsabilidad del Estado por Inactividad en su Ejercicio*. Memoria para optar grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. 2014. p. 44. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/129665/linspeccion-administrativa-responsabilidad-del-estado.pdf>

generalizada, se encuentre en una etapa de aplicación en un caso concreto e individualizable de dicha potestad”³¹.

No obstante, cabe tener presente que la distinción entre la actuación reglada y la actuación discrecional³² radica básicamente en la mayor o menor libertad que tiene la autoridad para ejercer su función administrativa con arreglo a una norma determinada, y no en la existencia o ausencia de la norma, pues en ambos casos, ya sea actuación reglada o actuación discrecional, se presupone la existencia de una norma que defina cuál es el margen de actuación de la autoridad³³.

Por ello, no resulta posible admitir la existencia de “actos eminentemente discrecionales” o de actos que no se encuentren sujetos a parámetros preestablecidos legalmente, pues si bien la discrecionalidad implica una estimación subjetiva de la Administración, la misma siempre se sujeta a lo establecido en la propia norma³⁴.

Desde una perspectiva de protección de los derechos fundamentales, cierto de la doctrina extranjera arriba a la misma conclusión, al señalar que “la libertad en todas y cada una de sus manifestaciones no puede quedar nunca a expensas del poder discrecional de la Administración; la ley debe fijar por ello en todo caso los criterios precisos a los que la Administración habrá de atenerse para evitar el riesgo de un comportamiento arbitrario”³⁵.

³¹ TIRADO BARRERA. *Reflexiones en Torno a la Potestad de Inspección o Fiscalización de la Administración Pública*. En: Derecho & Sociedad N° 37. 2011. p. 255. Asimismo, Bermejo señala que “(...) Partiendo del punto de vista de la existencia de potestades regladas y discrecionales, deberíamos entender que las potestades de inspección, investigación o supervisión son regladas, desde la perspectiva de su desarrollo práctico, y discrecionales, desde el punto de vista de su puesta en marcha”. BERMEJO. Op.cit. p. 54.

³² Sobre la distinción entre potestades regladas y discrecionales ver DROMI, Op.cit, Tomo 1, pp. 244-245.

³³ Así lo entienden García de Enterría y Ramón Fernández al señalar que “(...) el ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración comporta un elemento sustancialmente diferente: la inclusión en el proceso aplicativo de la Ley de una estimación subjetiva de la propia Administración con la que se completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad o su contenido particular (...) Por eso la discrecionalidad (...) no es un supuesto de libertad de la Administración frente a la norma; más bien (...) la norma remite parcialmente para completar el cuadro regulativo de la potestad y de sus condiciones de ejercicio a una estimación administrativa, (...) realizada (...) caso por caso, mediante una apreciación de circunstancias singulares (...) No hay pues, discrecionalidad al margen de la Ley, sino justamente en virtud de la Ley y en la medida en que la Ley haya dispuesto”. GARCÍA DE ENTERRÍA. Op.cit. pp. 453 -454.

³⁴ Dromi señala que “La discrecionalidad es la libertad que el orden jurídico da a la Administración para la elección oportuna y eficaz de los medios y el momento de su actividad, dentro de los fines de la Ley” DROMI. Op.cit. Tomo 1. p. 245.

³⁵ RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomas. *Sobre los límites constitucionales del poder discrecional*. En: Revista de Administración Pública N° 187. 2012. p. 164.

En ese orden de ideas, si bien la complejidad de la realidad y las insuficiencias organizativas hace materialmente imposible que la “*potestad de gravamen*” (que como hemos visto es comprensiva de la potestad fiscalizadora) sea ejercida en todos los casos posibles, no cabe que el ejercicio discrecional de esa potestad no esté sujeto a limitación alguna³⁶.

Esa es la razón por la cual se ha considerado como una necesidad que los órganos de la Administración implementen disposiciones internas de organización y procedimientos que les doten de mecanismos para asegurar la objetividad de sus decisiones, tales como planes de inspecciones a las que estén sujetos los fiscalizadores³⁷, a fin de que los riesgos que se derivan de un ejercicio discrecional de las funciones inspectoras sean “*compensados a través del desarrollo reglamentario de los poderes de inspección (...)*”³⁸. Es decir, aunque la potestad fiscalizadora sea una potestad reglada en esencia, ello no excluye que el nivel de discrecionalidad que pueda acompañar a la Administración en su decisión de ejercer o no esa potestad, no pueda ser limitada, en aras del interés público³⁹.

³⁶ Como señala Huergo Lora: “*si la imposición de medidas de gravamen o de policía (...) se hace optativa para la Administración, y dicha opción no puede ser controlada jurídicamente (...), la aplicación de la potestad deja de ser un encargo o un deber impuesto por el ordenamiento a la Administración, y se convierte en un activo con el que ésta puede “negociar” y obtener contrapartidas de los administrados*”. HUERGO LORA. Op.cit., p. 191.

³⁷ En nuestra legislación podemos encontrar ejemplos de disposiciones que buscan limitar la discrecionalidad de las fiscalizaciones. Tenemos la Resolución Ministerial N° 247-2013-MINAM, que aprueba el Régimen Común de Fiscalización Ambiental, la misma que dispone la utilización de los Planes Anuales de Fiscalización Ambiental (PLANEFA) como instrumentos de planificación para programa las acciones de fiscalización (Art. 6.1). Asimismo, está el Decreto Supremo N° 002-2017-TR, por el cual se aprueba el Reglamento del Sistema de Inspección del Trabajo, el mismo que dispone la utilización del Plan Anual de Inspección del Trabajo (PAIT) como instrumento de gestión que contiene todas las actividades a realizarse a nivel nacional durante todo el año calendario en materia de inspección del trabajo (Art. 3.3.).

³⁸ RIVERO ORTEGA. Op.cit. pp. 100-101.

³⁹ Sobre el particular, conviene tener presente lo señalado por el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el Expediente N° 0090-2004-AA/TC, en la que señala que “*11. (...) la discrecionalidad existe para que la Administración pueda apreciar lo que realmente conviene o perjudica al interés público; esto es, para que pueda tomar su decisión librada de un detallado condicionamiento previo y sometida sólo al examen de las circunstancias relevantes que concurren en cada caso (...) el ejercicio de una potestad discrecional debe acompañarse de una motivación que muestre puntualmente el nexo coherente entre el medio adoptado y el interés general circunscrito al que apunta. Es así que el interés público (...), se construye sobre la base de la motivación de las decisiones, como requisito sine qua non de la potestad discrecional de la Administración, quedando excluida toda posibilidad de arbitrariedad*”.

2.2.6 Actividad instrumental pero autónoma

En sexto lugar, la potestad fiscalizadora tiene la condición de actividad auxiliar respecto a otras formas de intervención pública. Es decir, siendo consustancial a la actividad de control, la potestad fiscalizadora cumple una finalidad de detección y prevención respecto a hechos que dan origen a otras potestades administrativas, de tal forma que termina garantizando la observancia de distintos deberes. Sin embargo, el hecho que la potestad de fiscalización sea instrumental respecto de otras potestades administrativas no significa que se subsuma en ellas.

Así lo entiende Rebollo Puig al señalar que:

“La inspección es una actividad administrativa auxiliar de otras porque siempre tiene por finalidad detectar hechos que deben dar origen al ejercicio de otras potestades administrativas: no sólo la sancionadora, como simplistamente puede pensarse, sino a otras muchas de intervención de entidades de crédito, de reintegro de subvenciones, de restablecimiento de la legalidad, etc. Aun así, ella misma cumple por sí sola una función de prevención general que refuerza la observancia de los deberes. Y, en cualquier caso, aunque auxiliar de otras, se presenta formalmente al margen de esas otras”⁴⁰.

García Ureta es del mismo parecer, al señalar que *“la potestad inspectora no es equivalente a la sancionadora, ni constituye (al menos en todo caso) un prius de ella, ni puede subsumirse como una especie de aquélla”⁴¹.*

Se sigue entonces que la potestad fiscalizadora posee autonomía propia, dado los fines de prevención, adecuación a la legalidad y corrección que busca cumplir, lo cual permite distinguirla de las funciones que cumple la potestad sancionadora, como veremos más adelante.

2.2.7 Colaboración de los fiscalizados

En séptimo lugar, desde la denominada titularidad pasiva, se afirma que los administrados tienen el deber jurídico de soportar la inspección, lo cual supone una obligación de colaborar con el órgano fiscalizador en los asuntos que le son requeridos, en los términos que prescribe la norma⁴².

El reconocimiento de este deber jurídico en nuestra legislación se deriva del artículo 241⁴³ del TUO de la LPAG que establece los deberes de los

⁴⁰ REBOLLO PUIG, Manuel. *La actividad de inspección*. En: CANO CAMPOS, Tomás (Coordinador). *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*. Tomo III. Volumen II. Madrid. 2009. p. 53.

⁴¹ GARCÍA URETA. *Op.cit.* pp. 35-36.

⁴² BERMEJO VERA. *Op.cit.* p. 45.

⁴³ **Artículo 241.- Deberes de los administrados fiscalizados**

Son deberes de los administrados fiscalizados:

1. Realizar o brindar todas las facilidades para ejecutar las facultades listadas en el artículo 228-B.

administrados fiscalizados, entre ellos, el de brindar a los órganos de fiscalización las facilidades para ejecutar sus facultades, el de permitir el acceso a los funcionarios, servidores y terceros fiscalizadores, a sus dependencias, instalaciones, bienes y/o equipos, sin perjuicio de su derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio cuando corresponda; así como el de suscribir el acta de fiscalización⁴⁴.

2.2.8 Colaboración entre entidades

Por otro lado, la potestad fiscalizadora puede ser ejercida a través de la coordinación entre entidades, en el marco de sus respectivas competencias, lo cual puede llevar a la implementación de medios que hagan posible el intercambio de información, así como la acción conjunta de las autoridades.⁴⁵

En nuestra legislación la colaboración entre entidades en párrafo 237.1 del artículo 237 del TUO de la LPAG cuando señala que *“Por razones de eficacia y economía, las autoridades pueden coordinar para la realización de acciones de fiscalización conjunta o realizar encargos de gestión entre sí”*⁴⁶.

A modo de resumen, a continuación se presenta las principales características de la potestad de fiscalización⁴⁷:

2. Permitir el acceso de los funcionarios, servidores y terceros fiscalizadores, a sus dependencias, instalaciones, bienes y/o equipos, de administración directa o no, sin perjuicio de su derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio cuando corresponda.
3. Suscribir el acta de fiscalización.
4. Las demás que establezcan las leyes especiales.

⁴⁴ Ejemplo de ello es lo que dispone el artículo 9 de la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, que señala que *“Los empleadores, los trabajadores y los representantes de ambos, así como los demás sujetos responsables del cumplimiento de las normas del orden sociolaboral, están obligados a colaborar con los Supervisores-Inspectores, los Inspectores del Trabajo y los Inspectores Auxiliares cuando sean requeridos para ello”*. Incluso, también se comprende a toda persona natural o jurídica, las que están obligadas *“a proporcionar a la Inspección del Trabajo los datos, antecedentes o información con relevancia en las actuaciones inspectivas, siempre que se deduzcan de sus relaciones con los sujetos sometidos a la acción inspectiva y sea requerida para ello de manera formal”*.

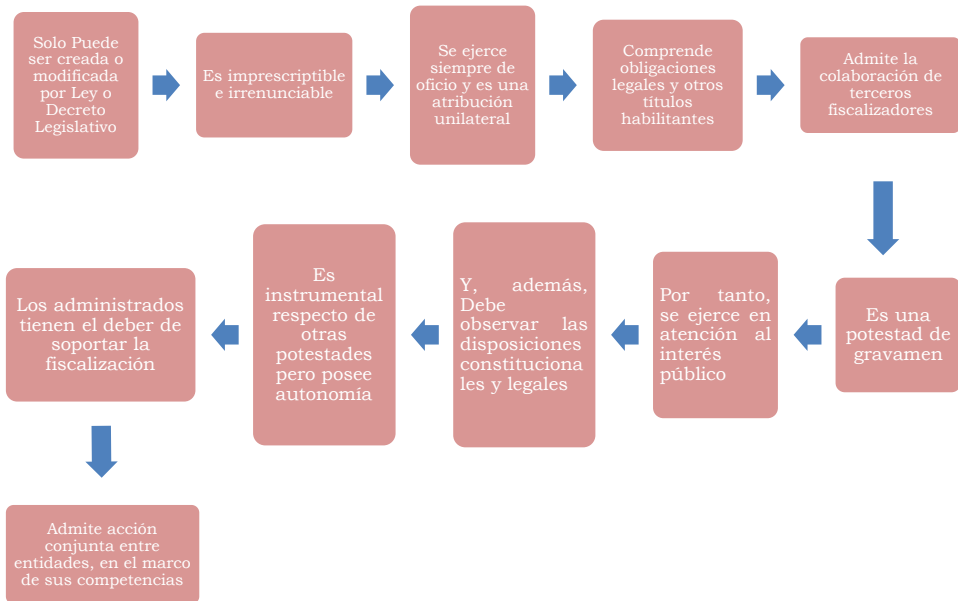
⁴⁵ BERMEJO VERA, op.cit., p. 51.

⁴⁶ Un ejemplo de ello es lo establecido en el artículo 7 de la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, que señala que *“El Sector Público y cuantas personas ejerzan funciones públicas están obligados a prestar colaboración a la Inspección del Trabajo cuando les sea solicitada como necesaria para el ejercicio de la función inspectiva y a facilitarle la información de que dispongan (...)”*. Asimismo, el artículo 2 del Decreto Supremo N° 002-2017-TR, que aprueba el Reglamento del Sistema de Inspección del Trabajo, establece que *“Las entidades componentes del Sistema de Inspección del Trabajo (SIT) actúan de manera articulada bajo los principios de colaboración y eficacia, enmarcados en la Política Nacional de Inspección del Trabajo (PNIT) y el Plan Nacional y Sectorial de Inspección de Trabajo (PNSIT)”*.

⁴⁷ Como señala GARCÍA URETA, las características distintivas de la inspección como potestad administrativa son las siguientes:

- Su origen es normativo.

Gráfico N° 248



- Es una potestad pública, al tratarse de un poder de intervención en la esfera jurídica de los ciudadanos. Esto implica que su atribución se debe hacer a favor de los poderes públicos.
 - Se trata de una potestad heteroatribuida, por venir atribuida por una norma cuyo autor es un sujeto distinto a su titular.
 - Ha de ser atribuida expresamente o, en su caso, entenderse de manera implícita, pero inequívoca.
 - Implica que un tercero o terceros han de someterse a la misma. Se trata de una eventualidad de soportar las consecuencias de su ejercicio, en que el ciudadano se encontrará en una situación de sujeción que pasará a ser de obligación cuando se ejercite efectivamente.
 - Es irrenunciable e inalienable.
 - Es imprescriptible, en tanto la norma que la prevea no sea derogada o modificada por otra posterior.
 - Ha de ser específica, ya que no es posible que una norma atribuya a la Administración potestades indeterminadas.
 - Se ejerce para servir un interés público, por lo que se trata de un poder “debido a otros o fiduciario”.
 - Su ejercicio debe ser adecuado a los fines para los que se atribuye.
- GARCÍA URETA, Agustín, op.cit., pp. 29-30.

⁴⁸ Respecto de la inalienabilidad, cabe señalar que la posición tomada por nuestro legislador en el párrafo 237.1 del artículo 237 del TUO de la LPAG, admite que la actividad administrativa de fiscalización pueda implicar fiscalizaciones conjuntas o encargos de gestión que puedan efectuar las autoridades entre sí, fundamentados en razones de eficacia y económica; así como, permite el ejercicio de dicha actividad administrativa con colaboración privada, acorde a lo previsto en el párrafo 237.2 del citado artículo.

2.3 NATURALEZA JURÍDICA DE LA FISCALIZACIÓN

2.3.1 Definición de acto administrativo y procedimiento administrativo

Como cuestión previa, para determinar la naturaleza y alcances de la actividad administrativa de fiscalización, corresponde definir qué se entiende por “*acto administrativo*” y la vía que conduce a su dación, lo que se denomina “*procedimiento administrativo*”.

En primer lugar, las manifestaciones de la actuación administrativa pueden concretarse en reglamentos, contratos administrativos, hechos administrativos, actos de administración o actos administrativos, existiendo posiciones diversas sobre su alcance y contenido de cada uno de ellas, en sentido amplio o estricto.

En específico, en nuestro ordenamiento jurídico administrativo, el artículo 1 del TUO de la LPAG ha definido expresamente por “**acto administrativo**” a:

Artículo 1.- Concepto de acto administrativo

1.1 Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a **producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados** dentro de una situación concreta.

1.2 **No son actos administrativos:**

1.2.1 Los actos de administración interna de las entidades destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios. Estos actos son regulados por cada entidad, con sujeción a las disposiciones del Título Preliminar de esta Ley, y de aquellas normas que expresamente así lo establezcan.

1.2.2 Los comportamientos y actividades materiales de las entidades.

En línea con la definición legal, la doctrina internacional ha definido al acto administrativo como “*toda decisión o resolución administrativa, de carácter regulador y con efecto frente a terceros, dictada por la Administración en el ejercicio de una potestad administrativa distinta de la reglamentaria*”⁴⁹.

Al respecto, cierto sector de la doctrina nacional ha sostenido que, dado los elementos del acto administrativo contenidos en el artículo 1 citado —declaración de voluntad destinada a producir efectos jurídicos; emitida por entidad pública; en el marco de derecho público; decisión que recae sobre los derechos, intereses y obligaciones de los administrados; y decisión que regula

⁴⁹ BOCANEGRA SIERRA, Raúl. *Lecciones sobre el acto administrativo*. Tercera edición, Editorial Civitas, Madrid, 2006. Citado por HUAPAYA TAPIA, Ramón. *Propuesta de una nueva interpretación del concepto de Acto Administrativo contenido en la Ley de Procedimiento Administrativo General*. En: Revista de Derecho Administrativo. Círculo de Derecho Administrativo. N° 9, Año 2010, Lima, 127.

una situación concreta—, es posible afirmar que la definición estricta del acto administrativo sostenida por la doctrina internacional se encuentra perfectamente contenida en nuestra legislación nacional, es decir, aquella que tiene como eje el carácter de la declaración de voluntad del acto administrativo como “**decisión reguladora**” respecto de las situaciones jurídicas de los administrados (para crearlas, modificarlas o extinguirlas).⁵⁰

La referida opción legislativa se condice con cierto sector de la doctrina que sostiene la NO calificación como acto administrativo en *sentido estricto* de las siguientes actuaciones por no constituir una declaración de voluntad o decisión “reguladora” productos de efectos jurídicos sobre las situaciones jurídicas de los administrados:

- (i) Declaraciones de juicio o valoración,
- (ii) De conocimiento,
- (iii) De deseo o propuesta,

En efecto, y sin que ello implique la toma de una postura por esta Dirección General, José Boquera, al cuestionar la definición amplia del acto administrativo, ha señalado que “*Los deseos, los conocimientos y los juicios no crean derechos y obligaciones y mucho menos los imponen a un sujeto. La creación unilateral de consecuencias jurídicas y su imposición a un sujeto, sólo puede ser obra de la [declaración de] voluntad...*”⁵¹. Lo cual toma relevancia si se concuerda con el artículo 1 del TUO de la LPAG que considera como uno de los elementos centrales del acto administrativo el “*producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados*”.

Ahora bien, en línea con lo anterior, el artículo 29 del TUO de la LPAG define el procedimiento administrativo estrechamente relacionado con la definición del acto administrativo, tal como se aprecia en la cita siguiente:

“Artículo 29.- Definición de procedimiento administrativo

*Se entiende por procedimiento administrativo al conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, **conducentes a la emisión de un acto administrativo** que **produzca efectos jurídicos** individuales o individualizables **sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados**”.*

Si bien toda actuación administrativa (reglamentos, contratos administrativos, hechos administrativos, actos de administración o actos administrativos) sigue un trámite respectivo, el ordenamiento jurídico ha

⁵⁰ Al respecto vid., HUAPAYA TAPIA, Ramón. Op. Cit. Pág. 127. Sin embargo, este mismo autor agrega que el artículo 1 del TUO de la LPAG acogería, también, la definición amplia de acto administrativo, es decir, aquella que considera que el acto administrativo no solo podría ser una declaración de voluntad (decisión que modifica, crea o extingue una situación jurídica), sino que también puede ser de juicio o valoración, de conocimiento y de deseo o propuesta, que por si solos no afectan la situación jurídica del administrado.

⁵¹ BOQUERA OLIVER, José María. *Estudios sobre el acto administrativo*. Primera Edición, Editorial Civitas. Madrid, 1982, pág. 24. Citado por HUAPAYA TAPIA, Ramón. Op. Cit. Pág. 117.

reservado el carácter de procedimiento administrativo a las diligencias y actos procedimentales (actos preparatorios) que tienen como finalidad la emisión de un acto administrativo de carácter “decisorio”, es decir, aquel que produzca efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados.

En síntesis, tomando los artículos 1 y 29 del TUO de la LPAG, se puede afirmar que no todas las potestades públicas se materializan a través de actos administrativos —v.g. la potestad reglamentaria—. En tal sentido, en estricto una actuación administrativa calificará como acto administrativo solo si cumple los siguientes elementos:

- (i) Se traten de las declaraciones emitidas por las entidades públicas;
- (ii) En el marco de normas de derecho público;
- (iii) Destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados;
- (iv) Dentro de una situación concreta; y,
- (v) Se ha originado en el marco de un procedimiento administrativo.

Finalmente, es relevante señalar que dependiendo de la perspectiva que se evalúe, un mismo acto administrativo, en sentido estricto, puede calzar en una o varias clasificaciones: como acto administrativo definitivo, acto de gravamen⁵², acto resolutorio⁵³, etc., siempre subsumido en la definición de acto administrativo preceptuado de la interpretación conjunta de los artículos 1 y 29 del TUO de la LPAG.

2.3.2 Fiscalización como actividad administrativa

Es importante discernir, si la fiscalización supone la existencia de un procedimiento administrativo, conforme a la definición esbozada en el acápite precedente. Al respecto, el párrafo 237.1 del artículo 237 del TUO de la LPAG expresamente define a la fiscalización como una actividad efectuada por la Administración constituida por “... *el conjunto de actos y diligencias de investigación, supervisión, control o inspección sobre el cumplimiento de las obligaciones...*”, lo cual en principio, lleva a concluir que no se ha buscado regular un procedimiento administrativo.

En el interior de una actividad de fiscalización administrativa, pueden presentarse actuaciones materiales de trámite como son los especificados en el párrafo 238.2 del artículo 238 del TUO de la LPAG, consistentes en requerimientos al administrado, la exhibición o presentación de todo tipo de documentación, expedientes, archivos u otra información necesaria; interrogatorios, inspecciones; toma de copia de archivos físicos, ópticos,

⁵² Actos de gravamen son aquéllos desfavorables para el administrado, dado que le imponen deberes, cargas, sanciones, limitaciones o prohibiciones, en el ejercicio de sus derechos.

⁵³ Actos resolutorios son las resoluciones definitivas que atendiendo al fondo del asunto las autoridades emiten. Para efectos prácticos se identifican con el término resolución.

electrónicos u otros, así como toma de fotografías, impresiones, grabaciones de audio o en video, exámenes periciales, entre otros.

Ahora bien, la actividad de fiscalización administrativa comprende actuaciones de control, inspección, investigación, supervisión, vigilancia, semejante, sin que por ello constituya un procedimiento administrativo, dado que no conllevan la emisión de un acto administrativo. Su enfoque está dirigido a la realización de actividades destinadas a advertir el cumplimiento o no de la norma imperativa atribuible al administrado. En efecto, de acuerdo a lo establecido en el vigente artículo 237 del TUO de la LPAG, incorporado por el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1272, a través de la actividad administrativa de fiscalización se busca, de manera preventiva, verificar el cabal cumplimiento de las obligaciones o prohibiciones exigidas al administrado a partir de una norma o contrato.

La afirmación de que la actividad administrativa de fiscalización no constituye un procedimiento administrativo en los términos del TUO de la LPAG, se puede colegir de las formas en que esta actividad de control, supervisión, vigilancia, inspección puede concluir, que conforme al artículo 243 del TUO de la LPAG son las siguientes:

1. La certificación o constancia de conformidad de la actividad desarrollada por el administrado.
2. La recomendación de mejoras o correcciones de la actividad desarrollada por el administrado.
3. La advertencia de la existencia de incumplimientos no susceptibles de ameritar la determinación de responsabilidades administrativas.
4. La recomendación del inicio de un procedimiento con el fin de determinar las responsabilidades administrativas que correspondan.
5. La adopción de medidas correctivas.
6. Otras formas según lo establezcan las leyes especiales.

Afirmar la naturaleza procedimental de la actividad administrativa de fiscalización constituiría un error, si se tiene en consideración lo prescrito en el artículo 243 del TUO de la LPAG el cual regula las formas de conclusión de dicha función, no constituyendo ninguna de ellas un acto administrativo, tales como la certificación de conformidad, la recomendación de mejoras o correcciones, la advertencia de incumplimientos, **y más claramente, la mera recomendación para el inicio de un procedimiento sancionador.**

Agrega el párrafo 243.2 de dicho artículo, que las entidades procurarán realizar algunas fiscalizaciones únicamente con finalidad orientativa, esto es, de identificación de riesgos y notificación de alertas a los administrados con la finalidad de que mejoren su gestión.

No obstante, podría existir un error de percepción respecto de la forma de conclusión de la actividad de fiscalización consistente en disponer la “*adopción de una medida correctiva*” confundiéndola con un acto administrativo. Lo cierto es que, en un procedimiento administrativo sancionador, la adopción de tal medida va aparejada a la determinación de la

responsabilidad del administrado y a la imposición de una sanción, contenida en un acto administrativo que pone fin a dicho procedimiento⁵⁴.

Sin embargo, dado que en las actuaciones administrativas de fiscalización no existe la determinación de responsabilidad ni sanción, la disposición de la autoridad fiscalizadora para que el fiscalizado “*adopte una medida correctiva*” solo constituye una medida de naturaleza precautoria o preventiva acorde con la naturaleza de dicha función fiscalizadora, cuya inobservancia recién acarrearía la apertura de un procedimiento sancionador, no por la omisión en sí misma, sino por la conducta infractora que originó que se disponga la adopción de dicha medida correctiva.

Así, la actividad administrativa de fiscalización cumple un rol preventivo relacionado al efectivo cumplimiento de los mandatos regulados en una norma y cuyo escenario se da con anterioridad al inicio de un procedimiento sancionador. En ese sentido, la actividad administrativa de fiscalización no es un procedimiento administrativo y su ejecución por parte de la autoridad administrativa es de carácter facultativo esta no debe ser entendida como parte del procedimiento sancionador.

En este contexto, dada la finalidad preventiva y correctiva de la fiscalización que no se encamina a expedir un acto administrativo, con efectos concretos en la situación jurídica de un administrado, dicha actuación administrativa no califica como procedimiento administrativo sino como actividad administrativa.

Debe quedar claro que el ropaje jurídico de la fiscalización como una actividad administrativa y no como procedimiento administrativo no genera la inaplicación de los principios y garantías a favor del administrado que el TUO LPAG reconocidos a toda potestad administrativa a cargo de la Administración. En efecto, conforme al Artículo IV del Título Preliminar de dicho cuerpo legal, cuyo párrafo 2 señala que los principios señalados servirán también “para suplir los vacíos en el ordenamiento administrativo”, sin ceñirse solo al ordenamiento jurídico procedimental, sino para los que regulan otras formas de actuación administrativa.

⁵⁴ **“Artículo 232. Determinación de la responsabilidad**
232.1 Las sanciones administrativas que se impongan al administrado son compatibles con el dictado de medidas correctivas conducentes a ordenar la reposición o la reparación de la situación alterada por la infracción a su estado anterior, incluyendo la de los bienes afectados, así como con la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, las que son determinadas en el proceso judicial correspondiente. Las medidas correctivas deben estar previamente tipificadas, ser razonables y ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los bienes jurídicos tutelados que se pretenden garantizar en cada supuesto concreto. ”
(...)

(Negrilla agregada)

A manera ilustrativa de lo sostenido en el presente acápite, se advierte el artículo 2 del Decreto Supremo N° 016-2017-TR que modifica el Reglamento de la Ley General de Inspección al Trabajo a fin de adecuarlo a las disposiciones del TUO de la LPAG, señala expresamente que las actuaciones inspectivas de investigación y comprobatorias no se rigen por las disposiciones del procedimiento administrativo (Título II) sino por las de la actividad administrativa de fiscalización (Capítulo II del Título IV), haciendo clara diferenciación entre el procedimiento administrativo y la actuación administrativa de fiscalización, en sentido de lo previsto en el TUO de la LPAG.

2.4 FINES DE LA POTESTAD DE FISCALIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Los fines específicos de la fiscalización son variados, tal como se ha podido advertir de lo señalado anteriormente. Se habla de “vigilancia general”, de “prevención”, de “supervisión”, de “verificación y constatación”, de “comprobación del cumplimiento de la normativa”, “de adecuación al ordenamiento jurídico”, de “control del cumplimiento de obligaciones”, “de protección de la legalidad”, de “restablecimiento del orden perturbado”, entre otros. Sin embargo, para mayor precisión, puede señalarse que la potestad de fiscalización puede ejercerse de forma preventiva, esto es, para evitar una situación no deseada, o con posterioridad a la verificación de tal situación, de tal manera que los fines que persigue esta potestad pueden resumirse en dos:

- (i) La finalidad preventiva orientada al cumplimiento normativo y protección de los bienes jurídicos, lo cual incluye las diversas actividades de supervisión, fiscalización e inspección, así como la persuasión, orientación, educación y sensibilización para el cumplimiento;
- (ii) La finalidad correctiva orientada al restablecimiento de la legalidad alterada.

La primera finalidad implica básicamente asegurar preventivamente el cumplimiento de la normativa, previniendo o evitando no solamente incumplimientos, sino también potenciales riesgos y daños, para lo cual se ejecutan diversas actividades, entre las que se encuentra, la vigilancia, la investigación, el control, la supervisión, la comprobación, la verificación o constatación, la orientación, educación y persuasión, todo ello orientado a garantizar el cumplimiento de las normas, es decir, la adecuación permanente de las actividades objeto de fiscalización a la legalidad u otros títulos habilitantes.

Así lo sostiene Bermejo, al señalar que:

“La potestad o función de inspección constituye una pieza muy importante para lograr el cumplimiento de la legalidad, pues garantiza el cumplimiento de las normas reguladoras (...)”⁵⁵. Del mismo parecer es García Ureta, quien señala que la inspección es “una actividad administrativa ordinaria de intervención, de carácter ejecutivo para la comprobación del ejercicio de derechos y obligaciones

⁵⁵ BERMEJO VERA. Op.cit., p. 45.

*por parte de un particular, con el fin de determinar su adecuación al ordenamiento jurídico. Esta actividad incluye la recopilación de datos, la vigilancia, la investigación y, en especial, la verificación del desarrollo ordenado de la actividad de la que el particular sea titular*⁵⁶.

Pero ciertamente, no es solo garantizar el cumplimiento por sí mismo. El cumplimiento es un objetivo que debe, a su vez, garantizar la protección del interés público. Piénsese, por ejemplo, en bienes jurídicos como la vida, la salud, la seguridad o el medio ambiente.

Por otro lado, dentro de esta finalidad se puede subsumir también actividades que permitan detectar y gestionar riesgos de manera preventiva, así como orientar, educar o persuadir a los administrados a fin de prevenir su incumplimiento. Ello se justificaría en el hecho de que los particulares no necesariamente conocen las normas o tampoco las entienden bien. Si bien podría afirmarse que existe una presunción legal, según la cual las normas son conocidas por todos desde que se publica formalmente, lo cual impondría a los administrados la carga de conocer y entender bien las normas; lo cierto es que la realidad muchas veces demuestra que ello no es necesariamente así, sobre todo en contextos en los se da el fenómeno de la sobrerregulación o de la llamada “inflación normativa”.

Tampoco suele haber incentivos para que los particulares gestionen sus propios riesgos, a fin de evitar su ocurrencia y la afectación al interés público. Sobre este tema, no solamente es importante que el administrado conozca y entienda bien la norma para poder cumplirla, sino también que exista una “*actuación fiscalizadora predecible y creíble*” que, bajo un enfoque preventivo y persuasivo, incentive a los particulares a implementar sus sistemas internos de “compliance”, a efectos de identificar, gestionar y mitigar sus riesgos de incumplimiento normativo.

Más allá de presunciones y de consideraciones de tipo formal, lo cierto es que una **buena estrategia de cumplimiento regulatorio** depende de estos dos factores: de lo bien que los administrados puedan conocer y entender las normas y de que tan creíble y predecible sea la actividad de fiscalización. En buena cuenta, como se verá más adelante, la calidad de la regulación depende no solamente de su diseño y elaboración, sino también de la forma cómo se implementa y se exigirá su cumplimiento, por lo que es necesario que la Administración, bajo este enfoque preventivo, se interese en la implementación de acciones de persuasión, orientación, educación y sensibilización⁵⁷, a fin de facilitar y promover el cumplimiento voluntario por parte de los administrados.

⁵⁶ GARCÍA URETA. Op.cit., p. 29.

⁵⁷ Así lo entiende Fernández Ramos, al señalar que la profusión y fugacidad de las normas jurídicas, “*y la necesidad de un conocimiento preciso y actualizado de las mismas, justifican sobradamente una función de asistencia que trasciende la cadena tradicional de exigencias/control sobre aplicación/sanción*”. FERNÁNDEZ RAMOS. Op.cit. p. 99.

Incluso, ello sería conveniente para las entidades públicas con recursos limitados, pues posiblemente fomentar el cumplimiento normativo de esta forma será menos costosa que hacerlo a través de un procedimiento sancionador; aunque debe quedar claro que esta función de información y orientación —que sería la cara amigable de la actuación fiscalizadora—, siempre debe estar supeditada a la finalidad esencial de vigilancia o control, evitando entonces que la fiscalización llegue a convertirse en un mero servicio de apoyo técnico⁵⁸.

Nuestra legislación ha recogido esta finalidad preventiva, en los términos antes expuestos, no solo al señalar en el párrafo 237.1 del artículo 237 del TUO de la LPAG que la actividad de fiscalización debe hacerse “*bajo un enfoque de cumplimiento normativo, de prevención del riesgo, de gestión del riesgo y tutela de los bienes jurídico protegidos*”, sino también al disponer en el párrafo 243.2 del artículo 243 del citado TUO, que “*Las entidades procurarán realizar algunas fiscalizaciones únicamente con finalidad orientativa, esto es, de identificación de riesgos y notificación de alertas a los administrados con la finalidad de que mejoren su gestión*”.

Claro está que hubiera sido preferible que no se limite la finalidad orientativa solamente a algunas fiscalizaciones, como reza el texto expreso de la norma, justamente para darle a las entidades públicas la posibilidad de diseñar sus esquemas de cumplimiento sobre la base de un conjunto de estrategias, potenciando de esta forma el enfoque de prevención.

En lo que respecta a la finalidad correctiva, la misma supone una actividad reactiva que se produce como consecuencia de la detección de riesgos o de irregularidades, y que lleva a la adopción de medidas para restablecer la legalidad alterada. Así lo entiende Fernández Ramos al destacar que:

“(...) 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”⁵⁹.

En el mismo sentido, González Luchsinger señala que “*(...) una función importante del órgano inspector es asesorar a los administrados para que conozcan las normas a las que deben someter su actuar, además de otorgarles la más variada información respecto de lo mismo con el fin de facilitarles el cumplimiento de sus obligaciones y en consecuencia evitar infracciones normativas, lo que demuestra nuevamente el carácter preventivo de esta actividad*”. GONZÁLEZ LUCHSINGER. Op.cit., pp. 48-49.

⁵⁸ FERNÁNDEZ RAMOS. Op.cit., p. 102.

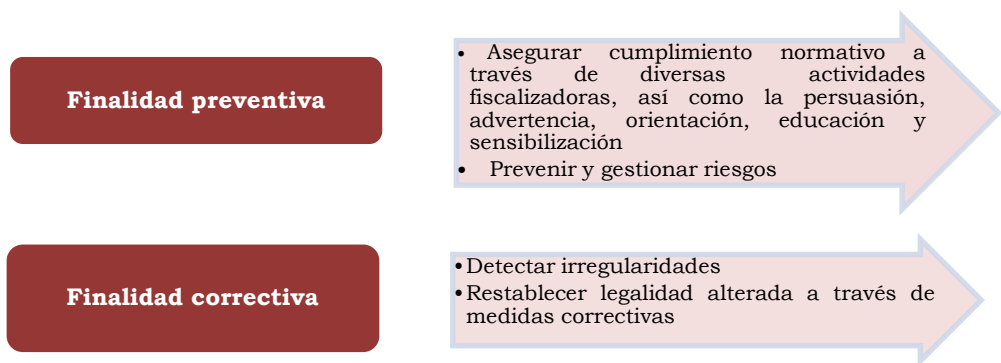
⁵⁹ Idem. p. 23. Asimismo, Brewer-Carías señala que “*(...) la actividad de policía no se agota en una actividad preventiva, también y en segundo lugar, es una actividad represiva, en el sentido que tiene por objeto restablecer el orden público cuando éste ha sido violado y vulnerado*”. BREWER-CARIAS. Op.cit. p. 53.

Tirado Barrera es del mismo parecer, al señalar que la potestad inspectiva debe garantizar la adecuación permanente de las actividades de los particulares a la legalidad, la cual:

“(...) podrá comprender, también, las acciones necesarias para el restablecimiento de la legalidad quebrantada. 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 consagrados”⁶⁰.

Como se ha señalado, nuestra legislación ha recogido esta finalidad correctiva, al facultar a los órganos de fiscalización a dictar medidas correctivas siempre que se encuentren habilitadas en norma con rango de Ley, según se advierte del artículo 244 del TUO de la LPAG. Es justamente en esta orientación donde se ha advertido la **vinculación entre la potestad fiscalizadora y la potestad sancionadora**, aunque la primera se materializa como una actividad administrativa y la segunda, se enmarca en un procedimiento administrativo.

Gráfico N° 3



2.5 PRINCIPIOS DE LA FISCALIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Considerando que el inciso 1 del Artículo II del Título Preliminar del TUO de la LPGA contiene **normas comunes para las actuaciones de la función administrativa del Estado —que comprende los procedimientos administrativos u otros—**, a la actividad administrativa de fiscalización también le resultan aplicable los Principios contemplados en dicho cuerpo normativo.

En tal sentido, aunque el Artículo IV de dicho Título Preliminar indique se titule *“Principios del procedimiento administrativo”* del texto de tales principios se

⁶⁰ TIRADO BARRERA. Op.cit. p. 253.

desprende su vocación orientadora para toda actuación administrativa y no solo de los procedimientos administrativos.

A manera ilustrativa, a la actividad administrativa le resulta aplicable el **Principio de Legalidad** previsto en el inciso 1 del Artículo IV en mención que señala que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

Otros principios también aplicables, son los regulados en los incisos 1.4, 1.17, 1.18 del TUO de la LPAG y que regulan lo siguiente:

- **Principio de razonabilidad.-** Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.
- **Principio del ejercicio legítimo del poder.-** La autoridad administrativa ejerce única y exclusivamente las competencias atribuidas para la finalidad prevista en las normas que le otorgan facultades o potestades, evitándose especialmente el abuso del poder, bien sea para objetivos distintos de los establecidos en las disposiciones generales o en contra del interés general.
- **Principio de responsabilidad.-** La autoridad administrativa está obligada a responder por los daños ocasionados contra los administrados como consecuencia del mal funcionamiento de la actividad administrativa, conforme lo establecido en la presente ley. Las entidades y sus funcionarios o servidores asumen las consecuencias de sus actuaciones de acuerdo con el ordenamiento jurídico.

En específico, en lo concerniente al Principio de Razonabilidad expresado en el TUO de la LPAG, debe tenerse en cuenta lo establecido por el Tribunal Constitucional en lo referente al Principio de Razonabilidad y Proporcionalidad, en su sentencia expedida por el Expediente N° 0090-2004-AA/TC de fecha 05 de julio de 2004, al señalar que:

“35. La razonabilidad implica que el acto estatal debe mantener su justificación lógica y axiológica en los sucesos o circunstancias que fueran. Así, la doctrina exige que se produzca una consonancia entre el hecho antecedente “creador” o “motivador” del acto estatal y el hecho consecuente derivado de aquél (...) El acto estatal debe acreditar la necesaria disposición o correspondencia entre la causa que lo origina y el efecto buscado. Existe, entonces, la necesidad de acreditar coherencia y equilibrio entre el antecedente que origina el acto estatal y la consecuencia derivada de aquél.

(...)

La proporcionalidad exige la existencia indubitable de una conexión directa, indirecta y relacional entre causa y efecto; vale decir, que la consecuencia jurídica establecida sea unívocamente previsible y justificable a partir del hecho

ocasionante del acto estatal. En consecuencia, la proporcionalidad lo será cuando la razón del efecto sea deducible de la causa, o previsible a partir de ella.

Ahora bien, más allá de la convención doctrinaria que admite su autonomía como concepto, en puridad, la proporcionalidad es una modalidad más de la razonabilidad (razonabilidad instrumental).”

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional, en su sentencia recaída en el Expediente N° 2192-2004-AA/TC de fecha 11 de octubre de 2004, ha establecido que:

“15. El principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho (...) Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa, puede establecerse, prima facie, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación”.

A partir de lo expuesto se puede advertir que una decisión o actuación por parte de la autoridad será proporcional y razonable cuando: (i) se adopte dentro de los límites de la facultad atribuida, (ii) mantenga la proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que debe tutelar; y (iii) la medida responda a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido, elementos que, por lo demás, ya han sido recogidos en nuestra legislación.

Asimismo, cabe tener presente que en diversas sentencias el TC ha hecho referencia al “**Test de Proporcionalidad**”⁶¹ para determinar la legitimidad constitucional de una limitación al ejercicio de los derechos fundamentales, por lo que su ámbito puede ser aplicable a las potestades de gravamen. Así, este test conlleva el cumplimiento de tres (03) dimensiones: (a) el juicio de idoneidad, b) el juicio de necesidad, y (c) el juicio de proporcionalidad.

Por el juicio de idoneidad, se tiene que la medida de gravamen deber ser un medio jurídico idóneo y coherente para lograr el fin u objetivo constitucionalmente legítimo, es decir, “*que exista una relación de medio a fin entre la medida limitativa y el objetivo constitucionalmente legítimo que se persigue alcanzar con aquél*”⁶².

Por el juicio de necesidad, la medida de gravamen elegida debe ser la medida menos lesiva para los derechos e intereses de los administrados. Es decir, las

⁶¹ Criterio recogido en las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, recaídas en los expedientes N° 045-2004-PI/TC, 0050-2004-AI/TC y 2235-2004-AA/TC.

⁶² Sentencia emitida el 18 de febrero de 2005 por el Tribunal Constitucional, recaída en el expediente N° 2235-2004-AA/TC. Fundamento 6.

medidas deben ser estrictamente necesarias. “Como tal, presupone la existencia de una diversidad de alternativas, todas aptas para conseguir el mismo fin, debiendo ser la escogida por el legislador aquella que genera menos aflicción sobre el derecho fundamental”⁶³.

Por último, el juicio de proporcionalidad, consiste en que el grado de realización del objetivo a alcanzar guarde una relación equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, a través de la medida limitativa o restrictiva. Es decir, se debe realizar una ponderación de costo beneficio del acto de gravamen a imponerse, entre los derechos afectados y el fin público que se persigue⁶⁴.

En ese sentido, en lo que respecta a la fiscalización, es claro que la Administración no cuenta con plena libertad para elegir la medida restrictiva o limitativa de derechos en función a las normas pertinentes, sino que debe elegir aquella que mantenga de mejor manera la proporción con la finalidad pública que persigue la medida —prevenir el incumplimiento o restablecer la legalidad alterada— y que la afectación del derecho del administrado lo sea en lo estrictamente necesario para satisfacer el interés público perseguido.

Como contrapartida, en la actividad administrativa de fiscalización también resulta aplicable el **Principio de interdicción de la arbitrariedad**, según el cual las decisiones de la Administración deben responder a criterios de racionalidad y proporcionalidad, a fin de no ser arbitrarias. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el expediente N° 090-2004-AA/TC, ha descrito el concepto de arbitrariedad, señalando lo siguiente:

“El concepto de arbitrario apareja tres acepciones igualmente proscritas por el derecho: a) lo arbitrario entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica; b) lo arbitrario entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y c) lo arbitrario entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica.

De allí que, desde el principio del Estado de Derecho, surgiese el principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual tiene un doble significado:

En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho.

En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo.”

⁶³ Sentencia emitida el 3 de junio de 2005 por el Tribunal Constitucional, recaída en el expediente N° 0050-2004-AI/TC. Fundamento 109.

⁶⁴ Ibid.

Asimismo, cierto sector de la doctrina ⁶⁵ ha señalado que el Principio de interdicción de la arbitrariedad es un mecanismo de control que protege a los administrados contra decisiones que no son coherentes con la realidad que le sirve de sustento y con los criterios lógicos que esgrime la Administración para justificar su actuación; de tal forma que este principio termina proscribiendo ejercer alguna potestad administrativa (como sería el caso de la fiscalización), contrariamente a dicho principio.

De otro lado, con relación a las **fiscalizaciones sujetas a regulaciones especiales** deberán observar los principios allí previstos. Por ejemplo, el artículo 2 de la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo establece que el funcionamiento y la actuación del Sistema de Inspección del Trabajo, así como de los servidores que lo integran, se regirán por los siguientes Principios ordenadores: Legalidad, Primacía de la realidad, Imparcialidad, Objetividad, Equidad, Autonomía técnica y funcional, Jerarquía, Eficacia, Unidad de función y de Actuación, Confidencial, Lealtad, Probidad, Sigilo profesional, Honestidad y Celeridad.

En la legislación ambiental, la fiscalización forestal se orienta por los Principios de Coherencia, Transparencia, Eficacia, Eficiencia, Efectividad y Mejora Continua⁶⁶, y en específico, los Principios que rigen la supervisión

⁶⁵ BACA ONETO, Victor Sebastián. “La Discrecionalidad Administrativa y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”, en: Revista de Derecho Administrativo N° 11, 2012, p. 188.

⁶⁶ **Resolución Ministerial N° 247-2013-MINAM, Aprueban Régimen Común de Fiscalización Ambiental**

Artículo 3.- Principios que rigen la Fiscalización Ambiental

El ejercicio de la fiscalización ambiental se rige por los principios de la potestad sancionadora, así como por los establecidos en la Ley General del Ambiente, la Política Nacional del Ambiente, la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, entre otras normas legales en materia ambiental, y por los siguientes principios de observancia obligatoria:

- a) Coherencia. - Las entidades con competencia en fiscalización ambiental coordinan el ejercicio de sus funciones para su adecuada articulación, sumando esfuerzos, evitando superposiciones, duplicidades y vacíos en el ejercicio de dichas funciones.
- b) Transparencia. - La información vinculada a la fiscalización ambiental es de acceso público. Tratándose de la información que califique como confidencial por vincularse al ejercicio de la potestad sancionadora, las EFA pueden publicar reportes y resúmenes de acceso público.
- c) Eficacia. - Las entidades de fiscalización ambiental, para el adecuado ejercicio de la fiscalización a su cargo, deben contar con las herramientas y recursos requeridos para una adecuada planificación, ejecución y evaluación de su ejercicio.
- d) Eficiencia. - La fiscalización ambiental debe ser realizada al menor costo social y ambiental posible, maximizando el empleo de los recursos con los que cuenta.
- e) Efectividad. - La fiscalización ambiental debe ser ejercida de modo tal que propicie que los administrados actúen en cumplimiento de sus obligaciones ambientales.
- f) Mejora continua. - Las entidades de fiscalización ambiental coadyuvan al proceso de mejora continua de la legislación ambiental proponiendo a las

ambiental son los siguientes: Legalidad, Costo-eficiencia, Presunción de veracidad, Preventivo y Correctivo, Debido procedimiento y Supervisión orientada a Riesgos⁶⁷.

Finalmente, la doctrina también menciona **otros principios de la función fiscalizadora**, entre ellos: Principio de objetividad, neutralidad e imparcialidad, el cual exige de parte de los fiscalizadores una actuación ajena a toda subjetividad, parcialidad, favoritismo, influencia indebida o presiones de tipo político, o motivadas por dádivas de cualquier tipo⁶⁸.

Siguiendo a García Costa, mientras que la neutralidad impone al funcionario el deber de no interferencia en alguna de las opciones en conflicto y de colaboración legal y eficaz; la objetividad e imparcialidad le exige aplicar e interpretar la ley en adecuación a la voluntad normativa y el interés público, alejado de cualquier valoración personal o subjetiva⁶⁹.

autoridades competentes los cambios normativos que identifiquen como necesarios a consecuencia del ejercicio de la fiscalización ambiental a su cargo.

⁶⁷ **Resolución de Consejo Directivo N° 005-2017-OEFA-CD, Reglamento de Supervisión.**

Artículo 4.- De los principios de la función de supervisión

Sin perjuicio de los principios establecidos en la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente; la Política Nacional del Ambiente, aprobada por Decreto Supremo N° 012-2009-MINAM; la Ley N° 28245, Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental; y, en otras normas de carácter ambiental, así como en los principios de protección ambiental que resulten aplicables; la función de supervisión se rige por los siguientes principios:

- a) Legalidad: El supervisor debe actuar con respeto a la Constitución, las normas legales y reglamentarias que sean aplicables, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.
- b) Costo-eficiencia: El desarrollo de la función de supervisión se llevará a cabo evitando generar costos excesivos e injustificados al administrado y a la Autoridad de Supervisión.
- c) Presunción de veracidad: Toda la información que el administrado supervisado proporcione dentro de la supervisión y sus declaraciones se presumen que responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Esta presunción admite prueba en contrario.
- d) Preventivo y correctivo: Las acciones de supervisión deben estar dirigidas a prevenir, evitar, detectar y/o corregir la comisión de acciones u omisiones, que podrían ser constitutivas de incumplimiento de obligaciones fiscalizables.
- e) Debido procedimiento: Durante el desarrollo de la supervisión se brinda al administrado todas las garantías del debido procedimiento, incluyendo el derecho de acceso al expediente de supervisión en la que forme parte, en cualquier momento, de manera directa y sin limitación alguna de información; salvo las excepciones expresamente previstas por Ley.
- f) Supervisión orientada a riesgos: En el ejercicio de la supervisión se toma en consideración el impacto de los incumplimientos de las obligaciones fiscalizables que se puedan detectar y la probabilidad de su ocurrencia.

⁶⁸ ANTÚNEZ SÁNCHEZ. Op. cit., p. 75.

⁶⁹ GARCÍA COSTA, Francisco Manuel. *Delimitación conceptual del principio de objetividad: objetividad, neutralidad e imparcialidad*. En: Revista Documentación Administrativa N° 289. Enero-abril 2011, pp. 29-32.

2.6 IDENTIFICACIÓN DE LOS SUJETOS INTERVINIENTES, SUS DERECHOS Y OBLIGACIONES

Como se ha señalado anteriormente, el ejercicio de la potestad de fiscalización supone la existencia de un conjunto de actividades o actuaciones materiales y técnicas, que implican el despliegue de medios personales y materiales, los cuales están orientados a las finalidades que ya se ha mencionado.

2.6.1 Autoridad fiscalizadora

Del ejercicio de la potestad de fiscalización, se deriva, en primer lugar, la existencia de una relación jurídica entre dos sujetos:

- (i) Un órgano de la Administración, que ha sido atribuido con la potestad de fiscalización dentro de la organización administrativa; y
- (ii) Un sujeto fiscalizado (el administrado) que se vincula de alguna manera con el objeto de la fiscalización, y que por tal motivo tiene el deber de colaborar con el órgano fiscalizador cuando se le solicite.

Si bien la potestad de fiscalización solamente puede ser ejercida por la autoridad, esta puede, por razones de especialidad, criterio técnico o carencia de recursos humanos, contratar con terceros, a efectos de que coadyuven a la labor de fiscalización a cargo de la autoridad, siempre y cuando esté habilitada legalmente.

Siguiendo a Galán y Prieto⁷⁰, estos terceros se caracterizan por lo siguiente:

- (iii) Pueden ser personas jurídicas y naturales especializadas, con experiencia y capacidad técnica en el ámbito, objeto o materia a fiscalizar.
- (iv) Prestan sus servicios a cambio de una contraprestación definida en la relación contractual entablada con la Administración, la cual normalmente se sujeta a un previo proceso competitivo para su selección.
- (v) Deben comportarse con objetividad e imparcialidad, por lo que le corresponderá a la Administración incluir en el contrato o convenio las estipulaciones necesarias para que los terceros fiscalizadores puedan desempeñarse, con arreglo a las facultades y deberes atribuidos al órgano fiscalizador, así como con la forma, modo y finalidades previstas en el ordenamiento legal.

⁷⁰ GALÁN GALÁN. Op.cit., pp. 67-78.

- (vi) La titularidad de la función siempre permanece en el órgano fiscalizador, teniendo este la capacidad para controlar al tercero colaborador.

2.6.2 Facultades del fiscalizador

En general, para el desarrollo de la actividad fiscalizadora se requiere ordenar las facultades que se atribuirán a los órganos fiscalizadores, de estas atribuciones se derivan herramientas, principalmente de carácter material y técnico, de los que se valen los órganos fiscalizadores a efectos de corroborar o verificar el ejercicio de derechos y obligaciones por parte del administrado, con el fin de determinar su adecuación al ordenamiento jurídico, materializando de esta forma sus labores de supervisión, control, inspección, entre otras.

Se pueden agrupar en cuatro rubros, aspectos que han sido recogidos en artículo 238⁷¹ del TUO de la LPAG como **facultades de las entidades que realizan fiscalización**:

71 Artículo 238.-Facultades de las entidades que realizan actividad de fiscalización

238.1 Los actos y diligencias de fiscalización se inician siempre de oficio, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición motivada o por denuncia.

238.2 La Administración Pública en el ejercicio de la actividad de fiscalización está facultada para realizar lo siguiente:

1. Requerir al administrado objeto de la fiscalización, la exhibición o presentación de todo tipo de documentación, expedientes, archivos u otra información necesaria, respetando el principio de legalidad.

El acceso a la información que pueda afectar la intimidad personal o familiar, así como las materias protegidas por el secreto bancario, tributario, comercial e industrial y la protección de datos personales, se rige por lo dispuesto en la Constitución Política del Perú y las leyes especiales.

2. Interrogar a las personas materia de fiscalización o a sus representantes, empleados, funcionarios, asesores y a terceros, utilizando los medios técnicos que considere necesarios para generar un registro completo y fidedigno de sus declaraciones.

La citación o la comparecencia personal a la sede de las entidades administrativas se regulan por los artículos 58 y 59.

3. Realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los locales y/o bienes de las personas naturales o jurídicas objeto de las acciones de fiscalización, respetando el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio cuando corresponda.
4. Tomar copia de los archivos físicos, ópticos, electrónicos u otros, así como tomar fotografías, realizar impresiones, grabaciones de audio o en video con conocimiento previo del administrado y, en general, utilizar los medios necesarios para generar un registro completo y fidedigno de su acción de fiscalización.
5. Realizar exámenes periciales sobre la documentación y otros aspectos técnicos relacionados con la fiscalización.
6. Utilizar en las acciones y diligencias de fiscalización equipos que consideren necesarios. Los administrados deben permitir el acceso de tales equipos, así como permitir el uso de sus propios equipos, cuando sea indispensable para la labor de fiscalización.

- (i) Requerimientos al administrado para la entrega de información y documentación, lo cual incluye su obtención física a través de copias, fotografías, filmaciones, grabaciones, etc.,
- (ii) Interrogatorio a los administrados,
- (iii) Ingreso a locales y/o bienes de los administrados fiscalizados, y
- (iv) Examen pericial.

Estas facultades que establece la normativa general son sin perjuicio de las que establezcan las leyes especiales.

Bajo este contexto, en lo concerniente al **requerimiento de información y documentación**, debe tenerse en cuenta que esta actuación **se sujeta a las limitaciones impuestas por la Constitución y la Ley**.

En este contexto, una limitación constitucionalmente establecida es la preceptuada en el primer párrafo del inciso 5 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú⁷², disposición que exceptúa a la Administración solicitar informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional. Lo anterior, es concordante con el inciso 1 del párrafo 238.2 del artículo 238 TUO de la LPAG, al señalar que *“El acceso a la información que pueda afectar la intimidad personal o familiar (...) se rige por lo dispuesto en la Constitución Política del Perú y las leyes especiales”*.

En sintonía con lo anterior, con relación al secreto comercial e industrial, su acceso por parte de las autoridades de fiscalización está autorizada, a condición de que guarden reserva de los mismos, bajo responsabilidad, tal como lo establece el artículo 32 del Decreto Legislativo N° 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas⁷³.

-
- 7. Ampliar o variar el objeto de la acción de fiscalización en caso que, como resultado de las acciones y diligencias realizadas, se detecten incumplimientos adicionales a los expresados inicialmente en el referido objeto.
 - 8. Las demás que establezcan las leyes especiales.

⁷² **Constitución Política del Perú de 1993**

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del Juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado.

⁷³ **Decreto Legislativo N° 1034**

Artículo 32.- Información confidencial. -

32.1. A solicitud de parte o tercero con interés legítimo, incluyendo a una entidad pública, la Comisión declarará la reserva de aquella información que tenga carácter

En lo concerniente a los requerimientos de información o documentación relacionados a los libros, comprobantes, documentos contables u otros del administrado fiscalizado, si bien el inciso 10 del artículo 2 de la Norma Constitucional señala que pueden ser materia de fiscalización por la autoridad competente, su incautación o sustracción no está permitida, a menos que exista orden judicial⁷⁴.

En lo referido al interrogatorio a los administrados fiscalizados, a sus representantes, empleados, funcionarios, asesores y terceros; y, el **examen pericial**, cabe indicar que se trata de medios probatorios reconocidos en el artículo 175 del TUO de la LPAG⁷⁵, y que encuentran sustento en los Principios de Impulso de Oficio y de Verdad Material acorde al Artículo IV de su Título Preliminar⁷⁶, ya que es deber de la autoridad realizar o practicar los

confidencial, ya sea que se trate de un secreto comercial o industrial, información que afecte la intimidad personal o familiar, aquella cuya divulgación podría perjudicar a su titular y, en general, la prevista como tal en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

(...)

32.3. En los casos en que la Comisión o el Tribunal conceda el pedido de reserva formulado, tomará todas las medidas que sean necesarias para garantizar la reserva de la información confidencialidad, bajo responsabilidad.

⁷⁴ **Constitución Política del Perú 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.

⁷⁵ **Artículo 175.- Medios de prueba**

Los hechos invocados o que fueren conducentes para decidir un procedimiento podrán ser objeto de todos los medios de prueba necesarios, salvo aquellos prohibidos por disposición expresa. En particular, en el procedimiento administrativo procede:

1. Recabar antecedentes y documentos.
2. Solicitar informes y dictámenes de cualquier tipo.
3. Conceder audiencia a los administrados, interrogar testigos y peritos, o recabar de los mismos declaraciones por escrito.
4. Consultar documentos y actas.
5. Practicar inspecciones oculares.

⁷⁶ **Artículo IV.- Principios del Procedimiento Administrativo**

1. El Procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicios de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.3. Principio de impulso de oficio. - Las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias⁷

1.11 Principio de verdad material. - En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven

actos que resulten necesarios para el esclarecimiento de los hechos, verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, así como ajustarse a los hechos reales⁷⁷. En todo caso, para la comparecencia personal a la sede de la autoridad se deberán observar las formalidades establecidas en los artículos 67 y 68 del TUO de la LPAG⁷⁸.

Con relación a la facultad que tiene el órgano de fiscalización para **ingresar a locales y/o bienes de los administrados fiscalizados**, el inciso 3 del párrafo 238.2 del artículo 238 del TUO de la LPAG establece que su ejercicio deberá hacerse “*respetando el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio cuando corresponda*”. Esto significa que las inspecciones que disponga la Administración, con y sin notificación, en estos locales y/o bienes deberán hacerse previa autorización del propietario o, en su defecto, por mandato judicial. Ello, en virtud del reconocimiento constitucional del derecho a la inviolabilidad del domicilio⁷⁹.

plenamente los hechos que sirven de motivos a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la Ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas”.

⁷⁷ GORDILLO, op.cit., Tomo IV, p. VII-3.

⁷⁸ **Artículo 67.- Comparecencia personal**

- 67.1. Las entidades pueden convocar la comparecencia personal a su sede de los administrados sólo cuando así le haya sido facultado expresamente por ley.
- 67.2. Los administrados pueden comparecer asistidos por asesores cuando sea necesario para la mejor exposición de la verdad de los hechos.
- 67.3. solicitud verbal del administrado, la entidad entrega al final del acto, constancia de su comparecencia y copia del acta elaborada.

Artículo 68.- Formalidades de la comparecencia

- 68.1. El citatorio se rige por el régimen común de la notificación, haciendo constar en ella lo siguiente:
 - 68.1.1. El nombre y la dirección del órgano que cita, con identificación de la autoridad requirente;
 - 68.1.2. El objeto y asunto de la comparecencia;
 - 68.1.3. Los nombres y apellidos del citado;
 - 68.1.4. El día y hora en que debe comparecer el citado, que no puede ser antes del tercer día de recibida la citación, y, en caso de ser previsible, la duración máxima que demande su presencia. Convencionalmente puede fijarse el día y hora de comparecencia.
 - 68.1.5. La disposición legal que faculta al órgano a realizar esta citación; y,
 - 68.1.6. El apercibimiento, en caso de inasistencia al requerimiento.
- 68.2. La comparecencia debe ser realizada, en lo posible, de modo compatible con las obligaciones laborales o profesionales de los convocados.
- 68.3. El citatorio que infringe alguno de los requisitos indicados no surte efecto, ni obliga a su asistencia a los administrados.

⁷⁹ **Constitución Política del Perú 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.

2.6.3 Deberes del fiscalizador

En contrapartida a las facultades otorgadas a los órganos de fiscalización, estos asumen deberes frente a los administrados, los cuales también se encuentran detallados en el artículo 239⁸⁰ del TUO de la LPAG. Cabe resaltar, lo preceptuado en el párrafo 239.1 señala que *“La Administración Pública ejerce su actividad de fiscalización con diligencia, responsabilidad y respeto de los derechos de los administrados, adoptando las medidas necesarias para obtener los medios probatorios idóneos que sustenten los hechos verificados, en caso corresponda”*.

Asimismo, el párrafo 239.2 del artículo 239 del mismo cuerpo legal detalla los deberes, sin que se trate de una lista exhaustiva sino más bien enunciativa, lo cual permite reconocer los deberes que los órganos de fiscalización asumen en virtud de sus leyes especiales.

Entre estos deberes se tiene el estudio de la documentación materia de la fiscalización de manera previa a las diligencias; identificarse a requerimiento del administrado; citar la base legal que sustente su competencia, facultades y obligaciones, al administrado que lo solicite; entregar copia del acta de fiscalización al administrado al finalizar la diligencia de inspección; guardar reserva sobre la información obtenida en la fiscalización, y deber de imparcialidad y prohibición de mantener intereses en conflicto.

⁸⁰ **Artículo 239.-Deberes de las entidades que realizan actividad de fiscalización**
239.1 La Administración Pública ejerce su actividad de fiscalización con diligencia, responsabilidad y respeto a los derechos de los administrados, adoptando las medidas necesarias para obtener los medios probatorios idóneos que sustenten los hechos verificados, en caso corresponda.
239.2 Las autoridades competentes tienen, entre otras, los siguientes deberes en el ejercicio de la actividad de fiscalización:
1. Previamente a las acciones y diligencias de fiscalización, realizar la revisión y/o evaluación de la documentación que contenga información relacionada con el caso concreto objeto de fiscalización.
2. Identificarse a requerimiento de los administrados, presentando la credencial otorgada por su entidad, así como su documento nacional de identidad.
3. Citar la base legal que sustente su competencia de fiscalización, sus facultades y obligaciones, al administrado que lo solicite.
4. Entregar copia del Acta de Fiscalización o documento que haga sus veces al administrado al finalizar la diligencia de inspección, consignando de manera clara y precisa las observaciones que formule el administrado.
5. Guardar reserva sobre la información obtenida en la fiscalización.
6. Deber de imparcialidad y prohibición de mantener intereses en conflicto.

Cuadro N° 1

Facultades	Deberes
Requerimientos al administrado para la entrega o exhibición de todo tipo de información y documentación	Revisión y/o evaluación de la documentación materia de la fiscalización de manera previa a las diligencias
Interrogatorio a los administrados fiscalizados, así como a sus representantes, empleados, funcionarios, asesores y a terceros	Identificarse a requerimiento del administrado
Inspecciones, con o sin previa notificación, en los locales y/o bienes de los administrados fiscalizados	Citar la base legal que sustente su competencia, facultades y obligaciones, al administrado que lo solicite
Toma de copia de los archivos físicos, ópticos, electrónicos u otros, así como de fotografías, realizar impresiones, grabaciones de audio o en video con conocimiento previo del administrado	Entregar copia del acta de fiscalización al administrado al finalizar la diligencia de inspección
Exámenes periciales sobre la documentación	Guardar reserva sobre la información obtenida en la fiscalización
Utilizar de los equipos que se consideren necesarios para llevar a cabo las acciones y diligencias de fiscalización	Deberes de diligencia, responsabilidad, respeto de los derechos de los administrados, imparcialidad y prohibición de mantener intereses en conflicto
Ampliar o variar el objeto de la acción de fiscalización en caso se detecten incumplimientos adicionales	

2.6.4 Derechos y deberes del sujeto fiscalizado

De conformidad con el artículo 240⁸¹ del TUO de la LPAG, los administrados fiscalizados gozan de derechos que deben ser respetados por la Administración. Estos derechos son el de ser informados del objeto y del sustento legal de la fiscalización y, de ser previsible, del plazo estimado de su

⁸¹ **Artículo 240.- Derechos de los administrados fiscalizados**

Son derechos de los administrados fiscalizados:

1. Ser informados del objeto y del sustento legal de la acción de supervisión y, de ser previsible, del plazo estimado de su duración, así como de sus derechos y obligaciones en el curso de tal actuación.
2. Requerir las credenciales y el documento nacional de identidad de los funcionarios, servidores o terceros a cargo de la fiscalización.
3. Poder realizar grabaciones en audio o video de las diligencias en las que participen.
4. Se incluyan sus observaciones en las actas correspondientes.
5. Presentar documentos, pruebas o argumentos adicionales con posterioridad a la recepción del acta de fiscalización.
6. Llevar asesoría profesional a las diligencias si el administrado lo considera.

duración, así como de sus derechos y obligaciones; requerir la identificación de los funcionarios y/o terceros a cargo de la fiscalización; poder realizar grabaciones en audio o video de las diligencias en las que participa; se incluya sus observaciones en las actas correspondientes; presentar documentos, pruebas o argumentos adicionales con posterioridad a la recepción del acta de fiscalización, y llevar asesoría profesional a las diligencias en caso lo considere necesario.

De conformidad con el artículo 241 del mismo cuerpo legal, el administrado fiscalizado debe realizar o brindar las facilidades a los órganos fiscalizadores para ejecutar sus facultades. Esto significa que debe atender los requerimientos que se les formule relacionados al objeto de la fiscalización; permitir ser interrogado; autorizar que se realicen inspecciones en sus locales y/o bienes; autorizar que se tome copia de sus archivos físicos, ópticos, electrónicos u otros, así como de fotografías, impresiones, grabaciones de audio o en video con su conocimiento; facilitar la realización de exámenes periciales y permitir el acceso a sus locales de equipos de los órganos de fiscalización, así como permitir el uso de sus propios equipos, cuando sea indispensable para la labor de fiscalización.

Es importante tener presente, que la actuación del administrado fiscalizado en el curso de las actuaciones inspectivas o de supervisión no debe ser pasiva. Más allá de que tengan la obligación legal de colaborar, las autoridades deben fomentar su participación activa, pues depende de los administrados, el que se pueda esclarecer de mejor manera los hechos que son materia de fiscalización⁸².

Cuadro N° 2

Derechos	Deberes
Ser informados del objeto y del sustento legal de la fiscalización y, de ser previsible, del plazo estimado de su duración, así como de sus derechos y obligaciones	Atender los requerimientos que se les formule relacionados al objeto de la fiscalización

⁸² Así lo entiende Gallardo Urrutia cuando señala que “(...) tampoco puede ser un mero sujeto pasivo del procedimiento, porque el ideal de la inspección exige que tanto el órgano inspector como el sujeto inspeccionado ejerzan un rol preponderante en el procedimiento administrativo, y no en el sentido de un enfrentamiento entre ambos, sino en el de prestar la colaboración que permita el correcto desarrollo de la misma. Es difícil concebir una inspección eficaz sin la colaboración del sujeto inspeccionado, dado que resultaría del todo compleja la determinación de las condiciones exactas en que lleva a cabo la actividad inspeccionada”.

GALLARDO URRUTIA, Camila. *Aplicación del Procedimiento Administrativo a la Función Fiscalizadora de la Dirección del Trabajo*. Memoria para optar el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. Facultad de Derecho, 2010. p. 55. Disponible en: http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2010/de-gallardo_c/pdfAmont/de-gallardo_c.pdf

Requerir la identificación de los funcionarios -y/o terceros a cargo de la fiscalización	Permitir ser interrogado, así como sus empleados, funcionarios, asesores
Poder realizar grabaciones en audio o video de las diligencias en las que participa	Autorizar que se realicen inspecciones en sus locales y/o bienes
Se incluya sus observaciones en las actas de fiscalización	Autorizar que se tome copia de sus archivos físicos, ópticos, electrónicos u otros, así como de fotografías, impresiones, grabaciones de audio o en video con su conocimiento
Presentar documentos, pruebas o argumentos adicionales con posterioridad a la recepción del acta de fiscalización	Facilitar la realización de exámenes periciales
Llevar asesoría profesional a las diligencias en caso lo considere necesario	Permitir el acceso a sus locales de equipos de los órganos de fiscalización, así como permitir el uso de sus propios equipos, cuando sea indispensable para la labor de fiscalización

2.7 Naturaleza y valor probatorio de las actas de fiscalización

Un aspecto bastante relevante en el ámbito de la fiscalización es lo referente a las actas de fiscalización. Este tipo de actas normalmente son utilizadas para registrar la evidencia obtenida por el órgano fiscalizador sobre los hechos materia de fiscalización. Así lo entiende el artículo 242⁸³ del TUO de la LPAG.

En específico, el párrafo 242.1 del artículo 242 del TUO de la LPAG cuando señala que el *“Acta de Fiscalización o documento que haga sus veces, es el documento que registra las verificaciones de los hechos constatados objetivamente...”*.

⁸³ Artículo 242.- Contenido mínimo del Acta de Fiscalización

- 242.1. El Acta de Fiscalización o documento que haga sus veces, es el documento que registra las verificaciones de los hechos constatados objetivamente y contiene como mínimo los siguientes datos:
1. Nombre de la persona natural o razón social de la persona jurídica fiscalizada.
 2. Lugar, fecha y hora de apertura y de cierre de la diligencia.
 3. Nombre e identificación de los fiscalizadores.
 4. Nombres e identificación del representante legal de la persona jurídica fiscalizada o de su representante designado para dicho fin.
 5. Los hechos materia de verificación y/u ocurrencias de la fiscalización.
 6. Las manifestaciones u observaciones de los representantes de los fiscalizados y de los fiscalizadores.
 7. La firma y documento de identidad de las personas participantes. Si alguna de ellas se negara a firmar, se deja constancia de la negativa en el acta, sin que esto afecte su validez.
 8. La negativa del administrado de identificarse y suscribir el acta.
- 242.2. Las Actas de fiscalización dejan constancia de los hechos verificados durante la diligencia, salvo prueba en contrario.

Las actas de fiscalización gozan de **Presunción de Veracidad**. Así, lo ha dejado sentado el párrafo 242.2 del artículo 242 del mismo cuerpo normativo, al señalar que “*Las Actas de fiscalización dejan constancia de los hechos verificados durante la diligencia, salvo prueba en contrario*”. Esto significa que el administrado fiscalizado queda facultado a rebatir esa presunción mediante el aporte de medios probatorios que demuestren lo contrario. Esto ciertamente dependerá de si el contenido del acta de fiscalización le favorece o no, pero incluso el administrado podría destruir la presunción de veracidad del acta si demuestra que no cumple con el contenido mínimo previsto en el citado numeral 242.1.

Esto permite advertir que las actas de fiscalización tienen un valor probatorio—naturalmente en caso de que no sea destruida su presunción de veracidad—, pudiendo entonces ser utilizadas por el órgano de fiscalización para sustentar su actuación.

Así, por ejemplo, un acta de fiscalización podrá sustentar la constancia de conformidad de la actividad desarrollada por el administrado, o la recomendación de mejoras o correcciones, recomendación del inicio de un procedimiento administrativo sancionador. Incluso, las actas de fiscalización pueden llevar a adoptar medidas con una finalidad orientativa o educativa.

Es importante que los órganos de fiscalización entiendan esta **naturaleza flexible** de las actas de fiscalización, a fin de no cometer el error de utilizarlas solamente con una finalidad meramente punitiva. Dado que las finalidades recogidas por el TUO de la LPAG son las de promover el cumplimiento normativo, prevenir y gestionar el riesgo, tutelar de los bienes jurídicos protegidos, así como orientar a los administrados, entonces el uso de las actas debe estar acorde con estas finalidades.

Ahora bien, cuestión distinta es el valor que tendrán las actas de fiscalización en caso se decida **iniciar un procedimiento sancionador contra el administrado**. Esta situación se presentaría solamente respecto de las actas que identifiquen posibles incumplimientos susceptibles de constituir una infracción administrativa, así como en caso exista una recomendación de inicio de un procedimiento sancionador con el fin de determinar las responsabilidades administrativas que correspondan.

Si como consecuencia de la actividad de fiscalización, se constata posibles incumplimientos por parte del administrado que llevan a una imputación de responsabilidad administrativa, las actas entonces se convertirán en un elemento probatorio a ser utilizado en el marco del procedimiento sancionador. Ante ello, surge la duda de si estas actas son “prueba plena” de la infracción, o si son solo un antecedente más del cargo imputado, que debe ser apreciado en conjunto con las demás pruebas que obtenga la autoridad a cargo del procedimiento sancionador.

Si se parte de la premisa de que el ejercicio de la potestad sancionadora está regido por ciertos principios especiales, entre los cuales están el Principio de presunción de licitud recogido en el inciso 9 del artículo 246 del TUO de la LPAG, según la cual “*Las entidades deben asumir que los administrados han*

actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario”, así como el Principio de culpabilidad recogido en el inciso 10 de la misma norma, según el cual “La responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo los casos en que por ley o decreto legislativos se disponga la responsabilidad administrativa objetiva”, entonces parece que las actas de fiscalización no pueden constituir prueba plena o determinante de responsabilidad administrativa.

De otro lado, es importante evidenciar la relación entre **los hechos detectados en una actividad de fiscalización y el Principio de presunción de inocencia**, por lo que conviene tener presente lo señalado por el Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos:

“(...) la presunción de inocencia obliga al órgano jurisdiccional a una actividad probatoria suficiente que desvirtúe el estado de inocencia del que goza todo imputado (...)”⁸⁴

“El derecho de presunción de inocencia garantiza que toda persona no sea sancionada si es que no existe prueba plena que, con certeza, acredite su responsabilidad, administrativa o judicial, de los cargos atribuidos (...)”⁸⁵

Asimismo, a modo de referencia, el Tribunal Constitucional Español ha señalado en su Sentencia 212/1990 del 20 de diciembre:

“(...) es doctrina reiterada de este Tribunal que la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento administrativo sancionador garantizando el derecho a no sufrir sanción que no tenga fundamento en una previa actividad probatoria sobre la cual el órgano competente pueda fundamentar juicio razonable de culpabilidad.”

Por su parte, en la doctrina nacional señala lo siguiente con respecto a este Principio:

“Los efectos de esta presunción sobre el procedimiento administrativo sancionador son los siguientes:

- un administrado no puede ser sancionado sobre la base de una inferencia, de una sospecha (...) por más razonable o lógica que pueda ser el planteamiento mental seguido por la autoridad (...)*
- si el curso del procedimiento administrativo sancionador no llega a formar convicción de la ilicitud del acto y de la culpabilidad del administrador, se impone el mandato de absolución implícito que esta presunción conlleva (in dubio pro reo). (...)*
- ratifica que en materia sancionadora la carga de la prueba recae en la administración, por lo que compete a las autoridades identificar, atraer al expediente y actuar la evidencia suficiente que sustente la exclusión de esta presunción (...)*

⁸⁴ Sentencia emitida el 8 de setiembre de 2003 por el Tribunal Constitucional, recaída en el expediente N° 1934-2003-HC-TC. Fundamento 1.

⁸⁵ Sentencia emitida el 24 de noviembre de 2004 por el Tribunal Constitucional, recaída en el expediente N° 2868-2004-AA/TC). Fundamento 21.

- *vinculada con la anterior, este principio conlleva a que el procedimiento sancionador lleva a cabo cuando menos una mínima actividad probatoria sobre los hechos a analizar.
(...)
También esta presunción deriva necesariamente a que los administrados comprendidos en un procedimiento sancionador sean tratados como inocentes (...)*⁸⁶

Como se puede advertir, corresponde a la Administración presumir la inocencia del administrado, mientras no lleve a cabo una actividad probatoria suficiente que le permita desvirtuar ese estado de inocencia a través de un procedimiento administrativo sancionador. Esto implica que se debe demostrar la existencia de hechos o circunstancias que, evaluadas en conjunto, razonablemente hagan verosímil la existencia de la infracción. Es decir, la veracidad de la imputación imputada debe ser creíble al amparo de los elementos de prueba presentados o hallados. Mientras ello no suceda, debe operar la presunción de inocencia a favor del investigado.

Siendo ello así, la presunción de veracidad que tiene las actas de fiscalización no puede constituir por sí sola un indicio de prueba absoluta e irrefutable de una infracción administrativa, menos aun cuando es obligación de la autoridad sancionadora determinar con absoluta convicción la responsabilidad administrativa, a partir de una evaluación integral de los medios probatorios. Bajo esta consideración, debe entenderse que estas actas tan solo constituyen un primer medio de prueba sobre los hechos que constan en ellas, cuya valoración final deberá realizarse, a la luz de los demás elementos de prueba que se actúen, en el marco del procedimiento sancionador.

Así también lo entienden Jara y Maturana al señalar lo siguiente:

*“Las actas de fiscalización no son actos de “fe pública” (...) Solo configuran un antecedente probatorio más – de cargo -que debe ser apreciado en conjunto con las demás pruebas que se aporten al procedimiento administrativo (...) Las actas de fiscalización no obligan al órgano decisor a resolver en el sentido establecido en ellas, por regir en el procedimiento administrativo un sistema de libre apreciación de la prueba en conciencia o sana crítica, que exige su ponderación fundada y conjunta de acuerdo con reglas de lógica y máximas de experiencia (...) El valor probatorio de las actas de fiscalización queda condicionado al cumplimiento de los requisitos de imparcialidad, objetividad, percepción personal y directa del fiscalizador y a la ratificación posterior del funcionario otorgante en el proceso sancionador respectivo”*⁸⁷.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe indicar que estas actas que constatan posibles infracciones sancionables (conocidas en algunos ordenamientos como “actas de infracción”) no pueden estar exentas del deber de motivación, pues precisamente dan inicio al procedimiento sancionador. Ello, a fin de

⁸⁶ MORON URBINA. Op.cit., pp. 520-521.

⁸⁷ JARA SCHNETTLER, Jaime y MATURANA MIQUEL, Cristián. *Actas de Fiscalización y Debido Procedimiento Administrativo*. En: Revista de Derecho Administrativo N° 3. 2009. p. 26.

garantizar el debido procedimiento administrativo. Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional⁸⁸:

15. Este Colegiado, en reiterada jurisprudencia, ha interpretado que el debido procedimiento administrativo es de observancia y aplicación obligatoria para todas las entidades y estamentos de la administración pública, debiendo regir su actuación no solamente a las normas infra y legales, sino más allá de ello, a las de orden constitucional.

16. Así bien, en cuanto a las Actas de Infracción de la Inspección de Trabajo, la Ley N.º 28806, ha previsto que deben contener una serie de requisitos, como son: **a)** los hechos constatados por el inspector de trabajo que motivaron el acta, **b)** la calificación de la infracción que se impute, con expresión de la norma vulnerada, **c)** la gradualidad de la sanción y su cuantificación, **d)** en los supuestos de existencia de responsable solidario, se hará constar tal circunstancia, la fundamentación jurídica de dicha responsabilidad y los mismos datos exigidos para el responsable principal. Esto es, no se trata meramente de un documento que contenga una narración o descripción de los hechos constatados in situ por parte de los inspectores laborales, sino que a raíz de tales hechos y de la aplicación concreta de la norma supuestamente afectada se configure la infracción y se proponga la sanción.

17. Ahora bien, dichas actas no están exentas del deber de motivación de los actos administrativos, así como de la ponderación de todas las pruebas aportadas, pues precisamente dan inicio al procedimiento administrativo sancionador en ciernes, siendo que la decisión tomada por la autoridad laboral traerá como consecuencia la imposición de sanciones administrativas y pecuniarias. Dicha inspección debe estar dotada de los principios de razonabilidad y proporcionalidad en términos constitucionales.”

2.8 FISCALIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y SU VINCULACIÓN CON EL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONADORA

De lo avanzado hasta aquí queda claro cuál es la naturaleza y finalidades de la potestad fiscalizadora. Toca ahora determinar cuál es la relación entre la fiscalización y la potestad sancionadora, y si esa relación genera que se considere a la primera solamente como un antecedente de la segunda.

Al respecto, el contexto en el cual se produce la relación entre la fiscalización y la potestad sancionadora viene dado por la **vulneración del ordenamiento jurídico**⁸⁹. En efecto, es la comisión de un ilícito administrativo, lo que

⁸⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 12 de octubre de 2012, recaída en el proceso de amparo seguido con Exp. N.º 02698-2012-AA/TC. Fundamentos 15 y 16.

⁸⁹ Como señala Martín Tirado_ “La atribución a la Administración Pública de potestades sancionadoras viene impuesta por la eficacia exigida para la realización de los fines que se les encomienda. Una transgresión del ordenamiento jurídico-administrativo ha de disponer que esta pueda emplear los medios idóneos y necesarios para restablecer el orden jurídico perturbado, y reponer el bien jurídico protegido al momento anterior de la infracción. Sin embargo, no es suficiente retrotraer la situación al momento previo al daño, sino que, por la trascendencia de los bienes lesionados (...), y con el fin de que estas conductas lesivas no sigan transgrediendo, es que se tipifican como infracciones sancionables”.

produce la interacción de ambos instrumentos. Ello, sin embargo, no significa que ambos compartan el mismo objeto o finalidades y mucho menos que la actividad de fiscalización sea solamente un antecedente del procedimiento sancionador.

Para comenzar, el objeto directo de la potestad sancionadora es la determinación de infracciones y la aplicación de sanción. Una infracción administrativa es declarada como tal porque el Estado considera agrede un bien digno de protección por el ordenamiento jurídico. Por su parte, la sanción administrativa es un castigo impuesto al administrado por haber realizado una conducta ilegal. Así, lo entiende Nieto al señalar lo siguiente:

“El objeto directo del Derecho Administrativo Sancionador es un ilícito específico - la infracción administrativa — para la que la ley establece una sanción, que es atribuida en concreto a un sujeto por la Administración a través de un procedimiento especial (el procedimiento sancionador) en el que se determina la infracción con todas sus circunstancias materiales, así como al autor con sus circunstancias personales. En nuestro Derecho actual es nota esencial de las infracciones que se encuentren descritas en una ley (principio de legalidad, reserva legal y mandato de tipificación legal)”⁹⁰

En el mismo sentido, refiriéndose a la sanción administrativa, García de Enterría destaca lo siguiente:

“Por sanción entendemos aquí un mal infringido 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 multa⁹¹.”

De esta forma, queda claro que el régimen de infracciones y sanciones tiene un fin represivo o punitivo, tal como también lo ha reconocido el Tribunal Constitucional ⁹², al precisar que la potestad sancionadora no es sino una derivación del “*jus puniendi*” del Estado:

“11. De otro lado, sin ánimo de proponer una definición, conviene precisar que el objeto del procedimiento administrativo sancionador es investigar y, de ser el caso, sancionar supuestas infracciones cometidas como consecuencia de una conducta ilegal por parte de los administrados. Si bien la potestad de dictar sanciones administrativas al igual que la potestad de imponer sanciones penales, derivan

MARTÍN TIRADO, Richard. *Nuevos Rumbos del procedimiento administrativo sancionador: la reforma del procedimiento sancionador del OEFA a la luz de la Ley N° 30011*. En: Revista de Derecho Administrativo N° 14. 2014. p. 501.

⁹⁰ NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Editorial TECNOS. 2005. p. 194

⁹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Ed. Palestra-Temis. Lima-Bogotá. 2006. p. 1064.

⁹² Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 3 de septiembre de 2010, recaída en el proceso de amparo seguido con Exp. N° 01873-2009-PA/TC. Fundamento 11.

del ius puniendi del Estado, no pueden equipararse ambas, dado que no sólo las sanciones penales son distintas a las administrativas, sino que los fines en cada caso son distintos (reeducación y reinserción social en el caso de las sanciones penales y represiva en el caso de las administrativas) (...)".

De ahí que, para autores como Danós Ordóñez, esta finalidad represiva de la potestad sancionadora permite diferenciar a la sanción administrativa "(...) de otras facultades reaccionales de la administración que en puridad no son modalidades sancionatorias, sino la adopción de medidas específicas con el objeto de exigir el cumplimiento las leyes, restituyendo las cosas a la situación originaria⁹³".

La potestad de fiscalización, en cambio, no tiene una finalidad punitiva, aun cuando tenga su origen en la constatación de una transgresión al ordenamiento jurídico. Si bien en este caso la fiscalización sirve de instrumento para la detección de la conducta ilícita, preparando el camino para el ulterior ejercicio de la potestad sancionadora, su rol no se agota ahí, ya que, por ejemplo, la Administración puede dictar medidas correctivas en el ejercicio de la potestad fiscalizadora, las que no tienen naturaleza sancionadora.

Esto se corrobora con lo señalado en el propio artículo 243 del TUO de la LPAG, el cual recoge como supuesto de conclusión de la actividad de fiscalización, no solamente la "recomendación del inicio de un procedimiento con el fin de determinar las responsabilidades administrativas que correspondan", sino además la "adopción de medidas correctivas", siendo ambos excluyentes. Ello, a diferencia del procedimiento sancionador, en el cual también puede dictarse medidas correctivas, conjuntamente con la sanción administrativa, en virtud de lo señalado por el párrafo 249.1 del artículo 249 del TUO de la LPAG.

Pero, incluso, la actividad de fiscalización no se limita al dictado de medidas correctivas, teniendo más bien un rol de prevención general y de restablecimiento de la legalidad alterada, tal como se advierte de la propia normativa, en la cual se prevé lo siguiente:

- (i) La fiscalización debe ejercerse con un "**enfoque de cumplimiento normativo**", de prevención del riesgo, de gestión del riesgo y tutela de los bienes jurídicos protegidos.
- (ii) La autoridad está facultada para emitir "certificación o constancia de conformidad de la actividad desarrollada por el administrado", hacer "recomendaciones de mejoras o correcciones de la actividad desarrollada por el administrado", advertir "la existencia de incumplimientos no susceptibles de ameritar la determinación de responsabilidades administrativas"; así como "realizar algunas fiscalizaciones únicamente con finalidad orientativa, esto es, de identificación de riesgos y notificación de alternas a los administrados con la finalidad de que mejoren su gestión.

⁹³ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. *Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública*. En: Jus et Veritas N° 10. 1995. p. 150.

Acorde con lo anterior, cabe diferenciar completamente la actividad de fiscalización frente a la potestad sancionadora, dado los fines de prevención general, adecuación a la legalidad y corrección que busca cumplir. En efecto, como señalan Rebollo e Izquierdo:

“(...) lo que importa notar desde este momento es que esta acción administrativa no está orientada exclusivamente a preparar el posterior ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración o la represión penal de los jueces. Dicho de otra forma, no busca sólo infracciones administrativas o penales, ni es una mera actividad auxiliar de la punitiva. Aunque ésa sea, desde luego, una de sus vertientes más notables y aunque influye decisivamente en su configuración total, la actividad de inspección sirve también al ejercicio de otras potestades administrativas; por ejemplo, las que permiten adoptar las medidas de reacción no sancionadoras (...) la inspección suministra a la Administración una información de los problemas detectados en el mercado o en sectores concretos, que le permitirá tomar las iniciativas necesarias para modificar la regulación o para programar actividades posteriores (...) pero, además de instrumento necesario para otras actuaciones de la Administración, la actividad de inspección cumple, en sí misma, una función de prevención general que refuerza la observancia de la normativa (...)”⁹⁴.

De esta forma, no es posible afirmar que la fiscalización es siempre un antecedente al ejercicio de la potestad sancionadora. Ciertamente de la actividad fiscalizadora podrá derivarse eventualmente consecuencias de tipo sancionador. No obstante, la fiscalización, tal como se ha venido explicando, persigue finalidades —ajenas a objetivos punitivos o de represión—, que la terminan configurando como una potestad totalmente distinta a la sancionadora. Ello, incluso, en el caso que la potestad de fiscalización cumpla un rol correctivo, tal como sucede con las medidas correctivas que se dictan como consecuencia de una actividad de fiscalización, lo cual es materia de análisis en el siguiente acápite.

2.9 FISCALIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y MEDIDAS CORRECTIVAS

En términos generales, la finalidad de las medidas correctivas es reestablecer la legalidad que se ha visto perturbada.

A nivel legislativo, las medidas correctivas pueden emitirse en dos supuestos. El primer supuesto, algunas medidas correctivas se relacionan directamente a la **“actividad administrativa de fiscalización”** (que no califica como procedimiento administrativo) y se enmarcan en el ejercicio de la potestad de fiscalización de la Administración, dado que se dictan al concluir la actividad de fiscalización, en aplicación del inciso 5 del párrafo 243.1 del artículo 243 y el artículo 244 del TUO de la LPAG.

⁹⁴ REBOLLO PUIG, Manuel e IZQUIERDO CARRASCO, Manuel. *Manual de la inspección de consumo (con especial referencia a la inspección local)*. Madrid: Instituto Nacional del Consumo. 1998. p. 137.

Para tal efecto, tales medidas correctivas deben estar habilitadas por norma con rango legal, su expedición se debe efectuar a través de una decisión debidamente motivada y acorde al Principio de Proporcionalidad.

El segundo supuesto, las medidas correctivas se relacionan al **“procedimiento administrativo sancionador”**, es por ello, que si en el desarrollo de las fases instructoras y decisoras de dicho procedimiento se determina la responsabilidad de un administrado en la comisión de una infracción, corresponderá a la Administración imponer una sanción administrativa, conjuntamente con una medida correctiva en aras de reponer o reparar la situación alterada por la infracción, según lo previsto en el párrafo 249.1⁹⁵ del artículo 249 del TUO de la LPAG.

En la misma línea, cierto sector de la doctrina nacional señala:

(...)

Por ello, a diferencia de lo que podría pensarse a priori, las medidas correctivas no aparecen necesariamente dentro del ejercicio de la potestad sancionadora, sino precisamente a la actividad administrativa lógicamente anterior. Nos referimos a la actividad de inspección, fiscalización o supervisión por el que se interviene sobre las actividades, documentación, instalaciones, bienes o patrimonio, prestación de servicios de los administrados (empleador, contribuyente, concesionario, o usuario) con el objeto de comprobar si se ejerce una facultad o una obligación según los deberes legales o conjunto de estándares previos aprobados centralmente y vinculantes para los inspeccionados.

Como se puede apreciar mediante esta actividad se pretende dar efectividad a los mandatos legales o convencionales aplicables a la actividad del inspeccionado, por lo que su objetivo no puede ser otro que garantizar preventivamente el cumplimiento de aquellos deberes o compromisos adquiridos en provecho del interés público, de modo que, se logren proteger los bienes jurídicos amparados por el sistema (por ejemplo seguridad, calidad de servicios, medio ambiente, seguridad industrial, derechos laborales, salud, servicios públicos, etc.) e inducir a mejorar el grado de cumplimiento de tales deberes por medio de la disuasión que su propia existencia produce en los potenciales infractores y por medio de la información y educación que se ofrece a los interesados⁹⁶.

A mayor abundamiento, Arroyo Jiménez señala que las medidas correctivas están directamente relacionadas con la función correctiva que cumple la fiscalización, por lo que se distinguen claramente de las sanciones

⁹⁵ **Artículo 249. -Determinación de la responsabilidad**

249.1 Las sanciones administrativas que se impongan al administrado son compatibles con el dictado de medidas correctivas conducentes a ordenar la reposición o la reparación de la situación alterada por la infracción a su estado anterior, incluyendo la de los bienes afectados, así como con la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, las que son determinadas en el proceso judicial correspondiente. Las medidas correctivas deben estar previamente tipificadas, ser razonables y ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los bienes jurídicos tutelados que se pretenden garantizar en cada supuesto concreto.

⁹⁶ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Los actos-medida (medidas correctivas, provisionales y de seguridad) y la potestad sancionadora de la Administración*. En: Revista de Derecho Administrativo N° 9. 2010, p. 141.

administrativas, dado que “carecen del contenido aflictivo o de castigo propio de las sanciones”⁹⁷.

2.10 FISCALIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y SU RELACIÓN CON LA CALIDAD REGULATORIA: PRINCIPIOS PARA UNA FISCALIZACIÓN DE CALIDAD

Con la finalidad de mitigar las fallas de la regulación o **“government failures”**⁹⁸, en la actualidad existe cada vez más el consenso a nivel internacional respecto de que los gobiernos deben intervenir solo cuando es estrictamente necesario, lo cual lleva a la necesidad de que las entidades estatales aseguren que sus regulaciones⁹⁹ sean de calidad, a fin de contribuir al desarrollo económico y social¹⁰⁰.

En ese contexto, el enfoque que se ha adoptado en los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE/OECD)¹⁰¹ se ciñe a la “calidad regulatoria”, refiriéndose esto último al interés del Estado por mejorar las diferentes etapas del ciclo regulatorio, no solamente el diseño y desarrollo de nuevas regulaciones y la revisión de regulaciones existentes, **sino también la implementación y enforcement, así como evaluación regulatoria ex post**. Ello, con el objetivo de que las normas resuelvan problemas reales de manera efectiva y a bajo costo.

Así lo ha entendido la OCDE en su Estudio sobre Política Regulatoria y Gobernanza del 2011 (*“Regulatory Policy and Governance. Supporting*

⁹⁷ ARROYO JIMÉNEZ, Luis. *El Régimen Sancionador en los Mercados de Telecomunicaciones*. En: Revista de Administración Pública. Madrid. Mayo/Agosto 2005. N° 167. p. 295.

⁹⁸ Entre las **fallas de la regulación** se mencionan la captura regulatoria, la interferencia política, la expropiación administrativa, la regulación contraproducente, los incentivos perversos y la sobre regulación o inflación regulatoria, el excesivo formalismo, inflexibilidad y complejidad de las normas, así como su elevado carácter coercitivo e intrusivo. Ver BALDWIN, R, CAVE, M and LODGE, M (2012), *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice* (Oxford: OUP), p. 227 y sgtes.

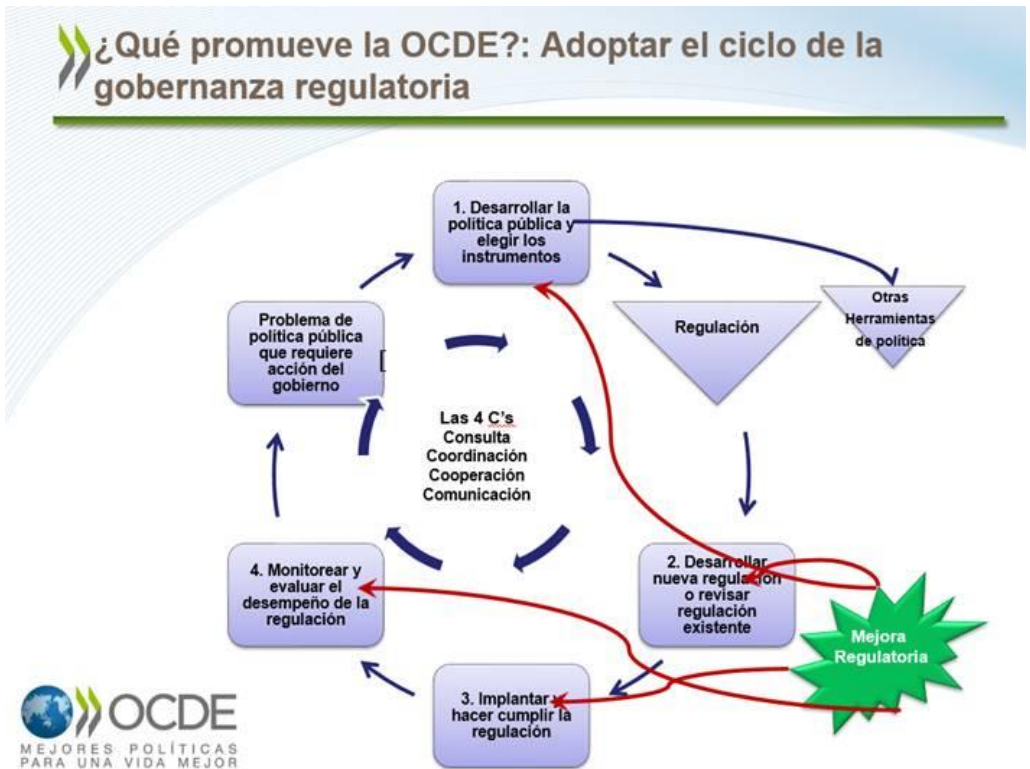
⁹⁹ El término de regulación es utilizado aquí como toda intervención del Estado en la esfera económica y social, plasmada principalmente en decisiones normativas que tienen por objeto regular alguna conducta vinculada a dichas esferas o exigir el cumplimiento de requisitos o deberes. En términos generales, la regulación puede ser de tipo económica, social y administrativa.

¹⁰⁰ MALYSHEV, Nick A (2006): “Regulatory Policy: OECD Experience and Evidence”, *Oxford Review of Economic Policy* 22(2), pp. 274-299.

¹⁰¹ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos u OECD por sus siglas en inglés.

Economic Growth and Serving the Public Interest)¹⁰², en el cual planteó el concepto del “**ciclo de gobernanza regulatoria**” para referirse a la necesidad de coordinar y mejorar todas estas acciones regulatorias¹⁰³, el cual se muestra en el siguiente gráfico.

Gráfico N° 4



En efecto, de acuerdo con este enfoque, cada una de estas acciones tiene que gestionarse de manera conjunta, para lograr una toma de decisiones basada

¹⁰² Documento disponible en: http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/regulatory-policy-and-governance_9789264116573-en#.V82MV1t97IU consultado el 30 de julio de 2017.

¹⁰³ Traducción simple de “A core challenge for effective regulatory governance is the coordination of regulatory actions, from the design and development of regulations, to their implementation and enforcement, closing the loop with monitoring and evaluation which informs the development of new regulations and the adjustment of existing regulations”. OECD (2011), p. 74.

en evidencia y con ello garantizar que las normas que sean elaboradas tengan base empírica sólida; sean simples, claras y fáciles de entender; y puedan ser cumplidas de manera efectiva, sin imponer costos innecesarios; además de ser evaluadas periódicamente, en términos de efectividad y eficiencia.

Esto también se desprende de las Recomendaciones sobre Política Regulatoria y Gobernanza de 2012 (*“Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance”*)¹⁰⁴, en las cuales la OCDE ha señalado lo siguiente:

“1.1 La política regulatoria define el proceso mediante el cual el gobierno, cuando identifica un objetivo de política pública, determina si empleará la regulación como instrumento de política, y en seguida elabora un borrador y adopta una regulación mediante un proceso de toma de decisiones basado en evidencia.
Una política expresa que asegure que las regulaciones y los marcos regulatorios estén al servicio del interés público debe comprometer a los gobiernos a:
» Adoptar un ciclo continuo de políticas públicas para la toma de decisiones en materia regulatoria, el cual contemple desde la identificación de objetivos de política hasta el diseño regulatorio y la evaluación;
» Hacer uso de la regulación, cuando sea adecuado, para alcanzar los objetivos de política pública, mediante la aplicación de la Recomendación del Consejo para Mejorar la Calidad de la Regulación Gubernamental [C(95)21/FINAL];
» Mantener un sistema de gestión regulatoria, que incluya la evaluación de impacto ex ante y ex post como elementos fundamentales del proceso de toma de decisiones basado en evidencia; (...)
» Revisar sistemática y periódicamente el inventario de regulaciones para identificar y eliminar o reemplazar aquellas que sean obsoletas, insuficientes o ineficientes;
(...)
2.4 Asegurarse de que las **políticas y prácticas para las inspecciones y la aplicación respetan los derechos legítimos de quienes están sujetos a ésta, se diseñen de forma tal que se maximicen los beneficios públicos netos mediante el cumplimiento y la aplicación y eviten cargas innecesarias en quienes están sujetos a las inspecciones**”¹⁰⁵.

De esta forma, se puede apreciar la clara vinculación que existe entre la calidad regulatoria y la fiscalización. Dado que esta última busca asegurar el cumplimiento de las normas, es indispensable que tanto la elaboración normativa como su exigencia (fiscalización) estén adecuadamente coordinados dentro del ciclo de la gobernanza regulatoria, a fin de evitar fallas regulatorias.

Tal como lo reconoce la OCDE en su estudio sobre los principales desafíos para el cumplimiento efectivo de la regulación (*“Reducing the Risk of Policy Failure: Challenges for Regulatory Compliance”*)¹⁰⁶, el **cumplimiento**

¹⁰⁴ Documento disponible en: <http://www.oecd.org/governance/regulatory-policy/49990817.pdf> consultado el 30 de julio de 2017.

¹⁰⁵ Recomendaciones 2012, pp. 6 y 8, disponible en: <http://www.oecd.org/regreform/recomendacion-del-consejo-sobre-politica-y-gobernanza-regulatoria-9789264209046-es.htm>.

¹⁰⁶ Disponible en <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/1910833.pdf> : consultado el 30 de julio de 2017.

normativo usualmente falla porque los sujetos regulados no conocen o entienden bien las normas por su complejidad, a pesar de su publicación formal; o porque las normas imponen costos de cumplimiento bastante altos, desalentando el cumplimiento voluntario y llevando a los individuos a que opten por el incumplimiento; o porque las normas no facilitan alternativas no regulatorias para facilitar un cumplimiento con bajo costo, o las autoridades no educan o informan a los sujetos regulados, o simplemente no tienen una fiscalización creíble.

Es evidente, entonces, que la calidad de la regulación no depende solamente de su diseño y elaboración, sino también de la forma cómo se implementará y se exigirá su cumplimiento, por lo que es necesario que la Administración **mire las condiciones para mejorar sus sistemas de fiscalización y enforcement en general**. Así lo ha planteado la OCDE en su Estudio de 2014 sobre los principios aplicables al *enforcement* y las inspecciones (“*Regulatory Enforcement and Inspections, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy*”) ¹⁰⁷, en el cual indica que una buena estrategia de *enforcement*¹⁰⁸ es aquella que provee correctos incentivos para los sujetos regulados y que fomenta el cumplimiento regulatorio a través de alternativas a la regulación tradicional, ayudando a reducir los esfuerzos de monitoreo que hacen los reguladores y, por tanto, los costos para las empresas y el sector público, haciendo que las inspecciones sean más efectivas, eficientes, menos gravosas para los sujetos regulados¹⁰⁹.

En tal sentido, para lograr una mejora en el *enforcement* regulatorio y las inspecciones, el Estudio establece los siguientes 11 principios que cubren las políticas, instituciones y herramientas necesarias para promover un efectivo cumplimiento¹¹⁰:

¹⁰⁷ Documento disponible en: http://www.keepeek.com/Digital-AssetManagement/ocde/governance/regulatory-enforcement-and-inspections_9789264208117-en#page4 consultado el 30 de julio de 2017.

¹⁰⁸ En este reporte el término “**Enforcement**” es utilizado en un sentido amplio para comprender todas las actividades estatales orientadas a **promover el cumplimiento de las regulaciones** y alcanzar ciertos resultados deseados como, por ejemplo, la reducción de riesgos a la seguridad, salud y medio ambiente, la protección de derechos, la promoción de la competencia en los mercados, entre otros objetivos de interés público. Estas actividades pueden consistir en la difusión de información, prevención, inspección, recolección de data. La acción de *enforcement* en el sentido estricto, tales como advertencias, multas, etc. Es decir, el **enforcement incluye la fiscalización**. Asimismo, en este reporte los términos de “agencias regulatorias encargadas del *enforcement*”, “agencias de inspección” e inspectorias son sinónimos”. OCDE (2014), p. 11.

¹⁰⁹ OCDE (2014), pp. 3-4.

¹¹⁰ OCDE (2014). p. 14.

En materia de políticas:

- **Enforcement basado en la evidencia:** el enforcement y las inspecciones deberían tener respaldo en la evidencia y ser cuantificables, es decir, la decisión sobre qué y cómo supervisar debe estar sustentada en data y los resultados obtenidos deben ser evaluados regularmente.
- **Selectividad:** la promoción del cumplimiento regulatorio y la ejecución de las reglas debería ser dejado a las fuerzas del mercado, el sector privado y la sociedad civil cuando sea posible. Asimismo, el enforcement y las inspecciones debe proceder donde sea estrictamente necesario.
- **Enfoque de riesgo y proporcionalidad:** el enforcement necesita adoptar un enfoque de riesgos y ser proporcional. Es decir, la frecuencia de las inspecciones y los recursos destinados deben ser proporcionales con el nivel de riesgo que se enfrenta (ocurrencia de infracción), siendo que el enforcement debe estar orientado a reducir dicho riesgo.
- **Regulación responsiva:** el enforcement tiene que estar sustentado en los principios de la regulación responsiva. Es decir, las inspecciones tienen que modularse dependiendo del perfil y la conducta específica de los sujetos regulados.

En materia de instituciones:

- **Visión de largo plazo:** los gobiernos deben adoptar políticas y mecanismos institucionales estables en materia de enforcement e inspecciones con objetivos claros y una hoja de ruta de largo plazo.
- **Coordinación y consolidación:** se debe evitar la duplicación y yuxtaposición de funciones a fin de asegurar un buen uso de los recursos públicos destinados al enforcement e inspecciones, la minimización de cargas sobre los sujetos regulados y la maximización de su efectividad.
- **Gobernanza transparente:** las estructuras de gobernanza deben ser transparentes y las políticas en materia de recursos humanos orientadas al enforcement y las inspecciones deben promover el profesionalismo y una gestión basada en resultados. La ejecución del enforcement debería ser independiente del poder político y el cumplimiento regulatorio debe ser premiado.

En materia de las herramientas:

- **Integración de la información:** las tecnologías de la información y comunicación deben ser utilizadas para maximizar el enfoque basado en riesgos, la coordinación e intercambio de información, así como el uso óptimo de los recursos.
- **Proceso con reglas claras y justas:** los gobiernos deben asegurar la claridad de las normas y de los procesos para la aplicación del enforcement y las inspecciones. Es decir, debe existir una legislación coherente que organice las inspecciones y que articule de manera adecuada los derechos y obligaciones de los reguladores y de los sujetos regulados.
- **Promoción del cumplimiento:** el cumplimiento regulatorio debe ser promovido a través del uso apropiado de lineamientos, toolkists and checklists.

- **Profesionalismo:** los supervisores deben ser entrenados para asegurar su profesionalismo, integridad, consistencia y transparencia. Esto requiere un entrenamiento sustancial enfocado no solo en los aspectos técnicos sino también en el desarrollo de habilidades para supervisor, así como en la existencia de lineamientos para asegurar consistencia y justicia.

Cabe indicar que nuestro país no es ajeno a las recomendaciones de la OCDE ni tampoco a su implementación. Como es sabido, en julio de 2016, se publicó el Estudio de la Política Regulatoria de Perú (*“Regulatory Policy in Peru: Assembling the Framework for Regulatory Quality”*)¹¹¹, en el cual la OCDE hace recomendaciones sobre nuestro sistema regulatorio, incluyendo el “enforcement”. En el análisis sobre este tópico, el Estudio concluye, entre otros aspectos, que no existe una política sobre el cumplimiento regulatorio y su “enforcement” que vincule a todas las entidades públicas, en los distintos niveles de gobierno. Asimismo, señala que las inspecciones no son vistas como parte esencial de la política regulatoria, siendo que estas tampoco se conducen basadas en una evaluación de riesgos¹¹².

Por ello, a la luz de los principios aplicables al *enforcement* y las inspecciones (*“Regulatory Enforcement and Inspections, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy”*) de 2014, se recomendó al Perú que establezca una política en materia de inspecciones y enforcement como parte integral de la política regulatoria, enfatizándose en la importancia de cumplir con las regulaciones; así como lineamientos para implementar el enfoque de gestión de riesgos y el uso de terceros, para la ejecución de las inspecciones, entre otros aspectos¹¹³.

Luego de la publicación de este Estudio, ha publicado el Decreto Legislativo N° 1272, Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y deroga la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo, por el cual se incorporó un capítulo específico que regula la actividad administrativa de fiscalización, el cual ha sido recogido en el Capítulo II del Título IV del comentado TULO de la LPAG, cuerpo normativo que le otorga a la fiscalización un enfoque de cumplimiento normativo, de prevención del riesgo y de gestión del riesgo.

De esta forma, ya se han dado las condiciones iniciales para la mejora de nuestro sistema regulatorio. No obstante, cabe recordar que la calidad de la regulación no depende solamente de su diseño y elaboración, sino también de la forma cómo se implementará y se exigirá su cumplimiento, por lo que no debe perderse de vista el enfoque del ciclo de la gobernanza regulatoria, así como los principios de la OCDE sobre las buenas prácticas de inspección, a

¹¹¹ Disponible en: <http://www.oecd.org/publications/regulatory-policy-in-peru-9789264260054-en.htm> consultado el 30 de julio de 2017.

¹¹² OECD (2016), p. 142.

¹¹³ OECD (2016), p. 143.

efectos de implementar una mejora regulatoria efectiva. Es necesario que la fiscalización esté vinculada con la calidad regulatoria también en la práctica.

2.11 FISCALIZACIÓN ADMINISTRATIVA BAJO EL ENFOQUE DE PREVENCIÓN Y DE GESTIÓN DE RIESGOS

Una de las formas para asegurar el cumplimiento normativo es ciertamente a través de las sanciones administrativas. Sin embargo, el uso de este mecanismo ha sido criticado por su carácter altamente coercitivo, y su alto costo de “*enforcement*”, **dada la asimetría informativa que enfrentan los entes estatales con respecto a las personas o empresas reguladas**, lo cual termina generando situaciones de regulación excesivamente punitiva o represiva (“*over-deterrence*”), que no induce ni refuerza necesariamente el cumplimiento voluntario¹¹⁴.

Otro problema suele ser la **alta discrecionalidad** que se maneja en la determinación de las multas, de tal forma que, si los administrados no conocen adecuadamente los niveles de multas a los que se enfrentan o al menos conocen metodológicamente el procedimiento que se seguirá para su determinación (predictibilidad en la determinación de la multa); la situación resultante será una en la que las multas impuestas serán percibidas como “injustas”, dificultando que los administrados tomen conciencia de la necesidad de cumplir con las normas. Ello originaría una situación de *enforcement* contraproducente¹¹⁵, ya que la multa terminaría generando un efecto totalmente distinto al que persigue: promover “actitudes desafiantes” del lado de los administrados, así como una cultura de “resistencia” o de “constante impugnación”, en lugar de incentivar el respeto y cumplimiento del ordenamiento jurídico.

A ello debe agregarse el hecho de que los sujetos regulados no necesariamente deciden cumplir las normas por una motivación racional (como lo asume la teoría económica del *enforcement*¹¹⁶), sino también por la sola obediencia a la ley (motivación normativa) o por el interés de obtener el respeto y aprobación

¹¹⁴ BALDWIN, R, CAVE, M and LODGE, M (2012), *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice* (Oxford: OUP), pp. 230-238 y BLACK, J., (1997) "Chapter 1 Using Rules" from Black, J., *Rules and Regulators* (Oxford: Clarendon Press), pp. 5-45.

¹¹⁵ GRABOSKY, P., (1995): “Counterproductive Regulation”, *International Journal of the Sociology of Law*, 23, pp. 347-369.

¹¹⁶ En simple, esta teoría asume que los agentes, bajo una motivación racional, optarán por cumplir con la normativa en caso exista una alta probabilidad de ser detectados, así como una alta probabilidad de ser sancionados con una multa severa. Ver BECKER, G. (1968). “Crime and Punishment: An Economic Approach”. *Journal of Political Economy*, University of Chicago Press, Vol. 76, pp. 169-217. SHAVELL, Steven (1993). “The Optimal Structure of Law Enforcement”. *Journal of Law and Economics*, Vol. 36, No. 1, pp. 255-287 y POLINSKY, Michael y SHAVELL, Steven (2000). “The Economic Theory of Public Enforcement of Law”, *Journal of Economic Literature*, Vol. XXXVIII, pp. 45-76.

de sus pares con quienes interactúan (motivación social)¹¹⁷, conductas que no son consideradas ni alentadas bajo un enfoque meramente punitivo del *enforcement*.

Las críticas al enfoque punitivo han llevado, pues, a descartar la idea de que la multa es la única solución para incentivar el cumplimiento de las normas y desalentar futuras infracciones, dando paso a otros enfoques alternativos para promover el cumplimiento regulatorio de una manera “responsiva”¹¹⁸, “inteligente”¹¹⁹ y por “gestión de riesgos”, en los cuales se busca que el Estado: (i) promueva el cumplimiento voluntario, a través de la facilitación, educación y persuasión en lugar de la intrusión y coercividad como primera medida; (ii) reconozca la interdependencia con otros actores sociales (no gubernamentales) que tienen también capacidad para regular; (iii) implemente instrumentos alternativos a la regulación estatal (tales como la autorregulación, “*soft law*”, instrumentos contractuales, incentivos económicos, etc.) y (iv) utilice el concepto de riesgo para racionalizar el diseño y *enforcement* de la regulación estatal.

Dentro de este contexto, la **fiscalización por gestión de riesgos** aparece como una derivación de la regulación por riesgos (“*risk-based regulation*”)¹²⁰, teniendo por objeto identificar, evaluar, mitigar y monitorear el riesgo (“*risk management*”), que implica no cumplir con las normas que regulan una determinada actividad, de tal forma que la entidad pública pueda priorizar la

¹¹⁷ WINTER, S and MAY, P (2001), “Motivation for Compliance with Environmental Regulations”, *Journal of Policy Analysis and Management*, Vol. 20, No. 4, pp. 675-698.

¹¹⁸ En simple, en este enfoque la entidad pública mantiene su intervención en el mínimo nivel necesario, pero reteniendo la capacidad de intervenir más cuando sea necesario, acorde con una “pirámide de cumplimiento”. Así, acorde con ello, el regulador implementa el enfoque de la “zanahoria y el garrote” (“*carrot and stick*”), es decir, busca hacer cumplir la regulación utilizando en primer lugar la persuasión (“*education and advice*”) pero reteniendo la posibilidad de ir escalando hacia la adopción de advertencias (“*warning letters*”) y luego sanciones drásticas (“*deterrence*”) cuando la primera medida falla (“*speaking softly while carrying a big stick*”). Ver AYRES, Ian y BRAITHWAITE, J. (1992), *Responsive regulation: transcending the deregulation debate* (Oxford: University Press US), pp.101-102.

¹¹⁹ Bajo este enfoque se reconoce la necesidad de que el Estado adopte esquemas de regulación inteligente, en el cual el regulador utilice un mix de técnicas de control estatales y no estatales (como por ejemplo controles instaurados por las propias empresas y organizaciones en general), así como una variedad de instrumentos e instituciones, para alcanzar el objetivo regulatorio, prefiriendo medidas regulatorias menos intervencionistas pero ascendiendo en la pirámide para adoptar medidas más severas en la medida que sea necesario. Ver GUNNINGHAM, N., Grabosky, P., y DARREN, S. (1998). *Smart Regulation: Designing Environmental Policy* (Oxford: Clarendon Press), pp. 381-385.

¹²⁰ BLACK, J., (2005): “The emergence of risk-based regulation and the new public risk management in the United Kingdom”, *Public Law* (Autumn), pp. 512-549 y BLACK, J., (2010) “The Role of Risk in Regulatory Processes” from Lodge, M, Cave, Baldwin, R (eds) *The Oxford Handbook of Regulation* (Oxford Press): pp. 342-348.

frecuencia de fiscalización y la asignación de recursos para ello, de acuerdo al nivel de riesgo que enfrenta.

El origen de este enfoque se encuentra en el Reporte Hampton de 2005¹²¹ sobre “*la mejora de la inspección y el enforcement*” (“*HM Treasury Hampton Report –Reducing Administrative Burdens: Effective Inspection and Enforcement*”¹²²), en el cual se destaca como principal carga administrativa para las empresas el costo en tiempo y dinero de las inspecciones y la ejecución de las regulaciones, por lo que se recomienda que las entidades públicas adopten principios comunes de *enforcement* regulatorio basado en la evaluación de riesgos (“*risk assessment*”), de tal forma que los recursos estén concentrados en las áreas supervisables donde más se necesita y donde el riesgo puede causar un gran impacto¹²³.

De esta forma, la ventaja de esta técnica de prevención y gestión de riesgos es que puede ayudar a que las actividades de fiscalización se lleven a cabo de manera eficiente, dado que permite un manejo racional de las siguientes tres variables: identificación de los problemas que ameritarán una fiscalización prioritaria (aplicable, por ejemplo, a industrias contaminantes o que implican riesgos para la salud o la seguridad); evaluación de la probabilidad de que el sujeto regulado pueda incumplir, así como evaluación de la probabilidad de que una infracción pueda ser detectada por la entidad durante la fiscalización; con lo cual la entidad fiscalizadora estará en capacidad de orientar sus esfuerzos y recursos a las áreas en las que probablemente encontrará más infracciones, reduciendo en general el costo de cumplimiento pero sin reducir, a la vez, el nivel de protección¹²⁴.

Para simplificar, este enfoque parte definiendo al riesgo como la combinación de la probabilidad de que un evento adverso (peligro y daño) ocurra y de la magnitud potencial del peligro o daño causado (que comprende el número de personas afectadas y la severidad del mismo daño causado), de tal forma que el riesgo es el producto de la magnitud y la probabilidad.

¹²¹ Este reporte fue elaborado por Philip Hampton, empresario y ex Presidente del Directorio del Royal Bank of Scotland, a solicitud del Ministerio de Finanzas británico (HM Treasury).

¹²² Documento disponible en:
http://news.bbc.co.uk/nol/shared/bsp/hi/pdfs/bud05hampton_150305_640.pdf.

¹²³ BALDWIN, R., (2006) “Better regulation in troubled times”, *Health economics policy and law*, 1 (3), p. 204.

¹²⁴ COOLIDGE, J (2006). “Reforming Inspections. Countering Corruption and Waste”, *Public Policy for the Private Sector*, Note N° 3, June 2006, The World Bank Group, p. 3.

Gráfico N° 5



Acorde con esta definición, la primera actividad que implica la prevención y gestión de riesgos en el ámbito regulatorio consiste en la identificación y evaluación del riesgo¹²⁵, lo cual se lleva a cabo en tres niveles de análisis.

En el primer nivel, se tiene que identificar el **nivel del evento adverso**, lo cual viene dado por las actividades económicas que son peligrosas o capaces de dañar algún bien jurídico protegido por el ordenamiento, o el objetivo o misión que se le ha encargado a la entidad, siendo que evento adverso luego tiene que ser analizado de acuerdo a un ranking de severidad, pudiendo terminar clasificado en actividades con impacto grave, moderado y leve.

En el segundo nivel, se tiene que identificar y evaluar la **probabilidad de que ocurra el evento adverso**, es decir, que se llegue a concretar debido al incumplimiento de las normas a cargo del sujeto regulado. Esto supone evaluar varios elementos, entre los que se encuentran, el historial infractor del sujeto, su nivel actual de cumplimiento, la existencia de sistemas internos de gestión de riesgos, así como las competencias técnicas y de gestión internas. Al igual que el nivel del evento adverso, la probabilidad de incumplimiento también tiene que ser analizado de acuerdo a un ranking, pudiendo categorizarse como incumplimiento alto, mediano o bajo.

Finalmente, en el tercer nivel, tanto el nivel del evento adverso como la probabilidad de incumplimiento son usados para identificar el **nivel de riesgo** resultante de la actividad económica que enfrenta el órgano de inspección. En este tercer nivel, puede identificarse y puntuarse (*"risk ratings"*) distintos tipos de actividades acorde con su riesgo. Por ejemplo, actividades que son inherentemente más peligrosas que otras y, por tanto, con más probabilidad de que un accidente ocurra, serán puntadas de manera distinta a aquellas

¹²⁵ En lo que sigue ver BLANC, Florentin; FRANCO-TEMPLE, Ernesto (2013). *Introducing a risk-based approach to regulate businesses: how to build a risk matrix to classify enterprises or activities*. Nuts & bolts. Washington, DC; World Bank Group; y Better Regulation Delivery Office (2012). "Proposals for Developing a Common Approach to Risk Assessment", pp. 1-16.

Disponible en:

<https://www.gov.uk/government/publications/common-approach-to-risk-assessment> consultado el 30 de julio de 2017.

actividades que tienen una magnitud de peligro baja, así como una probabilidad de ocurrencia también baja.

Normalmente la aplicación de estos tres elementos toma la forma de una **matriz de riesgos**, en la que se combinan tanto severidad como probabilidad, a fin de determinar si la probabilidad de incumplimiento, de acuerdo a la categorización realizada (alta, mediana o baja), puede terminar causando una variación en el nivel de riesgo. Por ejemplo, si la probabilidad de incumplimiento es alta, consecuentemente el nivel de riesgo enfrentado por la autoridad también será alto, lo cual permite identificar a los sujetos regulados de alto impacto de riesgo y las de bajo impacto.

La prevención y gestión de riesgos implica, en segundo lugar, mitigar el riesgo enfrentado (“*risk-based targeting*”), lo cual supone lograr el cumplimiento regulatorio (o, en otras palabras, reducir los niveles de incumplimiento), a través de la selección del tipo de fiscalización, las medidas a adoptar y su frecuencia. De esta forma, dependiendo del nivel particular de riesgo que se enfrenta, se podrían optar por medidas que van desde la educación, provisión de información, advertencias hasta inspecciones más intrusivas, asignando el presupuesto y frecuencia de fiscalización, según corresponda.

En ese sentido, la mitigación del riesgo facilita la determinación de las prioridades de la entidad pública en materia de fiscalización, así como la asignación de sus recursos acorde con el riesgo que enfrenta, de tal manera que habrá una inspección más frecuente con un mayor presupuesto para sujetos regulados consideradas de alto riesgo, con lo cual se simplifica el procedimiento de fiscalización, dado que se pasa de uno que es aplicado de manera uniforme a otro que se diseña según el nivel de riesgo. Así, según Blanc y Franco-Temple¹²⁶:

“Adoptar un enfoque basado en riesgos puede simplificar los procesos regulatorios que se aplican a las empresas. Esto implica pasar de inspecciones, licenciamiento y otras herramientas regulatorias que se aplican de manera uniforme a un enfoque que ajusta los instrumentos regulatorios al nivel de riesgo. A mayor riesgo potencial de una determinada actividad empresarial, más estricto será el control a aplicarse, más necesaria será la exigencia de permisos y más frecuente será la realización de las inspecciones. Para actividades de bajo riesgo, una licencia normalmente no debería ser requerida y las inspecciones serán raras”¹²⁷.

¹²⁶ Blanc y Franco-Temple, op.cit., p. 1.

¹²⁷ Traducción simple de “*Adopting a risk-based approach can simplify key regulatory processes that govern business activities. This fundamental step involves moving from inspections, licensing, and other regulatory tools that cover all business uniformly to an approach that tailors the instruments used for regulation and control based on the level of risk. The higher the potential risk posed by a specific business activity, the stricter the control and the greater the need for licensing or permitting and more frequent inspections. For low-risk activities, a license or permit should generally not be required, and inspections should be rare*”.

Finalmente, el **riesgo y las medidas de mitigación deben ser objeto de monitoreo y evaluación ex post**, a efectos de hacer los ajustes que correspondan de manera oportuna, de tal manera que se asegure su efectividad. Con ello se logra finalmente que los propios sujetos regulados reciban retroalimentación de los órganos de inspección respecto a su nivel de cumplimiento, los criterios que se utilizan para evaluar su desempeño y sobre cómo mejorarlo, así como otros elementos del sistema en general, influyendo todo ello en una mejora de los niveles de cumplimiento normativo.

No obstante, es importante precisar que la prevención y gestión de riesgos no opera en el vacío, sino que tiene que sujetarse a otras condiciones de tipo operativo e institucional. Por ejemplo, para elaborar una matriz que identifique y evalúe los riesgos para asignar frecuencia de supervisión y asignación de presupuesto, será necesario que las entidades fiscalizadoras implementen una serie de instrumentos que les permitan (i) recolectar datos de la actividad y su cumplimiento, de la efectividad de fiscalizaciones pasadas y sobre los perfiles de riesgo de los sujetos regulados; (ii) identificar la mejor estrategia de cumplimiento (*pirámide de cumplimiento*¹²⁸); (iii) revisar los protocolos de supervisión y monitoreo por riesgo; (iv) medir los impactos ex post, entre otros aspectos.

Asimismo, en el plano organizacional, será necesario asignar responsables dentro de los órganos de fiscalización y capacitarlos de manera adecuada, para implementar correctamente el enfoque de prevención y de gestión de riesgos, y tener finalmente un sistema de fiscalización creíble que fomente el cumplimiento normativo y garantice la tutela de los bienes jurídico-protegidos.

Gráfico N° 6

MODELO DE PREVENCIÓN Y DE GESTION DE RIESGOS

5 **Evaluar y monitorear el modelo de prevención**

- Desarrollo de Auditorías de Prevención y Reporte del Status del Modelo.
- Soporte Externo a los Programas de Auditoría de Prevención.

4 **Capacitar y comunicar el modelo de prevención**

- Desarrollo del Programa de Entrenamiento y comunicación de los 5 elementos del Modelo de Prevención.
- Soporte Externo al Programa de Capacitación.



1 **Definir un encargado de prevención y gestión de riesgos en el área de fiscalización de la Entidad**

- Nombrar servidor o funcionario público a cargo de la prevención y gestión de riesgos.
- Definir sus funciones y responsabilidades.

2 **Identificar y analizar riesgos de incumplimiento normativo**

- Identificar y evaluar nivel de peligro, probabilidad de incumplimiento y nivel de riesgo enfrentado.
- Elaborar matriz de riesgos.
- Identificar perfil de riesgo de los sujetos regulados.

3 **Implementar medidas de mitigación de riesgos**

- Implementar estrategias de cumplimiento identificadas.
- Asignar frecuencia de fiscalización y recursos acorde con el riesgo enfrentado.

ANEXO I

SECCIÓN DE PREGUNTAS Y RESPUESTAS

1. ¿Qué se entiende por actividad de fiscalización?

La actividad de fiscalización se refiere a la potestad administrativa, que solo puede ser creada o modificada por Ley, cuyo ejercicio por la autoridad de fiscalización busca una actuación preventiva para asegurar el cumplimiento normativo; o una actuación correctiva para restablecer la legalidad alterada, a través de la realización de actuaciones materiales o técnicas que llevan consigo la ejecución de actividades de supervisión, control, vigilancia e inspección, con el objetivo final de tutelar los bienes jurídicos protegidos o el interés público.

Detrás de la noción de actividad de fiscalización existen los siguientes cuatro elementos, a saber:

- (i) Un elemento sustantivo constituido por la existencia de una potestad administrativa que le da fundamento y justificación a la fiscalización.
- (ii) Un elemento material constituido por la actuación material o técnica que se traduce en la ejecución de diversas actividades, llamadas comúnmente como supervisión, inspección, control, vigilancia y otras similares.
- (iii) Un elemento finalista consistente en asegurar preventivamente el cumplimiento normativo o el restablecimiento correctivo de la legalidad alterada.
- (iv) Un elemento garantista consistente en la protección de los bienes jurídicos (seguridad, salud, medio ambiente, cultura, servicios públicos y derechos económicos y sociales diversos), así como el propio interés público.

2. ¿Cuáles son las diferencias entre fiscalización, investigación, supervisión, inspección y control?

Desde un punto de vista normativo, el TUO de la LPAG define a la fiscalización como sinónimo de las normas que regulan la investigación, supervisión, inspección, control, vigilancia y otros similares. De allí, que el párrafo 237.2 del artículo 237 prescriba que *“independientemente de su denominación, las normas especiales que regulan esta función se interpretan y aplican en el marco de las normas comunes de este capítulo [referido a la actividad administrativa de fiscalización]”*.

Ahora bien, desde un punto de vista material, se podría afirmar que la fiscalización es una potestad administrativa mientras que la investigación, supervisión, inspección, control, vigilancia y otros similares, califican como la

actuación material o técnica a través de la cual se expresa esa potestad. No obstante, el contenido, alcance y ámbito de aplicación de esa actuación material o técnica dependerá también de la regulación contenida en las leyes especiales.

3. ¿Cuáles son los títulos que habilitan la actividad de fiscalización?

La actividad de fiscalización puede tener por objeto el cumplimiento de exigencias u obligaciones derivadas de normas con rango de ley. No obstante, también comprende el cumplimiento de obligaciones y condiciones derivadas de otros títulos habilitantes, como las autorizaciones, licencias, permisos, contratos estatales o de cualquier otra fuente de deberes exigibles.

Asimismo, el hecho que esta potestad administrativa se conecte con una relación contractual entre el Estado y el particular no significa que su fundamento varíe. Dado que, la potestad de fiscalización no depende de la voluntad ni de la previa participación de los administrados para su eficacia. Tampoco se deriva del contrato estatal, ya que su fundamento se encuentra precisamente en la ley y en el interés público que a la Administración le corresponde tutelar.

4. ¿Se admite la colaboración privada en la fiscalización?

Si bien la fiscalización es una atribución unilateral, en la medida que es asignada exclusivamente a la Administración, ello no excluye la colaboración de los privados (a los que se conoce como terceros fiscalizadores) en el ejercicio de dicha potestad pública, por razones de complejidad técnica y especialización. No obstante, la contratación de estos terceros requiere habilitación legal.

Estos terceros fiscalizadores normalmente se caracterizan por ser personas jurídicas y naturales especializadas, con experiencia y capacidad técnica en el ámbito, objeto o materia a fiscalizar; las cuales prestan sus servicios a cambio de una contraprestación definida en la relación contractual entablada con la Administración. Asimismo, deben comportarse con objetividad e imparcialidad, por lo que le corresponderá a la Administración incluir en el contrato o convenio las estipulaciones necesarias para que los terceros fiscalizadores puedan desempeñarse, con arreglo a las facultades y deberes atribuidos al órgano fiscalizador, así como con la forma, modo y finalidades previstas en el ordenamiento legal.

Finalmente, la titularidad de la función siempre debe permanecer en el órgano fiscalizador, debiendo este tener la capacidad para controlar al tercero colaborador.

5. ¿Se admite la colaboración entre entidades en la fiscalización?

La actividad de fiscalización puede ser coordinada y llevada a cabo de manera conjunta por las entidades, en el marco de sus respectivas competencias, por razones de eficacia y economía. Ello se podrá materializar a través de los distintos medios de colaboración interinstitucional previstos legalmente.

Por ejemplo, se puede implementar medios que hagan posible el intercambio de información o de mecanismos de solución ante la existencia de una misma problemática administrativa, así como definir acciones de actuación conjunta. Sin perjuicio de ello, las entidades también podrán suscribir encargos de gestión. Para tal efecto, las relaciones entre las entidades se rigen por el criterio de colaboración previsto en los artículos 85 y 237 del TUO de la LPAG.

6. ¿La fiscalización es un procedimiento administrativo?

La actividad administrativa de fiscalización cumple un rol preventivo relacionado al efectivo cumplimiento de los mandatos regulados en una norma y cuyo escenario se da con anterioridad al inicio de un procedimiento sancionador. En ese sentido, la actividad administrativa de fiscalización no es un procedimiento administrativo y su ejecución por parte de la autoridad administrativa es de carácter facultativo esta no debe ser entendida como parte del procedimiento sancionador.

Afirmar la naturaleza procedimental de la actividad administrativa de fiscalización constituiría un error, si se tiene en consideración lo prescrito en el artículo 243 del TUO de la LPAG el cual regula las formas de conclusión de dicha función, no constituyendo ninguna de ellas un acto administrativo, tales como la certificación de conformidad, la recomendación de mejoras o correcciones, la advertencia de incumplimientos, **y más claramente, la mera recomendación para el inicio de un procedimiento sancionador.**

7. ¿A qué principios se sujeta la fiscalización?

El principio básico que rige la potestad de fiscalización es el principio de legalidad. No obstante, también queda sujeta a los principios de razonabilidad, proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad, a efectos de delimitar adecuadamente al accionar de los fiscalizadores; así como, los demás principios previstos en el artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG.

Finalmente, las fiscalizaciones previstas en las leyes especiales deberán observar los principios que allí se establezcan.

8. ¿Cómo se inicia, se tramita y concluye?

La actividad de fiscalización se inicia siempre de oficio, se tramita acorde con la naturaleza y regulación propia prevista en el Título IV del TUO de la LPAG, y concluye por los supuestos expresamente establecidos en el párrafo 243.1 del artículo 243 del TUO de la LPAG, a saber:

- (i) La certificación o constancia de conformidad de la actividad desarrollada por el administrado.
- (ii) La recomendación de mejoras o correcciones de la actividad desarrollada por el administrado.
- (iii) La advertencia de la existencia de incumplimientos no susceptibles de ameritar la determinación de responsabilidades administrativas.
- (iv) La recomendación del inicio de un procedimiento con el fin de determinar las responsabilidades administrativas que correspondan.
- (v) La adopción de medidas correctivas.

(vi) Otras formas según lo establezcan las leyes especiales.

9. ¿Son impugnables los actos de fiscalización?

En aplicación del artículo 215 del TUO de la LPAG, solo cabe impugnar los actos definitivos que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzca indefensión, por consiguiente, las actuaciones que se realicen durante la fiscalización no son impugnables.

10. ¿Qué son las actas de fiscalización?

Las actas de fiscalización, o documento que haga sus veces, es el soporte documental donde se registra la evidencia obtenida por el órgano fiscalizador sobre los hechos materia de fiscalización. Su contenido mínimo está detallado en el párrafo 241.1 del artículo 241 del TUO de la LPAG.

Estas actas gozan de presunción de veracidad, estando el administrado facultado a rebatir esa presunción mediante el aporte de medios probatorios que demuestren que los hechos consignados no corresponden o que no se ha cumplido con el contenido mínimo.

Es importante que los órganos de fiscalización entiendan la naturaleza de las actas de fiscalización, a fin de no cometer el error de utilizarlas solamente para detectar infracciones. Dado que la actividad de fiscalización busca promover el cumplimiento normativo, prevenir y gestionar el riesgo, tutelar de los bienes jurídicos protegidos, así como orientar a los administrados, entonces el uso de las actas debe estar acorde con estas finalidades.

Sin perjuicio de lo anterior, en caso se decida iniciar un procedimiento sancionador contra el administrado, las actas de fiscalización tienen valor probatorio. Ello, sin embargo, no significa que son prueba absoluta e irrefutable de una infracción administrativa, menos aun cuando es obligación de la autoridad sancionadora determinar con absoluta convicción la responsabilidad administrativa, a partir de una evaluación integral de los medios probatorios, en aplicación del principio de presunción de licitud recogido en el inciso 9 del artículo 246 del TUO de la LPAG.

Bajo esta consideración, debe entenderse que estas actas tan solo constituyen un primer medio de prueba sobre los hechos que constan en ellas, cuya valoración final deberá realizarse, a la luz de los demás elementos de prueba que se actúen, en el marco del procedimiento administrativo sancionador.

Finalmente, cabe indicar que las actas que constatan posibles infracciones sancionables (conocidas en algunos ordenamientos como “actas de infracción”) no pueden estar exentas del deber de motivación, pues precisamente dan inicio al procedimiento sancionador. Ello, a fin de garantizar el debido procedimiento administrativo.

11. ¿Es la fiscalización solamente un antecedente del ejercicio de la potestad sancionadora?

La relación entre la fiscalización y la potestad sancionadora se produce en un contexto que viene dado por la vulneración del ordenamiento jurídico. En efecto, es la comisión de un ilícito administrativo, lo que produce la interacción de ambos instrumentos. Ello, sin embargo, no significa que ambos compartan el mismo objeto o finalidades y mucho menos que la actividad de fiscalización sea solamente un antecedente del procedimiento sancionador.

El objeto directo de la potestad sancionadora es la determinación de infracciones y la aplicación de sanción. Su finalidad es básicamente represiva. La potestad de fiscalización, en cambio, no tiene esa finalidad, aun cuando tenga su origen en la constatación de una transgresión al ordenamiento jurídico. Si bien la fiscalización sirve de instrumento para la detección de la conducta ilícita, preparando el camino para el ulterior ejercicio de la potestad sancionadora, su rol no se agota ahí, ya que, por ejemplo, la Administración puede dictar medidas correctivas en el ejercicio de la potestad fiscalizadora, las que no tienen naturaleza sancionadora. Pero, incluso, la actividad de fiscalización no se limita al dictado de medidas correctivas, teniendo más bien un rol de prevención general y de restablecimiento de la legalidad alterada.

De esta forma, no es posible afirmar que la fiscalización es siempre un antecedente al ejercicio de la potestad sancionadora. Ciertamente de la actividad fiscalizadora podrá derivarse eventualmente consecuencias de tipo sancionador. No obstante, la fiscalización, persigue finalidades – ajenas a objetivos punitivos o de represión -, que la terminan configurando como una potestad totalmente distinta a la sancionadora. Ello, incluso, en el caso que la potestad de fiscalización cumpla un rol correctivo, tal como sucede con las medidas correctivas que se dictan como consecuencia de una actividad de fiscalización.

12. ¿Qué medidas se pueden adoptar en una fiscalización?

Las entidades fiscalizadoras están facultadas a dictar medidas cautelares y correctivas, siempre y cuando estén habilitadas por norma con rango legal, su expedición se da a través de una decisión debidamente motivada y se observe el principio de proporcionalidad.

13. ¿Cuáles son las facultades de las entidades fiscalizadoras?

Las facultades de las fiscalizadoras son las herramientas, principalmente de carácter material y técnico, de los que se valen a efectos de corroborar o verificar el ejercicio de derechos y obligaciones por parte del administrado, con el fin de determinar su adecuación al ordenamiento jurídico, materializando de esta forma sus labores de supervisión, control, inspección, entre otras

Los fiscalizadores están facultados para realizar:

- a. Requerimientos de diverso tipo al administrado, siempre y cuando estén motivados y relacionados al objeto de la fiscalización.
- b. Interrogatorios.
- c. Inspecciones.
- d. Toma de copia de archivos, realización de fotografías, grabaciones.
- e. Exámenes periciales.
- f. Utilización de los equipos que se consideren necesarios, entre otros.
- g. Ampliar o variar el objeto de la acción de fiscalización cuando se detecten incumplimientos adicionales, así como del ejercicio de las facultades previstas en las leyes especiales.

Cabe indicar que el ejercicio de estas facultades está sujeta a las limitaciones impuestas por la Constitución y la ley.

14. ¿Cuáles son los deberes de las entidades fiscalizadoras?

Los fiscalizadores tienen que llevar a cabo la fiscalización de manera diligente, responsable y con respeto al derecho de los administrados, debiendo adoptar, cuando corresponda, las medidas necesarias para probar idóneamente los hechos de la fiscalización. Entre otros deberes, las entidades quedan obligadas a:

- a. Revisar y/o evaluar la documentación concreta de manera previa a la fiscalización.
- b. Identificarse ante la solicitud del administrado.
- c. Citar la base legal que sustente su competencia, facultades y obligaciones, a requerimiento del administrado.
- d. Entregar copia del acta de fiscalización al administrado al finalizar la diligencia inspectiva.
- e. Guardar reserva sobre la información obtenida y actuar con imparcialidad, estando prohibido de mantener intereses en conflicto.

15. ¿Cuáles son los derechos de los administrados fiscalizados?

Los administrados fiscalizados gozan de derechos que deben ser respetados por la Administración. Estos derechos son:

- a. Ser informados del objeto y del sustento legal de la fiscalización y, de ser previsible, del plazo estimado de su duración, así como de sus derechos y obligaciones.
- b. Requerir la identificación de los funcionarios y/o terceros a cargo de la fiscalización.
- c. Realizar grabaciones en audio o video de las diligencias en las que participa.
- d. Se incluya sus observaciones en las actas correspondientes.
- e. Presentar documentos, pruebas o argumentos adicionales con posterioridad a la recepción del acta de fiscalización, y;
- f. Llevar asesoría profesional a las diligencias en caso lo considere necesario.

16. ¿Cuáles son los deberes de los administrados fiscalizados?

El administrado fiscalizado debe realizar o brindar las facilidades a los órganos fiscalizadores para ejecutar sus facultades. Esto significa que debe:

- a. Atender los requerimientos que se les formule relacionados al objeto de la fiscalización.
- b. Permitir ser interrogado.
- c. Autorizar que se realicen inspecciones en sus locales y/o bienes.
- d. Autorizar que se tome copia de sus archivos físicos, ópticos, electrónicos u otros, así como de fotografías, impresiones, grabaciones de audio o en video con su conocimiento.
- e. Facilitar la realización de exámenes periciales y permitir el acceso a sus locales de equipos de los órganos de fiscalización, así como permitir el uso de sus propios equipos, cuando sea indispensable para la labor de fiscalización.

Es importante tener presente que la actuación del administrado fiscalizado en el curso de las actuaciones inspectivas o de supervisión no debe ser pasiva. Más allá de que tengan la obligación legal de colaborar, las autoridades deben fomentar su participación activa, pues depende de los administrados, el que se pueda esclarecer de mejor manera los hechos que son materia de fiscalización.

17. ¿En qué consiste el cumplimiento normativo?

El cumplimiento normativo consiste en comprobar o verificar el ejercicio de derechos y obligaciones por parte de un administrado, con el fin de determinar su adecuación permanente al ordenamiento jurídico u otros títulos habilitantes. Esta actividad se realiza a través de la investigación, supervisión, inspección, control, vigilancia y otras modalidades similares.

Debe realizarse bajo un enfoque preventivo a fin de evitar que se altere el ordenamiento jurídico.

18. ¿En qué consiste el enfoque de prevención y de gestión del riesgo?

La fiscalización con enfoque de prevención y gestión del riesgo es aquella que tiene por objeto identificar, evaluar, mitigar y monitorear el riesgo - que para estos efectos implica no cumplir con las normas que regulan una determinada actividad-, de tal forma que la entidad pública pueda priorizar la frecuencia de fiscalización y la asignación de recursos para ello, de acuerdo al nivel de riesgo que enfrenta.

La primera actividad que implica la prevención y gestión de riesgos consiste en la identificación y evaluación del riesgo, lo cual se lleva a cabo en tres niveles de análisis. En el primer nivel, se tiene que identificar el nivel del evento adverso. En el segundo nivel, se tiene que identificar y evaluar la probabilidad de que ocurra el evento adverso, mientras en el tercer nivel, tanto el nivel del evento adverso como la probabilidad de incumplimiento son usados para identificar el nivel de riesgo resultante de la actividad económica que

enfrenta el órgano de inspección. En este tercer nivel, puede identificarse y puntuarse distintos tipos de actividades acorde con su riesgo.

En segundo lugar, la prevención y gestión de riesgos implica la mitigación del riesgo enfrentado, lo cual supone lograr el cumplimiento regulatorio (o, en otras palabras, reducir los niveles de incumplimiento), a través de la selección del tipo de fiscalización, las medidas a adoptar y su frecuencia.

Finalmente, el riesgo y las medidas de mitigación deben ser objeto de monitoreo y evaluación ex post, a efectos de hacer los ajustes que correspondan de manera oportuna, de tal manera que se asegure su efectividad.

En ese sentido, este enfoque facilita a las entidades públicas determinar sus prioridades en materia de fiscalización, así como asignar sus recursos acorde con el riesgo que enfrentan, de tal manera que habrá una inspección más frecuente con un mayor presupuesto para sujetos regulados consideradas de alto riesgo, con lo cual se simplifica el procedimiento de fiscalización.

19. ¿Cómo la fiscalización se vincula con la calidad regulatoria y cuáles son los principios para una fiscalización de calidad?

Desde una perspectiva amplia, la calidad regulatoria se refiere al interés del Estado por mejorar las diferentes etapas del ciclo regulatorio, esto es, no solamente el diseño y desarrollo de nuevas regulaciones y la revisión de regulaciones existentes, sino también la implementación y enforcement, así como evaluación regulatoria ex post. Ello, con el objetivo de que las normas resuelvan problemas reales de manera efectiva y a bajo costo.

De esta forma, existe una vinculación entre la calidad regulatoria y la fiscalización. Dado que esta última busca asegurar el cumplimiento de las normas, es indispensable que tanto la etapa de elaboración normativa como la etapa de implementación y cumplimiento (fiscalización) estén adecuadamente coordinadas dentro del ciclo de la gobernanza regulatoria, a fin de evitar fallas regulatorias.

Para la OCDE una buena estrategia en materia de inspecciones es aquella que provee correctos incentivos para los sujetos regulados y que fomenta el cumplimiento regulatorio, a través de alternativas a la regulación tradicional, ayudando a reducir los esfuerzos de monitoreo que hacen los reguladores, los costos para las empresas y el sector público, y haciendo que las inspecciones sean más efectivas, eficientes, menos gravosas para los sujetos regulados.

Bajo esta premisa, la OCDE establece los siguientes 11 principios para promover un efectivo cumplimiento normativo:

- Las inspecciones deben estar basadas en evidencia.
- Las inspecciones deben proceder donde sea estrictamente necesario, debiendo evaluarse el uso de mecanismos de mercado de manera previa para fomentar el cumplimiento.

- Las inspecciones necesitan adoptar un enfoque de riesgos y ser proporcional.
- Las inspecciones tienen que modularse dependiendo del perfil y la conducta específica de los sujetos regulados.
- Las entidades públicas deben adoptar políticas y mecanismos institucionales estables en materia de inspecciones con objetivos claros y una hoja de ruta de largo plazo.
- Se debe evitar la duplicación y yuxtaposición de funciones a fin de asegurar un buen uso de los recursos públicos, la minimización de cargas sobre los sujetos regulados y la maximización de su efectividad.
- Las estructuras de gobernanza deben ser transparentes y las políticas en materia de recursos humanos orientadas a las inspecciones deben promover el profesionalismo y una gestión basada en resultados.
- Las tecnologías de la información y comunicación deben ser utilizadas para maximizar el enfoque basado en riesgos, la coordinación e intercambio de información, así como el uso óptimo de los recursos.
- Los gobiernos deben asegurar la claridad de las normas y de los procesos para la aplicación de las inspecciones.
- El cumplimiento regulatorio debe ser promovido a través del uso apropiado de lineamientos.
- Los inspectores deben ser entrenados para asegurar su profesionalismo, integridad, consistencia y transparencia.

20. ¿Cómo se aplican las normas comunes a las fiscalizaciones reguladas en normas especiales?

El artículo 237.2 del TUO de la LPAG dispone que las normas especiales que regulan la fiscalización, con independencia de su denominación, se deberán interpretar y aplicar acorde con las normas comunes previstas en el TUO de la LPAG. Esta disposición se explica por la existencia de distintos regímenes legales vigentes a la fecha que regulan la potestad de fiscalización o de inspección.

Con ello se busca otorgar una mayor protección a los administrados, lo cual está en concordancia con el artículo III del TUO de la LPAG, según el cual *“La presente Ley tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general”*.

BIBLIOGRAFÍA

1. AGUDO GONZÁLEZ, Jorge. Actuación Material e Informalidad. El ejemplo de la concertación con la Administración. En: Revista Aragonesa de Administración Pública N° 41-42. Zaragoza. 2013.
2. ARROYO JIMÉNEZ, Luis. El Régimen Sancionador en los Mercados de Telecomunicaciones. En: Revista de Administración Pública. N° 167. Madrid. Mayo/Agosto 2005.
3. AYRES, Ian y BRAITHWAITE, J. (1992), *Responsive regulation: transcending the deregulation debate* (Oxford: University Press US).
4. BACA ONETO, Victor Sebastián. La Discrecionalidad Administrativa y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. En: Revista de Derecho Administrativo N° 11. 2012.
5. BALDWIN, R., (2006). Better regulation in troubled times. *Health economics policy and law*. 1 (3).
6. BALDWIN, R, CAVE, M and LODGE, M (2012). *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice* (Oxford: OUP).
7. BLACK, J., (1997) Chapter 1 Using Rules from Black, J., *Rules and Regulators* (Oxford: Clarendon Press).
8. BLACK, J., (2005). The emergence of risk-based regulation and the new public risk management in the United Kingdom. *Public Law* (Autumn).
9. BLACK, J., (2010). The Role of Risk in Regulatory Processes from Lodge, M, Cave, Baldwin, R (eds) *The Oxford Handbook of Regulation* (Oxford Press).
10. BLANC, Florentin; FRANCO-TEMPLE, Ernesto (2013). *Introducing a risk-based approach to regulate businesses : how to build a risk matrix to classify enterprises or activities*. Nuts & bolts. Washington, DC. World Bank Group.
11. COOLIDGE, J (2006). Reforming Inspections. Countering Corruption and Waste. *Public Policy for the Private Sector*. Note N° 3. June 2006. The World Bank Group.
12. BERMEJO VERA, José. La Administración Inspectoral. En: Revista de Administración Pública. N° 147. Setiembre-diciembre. 1998.
13. BECKER, G. (1968). *Crime and Punishment: An Economic Approach*. *Journal of Political Economy*, University of Chicago Press. Vol. 76.
14. Better Regulation Delivery Office (2012). *Proposals for Developing a Common Approach to Risk Assessment*. Disponible en:

- <https://www.gov.uk/government/publications/common-approach-to-risk-assessment>.
15. BREWER-CARÍAS, Allan. Consideraciones sobre el régimen jurídico de la actividad de policía administrativa. En: Revista de Derecho Público, N° 48, 1991.
 16. ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides y RAMÍREZ SÁNCHEZ, Amed. La Potestad Inspectiva v/s la Auditoría Pública. En: Revista de Derecho UNED N° 18. 2016.
 17. DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública. En: Jus et Veritas N° 10. 1995.
 18. DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. La Impugnación de los Actos de Trámite en el Procedimiento Administrativo y la Queja. En: Derecho & Sociedad N° 28. 2007.
 19. DESDENTADO DAROCA, Eva. Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico. Aranzadi. Navarra. 1999.
 20. DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. Tomo I. Lima, Gaceta Jurídica/ Ciudad Argentina. Editorial de Ciencia y Cultura. 2005.
 21. FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora. Granada: Comares. 2002.
 22. FRAGA PITTALUGA, Luis. La incompetencia en el Derecho Administrativo. Caracas: Editorial Torino. 2000.
 23. FRANCIA ACUÑA, Laura. Consideraciones generales y alcances de la fiscalización ambiental en el Perú. En Revista de Derecho Administrativo N° 2. 2008.
 24. GALÁN GALÁN, Alfredo y PRIETO ROMERO, Cayetano. El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración. En: Anuario de Derecho Municipal N° 2. 2008.
 25. GAMBA VALEGA, César. El Debido Procedimiento Administrativo en el Ámbito Tributario. Especial referencia al Procedimiento de Fiscalización y al Procedimiento Contencioso Tributario. En: Derecho & Sociedad. N° 27. 2006.
 26. GALLARDO URRUTIA, Camila. Aplicación del Procedimiento Administrativo a la Función Fiscalizadora de la Dirección del Trabajo. Memoria para optar el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2010, disponible en:http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2010/de-gallardo_c/pdfAmont/de-gallardo_c.pdf

27. GARCÍA COSTA, Francisco Manuel. Delimitación conceptual del principio de objetividad: objetividad, neutralidad e imparcialidad. En: Revista Documentación Administrativa N° 289. Enero-abril 2011.
28. GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Ed. Palestra-Temis. Lima-Bogotá. 2006.
29. GARCÍA MARCOS, José. Algunas consideraciones sobre la inspección ambiental. En: Medio Ambiente & Derecho. Revista electrónica de Derecho Ambiental. N° 12-13. Diciembre 2005. Disponible en: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/consideraciones-inspeccion-ambiental-285909>.
30. GARCÍA URETA, Agustín. La potestad inspectora de las administraciones públicas. Madrid, Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 2006.
31. GARRIDO FALLA, Fernando. Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa. En: Revista de Administración Pública, N° 11. Mayo agosto. 1953.
32. GONZÁLEZ LUCHSINGER, Constanza. La Inspección Administrativa (Responsabilidad del Estado por Inactividad en su Ejercicio. Memoria para optar grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, 2014. p. 44. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/129665/linspeccion-administrativa-responsabilidad-del-estado.pdf>.
33. GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 3. El Acto Administrativo. Lima, Ara Editores.
34. GRABOSKY, P., (1995): Counterproductive Regulation. International Journal of the Sociology of Law, 23.
35. GUNNINGHAM, N., Grabosky, P., y DARREN, S. (1998). Smart Regulation: Designing Environmental Policy (Oxford: Clarendon Press).
36. GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Manual del Procedimiento Administrativo General. Lima. Pacífico Editores. 2013.
37. HM Treasury (2005). Hampton Report –Reducing Administrative Burdens: Effective Inspection and Enforcement.
38. HUERGO LORA, Alejandro. La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos. En: Revista de Administración Pública N° 137. 1995.

39. JARA SCHNETTLER, Jaime y MATURANA MIQUEL, Cristián. Actas de Fiscalización y Debido Procedimiento Administrativo. En: Revista de Derecho Administrativo N° 3. 2009.
40. LUNA QUESADA, Javier. El control municipal de las concesiones administrativas: el caso de los servicios e instalaciones deportivas, en: Auditoría Pública N° 62. 2014.
41. MALYSHEV, Nick A (2006): Regulatory Policy: OECD Experience and Evidence". *Oxford Review of Economic Policy* 22(2).
42. MARTIN TIRADO, Richard. Nuevos Rumbos del procedimiento administrativo sancionador: la reforma del procedimiento sancionador del OEFA a la luz de la Ley N° 30011. En: Revista de Derecho Administrativo N° 14. 2014. p. 501.
43. MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima. Gaceta Jurídica. 2001.
44. MORÓN URBINA, Juan Carlos. Los actos-medida (medidas correctivas, provisionales y de seguridad) y la potestad sancionadora de la Administración. En: Revista de Derecho Administrativo N° 9. 2010.
45. OECD (2000). Reducing the Risk of Policy Failure: Challenges for Regulatory Compliance.
46. OECD (2011). Regulatory Policy and Governance. Supporting Economic Growth and Serving the Public Interest.
47. OECD (2012). Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance.
48. OECD (2014). Regulatory Enforcement and Inspections, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy.
49. OECD (2016). Regulatory Policy in Peru: Assembling the Framework for Regulatory Quality.
50. POLINSKY, Michael y SHAVELL, Steven (2000). The Economic Theory of Public Enforcement of Law. *Journal of Economic Literature*. Vol. XXXVIII.
51. RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomas. Sobre los límites constitucionales del poder discrecional. En: Revista de Administración Pública N° 187. 2012.
52. REBOLLO PUIG, Manuel e IZQUIERDO CARRASCO, Manuel. Manual de la inspección de consumo (con especial referencia a la inspección local). Madrid: Instituto Nacional del Consumo. 1998.

53. REBOLLO PUIG, Manuel. La actividad de inspección. En: CANO CAMPOS, Tomás (Coordinador). Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo. Tomo III. Volumen II. Madrid. 2009.
54. RIVERO ORTEGA, Ricardo. El estado vigilante. Consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la administración. Madrid: Editorial Tecnos, 2000.
55. RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las administraciones públicas. En: Revista de Derecho Público N° 70. 2008.
56. SHAVELL, Steven (1993). The Optimal Structure of Law Enforcement. *Journal of Law and Economics*, Vol. 36, N° 1.
57. TIRADO BARRERA. Reflexiones en Torno a la Potestad de Inspección o Fiscalización de la Administración Pública. En: Derecho & Sociedad N° 37. 2011.
58. TOMAYA MIYAGUSUKU, Jorge y NEYRA SALAZAR, Carole: Debido proceso, nulidad e inspecciones laborales: ¿Qué criterios están aplicando el Ministerio de Trabajo y el Poder Judicial?. En: Jus et Veritas N° 42. 2011.
59. WINTER, S and MAY, P (2001). Motivation for Compliance with Environmental Regulations. *Journal of Policy Analysis and Management*. Vol. 20. N° 4.
60. ZEGARRA VALDIVIA, Diego. La Participación de los Privados en la Actividad de Supervisión en el Sector Eléctrico Peruano: Breve Aproximación a su Estudio. En: Themis N° 69. 2016.

Se terminó de imprimir
en agosto de 2017
en los talleres gráficos de

**Dirección General de Desarrollo
Normativo y Calidad Regulatoria**

**Ministerio de Justicia
y Derechos Humanos**

www.minjus.gob.pe/dgdoj

<http://spij.minjus.gob.pe>



*Trabajando para
todos los peruanos*