

Los actos-medidas (medidas correctivas, provisionales y de seguridad) y la potestad sancionadora de la Administración

Juan Carlos Morón Urbina*

En el presente trabajo, el autor desarrolla el concepto de la denominada “medida correctiva”, instrumento que le permite a la Administración, ante la comisión de actos ilícitos de los administrados, exigir a los mismos el cumplimiento de ciertas obligaciones, a fin de revertir la situación alterada. Para ello, toma como referencia las diversas medidas aplicadas en los distintos sectores, así como la diferencia de dicho concepto con las medidas provisionales y sanciones.

1. VISIÓN PANORÁMICA DE LAS MEDIDAS CORRECTIVAS EN LAS NORMAS ADMINISTRATIVAS SECTORIALES

Durante los últimos años ha cobrado particular desarrollo una categoría de decisiones administrativas bajo la denominación de “medidas correctivas” que, con ocasión de alguna ilicitud permiten exigir conductas de diversos tipos y contenidos a los administrados, dándole órdenes y mandatos gravosos. Las más comunes medidas de este tipo son: el cese de operaciones de obras o de comercialización de productos ilegales, la suspensión de actividades o negocios no autorizados, la clausura de instalaciones o industrias no autorizadas, la de demoler una construcción no autorizada o retirar instalaciones, accesorios o bienes muebles de espacios públicos, comiso u orden de devolver bienes de procedencia ilegal, devolver pagos recibidos sin contraprestación (pago indebido), anular alguna cobranza indebida, publicar aviso informativo o rectificatorio al mercado, remediación de daños producidos al ambiente por sus efectos contaminantes, cesar la difusión de información o publicidad indebida o, en general, cumplir con alguna obligación incumplida de fuente legal o contractual y de interés público, cuya tutela le es encargada a la Administración.

Debemos reparar que un tratamiento de confrontación pleno contra un ilícito administrativo no sólo conlleva a la imposición de aquella consecuencia jurídica prevista por la norma a título de sanción,

sino también propende a la eliminación de aquellos efectos que la acción u omisión hubiere producido sobre bienes o intereses públicos, en el patrimonio del Estado o daños inferidos a terceros. La aplicación de una sanción administrativa sólo atiende al primer interés nombrado, quedando aspectos importantes latentes en la realidad que el derecho debe darle solución apropiada mediante medidas complementarias.

Todas estas medidas surgen como consecuencia de comportamientos ilícitos o inobservancias incurridas por cualquier administrado y, generalmente, concurren con las sanciones administrativas que las autoridades imponen como principal consecuencia por estos eventos. Pero, tienen como “ventaja” para los fines de las autoridades sancionadoras, estar eximidas de la limitación que supone el principio de “non bis in ídem”, por lo que se acumulan con las sanciones administrativas y, además, carecen de un marco regulatorio común claro que uniformemente regule aspectos trascendentes de su naturaleza, tales como el tipo de norma mediante la cual debe facultarse su imposición, si es necesario exigir un procedimiento previo para su dación, la identificación de su contenido previsible y delimitado, los criterios para su aplicación, entre otros.

A continuación vamos a revisar algunos ejemplos de la regulación sectorial –no siempre acertada ni uniforme– en los que aparecen estas medidas correctivas.

* Catedrático en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en los Postítulos de Derecho Público, Contratación Estatal y Procesos Constitucionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad de Lima (Diplomado Gestión Pública) y en la Universidad San Ignacio de Loyola (Diplomado de Formación Práctica en Contratación Pública), en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (a cargo de Curso de Proceso Contencioso Administrativo en la Maestría de Derecho Procesal) y ex Catedrático de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Consultor en Gestión Pública, Contratación Estatal, Concesiones y Socio del Estudio Echeconpar.

En el sector de telecomunicaciones, la Dirección General de Control y Supervisión de Telecomunicaciones del Ministerio¹ está autorizada para dictar, sin perjuicio de las medidas cautelares y sanciones respectivas, medidas correctivas con el objetivo de prevenir, impedir o cesar la comisión de una infracción en la que incurran los operadores de servicios portadores, servicios finales, servicios de difusión y servicios de valor añadido. Tales medidas podrán ser el mandato de cese inmediato de las operaciones o, en general, de la conducta considerada como posible infracción, el desmontaje de los equipos de telecomunicaciones y la inmovilización de equipos de telecomunicaciones.

Vale la pena resaltar que en este sector el contenido de las medidas correctivas está previsto previamente a su aplicación y además, le permite una doble finalidad: preventiva o impeditiva del ilícito, esto es, actúan antes de su comisión o cuando menos de su consumación, como también de modo reparador, cuando ha cesado su comisión, pero persisten sus efectos.

En materia de la actividad de radiodifusión², la normativa permite que, sin perjuicio de las medidas cautelares que se podrían dictar, el personal autorizado de la ya mencionada Dirección General de Control y Supervisión de Telecomunicaciones pueda adoptar y ejecutar medidas correctivas inmediatas destinadas a prevenir, impedir o cesar la comisión del hecho infractor. De esta forma, la medida correctiva aparece como “un mecanismo inmediato destinado a prevenir, impedir o cesar la comisión del presunto hecho infractor”. Con alguna precisión mayor, el Reglamento de esta Ley, contextualiza esta medida indicando que podrá ser dictada si durante la inspección o monitoreo de los servicios de radiodifusión se detectan irregularidades en la operación de las empresas. Nótese que la norma guarda silencio sobre el posible contenido y, por ende, el tipo de gravamen que puede sufrir el administrado con esta medida correctiva, limitándose a plantear sus objetivos (prevenir, impedir o cesar la comisión del hecho ilícito), pero en cambio sí incluye el presupuesto fáctico que habilita dictarla (detección de irregularidades en la operación de la empresa).

Por su parte, en los sectores forestal y fauna, la autoridad administrativa, el Instituto Nacional de Recursos Naturales³ tiene habilitación legal para aplicar al infractor, además de la sanción de multa, actos de gravamen que denomina impropriadamente “sanciones accesorias”, entre las cuales tenemos

el comiso de especímenes, productos y subproductos provenientes de la extracción de especies declaradas en veda o de bosques declarados en veda, o de especies protegidas, de operaciones de extracción efectuadas en áreas no autorizadas; y, provenientes del uso ilegal de la sierra de cadena (motosierra), o herramientas o equipos que tengan efectos similares. También aplican a título de “penas accesorias”, la suspensión temporal de actividad, la clausura, la revocatoria de la autorización, permiso o licencia en los casos de incumplimiento de los requisitos, obligaciones o condiciones establecidos en ellos, la resolución del contrato o la inhabilitación temporal o clausura.

En nuestra opinión, constituye un errado entendimiento generalizar estas consecuencias gravosas como “penas accesorias”, porque no responden al objetivo propio de las sanciones. Por un lado, tenemos que el comiso de especímenes, productos y subproductos provenientes de la extracción de especies declaradas en veda o de bosques declarados en veda, o de especies protegidas, tienen por objetivo reestablecer la legalidad afectada por el infractor revirtiendo los efectos de su acción y reponiendo las cosas al estado anterior, en cuyo caso nos encontramos frente a las medidas correctivas que hemos venido identificando. En el mismo sentido, la suspensión temporal de actividad, la clausura, la revocatoria de la autorización, permiso o licencia en los casos de incumplimiento de los requisitos, obligaciones o condiciones establecidos en ellos, no son penas, sino la consecuencia natural del incumplimiento de requisitos para realizar alguna actividad sujeta a autorizaciones operativas.

Muy próximo a este tema, el sector de sanidad agraria tiene en el Servicio Nacional de Sanidad Agraria su autoridad administrativa central a cargo de las labores de fiscalización y supervisión sanitaria de plantas, productos vegetales, animales, productos de origen animal, insumos agrarios, nacionales o importados, y otros productos regulados. En este contexto, la normativa⁴ expresamente le faculta para adoptar como medidas complementarias a la sanción, las siguientes: la denegación, suspensión o cancelación de los registros, permisos, certificados o autorizaciones correspondientes, el comiso, destrucción o disposición final de los productos objetos de la infracción, la clausura de establecimientos, y la publicación de las sanciones impuestas en el Diario Oficial “El Peruano” u otro medio de comunicación escrita de circulación nacional o regional.

1 Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones aprobado por Decreto Supremo N° 013-93-TCC y el Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC

2 Ley de Radio y Televisión Ley N° 28278 y su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 005-2005-MTC (artículo 156°)

3 Ley N° 27308, Ley Forestal y de Fauna Silvestre y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N°. 014-2001-AG, artículo 368° y ss. (Estas normas mantienen vigencia al haber sido restituidas por las Leyes N° 26376 y 29382 que derogaron formalmente el Decreto Legislativo 1090.

4 Decreto Legislativo N° 1059, Ley General de Sanidad Agraria, artículo 19°.

En materia de medio ambiente⁵, se parte de una interesante toma de posición sobre el deber de reestablecer la legalidad a cargo de las personas sujetas a su alcance, que es denominada “responsabilidad ambiental”. Conforme a este criterio, el “causante de la degradación del ambiente y de sus componentes, sea una persona natural o jurídica, pública o privada, está obligado a adoptar inexorablemente las medidas para su restauración, rehabilitación o reparación según corresponda o, cuando lo anterior no fuera posible, a compensar en términos ambientales los daños generados, sin perjuicio de otras responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiera lugar. En ese sentido, la regulación ambiental prevé—en principio— que las personas que infrinjan las disposiciones contenidas en dicho ordenamiento se hacen acreedoras, según la gravedad de la infracción, a sanciones o medidas correctivas. Y contempla como estas últimas: la asistencia y aprobación de cursos de capacitación ambiental obligatorios, cuyo costo es asumido por el infractor, la adopción de medidas de mitigación del riesgo o daño, la imposición de obligaciones compensatorias sustentadas en la Política Ambiental Nacional, Regional, Local o Sectorial, y procesos de adecuación conforme a los instrumentos de gestión ambiental propuestos por la autoridad competente⁶.

Aquí tenemos nuevamente la noción de medida correctiva, como consecuencia aparejada a la comisión de ilícitos por parte de los administrados, solo que aparece bajo el parámetro de la responsabilidad ambiental, de modo que la autoridad que impone estas medidas está haciendo cumplir el genérico deber de soportar la restauración, rehabilitación o reparación de los efectos de sus actos incorrectos en contra del medio ambiente.

Adicionalmente a estas previsiones de medidas correctivas, la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, contempla que con el objeto de revertir, o disminuir en lo posible, el efecto nocivo que la conducta infractora hubiera podido producir en el ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas, se pueden dictar las siguientes medidas correctivas: el decomiso definitivo de los objetos, instrumentos, artefactos o sustancias empleados para la comisión de la infracción, la paralización o restricción de la actividad causante de la infracción, el cierre temporal o definitivo, parcial o total, del local o establecimiento donde se lleve a cabo la actividad que ha generado la presunta infracción, la obligación de restaurar, rehabilitar o reparar la situación alterada, según sea el caso, y de no ser posible ello, la obligación

a compensarla en términos ambientales y/o económica. Dicha relación es meramente enunciativa porque también se admite que se puedan dictar “otras que se consideren necesarias para revertir o disminuir en lo posible, el efecto nocivo que la conducta infractora hubiera podido producir en el ambiente, los recursos naturales o la salud de las personas”, (artículo 22°). Como si esa previsión no fuere suficiente, la misma norma crea una categoría particular de “medidas de restauración, rehabilitación, reparación, compensación y de recuperación del Patrimonio Natural de la Nación”, por las que la “autoridad puede además obligar a la persona natural o jurídica responsable del daño a restaurar, rehabilitar o reparar la situación alterada, según sea el caso, o a compensarla en términos ambientales cuando lo anterior no fuera posible, de conformidad con el artículo IX de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente” y además, la misma medida sirve para exigir “recuperar, retener o decomisar bienes, o productos derivados de los mismos, que se hayan originado como consecuencia de la extracción o aprovechamiento ilegal de los recursos naturales, en tanto constituyen Patrimonio Natural de la Nación de conformidad con la Constitución Política” (artículo 23°).

Finalmente, en este mismo ordenamiento, esta Ley prevé que las medidas correctivas “(...) deben ser adoptadas teniendo en consideración el Principio de Razonabilidad y estar debidamente fundamentadas” (artículo 22°).

Por otro lado, en materia de relaciones laborales, la actividad administrativa tiene a su cargo la inspección de los centros laborales⁷ ejerciendo las facultades inspectivas que le permiten adoptar, una vez finalizadas las diligencias, las siguientes medidas: requerir al sujeto responsable para que, en un plazo determinado, adopte medidas en orden al cumplimiento de la normativa del orden sociolaboral, requerir al sujeto inspeccionado que, en un plazo determinado, lleve a efecto las modificaciones que sean precisas en las instalaciones, en el montaje o en los métodos de trabajo que garanticen el cumplimiento de las disposiciones relativas a la salud o a la seguridad de los trabajadores, ordenar la paralización o prohibición inmediata de trabajos o tareas por inobservancia de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, de concurrir riesgo grave e inminente para la seguridad o salud de los trabajadores y adoptar cuantas otras medidas se deriven de la legislación vigente.

Con un desagregado mayor, en vía reglamentaria se ha indicado que⁸, finalizadas las actuaciones de

5 Ley General del Ambiente, Ley N° 28611, artículo IX, Título Preliminar.

6 Ley General del Ambiente, Ley N° 28611, artículo 136°.

7 Ley General de Inspección del Trabajo, Ley N° 28806, artículo 5°.

8 Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 019-2006-TR, artículos 17° al 21°.

investigación y de advertirse incumplimientos y/o infracciones, los inspectores adoptarán las medidas inspectivas de advertencia, requerimiento (órdenes dispuestas para el cumplimiento de las normas socio-laborales y de seguridad y salud en el trabajo cuyo contenido puede versar incluso en ordenar registrar en planillas a un trabajador, abonársele las remuneraciones y beneficios laborales pendientes de pago, se establezca que el contrato de trabajo sujeto a modalidad es a plazo indeterminado y disponer la continuidad del trabajador cuando corresponda); y la orden de paralización o prohibición inmediata de trabajos o tareas por inobservancia de la normativa sobre prevención de riesgos laborales en la seguridad o la salud de los trabajadores. En caso que la medida inspectiva no sea atendida, se producirá un nuevo hecho sancionable contra la empleadora.

Esta normativa nos reitera la noción que hemos venido identificando de medidas correctivas como actos administrativos que la ley faculta a las autoridades administrativas ante la comprobación de actos irregulares –en este caso de los empleadores– con el objeto de revertir los efectos nocivos producidos por sus acciones u omisiones y además, reestablecer la legalidad de su conducta. A esta clase corresponden, las órdenes dispuestas para el cumplimiento de las normas socio-laborales, de seguridad y salud en el trabajo, el requerimiento para que cumpla la normativa del orden sociolaboral, requerir modificaciones a las instalaciones, en el montaje o en los métodos de trabajo que garanticen el cumplimiento de las disposiciones relativas a la salud o a la seguridad de los trabajadores, la orden de paralización o prohibición inmediata de trabajos o tareas por inobservancia de la normativa sobre prevención de riesgos laborales.

Complementariamente, aparecen –por primera vez en este elenco de medidas complementarias a las sanciones– algunas medidas que se dirigen a revertir efectos individualizados de la conducta ilegal del empleador, de modo que la orden reestablecerá el orden alterado pero beneficiando directamente al trabajador afectado. Hasta ahora, los efectos a revertir eran generales, de interés público, sin que nadie en particular sea el beneficiario directo de esa corrección dispuesta en vía administrativa. Nos referimos al mandato de registrar en planillas a un trabajador, de abonársele las remuneraciones y beneficios laborales pendientes de pago, la orden de establecer que el contrato de trabajo sujeto a modalidad sea a plazo indeterminado y de disponer la continuidad del trabajador cuando corresponda.

En materia de protección al patrimonio cultural,⁹ también encontramos la competencia para dictar medidas correctivas a favor del Instituto Nacional de Cultura, que tiene competencia para disponer la paralización y/o demolición de la obra no autorizada, de la que se ejecute contraviniendo, cambiando o desconociendo las especificaciones técnicas y de las que afecten de manera directa o indirecta la estructura o armonía de bienes inmuebles vinculados al Patrimonio Cultural de la Nación. Pero en este caso, la orden de paralización de obra o de demolición, conlleva la obligación de los infractores de devolverla al estado anterior a la agresión, salvo el caso de imposibilidad material demostrada.

Ahora bien, uno de los ámbitos de mayor desarrollo de esta figura ha sido la regulación de los servicios públicos como manifestación de la fiscalización que realizan los organismos reguladores en su respectivo ámbito de acción. Si bien la atribución de dictar medidas correctivas no consta explícitamente en las normas comunes a los organismos reguladores, sí existen normas con rango de ley que en cada caso les atribuye esta facultad correctiva, con excepción de SUNASS que la tiene asignada mediante normas reglamentarias¹⁰. Por ejemplo, en materia de energía, hidrocarburos y minería, OSINERGMIN tiene la competencia para dictar, dentro del procedimiento sancionador, medidas complementarias a la sanción, tales como: orden de retiro de instalaciones y accesorios, inmovilización y comiso de bienes, paralización de obras, suspensión de actividades, lo que incluye, de ser el caso, el cierre temporal del establecimiento, así como, el internamiento temporal de vehículos y clausura.

De manera similar, SUNASS¹¹ tiene atribuida la capacidad para dictar –al interior o fuera del procedimiento sancionador– medidas correctivas a través de las cuales este regulador “interviene para ordenar a la EPS una cierta acción u omisión, con la finalidad de que dicha EPS cumpla a cabalidad con sus obligaciones legales, contractuales o técnicas”. Las formas usuales –mas no únicas de medidas correctivas– son las siguientes: mandato de cesar los actos que constituyan un incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales de la EPS, la publicación de avisos informativos en la forma que determine la SUNASS, tomando en cuenta los medios que resulten idóneos para revertir los efectos del incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales de la EPS, la devolución del dinero indebidamente pagado a la EPS por los usuarios afectados, con los intereses correspondientes, o la extinción de los cobros indebidos, el cumplimiento

9 Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, Ley N° 28296, artículo 22°

10 OSIPTEL (Decreto Supremo N° 013-93-TCC Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, artículo 77° numeral 9) y Ley 27336, artículo 23°), OSITRAN (Ley N° 26917, artículo 7°), OSINERGMIN (artículo 2°, Ley 27699), INDECOPI (Decreto Legislativo N° 1033, artículo 14° a) para la Sala y el 21° literal b) para las Comisiones.

11 Reglamento General de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Entidades Prestadoras de Salud aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 003-2007-SUNASS-CD.

de la obligación u obligaciones legales o contractuales incumplidas.

También encontraremos esta modalidad de actos de gravamen entre las facultades del INDECOPI tanto a nivel de la Sala como de las Comisiones¹². Cabe referir algunas de las particularidades en sus ámbitos económicos de actuación. Por ejemplo, en materia de represión de la competencia desleal¹³, se pueden aplicar adicionalmente a las sanciones, medidas conducentes a restablecer la leal competencia en el mercado, las mismas que, entre otras, podrán consistir en: el cese del acto o la prohibición del mismo, si todavía no se ha puesto en práctica, la remoción de los efectos producidos por el acto, mediante la realización de actividades, inclusive bajo condiciones determinadas; el decomiso y/o la destrucción de los productos, etiquetas, envases, material infractor y demás elementos de falsa identificación; el cierre temporal del establecimiento infractor; la rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas; la adopción de las medidas necesarias para que las autoridades aduaneras impidan el ingreso al país de los productos materia de infracción, las que deberán ser coordinadas con las autoridades competentes, de acuerdo a la legislación vigente; la publicación de la resolución condenatoria.

En materia de la protección al consumidor¹⁴, se aplican medidas correctivas de oficio o a instancia de parte con la finalidad de revertir los efectos que las conductas infractoras hubieran ocasionado, sin perjuicio de las indemnizaciones de carácter civil y la aplicación de las sanciones penales a que hubiera lugar por la misma infracción. Las medidas habilitadas son: el decomiso y destrucción de mercadería, envases, envolturas y/o etiquetas, la solicitud a la autoridad municipal correspondiente la clausura temporal del establecimiento o negocio hasta por un máximo de sesenta días calendarios, la publicación de avisos rectificatorios o informativos tomando en consideración los medios que resulten idóneos para revertir los efectos que el acto objeto de sanción hubiera ocasionado, la reposición y reparación de productos, la devolución de la contraprestación pagada por el consumidor; el mandato de cumplimiento de lo ofrecido por escrito en la relación de consumo, la devolución o extorno, por el proveedor, de las sumas de dinero pagadas por el consumidor cuando el producto entregado o servicio prestado no corresponda a lo que haya sido expresamente acordado por las partes, el mandato que el proveedor cumpla con atender la solicitud de información requerida por el consumidor, y cualquier otra medida correctiva que la Comisión considere pertinente ordenar y

que tenga por finalidad revertir los efectos que la conducta infractora hubiera ocasionado o evitar que ésta se produzca nuevamente en el futuro. Una particularidad de las medidas correctivas ante ilícitos en materia de protección al consumidor es que las resoluciones finales constituyen Títulos Ejecutivos conforme con lo dispuesto en el artículo 688° del Código Procesal Civil, una vez que queden consentidas o causen estado en la vía administrativa, teniendo los consumidores legitimidad para obrar en los procesos civiles de ejecución.

El propio INDECOPI en materia de represión de conductas anticompetitivas¹⁵ tiene prevista la posibilidad de aplicar medidas correctivas particulares conducentes a restablecer el proceso competitivo, las mismas que, entre otras, podrán consistir en: cese o la realización de actividades, inclusive bajo determinadas condiciones; la obligación de contratar inclusive bajo determinadas condiciones; o, la inoponibilidad de las cláusulas o disposiciones anticompetitivas de actos jurídicos; o, el acceso a una asociación u organización de intermediación.

Respecto a las infracciones en materia de protección al derecho de autor¹⁶, las autoridades de INDECOPI están facultadas a dictar medidas correctivas (impropiamente denominadas en la norma como medidas preventivas o cautelares) de cese inmediato de la actividad ilícita del infractor y una muy particular forma de reversión de los efectos dañosos individualizados, consistente en el pago de

«Durante los últimos años ha cobrado particular desarrollo una categoría de decisiones administrativas bajo la denominación de “medidas correctivas” que, con ocasión de alguna ilicitud permiten exigir conductas de diversos tipos y contenidos a los administrados, dándole órdenes y mandatos gravosos».

12 Decreto Legislativo N°1033, artículo 14° a) para la Sala y el 21° literal b) para las Comisiones.

13 Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, artículo 55°.

14 Decreto Supremo N° 006-2009-PCM, Texto Único Ordenado De La Ley De Protección Al Consumidor, artículo 39°.

15 Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Decreto Legislativo N° 1034.

16 Ley sobre el Derecho de Autor, Decreto Legislativo N° 822, artículo 177°.

las remuneraciones devengadas a favor del titular del respectivo derecho o de la sociedad que lo represente cuyo monto es establecido conforme al valor que hubiera percibido el titular del derecho o la sociedad que lo represente, de haber existido autorización para su explotación.

En el mercado de valores la situación es semejante. Ahí el Tribunal Administrativo de CONASEV¹⁷ posee la facultad para disponer de oficio o a solicitud de parte medidas cautelares, provisionales y correctivas vinculadas a los casos que se tramiten ante CONASEV, con prescindencia de si se hubiera iniciado o no un procedimiento administrativo sancionador. En ese sentido, las medidas correctivas tienen como característica obligar “a realizar un acto, o el cumplimiento de una obligación de dar, hacer o no hacer”, con el “propósito de revertir, minimizar las consecuencias o efectos negativos que se producen al incurrirse en infracciones administrativas, o subsanar o revertir la situación alterada por la infracción”.

Un ejemplo emblemático de las medidas correctivas en el mercado de valores, lo tenemos con la medida correctiva de oficio que puede dictar CONASEV para reponer dinero o valores de comitentes¹⁸. En efecto, cuando el órgano instructor detecte actos u omisiones sancionables previstos como infracción leve o grave podrá dictar medidas tendientes a restituir el dinero o valores revirtiendo la situación económica del comitente alterada por la infracción, incluyendo la capacidad de ejecutar el fondo de garantía en función de las operaciones involucradas en la denuncia y a la afectación patrimonial del comitente.

Concluido este recorrido a través de las principales manifestaciones de las medidas correctivas existentes en la legislación sectorial administrativa, podemos adelantar algunas primeras aproximaciones a esta figura.

Nos encontramos frente a verdaderos actos administrativos distintos a las sanciones, pero que surgen también con ocasión de la comisión de actos ilícitos que afectan intereses confiados a la autoridad administrativa. Estas medidas de reestablecimiento de la legalidad reponen el orden legal vulnerado por el infractor, asumiendo en algunos casos claramente un rol preventivo de futuros daños (Por ejemplo: como cuando se clausura una instalación no autorizada o que incurre en inobservancias a las reglas de salubridad), pero en otras asume tendencias

restitutivas (Por ejemplo, demoler una construcción realizada indebidamente)¹⁹.

En nuestro ordenamiento, la menor de las veces la medida correctiva asume ese rol preventivo aludido que “se dirige a impedir que se consume una determinada violación del ordenamiento jurídico: se adoptan, por tanto, antes de producirse la violación y su efectividad va a estar en función precisamente, de que aquella no tenga lugar”²⁰. Cuando así sucede, se confunde con otras medidas como la de seguridad y las provisionales (cautelares). En la gran mayoría de casos, la medida correctiva se prevé para el caso de ilícitos ya cometidos o en proceso de ejecución continuada, declarando o creando obligaciones de dar, hacer o no hacer al infractor, con el objetivo de revertir o reestablecer la situación alterada mediante la supresión o reducción de los efectos negativos ocasionados por el ilícito.

No podemos evitar comentar que estas medidas están calificadas por el propósito que persiguen y no por su contenido que hace a su objeto. De tal suerte que un mismo acto de gravamen, como por ejemplo el comiso de bienes, la clausura de instalaciones o establecimientos, suspensión de actividades, pueden ser aplicadas sobre un administrado como sanción, como medida correctiva, como medida provisional o como medida de seguridad, según sea el contexto y finalidad perseguida por la autoridad.

2. DE LAS ÓRDENES DE POLICÍA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CLÁSICO A LOS ACTOS-MEDIDA DE LA ACTIVIDAD CONTEMPORÁNEA DE SUPERVISIÓN ADMINISTRATIVA

Sobre la base de toda medida correctiva existe lo que el derecho clásico conocía como la “orden administrativa” u “orden policial”, esto es, una especie de acto administrativo de gravamen a través del cual se manifestaba el poder de policía ostentado por las autoridades administrativas para imponer una conducta determinada. Evidentemente, sobre la base de los mandatos de cese de operaciones, de obras o de comercialización de productos ilegales, en las disposiciones de suspender actividades o negocios no autorizados, clausurar instalaciones o industrias no autorizadas, o de demoler una construcción no autorizada o retirar instalaciones, accesorios o bienes muebles de espacios públicos, existen órdenes provenientes de las autoridades dirigidas a sujetos individualizados dentro de una situación concreta. Así, por ejemplo, el ya clásico MAYER al desarrollar las manifestaciones del poder de policía, conceptúa

17 Resolución CONASEV N° 0030-2007-EF/94.10, Reglamento de Sanciones por infracciones a las leyes del Mercado de Valores, de Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, de Bolsa de Productos, de Empresas Administradoras de Fondos Colectivos, así como, a sus Normas Reglamentarias, aprobado por Resolución CONASEV N° 055-2001-EF-94.10 y

18 Procedimiento Sancionador Especial, por el cual se tramitarán las denuncias de comitentes afectados patrimonialmente por la conducta de sus sociedades agentes de bolsa aprobado por Resolución CONASEV N° 008-2009-EF-94.01.1

19 HUERGO LORA, Alejandro; “Las Sanciones Administrativas”, IUSTEL, Madrid, 2007, p. 250.

20 SUAY RINCON, José; “Sanciones Administrativas”, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia 1989, p. 64.

a la orden administrativa como "(...) la declaración de voluntad, emitida en virtud de un vínculo de subordinación, con el fin de determinar, de manera obligatoria, la conducta del subordinado"²¹.

Es importante apreciar que –conforme explicaba el mencionado profesor germano–, la orden de policía tiene una doble significación: por un lado sirve de intermediario entre alguna explícita norma que es el fundamento del poder de policía y como exigencia del régimen de derecho, exterioriza de modo claro, indudable y formal, en qué consiste el deber concreto, cómo debe cumplirse y quién los debe cumplir. De este modo, la autoridad que emite la orden es una aplicadora de la norma al caso concreto, sin poderes implícitos o naturales para exigir aquello que desee en ese momento o lo que crea conveniente. Pero además, la segunda significación de la orden de policía es que impone al sujeto destinatario la obligación de obedecer frente a la Administración activa, y en caso de desobediencia, queda abierta la posibilidad legítima de ejercer actos de coacción posterior²².

En relación con la primera significación, resulta necesario apreciar que la orden de policía es la concretización de una conducta ya establecida en las normas, pero incumplida por el particular, de modo que siempre tendrá en las normas su fundamento suficiente. El derecho clásico superó de este modo la tolerancia a las "órdenes de autoridad pura" como expresión de una sujeción directa del ciudadano a la voluntad de la autoridad, propias del estado absolutista que concebía a la persona como un súbdito²³.

Esa naturaleza de las medidas administrativas como órdenes subsiste hasta nuestros días. La única diferencia es que habiéndose superado la noción clásica de policía administrativa por la individualización de diversas actividades administrativas, la "orden de policía" reaparece ubicada como una de las más claras atribuciones propias de la actividad de supervisión, inspección o vigilancia de la administración sobre actividades o bienes privados²⁴.

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 inspeccionados²⁵.

De este modo se realizan inspecciones sobre actividades potencialmente contaminantes, sobre las actividades que han sido objeto de permisos estatales (Ej. De caza o pesca), sobre la prestación de servicios públicos, sobre los productos médicos, sobre la adecuación de las construcciones a los parámetros urbanísticos y edificatorios, sobre la situación patrimonial de los contribuyentes, las inspecciones laborales y de seguridad industrial, las inspecciones sanitarias y alimenticias, etc.

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 interesados.

Por ello, es que para el logro de su finalidad, cuando a alguna autoridad administrativa le es asignada la atribución fiscalizadora, también se le recubre de las facultades para que pueda lograr sus objetivos. Tales facultades son la de poder acceder al objeto de inspección, a obtener información, a documentar acciones y situaciones relevantes para su comprobación, la de seleccionar técnica y discrecionalmente la oportunidad y estrategia de inspección, y la facultad de dictar medidas correcti-

21 MAYER, Otto; "Derecho Administrativo Alemán", Tomo II Parte Especial, Editorial Depalma, 1982, p. 34.

22 DE LA CUETARA, J.M., La actividad de la administración. Lecciones de Derecho Administrativo. Editorial Tecnos, 1983, p. 255.

23 FIORINI; Bartolomé A.; Poder de Policía, Editorial Alfa, Buenos Aires, 1957, p. 283

24 La doctrina ha diferenciado entre los medios de control de la actividad privada la "supervisión", la "inspección", la "observación" y la "vigilancia", en función de los grados de incidencia e injerencia que cada uno de ellos implica respecto a las actividades privadas. Véase a este respecto, RIVERO ORTEGA, Ricardo; "Vigilancia e inspección sobre los servicios públicos: mecanismos de control administrativo de actividades de interés general". En el Colectivo dirigido por el profesor Juan Carlos CASSAGNE, "Servicios Público y Policía", El Derecho, 2006; p. 323 y ss.

25 Para una revisión de los fundamentos doctrinarios de esta actividad recomendamos leer: RIVERO ORTEGA, Ricardo; El estado vigilante (Consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la administración). Editorial Tecnos, Madrid 2000, FERNANDEZ RAMOS, Severiano; La actividad administrativa de inspección (el régimen jurídico general de la función inspectora)", Granada, 2002; GARCÍA URETA, Agustín; La potestad inspectora de las administraciones Públicas", Marcial Pons, 2006; BERMEJO VERA, J.; "La administración inspectora", RAP, número 147, 1998, p. 39.

vas cuando se constate el incumplimiento de alguno de estos estándares legales, o también conocidas como “actos medida”²⁶.

En este último caso, “la orden, aun cuando su posibilidad debe encontrarse siempre configurada por la ley, tiene como presupuesto una previa situación de libertad del destinatario. Esa libertad viene a excluirse o relativizarse a través de la orden de manera positiva (prescripciones que imponen conductas omisivas). De ahí que la orden sea –como se ha dicho– antes que una técnica interventora de actuación general y necesaria, una manifestación eventual de la administración que relativiza la libertad del ciudadano”²⁷.

Precisamente, en nuestro país, esta correspondencia entre la actividad de supervisión y la capacidad de dictar medidas correctivas ha sido analizada por el Tribunal Constitucional cuando tuvo frente a sí, un cuestionamiento a la capacidad de INDECOPI de aplicar estas medidas a las empresas. Dicho Tribunal ha indicado lo siguiente:

“22. (...) ¿es posible afirmar que INDECOPI, en el cumplimiento de sus funciones de control de las prácticas contrarias al normal funcionamiento del mercado, se encuentre imposibilitado de ordenar el cese de las conductas que atenten contra la libre competencia y la protección a los consumidores y usuarios? Desde luego que no. Admitir que INDECOPI no puede ordenar el cese de conductas, sería negarle capacidad real para actuar dentro de sus facultades, las mismas que fueran otorgadas para hacer prevalecer los fines constitucionales de protección a la libre competencia (Art. 61° de la Constitución) y el derecho de los consumidores y usuarios (artículo 65° de la Constitución). (...)

26. (...) Efectivamente, INDECOPI está facultado para establecer sanciones pecuniarias por las infracciones cometidas contra lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 701, pero ello no implica que se encuentre imposibilitado de dictar medidas complementarias –distintas de las sanciones– justamente para hacer efectivo lo previsto en dicho dispositivo legal. Afirmar que la actuación de INDECOPI deba restringirse únicamente a establecer sanciones pecuniarias y no otras medidas complementarias para garantizar el cumplimiento de la Ley y la Constitución, como, por ejemplo,

ordenar el cese de las conductas infractoras sería tan absurdo como admitir que en nuestro sistema jurídico los infractores pueden continuar con sus conductas contrarias a Ley en la medida en que, cumplan con pagar el costo económico de su infracción”²⁸.

Por lo expuesto, en nuestra opinión existe una necesaria vinculación entre la actividad estatal de supervisión con la competencia que las normas atribuyen a estos mismos organismos para poder dictar medidas correctivas sobre los agentes económicos incluidos en su ámbito de fiscalización, en caso incurran en algún comportamiento sancionable en sede administrativa. Luego veremos en qué consiste esta medida correctiva y mediante qué tipo de norma se atribuye esta potestad y con qué alcance.

3. LAS MEDIDAS PROVISIONALES Y LAS MEDIDAS CORRECTIVAS O DE REESTABLECIMIENTO DE LA LEGALIDAD

Con frecuencia, se ha identificado que las medidas administrativas más frecuentemente autorizadas por los ordenamientos a la autoridad con motivo de la actividad de inspección se pueden reducir a dos: las medidas provisionales y las medidas correctivas.

Las medidas provisionales están conectadas instrumentalmente con una futura y posterior resolución a la cual tratan de asegurar eficacia. Así queda establecido en el artículo 236° de la Ley de Procedimiento Administrativo General, cuando afirma que las autoridades que instruyen el procedimiento podrán disponer la adopción de medidas de carácter provisional que aseguren la eficacia de la resolución final que pudiera recaer, con sujeción a lo previsto por el artículo 146° de esta Ley. Nos referimos, de modo ilustrativo, con medidas tales como la suspensión de los efectos del acto reclamado, el internamiento o depósito de bienes entre tanto se decide su decomiso, la rotación de personal sometido a investigación, la imposición de salvaguardas provisionales, las anotaciones preventivas en procedimientos registrales, entre otras.

Por su parte, las medidas constitutivas del poder de policía que tienen por objeto proteger el interés público, limitando derechos de los administrados respectivos²⁹, asumiendo en unos casos un énfasis preventivo sobre la base de los riesgos creados (medidas preventivas o de seguridad), pero en la ge-

26 MOLES CAUBET; Antonio; “El principio de legalidad y sus implicaciones”, ensayo incluido en la compilación de sus textos publicado bajo el título “Estudio de Derecho Público” (Compilador: Oswaldo Acosta-Hoenicka), Universidad Central, Caracas – Venezuela, 1997, p. 277 y ss.

27 CASSAGNE, Juan Carlos; “La intervención administrativa”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Segunda edición, pp. 86-87.

28 Sentencia recaída en el Exp. N° 1963-2006-PA/TC. Proceso de Amparo constitucional planteado por Ferretería Salvador SRL y Distribuidora Norte Pacasmayo SRL contra INDECOPI.

29 REBOLLO PUIG, Manuel; “Medidas provisionales en el Procedimiento Administrativo”, en la obra colectiva La Protección jurídica del Ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios en Homenaje al profesor Jesús González Pérez, Tomo I, Civitas, Madrid, 1993, p. 694. En ese mismo sentido FERNANDEZ RAMOS Severiano; en La Actividad Administrativa de Inspección. El régimen jurídico de la función inspectora”; Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, 2002, p. 410 y ss.

neralidad son medidas represivas sobre los efectos derivados de las conductas indebidas. Aquí se trata de las medidas correctivas o reparadoras.

La doctrina³⁰ ha dedicado especial interés en diferenciar entre medidas provisionales y medidas correctivas identificando las finalidades distintas que persiguen cada una. De este modo, si lo que se quiere es adoptar una medida transitoria para asegurar la eficacia de la resolución final frente al riesgo que deriva del tiempo en la tramitación del procedimiento, estaremos en un caso de medida provisional. En ese sentido, la medida provisional está atenta a una necesaria resolución posterior que será la final del procedimiento, con la cual mantiene una vinculación instrumental necesaria³¹.

Por el contrario, si lo que se busca es reestablecer la legalidad alterada por el acto ilícito a través de la reversión de los efectos causados por el acto u omisión ilícita, estaremos ante una medida correctiva *stricto sensu*. Como se puede apreciar, esta medida cobra un nivel de individualidad que no posee la provisional, al no depender del procedimiento en curso ni de futuras medidas, siendo una decisión destinada –en la mayoría de los casos– a concluir con el estado de cosas y efectos ilegales creado mediante la infracción, sin necesidad de apertura previa de un procedimiento sancionador o la necesidad de ser dictada al interior del mismo.

Parecería hasta aquí, que estamos frente a supuestos plenamente diferenciables sin lugar a confusión entre ellas. No obstante, los esfuerzos empleados para distinguirlos, resulta necesario admitir que en los hechos, se mantiene una confusión propiciada por los propios ordenamientos que dan finalidad de sanciones a medidas provisionales o a las medidas correctivas, o porque emplean indistintamente las denominaciones para referirse a la misma consecuencia jurídica. En efecto, como apunta una profesora española:

“Lo cierto es que existen muchas circunstancias que propician la confusión entre medidas de

policía y medidas provisionales administrativas. Además de reiterar lo ya señalado respecto a la tendencia de las leyes a regular medidas provisionales asignándole fines típicos de las medidas de policía, es frecuente encontrar en las normas medidas de policía, medidas provisionales e, incluso, sanciones con idéntico contenido. Piénsese, por ejemplo, en la suspensión de actividades o en el cierre temporal de establecimientos que puede constituir el objeto de una medida de policía, de una medida provisional y una sanción. Dado que la potestad de inspeccionar es fundamentalmente preparatoria de la decisión de los órganos administrativos activos o decisorios y que, en un buen número de casos, (...) tendrá lugar la incoación de un procedimiento sancionador, una medida de policía adoptada en el marco de un procedimiento de inspección, puede mantener su vigencia durante la tramitación del procedimiento sancionador, posteriormente, a modo de medida provisional además, tras ser ratificado por el organismo competente para la incoación de dicho procedimiento”³².

Así sucede, por ejemplo, en el ordenamiento energético en el que OSINERG³³ aplica mandatos de retiro de instalaciones, inmovilización de bienes, comiso de bienes, paralización de obras o suspensión de actividades que a la vez son calificadas como medidas cautelares (artículo 36°), como medidas correctivas (artículo 41°) e incluso en el caso de comiso, suspensión de actividades, paralización de obras, como sanciones (artículo 12°).

Por ello, tiene razón la profesora MARINA JALVO cuando afirma que: “*Todo lo expresado en las líneas anteriores pone de manifiesto que con frecuencia la frontera que separa a las medidas provisionales en sentido estricto de las medidas de policía, en ocasiones también denominadas “cautelares” es muy frágil. Así, las cosas, no queda más remedio que admitir el carácter mixto de las medidas provisionales, además, que en ocasiones, desempeñan funciones típicas de las medidas de policía(...)*”³⁴.

30 Por ejemplo, REBOLLO PUIG, Manuel; Op. Cit., p. 659; MESAGUER YEBRA, J; “Las medidas provisionales en vía administrativa”. Ed. Bosch, Barcelona, 2000; PONS CANOVAS, F; “Las medidas provisionales en el procedimiento sancionador”, Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2001; PIZARRO NEVADO; Rafael; “Las Medidas Provisionales en el procedimiento administrativo: una aproximación conceptual; en *Derecho Administrativo Contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo (2007)*, Lima, Perú; Belén Marina Jalvo; “Medidas Provisionales en la actividad administrativa”, Lex Nova, 2007, Madrid.

31 Esta diferencia es aplicable a nuestro ordenamiento administrativo según los texto recogidos en el artículo 236° de la LPAG que transcribimos a continuación:

Artículo 236°.- Medidas de carácter provisional

La autoridad que instruye el procedimiento podrá disponer la adopción de medidas de carácter provisional que aseguren la eficacia de la resolución final que pudiera recaer, con sujeción a lo previsto por el artículo 146° de esta Ley.

236.1. Las medidas que se adopten deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los objetivos que se pretende garantizar en cada supuesto concreto.

236.2. El cumplimiento o ejecución de las medidas de carácter provisional que en su caso se adopten, se compensarán, en cuanto sea posible, con la sanción impuesta.

32 MARINA JALVO, Belén; “Medidas Provisionales en la actividad administrativa”, Lex Nova, 2007, Madrid. pp. 50 y 51

33 Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador aprobado por R. C.D N° OSINERG 233-2009-OS/CD.

34 MARINA JALVO, Belén; Op. Cit., pp. 50 y 51.

4. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y LAS MEDIDAS CORRECTIVAS

La medida de seguridad es una figura sobreviviente –de manera sigilosa– de la antigua administración absolutista, que se mantiene excepcionalmente dentro del derecho administrativo moderno. Por ello, nos debe demandar una regulación cuidadosa y a la vez una rigurosa subordinación al principio de legalidad.

Cuando mencionamos las medidas de seguridad nos estamos refiriendo a un supuesto especial de actos administrativos autorizados a algunas entidades especialmente calificadas para hacer frente a algún entorno de inminente riesgo para las personas en su vida, salud o seguridad. Con ella, las entidades autorizadas a adoptarlas buscan mantener ese estado de protección que brinda el Estado y en cuya consolidación colabora la sociedad, a fin que determinados derechos como la integridad, la tranquilidad, la propiedad o la libertad personal puedan ser preservados frente a situaciones de peligro, amenaza, vulneración o desconocimiento. Las medidas de seguridad aplican cuando la autoridad luego de la constatación respectiva llega a la convicción

objetiva que existe un peligro individualizado o colectivo para la persona en su vida, salud o seguridad por un estado de cosas o situación continuada en el tiempo y persigue cesarlo de modo inmediato.

En el derecho administrativo comparado encontramos en el derecho mexicano el reconocimiento explícito de esta medida, conceptuándola como aquella disposición de inmediata ejecución y sin procedimiento previo, que la autoridad puede dictar para proteger la salud y las seguridades públicas cuando se evidencie suficientemente riesgos. Los contenidos comúnmente empleados por estas medidas de seguridad son la suspensión de actividades o la clausura de la empresa o establecimiento cuya duración será solo la estrictamente necesaria hasta que cese el riesgo acreditado.³⁵ En nuestro ordenamiento encontramos esta medida cuando se permite a las autoridades sanitarias de modo inmediato disponer el aislamiento, la cuarentena, la vacunación de personas, la destrucción o control de insectos u otra fauna transmisora y nociva, el decomiso o sacrificio de animales que constituyan peligro para la seguridad o la salud de las personas, cuando se advierta riesgo en materia de salud pública³⁶.

35 Ley Federal de Procedimiento Administrativo

TITULO QUINTO
MEDIDAS DE SEGURIDAD
CAPITULO UNICO

ART. 81.- Se consideran medidas de seguridad las disposiciones que dicte la autoridad competente para proteger la salud y la seguridad públicas. Las medidas de seguridad se establecerán en cada caso por las leyes administrativas.

ART. 82.- Las autoridades administrativas con base en los resultados de la visita de verificación o del informe de la misma, podrán dictar medidas de seguridad para corregir las irregularidades que se hubiesen encontrado, notificándolas al interesado y otorgándole un plazo adecuado para su realización. Dichas medidas tendrán la duración estrictamente necesaria para la corrección de las irregularidades respectivas.

36 Ley General de Salud

CAPITULO I: DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Artículo 130.- Son medidas de seguridad las siguientes:

- a) El aislamiento;
- b) La cuarentena;
- c) La observación personal;
- d) La vacunación de personas;
- e) La observación animal;
- f) La vacunación de animales;
- g) La destrucción o control de insectos u otra fauna transmisora y nociva;
- h) El decomiso o sacrificio de animales que constituyan peligro para la seguridad o la salud de las personas;
- i) La suspensión de trabajos o servicios;
- j) La emisión de mensajes publicitarios que adviertan peligro de daños a la salud de la población;
- k) El decomiso, incautación, inmovilización, retiro del mercado o destrucción de objetos, productos o sustancias;
- l) La suspensión temporal del ejercicio de actividades de producción y comercio y la restricción del tránsito de personas, animales, vehículos, objetos y artículos;
- ll) El cierre temporal o definitivo de empresas o sus instalaciones;
- m) Suspensión o cancelación del Registro Sanitario; y,
- n) Las demás que a criterio de la Autoridad de Salud se consideran sanitariamente justificables, para evitar que se cause o continúe causando riesgo o daños a la salud de la población.

Artículo 131°.- Las medidas de seguridad son de inmediata ejecución y se aplican sin perjuicio de las sanciones que correspondan.

Artículo 132.- Todas las medidas de seguridad que adopta la Autoridad de Salud en aplicación de la presente ley, se sujetan a los siguientes principios:

- a) Deben ser proporcionales a los fines que se persiguen;
- b) Su duración no debe exceder lo que exige la situación de riesgo inminente y grave que las justificó; y,
- c) Debe preferirse aquellas medidas que siendo eficaces para el fin que se persigue, menos perjudiquen al principio de libre circulación de las personas y de los bienes, la libertad de empresa y cualesquiera otros derechos afectados.

También, la encontramos en materia municipal³⁷ cuando se le permite disponer la clausura transitoria o definitiva de edificios, establecimientos o servicios cuando su funcionamiento está prohibido legalmente o constituye peligro o riesgo para la seguridad de las personas y la propiedad privada o la seguridad pública, o infrinjan las normas reglamentarias o de seguridad del sistema de defensa civil, o produzcan olores, humos, ruidos u otros efectos perjudiciales para la salud o la tranquilidad del vecindario; y también en materia de energía eléctrica, cuando OSINERG³⁸ constata falta de seguridad pública que pone en inminente peligro o grave riesgo la vida, salud de las personas o medio ambiente. La seguimos encontrando en materia de control de fuentes de radiación ionizante, para permitir a las autoridades nacionales disponer el precinto de ambientes y el decomiso de fuentes y equipos que afecten la salud y la seguridad de las personas, en caso de manifiesto peligro o riesgo indebido de contaminación por radiación³⁹.

Pero también, aunque confundida con la medida provisional, en materia de control de armas, municiones y explosivos de uso civil para permitir a DISCAMEC la incautación de armas⁴⁰.

Las medidas de seguridad, a diferencia de las medidas correctivas que hemos analizado, son decisiones de inmediata ejecución, se aplican cuando se constatan situaciones de peligro para la salud, vida o medio ambiente e independientemente que estas situaciones constituyan *per se* un ilícito sancionable, se haya producido algún daño efectivo o incluso

aun cuando no se haya individualizado a sus autores. Para su aprobación, la medida de seguridad no necesita el inicio previo de un procedimiento administrativo sancionador o de apercibimiento, pues consisten en la reacción frente a un estado de cosas y no a conductas de personas.

Nuestro Tribunal Constitucional ha declarado que no afecta al debido proceso del afectado que se clausure temporalmente negocios, establecimientos y locales sin necesidad de realizar un procedimiento previo de descargo o emplazamiento, cuando se verifique por parte de la autoridad pública –en este caso municipal– una actuación al margen de la ley y atendiendo además razones de seguridad⁴¹.

“14. En el caso de autos, el demandante cuestiona el ejercicio del poder de policía de la Municipalidad (...). Alega que para su validez, la clausura requería necesariamente de un procedimiento administrativo previo con todas las garantías del debido procedimiento, en donde fuera posible discutir la existencia de la infracción que se le imputa y la pertinencia de una sanción.

15. Una respuesta a la cuestión requiere analizar las facultades conferidas a la Municipalidad por el artículo 49° de la Ley Orgánica de Municipalidades a la luz de los fundamentos del poder público.

16. Al respecto, el artículo 49° de la Ley Orgánica de Municipalidades establece expresamente

37 Ley Orgánica de Municipalidades

Artículo 49°.- Clausura, retiro o demolición

La autoridad municipal puede ordenar la clausura transitoria o definitiva de edificios, establecimientos o servicios cuando su funcionamiento está prohibido legalmente o constituye peligro o riesgo para la seguridad de las personas y la propiedad privada o la seguridad pública, o infrinjan las normas reglamentarias o de seguridad del sistema de defensa civil, o produzcan olores, humos, ruidos u otros efectos perjudiciales para la salud o la tranquilidad del vecindario.

La autoridad municipal puede ordenar el retiro de materiales o la demolición de obras e instalaciones que ocupen las vías públicas o mandar ejecutar la orden por cuenta del infractor; con el auxilio de la fuerza pública o a través del ejecutor coactivo, cuando corresponda.

La autoridad municipal puede demandar autorización judicial en la vía sumarísima para la demolición de obras inmobiliarias que contravengan las normas legales, reglamentos y ordenanzas municipales.

38 R. C.D. N° 233-2009-OS-CD, Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de OSINERGMIN

Artículo 18°.- Medidas de Seguridad

Las medidas de seguridad se imponen únicamente en razón de la falta de seguridad pública constatada por la autoridad competente, que pone en inminente peligro o grave riesgo la vida, salud de las personas o medio ambiente, independientemente de la existencia o no de una infracción y de la producción de un daño. Para disponer una medida de seguridad no se requiere necesariamente el inicio de un procedimiento administrativo sancionador. La medida de seguridad se ejecutará sin perjuicio de la sanción administrativa a que hubiera lugar.

39 Decreto Supremo N° 039-2008-EM, Reglamento de la Ley de regulación del uso de Fuentes de radiación ionizante

Artículo 75°.- De las facultades de los inspectores

Las acciones de fiscalización y control, se ejercen a través de inspectores debidamente acreditados, quienes están facultados para:

g) Levantar actas y disponer, entre otras medidas, el precinto de ambientes o decomiso de las fuentes y equipos en el acto mismo de la inspección, a fin de resguardar la salud de las personas y la seguridad de las fuentes, en el caso de manifiesto peligro o riesgo indebido o cuando el usuario no cuente con la autorización correspondiente”.

40 Ley N° 28627.-

Artículo 3.- De las sanciones

3.3. La DISCAMEC, en los casos que corresponda, podrá disponer la media provisional de incautación, en resguardo de la seguridad de las personas, de la propiedad pública, privada y del ambiente, así como, para asegurar la eficacia de la posible sanción a imponerse.

41 Ver las sentencias recaídas en los Exp. N° 03951-2007-AA (Grifo Escorpio SRL con Municipalidad Provincial del Callao), y N° 01050-2008-PA/TC (Florentino More C. con Municipalidad Distrital de San Borja).

la facultad de la Administración de clausurar locales de forma temporal o definitiva cuando su funcionamiento esté prohibido legalmente o cuando constituya un peligro o un riesgo para la seguridad de las personas y la propiedad privada o la seguridad pública.

17. En este sentido, la norma en cuestión establece una serie de supuestos en los que la sola verificación del hecho por parte de la Municipalidad autoriza la ejecución inmediata de la medida de clausura, la misma que podría ser, sin embargo, cuestionada con posterioridad en sede administrativa. (...)

18. Así, el trámite de un procedimiento previo no resulta exigible para el caso de autos, toda vez que al no contar el demandante con una licencia que haga posible el ejercicio de su actividad empresarial, la misma se presenta como una actividad al margen de la Ley, que como tal, estaría perjudicando el interés público al no haberse verificado que la actividad de este cumple con los requisitos legales exigidos para garantizar la seguridad pública y el desarrollo urbano del distrito.

19. En este sentido, no toda limitación de derechos exige el trámite de un procedimiento administrativo sancionador previo. Tal procedimiento no resultará necesario para supuestos como el presente, en donde la actividad empresarial del demandante es ejercida al margen de la Ley, sin contar con licencia, perjudicando con ello el interés público al no haberse verificado que su actividad sea coherente con el desarrollo urbano del distrito.

20. Tolerar el ejercicio de una actividad que no cuenta con los requisitos mínimos exigidos por la Ley supone incrementar indebidamente un riesgo para la seguridad pública y amenazar el desarrollo urbano del distrito, perjudicando así la calidad de vida de los vecinos del distrito y el valor de su propiedad. En esa medida, no resulta acorde con las exigencias de la función de policía de la Administración y su deber de garantizar la seguridad pública.

21. Por ello, este Tribunal considera que en el presente caso, no existe vulneración del derecho al debido procedimiento administrativo cuando se impone una medida de clausura temporal al establecimiento comercial del demandante,

sin para ello habersele seguido previamente un procedimiento administrativo sancionador⁴².

Su adopción requiere un análisis de proporcionalidad sobre el tipo y duración de la medida de seguridad, de modo que, permitan coexistir los bienes y valores como libertad y patrimonio, con los de vida, salud y seguridad. Sería indebido que la medida de seguridad implementada o la forma de aplicarla resulte irrazonable, desproporcionada, o injustificadamente lesivo a los otros derechos constitucionales, cuando basta para el mismo fin aplicar una medida provisional. Por ello, una vez dictada la medida, su contenido es una decisión mutable cuando cese el riesgo previsto por la autoridad.

5. EN BÚSQUEDA DEL CONCEPTO APROPIADO DE MEDIDA CORRECTIVA

Un aspecto básico para comprender la función de la medida correctiva es advertir que existe un deber básico de reposición de los efectos causados por un actuar ilícito⁴³ que también es aplicable al casos de las sanciones administrativas. Como expresa este autor español "Las infracciones administrativas, además de un daño genérico al interés público en cuanto vulneraciones del ordenamiento jurídico, pueden producir también un estado de cosas anómalo, que es lógico y necesario eliminar, restaurando la situación previa a su comisión: bien mediante la destrucción de los efectos de la infracción (p. Ej. La demolición de la obra ilegal), bien mediante el resarcimiento pecuniario de los daños y perjuicios causados al patrimonio público (p. Ej. La destrucción de un semáforo en virtud de un accidente que constituye una infracción de tráfico).

Por ello, "las medidas de policía, en puridad, tienen por objeto proporcionar una respuesta rápida a una situación planteada y al daño o peligro que la misma pueda representar para determinados bienes e intereses, y, por ello, su adopción persigue el reestablecimiento del orden jurídico alterador"⁴⁴.

En términos generales, y como su propio nombre lo indica, una medida correctiva es un mandato u orden proveniente de una autoridad competente que tiene como propósito corregir, subsanar o enmendar una situación equivocada o errada. Cuando extrapolamos este tipo de medidas a las organizaciones administrativas a cargo de supervisar comportamientos de agentes económicos, nuestra legislación las suele definir como "las medidas para corregir una conducta infractora"⁴⁵, "las medidas

42 Exp. N° 03951-2007-AA (Grifo Escorpio SRL con Municipalidad Provincial del Callao).

43 SANTAMARIA PASTOR, Juan A.; Principios de Derecho Administrativo General, Tomo II, Iustel, primera edición, 2004, p. 403 y ss.

44 Marina Jalvo, Belén; op.cit. p. 50.

45 Ley de desarrollo de las funciones y facultades del organismo supervisor de Inversión Privada En Telecomunicaciones – OSIPTEL Ley N° 27336 Artículo 23°.- Medidas específicas

necesarias para reestablecer la situación o para preservar la normal prestación de servicios”⁴⁶, como las “medidas que permitan reestablecer las cosas o situaciones alteradas por una conducta antijurídica, a su estado anterior”⁴⁷, como “medidas conducentes a reestablecer la leal competencia en el mercado”⁴⁸ o como “medidas que (...) tienen como finalidad corregir los efectos que la conducta infractora hubiese causado al consumidor”⁴⁹.

Como se puede apreciar, dentro de este término conviven tres elementos concurrentes:

- Un contenido: un acto de gravamen;
- Una causa: es una respuesta de la administración frente a un ilícito en comisión o ya consumado, y;
- Un propósito retrospectivo: se propone reestablecer o reparar la legalidad mediante la cancelación o reversión de sus efectos en el mundo externo.

Estos elementos se encuentran claramente en los ejemplos típicos de medidas correctivas tales como: el mandato de cese inmediato de una conducta ilícita o que constituya un incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales, la orden de devolver un bien o recurso poseído ilegalmente, la devolución de una contraprestación pagada sin recibir la contraprestación, la orden de publicar avisos informativos o rectificatorios para revertir los efectos del incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales, la remediación ambiental de los efectos contaminantes de su acción, el comiso o la destrucción de los productos, etiquetas, envases, material infractor, la orden de cesar la difusión de una información o publicidad ilícita, etc. Algunas de estas medidas son reversibles (por ejemplo, clausura de instalaciones, cese o suspensión de operaciones o comercialización de productos, devolución de bienes indebidamente poseídos, anulación de cobranzas), mientras que otras son medidas de efecto definitivo o irreversibles (por ejemplo realizar remediación ambiental, destrucción de edificaciones, sacrificio de animales).

En la base de la medida correctiva, hay un acto administrativo de gravamen—acto-medida—emitido

por un organismo a cargo de la inspección, supervisión o fiscalización de un determinado mercado que contiene un mandato concreto y específico, dirigido a un supervisado. Corresponden a la categoría de actos que restringen o limitan derechos o libertades, denominada “ordenes” o “mandatos”, mediante los cuales se crea una relación jurídico-administrativa con el destinatario que consiste en “una manifestación de voluntad autoritaria de una personal jurídica estatal que exige a otro sujeto sometido a él, una acción u omisión a la que esta obligado”⁵⁰. Por ende, las medidas correctivas para su validez deben cumplir con las exigencias legales de todo acto administrativo: ser emitido por una autoridad con competencia asignada para ello, tener un objeto o contenido lícito, preciso y posible, satisfacer una finalidad pública, estar debida y adecuadamente motivado y surgir luego de haber seguido un procedimiento previo y con las garantías debidas.

Pero lo que realmente califica a las medidas correctivas es la finalidad privativa y específica que el ordenamiento les reserva. Pues las medidas correctivas son medidas reactivas y concurrentes o posteriores a algún ilícito, con el objetivo de revertir, reponer o reparar los efectos directos derivados de las conductas indebidas.

Así, cumple con el objetivo definitivo retrospectivo: reponer o reestablecer las cosas al estado anterior de la comisión del ilícito, corrigiendo los efectos que la conducta infractora hubiere causado en el interés público. En ese sentido, si el ilícito consiste en una omisión de un deber legal, la medida correctiva consistirá precisamente en obligar al cumplimiento de ese deber legal o soportar una actuación administrativa sobre su esfera de libertad personal o patrimonial (mandato positivo de hacer), pero como también el mandato puede atender supuestos de acciones ilícitas, entonces, la medida correctiva estará encaminada al cese o suspensión de esa actividad ilegal (prohibición).

En cuanto al alcance de la reposición, suscita dudas si el alcance de los efectos posibles de reparar a través de estas medidas correctivas puede comprender efectos respecto de los tres niveles de efectos

23.1. OSIPTEL, mediante resolución de sus instancias competentes, podrá aplicar medidas cautelares y correctivas para evitar que un daño se torne irreparable, para asegurar el cumplimiento de sus futuras resoluciones o para corregir una conducta infractora. Las medidas correctivas incluyen la posibilidad de que los funcionarios de OSIPTEL accedan directamente a las instalaciones o equipos de las entidades supervisadas para realizar todas las acciones conducentes a hacer efectivas las disposiciones que este organismo hubiera dictado y que la entidad supervisada se hubiese resistido a cumplir reiteradamente.

23.2. Para efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, OSIPTEL podrá recurrir al apoyo de la fuerza pública, conforme lo establece el artículo 17° de la presente norma. De ser necesario, OSIPTEL podrá recurrir al juez especializado en lo penal para que éste emita la orden respectiva en un plazo de 24 (veinticuatro) horas, bajo responsabilidad.

46 En materia de servicios de saneamiento, en el Reglamento General de la SUNASS, artículo 74°.

47 En materia de energía, hidrocarburos y minería, en el artículo 16° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de OSINERGMIN aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 233-2009-OS-CD.

48 En materia de libre competencia, artículo 55° del Decreto Legislativo N° 1044.

49 En materia de protección al consumidor, en el numeral 5.6.1. de los Lineamientos 2006 de la Comisión de Protección al Consumidor aprobados por R. N° 001-2006-LIN-CPC/INDECOPI, concordante con el artículo 42° del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema de Protección al Consumidor.

50 TREVIJANO Y FOS; José Antonio; Los Actos Administrativos, Civitas, Segunda Edición Actualizada, p. 268.

producidos: i) Efectos sobre bienes públicos (como la contaminación ambiental), ii) Efectos sobre el patrimonio estatal (si se daña un bien de dominio público), y, iii) Efectos sobre el ámbito subjetivo de otro administrado, (Ej. Trabajador, consumidor, comitente en temas bursátiles) en cuyo caso el efecto es perfectamente individualizables y titulizado en un afectado (cuando se ordena reponer a un trabajador, incluirlo en planilla, devolver la suma de dinero pagada cuando el servicio prestado no corresponde a lo acordado por la partes, anular créditos injustificados a un usuario de servicios públicos).

6. LA SUJECIÓN DE LAS MEDIDAS CORRECTIVAS AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Como hemos advertido antes, las medidas correctivas son esencialmente actos administrativos y como tales, deben cumplir con las exigencias de validez previstas en el ordenamiento. Una de ellas, precisamente es el de legalidad⁵¹, en su manifestación de la vinculación positiva de la Administración a la ley, entendida como la exigencia que la certeza de validez de toda acción administrativa dependa de la medida en que pueda referirse a un precepto jurídico o que partiendo de este, pueda derivarse, como su cobertura o desarrollo necesario.

En ese sentido, toda acción administrativa, incluyendo las medidas correctivas, para satisfacer al principio de legalidad deben cumplir con la legalidad formal (sometimiento al procedimiento y a las formas legales predispuestas), la legalidad sustantiva (solo puede contener aquellas declaraciones o contenidos que le son autorizadas previamente por la ley) y la legalidad teleológica (cumplir únicamente los fines perseguidos por el legislador cuando atribuyo la competencia a la autoridad). De este modo, todas las medidas correctivas deben dictarse cuando la ley así ha facultado a la entidad y en los casos previstos, siguiendo el procedimiento previo de descargo y sin exceder las finalidades que cada una de estas medidas poseen.

Ahora bien, la exigencia de legalidad puede adoptar dos intensidades: la exigencia que la competencia para dictar medidas correctivas se encuentre solo en una norma jurídica que puede ser una ley o un reglamento (legalidad simple) o que además el principio se encuentre reforzado exigiendo únicamente para ello una norma con rango de ley (reserva de ley). Como se recuerda,

este último caso, es el supuesto de las sanciones administrativas según prevé el artículo 230° numeral 1) de la Ley de Procedimiento Administrativo General cuando establece que “sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad”.

Si bien es cierto en principio, pareciera no haber una reserva de ley como esa en materia de medidas correctivas, existe una posición ciertamente atendible en sentido contrario, proveniente de la interpretación constitucional. Según esta posición, asumida por el Tribunal Constitucional cuando una medida administrativa implica para el obligado la limitación, sacrificio o afectación de un derecho fundamental (por ejemplo, libertad o propiedad), queda sujeto al principio de reserva de ley pues la Constitución ha dotado a los derechos fundamentales de la calidad de garantías normativas.

“15. En algunos casos, y por lo que hace a determinados derechos fundamentales, la Constitución sujeta la actividad limitadora de los derechos fundamentales a la necesidad de que se observe el principio de reserva de ley. Así sucede, por ejemplo, con los derechos a la inviolabilidad del domicilio, a contratar con fines lícitos, a trabajar libremente, etc.

Sin embargo, ausente una reserva de ley en la disposición que reconoce un derecho fundamental, ello no quiere decir que mediante cualquier norma jurídica se pueda restringir un derecho de por sí considerado limitable. En la STC 1091-2002-HC/TC, este Tribunal sostuvo que la prohibición de deslegalización de la actividad limitadora de los derechos, en tales casos, debe materializarse sobre base de los literales a) y b), inciso 24, artículo 2°, de la Constitución, que establece, en ausencia de una reserva legal, la sujeción al principio de legalidad [fund. jur. 5].

La sujeción de toda actividad limitadora de un derecho fundamental al principio de reserva de ley o, en su defecto, al principio de legalidad, constituyen *garantías normativas* con los que la Constitución ha dotado a los derechos fun-

51 **Ley del Procedimiento Administrativo General.-**

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

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

1.1. **Principio de legalidad.-** Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas

Artículo 61°.- Fuente de competencia administrativa

61.1 La competencia de las entidades tiene su fuente en la Constitución y en la ley, y es reglamentada por las normas administrativas que de aquéllas se derivan.

damentales. **El propósito que ellos cumplen es sustraer tales restricciones del poder reglamentario del Ejecutivo o, en general, de la competencia de cualquier órgano estatal que no represente directamente a la sociedad y, por tanto, que con criterios de generalidad y abstracción puedan establecer restricciones a su ejercicio**⁵².

Esta posición parece reforzada en materia de medidas correctivas específicamente, cuando apreciamos que el propio Tribunal Constitucional al desestimar una demanda de amparo contra INDECOPI por haber dado un mandato de cesar una conducta ilícita, consideró como uno de sus fundamentos más importantes, que había una norma con rango de ley que le habilitaba a dictar estas medidas, aunque como medidas cautelares, como apreciamos a continuación:

27.(..) la posibilidad de establecer medidas complementarias a las sanciones económicas que ordena la Ley, resulta razonable si se toma en cuenta que el artículo 21° del Decreto Ley N° 701, modificado por el Decreto Legislativo N° 807, dispone que “[l]a Comisión de Libre Competencia podrá, dentro del ámbito de su correspondiente competencia, dictar **cualquier medida cautelar destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva**. Con tal objeto, la Secretaría Técnica podrá proponer a la Comisión de Libre Competencia la adopción de la medida cautelar que considere, en especial **la orden de cesación o la imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas a que el procedimiento se refiere**” (el énfasis es nuestro).

Siendo así, si INDECOPI se encuentra habilitado para ordenar *provisionalmente* el cese de los actos de competencia desleal mediante medidas cautelares, siempre que ello sirva para asegurar el cumplimiento de su decisión definitiva; es razonable y proporcionado que una vez constatados estos actos y a fin de asegurar el efectivo cumplimiento de la decisión final en sede administrativa, se ordene el cese definitivo de estos.

28. En consecuencia, conforme a las consideraciones antes expuestas, este Colegiado debe desestimar los argumentos de la parte demandante, al considerar que en el presente caso no se ha vulnerado el derecho a la libertad contractual del recurrente; y, por ende, tampoco otras libertades conexas, como son la libre iniciativa privada y la libertad de empresa. Por lo

tanto, la demanda debe declararse infundada en este extremo.

Establecida en nuestra opinión, la necesidad de satisfacer el principio de legalidad para dotar de validez a la medida correctiva, podemos plantear algunos grados distintos de exigencia según el aspecto de la medida que deseamos sujetar a la legalidad:

- i) Que, una norma con rango de ley atribuya la capacidad para dictar medidas correctivas y su finalidad, dejando al reglamento los demás aspectos (procedimiento, supuesto de hecho, contenidos posibles);
- ii) Que, la norma con rango de ley atribuya la competencia pero además individualice cual puede ser su contenido esperado.

Por lo general, las normas que atribuyen competencia para dictar estos actos-medida ordinariamente se limitan a servir de marco habilitador para su dictado por la autoridad, a enunciar su finalidad perseguida y hasta algún contenido usual de la medida que se puede dictar, pero sin extinguir todos los supuestos. Deja al reglamento o a la práctica administrativa la labor de identificar los supuestos de hecho que ameritan su dictado, la oportunidad en que se aplique, los criterios para aplicar una o más de estas medidas, y su temporalidad y vigencia. Como bien afirma MOLES CAUBET, todo acto-medida “necesita de una norma, mejor aún, de un conjunto de normas que confieran poderes”, pero este conjunto normativo persistente “se caracteriza (..) por su amplitud, equivalente al género de las facultativas, con unas opciones llevadas al máximo, e inclusive, la mayor parte de las veces, limitándose a crear una atribución, cuyo límite expresa algo tan impreciso como el señalamiento de los resultados que tratan de producirse”⁵³. Si bien lo ideal, sería contar con un listado taxativo de medidas, en la práctica ello no ocurre. No obstante, es indispensable incluir un listado más o menos amplio de aquellos mandatos posibles de dictar a cada autoridad.

Lo que sí es claro, es que la norma habilitadora para dar medidas correctivas necesita satisfacer un nivel de abstracción y generalidad que permita informar previamente a todos los operadores –sobre todo a la propia autoridad y a los posibles sujetos de esas medidas– el contenido previsible de cada medida. Esto quiere decir que la normativa que la atribuye debe contener una descripción de aquellos mandatos que se autorizan a dictar a su amparo y no enunciados generales, imprecisos o vagos que en la práctica pretendan ser un marco habilitador para cualquier decisión administrativa. A ello, se reconoce en la

52 Exp. 2868-2004-AA/TC, F.J.15.

53 MOLES CAUBET, Antonio; op. Cit., p. 337.

doctrina como atender el principio de tipicidad o nominatividad por el cual estos mandatos deben ser "típicos", esto es, contar para su actuación con esquemas y contenidos previamente previstos por una norma expresa, caracterizándose cada uno de tales modelos por la realización de un interés público específico. De este modo, es una garantía del administrado "por cuanto impide que esos poderes extensos que está facultada (la administración) para ejercer sobre su esfera jurídica, queden librados a su propio poder de decisión"⁵⁴.

Con ello se pretende que la Administración no pueda crear nuevas formas de actos administrativos, pues sólo puede hacerlo utilizando las modalidades, categorías y esquemas previstos en una norma expresa⁵⁵.

Por ello, no podemos sino coincidir con lo expuesto por RUAN SANTOS⁵⁶, quien afirma que "La posibilidad de adoptar medidas administrativas requiere de la preexistencia de normas jurídicas que den poderes a la autoridad administrativa, con opciones llevadas al máximo, algunas veces limitándose a crear una atribución, cuyo límite expresa algo tan impreciso como el señalamiento de los resultados que tratan de producirse, con el objeto de habilitar a la autoridad para producir la solución concreta de una apremiante situación prevista con escasa previsión. Estos poderes normalmente combinan la posibilidad de determinar conceptos jurídicos indeterminados, realizar juicios técnicos previos a la decisión y ejercer verdaderas facultades discrecionales, hipótesis

todas en las cuales la experiencia y el juicio de los órganos administrativos juegan un papel preponderante, dentro del marco de las pautas legales", "(...) en ciertos casos las normas prevén la adopción de actos típicos en ejercicio de las facultades de dictar medidas, tales como decomisos de objetos, incautación de documentos, sacrificio de animales, clausuras de establecimientos, órdenes con diverso contenido obligatorio preciso (demolición, vacuna, cuarentena, etc.) designación de interventores, directivos, contralores, fiscales y otras de variada naturaleza. Pero en otros casos, se deja a la autoridad la configuración de las medidas, las cuales podrían ser concebidas con aplicación analógica de tipos existentes, pero también podrían ser el producto de la creatividad de los órganos competentes, lo cual podría ser precedido del dictado de normas destinadas a regular la aplicación de las medidas singulares. Piénsese en aquellas medidas dictadas "en resguardo de la salud pública", "impuestas por las exigencias de la defensa nacional", o destinadas a afrontar una calamidad pública" o a "restaurar el orden y seguridad públicos" En estos casos, sería prácticamente imposible que la Ley predeterminara esquemas de actuación (tipos), porque las iniciativas a tomar por la administración podrían ser tan diversas como diversas pudieran ser las situaciones que las provocan"⁵⁷.

En nuestro ordenamiento, satisfacen esta experiencia, las medidas correctivas permitidas entre otros a OSINERGMIN⁵⁸, a INDECOPI⁵⁹, a SUNASS⁶⁰, CONASEV⁶¹.

54 RONDON DE SANZO, Hildegard; "Teoría General de la Actividad Administrativa", Librería Álvaro Nora, Caracas 1995, p. 75

55 GARCIA-TREVIJANO Y FOS, José Antonio, op. cit., p. 108 y ss.

56 RUAN SANTOS; Gabriel; El principio de legalidad, la discrecionalidad y las medidas administrativas". Ediciones Funda, 1998, Venezuela, p. 71.

57 RUAN SANTOS; Gabriel; op. cit., p. 73.

58 Reglamento del Procedimiento Sancionador de OSINERGMIN aprobado por R. C.D. N° 233-2009-OS-CD

Artículo 41°.- Medidas Correctivas

41.2. Pueden disponerse, entre otras, las siguientes medidas correctivas:

41.2.1. Retiro de instalaciones y accesorios.

41.2.2. Inmovilización de bienes.

41.2.3. Comiso de bienes.

41.2.4. Paralización de obras.

41.2.5. Suspensión de actividades, lo que incluye, de ser el caso, el cierre temporal del establecimiento, así como, el internamiento temporal de vehículos.

41.2.6. Clausura, lo que incluye, de ser el caso, el cierre de establecimiento, así como, el internamiento definitivo de vehículos.

El listado de medidas correctivas es enunciativo y no limitativo.

59 Decreto Legislativo N° 1044.

Artículo 26°.- Medidas correctivas.

(.)

Las medidas correctivas pueden ser las siguientes:

(i) Cesación de los actos que constituyan un incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales de la EPS.

(ii) Publicación de avisos informativos en la forma que determine la SUNASS, tomando en cuenta los medios que resulten idóneos para revertir los efectos del incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales de la EPS.

(iii) Devolución del dinero indebidamente pagado a la EPS por los usuarios afectados, con los intereses correspondientes, o la extinción de los cobros indebidos.

(iv) Cumplimiento de la obligación u obligaciones legales o contractuales incumplidas.

(v) Cualquier otra medida que la SUNASS considere pertinente ordenar y que tenga por finalidad revertir los efectos que el incumplimiento de las obligaciones pudiera haber originado o evitar que ésta se produzca nuevamente en el futuro.

60 Reglamento General de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las EPS aprobado por R. C.D. N° 003-2007-SUNASS-CD:

Artículo 26.- Medidas correctivas.

(.)

Las medidas correctivas pueden ser las siguientes:

(i) Cesación de los actos que constituyan un incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales de la EPS.

7. LAS COMPLEJAS RELACIONES ENTRE LA MEDIDA CORRECTIVA Y LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA

La doctrina es unánime en manifestar que la medida correctiva no posee una naturaleza sancionadora, dado que le es ajena la finalidad puramente afflictiva propia de las sanciones administrativas⁶². Por el contrario, la medida correctiva impone al administrado la conducta correcta o lo que es lo mismo, concreta un deber de comportamiento legal, pero además le requiere coactivamente restaurar la situación jurídica o física afectada por su acción u omisión.

No obstante, esta concepción teóricamente diferenciada, en una opinión que compartimos los profesores españoles CARRETERO PEREZ Y CARRETERO SANCHEZ⁶³ comentan que, en la práctica los criterios válidos para diferenciar entre una medida de policía (correctiva) y una sanción son dos: el criterio formal (cuando la propia norma los diferencia) y el criterio material (cuando no dice nada la Ley, hay que estar a la finalidad de la norma: si es preventiva de una perturbación del orden, es policía; si es represiva y causa un mal jurídico, debe ser reputada sanción⁶⁴).

Con ello, nos recuerdan la relevancia de apreciar la calificación legal que cada ordenamiento otor-

que a cada gravamen aplicable al infractor. Ello es importante, fundamentalmente para los administrados, ya que no obstante la anotada diferencia de propósitos, una misma medida (pensemos demolición, cancelación de licencias) puede ser catalogada como sanción por algunos ordenamientos sectoriales, según sea la finalidad buscada por el legislador en cada caso⁶⁵. Un caso emblemático es el tratamiento que le dispensa el ordenamiento municipal⁶⁶ a la suspensión de autorizaciones o licencias, la clausura, el decomiso de bienes, la retención de productos y mobiliario, el retiro de elementos antirreglamentarios, la paralización de obras, y la inmovilización de productos, que son calificadas como sanciones, mientras que, cuando las aplican los organismos reguladores varias de ellas son medidas correctivas⁶⁷.

Además de la distinción entre los propósitos de la medida correctiva y de la sanción, el profesor DÁNOS⁶⁸ nos aporta también algunas otras diferencias esenciales entre medidas correctivas y sanciones administrativas, como las siguientes:

- Las sanciones son siempre de naturaleza constitutiva, pues instituyen al infractor en una posición jurídica nueva y desfavorable, en cambio las correctivas son de naturaleza declarativa porque revelan solo que ha existido un incumplimiento

(ii) Publicación de avisos informativos en la forma que determine la SUNASS, tomando en cuenta los medios que resulten idóneos para revertir los efectos del incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales de la EPS.

(iii) Devolución del dinero indebidamente pagado a la EPS por los usuarios afectados, con los intereses correspondientes, o la extinción de los cobros indebidos.

(iv) Cumplimiento de la obligación u obligaciones legales o contractuales incumplidas.

(v) Cualquier otra medida que la SUNASS considere pertinente ordenar y que tenga por finalidad revertir los efectos que el incumplimiento de las obligaciones pudiera haber originado o evitar que ésta se produzca nuevamente en el futuro.

61 Artículo 358°, Ley del Mercado de Valores aprobada por Decreto Legislativo N° 861, modificada por Decreto Legislativo N° 1061.

62 HUERGO LORA, op. cit., p. 250 y ss., conteniendo una abundante recopilación jurisprudencial española sobre la materia.

63 CARRETERO PEREZ, Adolfo y CARRETERO SANCHEZ, Adolfo; "Derecho Administrativo sancionador", Editorial Revista de Derecho Privadas, Editoriales de Derecho Reunidas, EDESA, Madrid, 1992.

64 Op. Cit, p. 154.

65 Pero, aun así, en la práctica se presentan casos dudosos y la frontera entre sanciones administrativas y otras decisiones administrativas perjudiciales para los ciudadanos no siempre es nítida. En realidad, hay decisiones administrativas con el mismo contenido afflictivo que pueden ser en unos casos sanciones y en otros no: depende de que sean un castigo o no. Así, la retirada del permiso de conducir es una vez sanción administrativa y otra una medida para garantizar la seguridad del tráfico; los recargos por pagar los impuestos con retraso son considerados sanciones sólo cuando son muy elevados; la expulsión de extranjeros puede ser configurada como sanción o como una medida para restablecer la legalidad; la revocación de actos administrativos favorables puede ser en unos casos sanción y en otros una medida para asegurar el interés general en el futuro, etc. (Panorama del derecho administrativo sancionador en España. LOS DERECHOS Y LAS GARANTÍAS DE LOS CIUDADANOS Manuel REBOLLO PUIG, Manuel, IZQUIERDO CARRASCO, Lucía, ALARCÓN SOTOMAYOR y Antonio, BUENO ARMIJO

66 Ley Orgánica de Municipalidades.

ARTÍCULO 46°.- SANCIONES

Las normas municipales son de carácter obligatorio y su incumplimiento acarrea las sanciones correspondientes, sin perjuicio de promover las acciones judiciales sobre las responsabilidades civiles y penales a que hubiere lugar.

Las ordenanzas determinan el régimen de sanciones administrativas por la infracción de sus disposiciones, estableciendo las escalas de multas en función de la gravedad de la falta, así como, la imposición de sanciones no pecuniarias.

Las sanciones que aplique la autoridad municipal podrán ser las de multa, suspensión de autorizaciones o licencias, clausura, decomiso, retención de productos y mobiliario, retiro de elementos antirreglamentarios, paralización de obras, demolición, internamiento de vehículos, inmovilización de productos y otras.

A solicitud de la municipalidad respectiva o del ejecutor coactivo correspondiente, la Policía Nacional prestará su apoyo en el cumplimiento de las sanciones que se impongan, bajo responsabilidad

67 Para CASSAGNE, las ordenes de naturaleza represiva (Ej. Demolición de edificio ruinoso, incautación de alimentos en mal estado, clausura de locales), pueden en ciertos supuestos tener contenidos sancionadores "en cuyo caso revisten la condición de actos mixtos". CASSAGNE, Juan Carlos; La Intervención administrativa, p. 87.

68 DANOS ORDÓÑEZ, Jorge; "Las medidas correctivas en el régimen de los servicios públicos: La experiencia peruana". Conferencia impartida en el IV Foro Iberoamericano de derecho Administrativo y VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo". (Conferencia inédita)

normativo y le suma algún mandato de hacer o dar para revertir sus efectos.

- Las medidas correctivas se deben aplicar inmediatamente, pues están comprendidas en las reglas generales del acto administrativo y, por ende, aplican la regla de la ejecutividad del acto pese a la impugnación que pueda presentarse.
- Las correctivas no requieren la probanza y acreditación de responsabilidades como es propio en la resolución sancionadora. Basta conocer datos concretos y objetivos de la alteración de un estado de cosas atribuible a la conducta del infractor para que proceda la medida correctiva.
- El alcance de una medida correctiva comprende no solo a los perjudicados que participan en el procedimiento administrativo (por ejemplo en calidad de denunciante o reclamante), sino también a todos administrados o afectados por los hechos ilícitos, dado que las sanciones son a favor de la administración (por ejemplo multas).
- A las medidas correctivas no le resultan aplicables los principios de la potestad sancionadora (Ej. Causalidad, culpabilidad o presunción de inocencia), tampoco su existencia y ejecución están sujetas al plazo prescriptorio de las sanciones, y pueden aplicarse y ejecutarse aunque la sanción se extinga por cualquier causal. Además, por su naturaleza de no-sanción, la medida correctiva no es limitada por el principio de la "non bis in idem".

Pero la compleja relación entre la medida correctiva con la sanción también reviste otro aspecto relevante en lo procesal. Determinar si existe entre ambas, una interdependencia necesaria de tal suerte que para que exista una medida correctiva deba haber procedimiento sancionador, y más aun, sanción administrativa. Ello parece derivarse de algunos ordenamientos en los que parece conceptualizarse a la medida correctiva como un elemento accesorio a la sanción misma o se explicita que la medida correctiva se dicta dentro del procedimiento sancionador. En nuestro entender, eso no es correcto, porque la

medida correctiva guarda relación con la actividad inspectiva, pero no con la potestad sancionadora. Si bien es usual que concurren ambas cuando la administración sanciona, ello no quiere decir que siempre deba ser así. Es una relación contingente. La medida correctiva puede subsistir si la sanción es dejada sin efecto (por ejemplo si se le anula por inobservar alguna regla procesal para sancionar válidamente) e incluso la adopción de una medida correctiva puede ser perfectamente compatible con no incoar un procedimiento sancionador o dejarlo sin efecto si hubiese sido iniciado. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con los compromisos de cese de los efectos de acciones indebidas que se regulan en los ámbitos de la regulación de servicios públicos.

Esta duda debería ser absuelta mediante la lectura del artículo 232° numeral 1 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, que se encarga de ilustrarnos que la medida correctiva tiene una relación contingente, más no obligatoria, con el procedimiento sancionador y con las sanciones mismas. Cuando la norma aludida nos la refiere como la "exigencia de reposición de la situación alterada por el mismo a su estado anterior", nos indica que son compatibles con por ejemplo una multa, pero no nos está indicando que necesaria y únicamente pueda ser aplicada luego de un procedimiento sancionador y conjuntamente con la sanción⁶⁹. Por ello, coincidimos con la afirmación de SANTAMARIA PASTOR, en el sentido que "No hay en la legislación, una previsión general que obligue a acumular en la propia resolución sancionadora, la decisión acerca de estas cuestiones, ni la forma de hacerlo y exigirlo. Por ende, "estas medidas accesorias pueden imponerse en la propia resolución sancionadora o en otro acto administrativo distinto"⁷⁰.

Conectado con este punto, la segregación procesal de ambas puede también apreciarse en los casos en que la norma faculta a las autoridades a decidir si un ilícito sólo amerita una medida correctiva oportuna en vez de tener que iniciar y proseguir un procedimiento sancionador para aplicar una sanción administrativa. A ello se refieren, por ejemplo, las normas de organismos reguladores cuando se permite a OSIPTEL⁷¹, OSINERGMIN⁷², SUNASS⁷³,

69 161.2 En los procedimientos administrativos sancionadores, o en caso de actos de gravamen para el administrado, se dicta resolución sólo habiéndole otorgado un plazo perentorio no menor de cinco días para presentar sus alegatos o las correspondientes pruebas de descargo.

70 SANTAMARIA PASTOR, Juan A.; Principios de Derecho Administrativo General, Tomo II, Iustel, primera edición, 2004, p. 406.

71 D.S. N° 013-93-TCC Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, Artículo 77° numeral 9 y Ley N° 27336, Artículo 23°.

72 Artículo 2°, Ley N° 27699.

**Reglamento General OSINERG
D.S. N° 054-2001-PCM 23 de 23**

Artículo 83°.- Compromiso de Cese o Modificación de Actos que constituyen Infracción

Dentro del plazo fijado para formular descargos por la comisión de una infracción, el presunto responsable podrá suscribir un compromiso de cese de los hechos investigados o de la modificación de aspectos relacionados con ellos.

Si el órgano DE OSINERG estimara satisfactoria la propuesta, se suspenderá el procedimiento previa firma de un compromiso conteniendo las medidas y actos a ser llevados a cabo por el presunto infractor.

En caso de incumplimiento del compromiso, se reiniciará el procedimiento, de oficio o a petición de parte, pudiendo imponerse una multa por incumplimiento, además, de la que correspondiese a la infracción.

OSITRAN⁷⁴, INDECOPI⁷⁵ o a CONASEV⁷⁶ que discrecionalmente emplee el cese del acto ilícito (medida correctiva) como alternativa frente a la imposición de sanciones, de modo que, éstas no sean dictadas o se archive el procedimiento sancionador ya iniciado si el infractor cesa la conducta infractora no causó daños, o éstos son de pocas dimensiones, o éstos no pueden ser determinados o no es posible identificar al lesionado, si la conducta infractora consiste en el incumplimiento de requisitos de carácter formal que no inciden directamente en los derechos de los usuarios, si la conducta infractora es susceptible de ser subsanada mediante el pleno y total restablecimiento de la situación alterada al estado anterior a la comisión de la citada conducta, reponiendo sus derechos a los usuarios, entre otros supuestos.

Un punto final en las relaciones entre la medida correctiva y la sanción radica en apreciar si la proporción del gravamen puede ser considerado como un elemento delimitador entre ambas categorías. Esto es, si la sanción administrativa siempre debe representar para el infractor un gravamen mayor frente a la medida correctiva, que debe representar una menor proporción de aflicción para el infractor. Esta es una consideración importante, porque si fuera la medida correctiva un gravamen mayor al administrado, parece carecer de sentido afirmar que la sanción administrativa es la que persigue una finalidad aflictiva al administrado y por eso se le recubre de una serie de garantías procesales y sustantivas. Así sucedería si, por ejemplo, por una infracción se aplicara una multa de valor ínfimo y

Artículo 35°.- Compromiso de Cese de actos que constituyen infracción

Los órganos competentes para imponer sanciones están facultados para suscribir, previa autorización expresa de la Gerencia General, los compromisos de cese o modificación de actos que constituyen infracción a que hace mención el Artículo 83° del Reglamento General de OSINERGMIN, sujeto a lo siguiente:

35.1. El Administrado debe hacer una propuesta al Órgano Sancionador de OSINERGMIN, que contemple las medidas y actos a ser llevados a cabo por éste, que impliquen la cesación o, de ser el caso, la ejecución de determinados actos que acrediten el cese de la infracción.

35.2 No procederán los compromisos de cese en los cuales la presunta infracción pueda afectar la seguridad, salud, calidad, facturación, confiabilidad y medio ambiente de las actividades reguladas, supervisadas y fiscalizadas por OSINERGMIN.

35.3. Si el Órgano Sancionador, previa opinión del Órgano Instructor, según corresponda, estima satisfactoria la propuesta solicitará a la Gerencia General autorización para suscribir un Compromiso de Cese que contenga las medidas y actos a ser llevados a cabo por el presunto infractor.

35.4. El Compromiso debe proponerse dentro del plazo fijado para formular los descargos en el procedimiento administrativo sancionador o, de ser el caso, dentro del plazo ampliatorio que conceda la autoridad.

35.5. Una vez suscrito el Compromiso, OSINERGMIN suspenderá el procedimiento administrativo sancionador, el cual se reiniciará en forma automática en caso se verifique su incumplimiento, pudiendo imponerse una multa por el incumplimiento del compromiso, además de la sanción que correspondiese por la comisión de la infracción.

35.6. Verificado el cumplimiento del Compromiso por OSINERGMIN, se procederá al archivo del procedimiento administrativo sancionador.

35.7. No se aceptará la suscripción de Compromisos en el caso de infractores que sean reincidentes o de infractores que hayan incumplido con Compromisos anteriores.

35.8. La facultad de OSINERGMIN de suscribir el Compromiso de Cese es de discrecionalidad de la Entidad y no puede ser objeto de recursos impugnatorios.

73 REGLAMENTO GENERAL SUNASS

Artículo 68°.- Compromiso de Cese o Modificación de Actos que constituyen Infracción.

Dentro del plazo fijado para formular descargos por la comisión de una infracción, el presunto responsable podrá ofrecer un compromiso de cese de los hechos investigados o la modificación de aspectos relacionados con ellos.

Si el órgano de la SUNASS correspondiente estimara satisfactoria la propuesta, se suspenderá el procedimiento previa firma de un compromiso conteniendo las medidas y actos a ser llevados a cabo por el presunto infractor.

En caso de incumplimiento del compromiso, se reiniciará el procedimiento, de oficio o a petición de parte, pudiendo imponerse una multa por incumplimiento.

74 Ley N° 26917, Art, 7° C)

REGLAMENTO GENERAL DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO - OSITRAN

Artículo 69.- Compromiso de Cese o Modificación de Actos que constituyen Infracción. Dentro del plazo fijado para formular descargos por la comisión de una infracción, el presunto responsable podrá ofrecer un compromiso de cese de los hechos investigados o la modificación de aspectos relacionados con ellos, siempre que no se haya verificado el incumplimiento de una obligación sustantiva de índole contractual.

Si el órgano del OSITRAN estimará satisfactoria la propuesta, se suspenderá el procedimiento previa firma de un compromiso conteniendo las medidas y actos a ser llevados a cabo por el presunto infractor.

En caso de incumplimiento del compromiso, se reiniciará el procedimiento,

75 D. L. N° 1033, Art. 14° literal a para la Sala y el 21° literal b) para las Comisiones. Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas Decreto Legislativo N° 1034 (Artículo 25)

76 Reglamento de Sanciones por infracciones a las leyes del Mercado de Valores, de Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, de Bolsa de Productos, de Empresas Administradoras de Fondos Colectivos, así como, a sus Normas Reglamentarias aprobado por Resolución CONASEV N° 055-2001-EF-94.10

Artículo 33.- Abstención del inicio de un procedimiento sancionador.- Una vez que se haya verificado que las medidas correctivas dictadas han sido cumplidas por el administrado, éstas generarán la abstención del inicio de un procedimiento sancionador. De lo contrario, en caso de incumplimiento de las medidas correctivas dictadas, el órgano de línea iniciará el procedimiento sancionador mediante la imputación de cargos por la infracción cometida que originó la adopción de las medidas correctivas. En ambos casos, la decisión de la gerencia de línea deberá ser notificada al administrado.

La Gerencia de Línea podrá igualmente no dar inicio a un procedimiento sancionador cuando al momento de detectar la infracción ésta haya sido revertida o subsanada, siempre que además se cumplan los supuestos establecidos en el artículo 32; lo cual deberá ser comunicado al administrado por la gerencia de línea.

se adopte como correctiva, la clausura del negocio. Ciertamente en doctrina ya se ha reparado en este problema, pues como bien afirma CARRETERO apoyado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, "determinadas medidas de policía desproporcionadas equivalen a una sanción"⁷⁷.

8. LAS RELACIONES ENTRE LA MEDIDA CORRECTIVA Y LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS A LOS TERCEROS AFECTADOS

Toda medida correctiva busca retirar los efectos nocivos o perjudiciales que el ilícito ha generado intentando reestablecer la situación anterior al momento de producido este acto. Ahora bien, esos efectos que persigue desaparecer la medida correctiva pueden haber producido consecuencias negativas respecto a bienes públicos (como la contaminación ambiental), sobre el patrimonio estatal (Ej. si se daña un elemento de seguridad o infraestructura estatal en un ilícito de tránsito), o sobre el ámbito subjetivo de algún otro administrado, (Ej. Trabajador, consumidor, comitente en temas bursátiles).

Cuando en el derecho administrativo se intenta abordar la reversión de los efectos negativos del ilícito sobre patrimonio público estamos hablando de determinar el quantum de afectación inferida al patrimonio público por la acción del infractor y obtener su recupero. Para atender estas necesidades se ha creado en el derecho comparado las denominadas "medidas resarcitorias"⁷⁸ mediante las cuales las propias entidades perjudicadas pueden en sede administrativa declarar el monto de la acreencia y cobrarla directamente a los administrados para recuperarla, tal como sucede, por ejemplo, en España.

Nuestro ordenamiento no consideró conveniente incorporar ese tipo de medidas por tratarse de actos para los cuales la administración promedio no se haya preparada y menos cuando por afectar a ella misma, carece de imparcialidad en la cuestión. Ante ello, estos perjuicios deben ser dilucidados en sede judicial mediante las vías ordinarias de reclamos indemnizatorios, o a lo sumo podrán ser considerados como un elemento a tener en cuenta en consideración al principio de razonabilidad⁷⁹ al ponderar el quantum de la multa a aplicarse al

administrado infractor, como revela alguna doctrina de modo crítico⁸⁰.

Cuando se trata de revertir los efectos del acto ilícito cometidos en contra de otros administrados, éstos encuentran su satisfacción jurídica a través de la remoción de la acción u omisión lesiva a sus intereses, como sucede con el consumidor al que se le devuelve un bien en buenas condiciones o cuando se informa al mercado de una información correcta o se reconoce una situación mediante la publicación de una información o publicidad rectificatoria. También se encuentran casos en que mediando norma expresa se posee competencia para adoptar medidas correctivas que implican una compensación patrimonial del agresor al afectado dentro de un procedimiento administrativo. Nos referimos a las medidas correctivas de abonar remuneraciones y beneficios laborales pendientes de pago que puede dictar la autoridad administrativa-laboral, el mandato de devolver dinero pagado indebidamente a la empresa de servicios públicos de saneamiento o la extinción de acreencias indebidas a cargo de SUNASS, la devolución de contraprestación pagada por el consumidor si no se ha recibido el servicio o bien, o si habiéndolo recibido no corresponda a lo pactado, la orden de pago de las remuneraciones devengadas a favor del autor cuando se incurre en explotación no autorizada de creaciones intelectuales, la reposición de dinero o valores a los comitentes, entre otras.

Incluso en estos casos, la autoridad administrativa no se encuentra en condiciones de emplear la autotutela para llevar a la práctica la medida correctiva, sino que corresponde al propio beneficiado con

«(...), las medidas correctivas no aparecen necesariamente dentro del ejercicio de la potestad sancionadora, sino precisamente a la actividad administrativa lógicamente anterior».

77 CARRETERO PEREZ, Adolfo y CARRETERO SANCHEZ, Adolfo; op. cit., p. 154.

78 SUAY RINCON, José; op. cit. p.66.

79 3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:

- a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- b) El perjuicio económico causado;
- c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción;
- d) Las circunstancias de la comisión de la infracción;
- e) El beneficio ilegalmente obtenido; y
- f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

80 PEÑA SOLÍS; "La Potestad Sancionadora de la Administración Pública". Colección de Estudios Jurídicos, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2005, p. 300 y ss

la medida plantear al Poder Judicial su ejecución, como prevé el artículo 194° de la Ley de Procedimiento Administrativo General:

“Artículo 194°.- Ejecución forzosa

6. En el caso de procedimientos trilaterales, las resoluciones finales que ordenen medidas correctivas constituyen títulos de ejecución conforme a lo dispuesto en el artículo 713° inciso 4) del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 28494, una vez que el acto quede firme o se haya agotado la vía administrativa.

En caso de resoluciones finales que ordenen medidas correctivas, la legitimidad para obrar en los procesos civiles de ejecución corresponde a las partes involucradas.”

Nótese que en los casos mencionados, la autoridad inspectora ha corroborado una actuación indebida de supervisado y dicta la medida correctiva que beneficia en su estatus jurídico a otro particular teniendo un contenido patrimonial perfectamente delimitado desde un principio. Pero en ninguno de estos casos, puede pretenderse de la propia autoridad administrativa que determine si hay daño emergente o lucro cesante adicionales, los cuantifique y se los exija coactivamente al infractor.

Esta situación se refleja claramente en el artículo 232° de la Ley de Procedimiento Administrativo General cuando refiere que la sanción es compatible con tener que sufrir el deber de resarcir los daños al perjudicado con su acción y que esa determinación es propia de la sede judicial y no de la sede administrativa. El artículo en mención, indica lo siguiente:

“Artículo 232°.- Determinación de la responsabilidad.-

232.1. Las sanciones administrativas que se impongan al administrado son compatibles con la exigencia de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado anterior, así como, con la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, los que serán determinados en el proceso judicial correspondiente”⁸¹.

Como se puede apreciar, este artículo establece con claridad que la naturaleza de una medida correctiva es distinta –y por ende, no puede susti-

tuirse– a la labor de determinación de obligaciones económicas a título de daños y perjuicios a favor del administrado-reclamante. Si bien ambos efectos derivan del ilícito administrativo, su contenido y lugar para esclarecerlo son distintos.

Ello es así, porque la exigencia de reposición de la situación alterada por el ilícito es –por naturaleza– distinta a la indemnización por los daños y perjuicios que ese acto podría haber ocasionado y, que en todo caso, debe ser de determinación en sede judicial y no administrativa. Al respecto, el profesor Juan ESPINOZA afirma que “*las medidas correctivas no tienen carácter resarcitorio per se, pues lo que se pretende es únicamente revertir los efectos de una conducta infractora, del mismo modo como una acción de amparo pretende hacer cesar o revertir los efectos de una conducta conculcatoria de los derechos constitucionales de un individuo, sin tener por ello carácter indemnizatorio, no obstante, el evidente aumento de bienestar causado en el individuo por la remoción del acto violatorio*”⁸².

En nuestra opinión, la medida correctiva no puede separarse de su naturaleza retrospectiva: reponer o reestablecer las cosas al estado anterior de la comisión del ilícito, corrigiendo los efectos que la conducta infractora hubiere causado. Por el contrario, establecer una compensación económica a favor de un agente económico no implica revertir los efectos de una conducta infractora, sino crear acreencias patrimoniales entre privados y desplazamientos económicos de la propiedad a futuro. Como bien establece la doctrina, “no es competente la Administración, en cambio, para fijar y exigir al infractor el importe de las indemnizaciones por daños y perjuicios causados a terceras personas; ello forma parte de las funciones de la jurisdicción civil, a la que la Administración no puede sustituir en este caso”⁸³.

Esta incompetencia de las autoridades administrativas para poder disponer directa y unilateralmente de la propiedad privada del infractor y asignárselo a otro particular (afectado) se debe a que el derecho a la propiedad no puede ser afectado por la administración mediante acto administrativo unilateral sino solo por sentencia judicial (Ej. Sentencia de condena) o en todo caso por ley expresa (Ej. Expropiación)⁸⁴.

81 Nótese que este artículo señala ya con claridad la diferencia entre la reposición de la situación alterada por el ilícito a su estado anterior inmediato a su comisión y la obligación de compensar los daños y perjuicios que el evento hubiere ocasionado a la administración o a terceros, y además que esta última es una competencia exclusiva del ámbito jurisdiccional, mediante el proceso judicial correspondiente. Respecto de este punto, regresaremos más adelante.

82 ESPINOZA ESPINOZA, Juan; “Ley de Protección al Consumidor. Comentarios, Precedentes jurisprudenciales, normas complementarias”. p. 379.

83 SANTAMARIA PASTOR, Juan M.; op. cit., t.II, p. 406.

84 La Constitución Política del Estado establece en el Artículo 70°. El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de Ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por Ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.

Desde una perspectiva práctica, la valoración de la existencia de un daño o de un perjuicio efectivo, establecer la relación de causalidad entre esa consecuencia y una acción u omisión de otra persona, la verificación de si concurren o no los elementos de eximencia de responsabilidad (caso fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero), analizar si en la conducta del infractor hay dolo o culpa inexcusable, o si hay responsabilidades concurrentes, son datos de apreciación jurisdiccional dentro de un proceso específico en que se plantee el contradictorio sobre este tema y no dentro de un procedimiento administrativo de oficio iniciado para otras finalidades.

Una razón adicional de orden procedimental es que la imposición de las medidas correctivas se realiza dentro del mismo procedimiento trilateral o sancionador cuyo objeto exclusivo ha sido determinar si ha existido o no infracción, y no analizar la existencia de daños o perjuicios y su posibilidad de atribuirlos a una de las partes. Por ello, es que si se permitiera aplicar medidas indemnizatorias bajo la forma de medidas correctivas, su existencia, imputación y cuantificación no tiene espacio para debatirse dentro del procedimiento, pues la autoridad solo comunica al momento de cursar los cargos la sanción aplicable en función al mandato del artículo 234º numeral 3 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, poniendo al infractor en condición de indefensión. La medida correctiva sólo aparece en la resolución, sin haber advertencia previa ni debate posible.

La posición que exponemos está consagrada también en el caso de las medidas correctivas que aplica INDECOPI en materia de protección al consumidor y libre competencia⁸⁵. Este organismo ha respondido negativamente a la pregunta si ¿Puede un consumidor solicitar como medida correctiva el pago de una indemnización por los daños y perjuicios que hubiese causado la conducta del infractor?

“Respecto a esto, la Ley establece que las medidas correctivas serán aplicadas sin perjuicio de las indemnizaciones de carácter civil y las sanciones penales a que hubiera lugar. Ello quiere decir que las indemnizaciones de carácter civil, como son el daño emergente, lucro cesante, daño moral y daño a la persona, regulados en el Código Civil, son de competencia del Poder Judicial, mientras que, las sanciones administrativas, dentro de ellas, la devolución de la contraprestación pagada por el consumidor y cualquier otra medida que tenga por finalidad revertir los efectos que la conducta infractora hubiera ocasionado o evitar que ésta se produzca nuevamente en el futuro reguladas en la Ley son de competencia, en vía administrativa,

de la Comisión. Ello, sin perjuicio a las responsabilidades de tipo civil y penal que se puedan originar y que deberán ser conocidas por la autoridad competente.

Ello, en la medida que a diferencia de las medidas correctivas, las indemnizaciones por incumplimiento contractual tienen por finalidad precisamente colocar a la persona que hubiera sufrido un daño, en una situación equivalente a aquélla en la que se hubiere encontrado de no haberse producido el incumplimiento —es decir, la reparación civil debe ser igual al beneficio esperado de la transacción, o lo que es lo mismo, debe incluir no sólo el daño emergente y el daño moral, sino también el lucro cesante—.

Es por ello, que los jueces y tribunales civiles cuentan con las facultades de cuantificar el daño producido, y ordenar al tercero que lo hubiera producido que pague una determinada suma de dinero, a fin de colocarla en la situación equivalente en la que encontraría de haberse cumplido fielmente la prestación debida.

En consecuencia, al no tener las indemnizaciones como finalidad revertir los efectos que una conducta infractora hubiera ocasionado, éstas no pueden ser consideradas como medidas correctivas en los términos establecidos en la Ley de Protección al Consumidor.

Dicho criterio se ha aplicado, en el caso de una consumidora que adquirió de un proveedor un camarote americano en pino, siendo que luego de dos meses la madera del mueble empezó a resquebrajarse y solicitó una indemnización por daños y perjuicios por el perjuicio sufrido al no contar con un producto idóneo. En ese caso, si bien la Comisión declaró fundada la denuncia, determinó que la solicitud de una indemnización por daños y perjuicios era improcedente. Ello, considerando que dicha solicitud no puede ser considerada como una medida correctiva en los términos establecidos en la Ley toda vez que no se encuentra destinada a revertir los efectos de la conducta infractora”.

Para precisar aún más esta diferencia y la imposibilidad de comprender la declaración de daño emergente, lucro cesante, daño moral o a la persona, el artículo segundo de la Ley que modifica y precisa los alcances del artículo 42º del Texto Único Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor – Ley N° 27917, establece que:

“Las medidas correctivas no tienen naturaleza indemnizatoria o resarcitoria”.

85 Lineamientos 2006 de la Comisión de Protección al Consumidor aprobados por R. N° 001-2006-LIN-CPC/INDECOPI.

En el mismo sentido, la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1044, establece en su artículo 58°, lo siguiente:

“Artículo 58°.- Indemnización por daños y perjuicios.-

58.1.- Cualquier perjudicado por actos de competencia desleal declarados por la Comisión o, en su caso, por el Tribunal, podrá demandar ante el Poder Judicial la pretensión civil de indemnización por daños y perjuicios contra los responsables identificados por el INDECOPI”.

9. BALANCE FINAL

1. La tuitiva regulación dispensada a las sanciones administrativas mediante la LPAG, nos ha revelado y acaso propiciado, el desarrollo de una serie de medidas de policía de contenido gravoso para los ciudadanos que las autoridades mantienen en su competencia y, que por lo general, actúan con motivo de la comisión de ilícitos administrativos. Así, han aparecido, bajo diversos contextos actos-medidas, tales como medidas provisionales, medidas de seguridad y medidas correctivas, que no obstante concebirse para supuestos distintos y persiguiendo propósito disímil, tienen el mismo contenido de gravamen para el ciudadano que los sufre. De suerte que los ciudadanos nos vemos expuestos a decomisos, clausuras o medidas similares que bajo diversas denominaciones, pero idénticos contenidos, nos pueden aplicar las autoridades administrativas siguiendo cauces, reglas y medios recursivos diferentes.
2. Ciertamente el enfrentamiento de las conductas ilícitas no se logra plenamente con las sanciones administrativas que buscan la afectación por sí misma con el objeto de desalentar la futura comisión de similares conductas. Como muchas veces sucede los efectos de esos ilícitos permanecen en el tiempo y no son suprimidos por la sanción, por lo que se hace necesario aplicar otras medidas para retirar los efectos económicos que la falta produce en el patrimonio público, en otros intereses y hasta en intereses privados de otros administrados, sin poder sustituir al poder judicial en la labor de valorar, probar y determinar la existencia de daños y perjuicios a favor de otros administrados derivados de los actos ilícitos.
3. Ante esta oscuridad proponemos caracterizar a las medidas correctivas como aquellos actos de gravamen y autónomos que sujetos al principio de legalidad el ordenamiento autoriza expresamente a dictar a algunas entidades ante la comisión de algún ilícito, para, independientemente de la sanción que corresponda, reestablecer al estado anterior las cosas o reparar la legalidad afectada mediante la cancelación o reversión los efectos externos producidos. Sin agotar la enumeración de supuestos posibles, en función de las materias y escenarios, son ejemplos de estas medidas, el mandato de cese inmediato de una conducta ilícita o que constituya un incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales, la orden de devolver un bien o recurso poseído ilegalmente, la devolución de una contraprestación pagada sin recibir la contraprestación, la orden de publicar avisos informativos o rectificatorios para revertir los efectos del incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales, la remediación ambiental de los efectos contaminantes de su acción, el comiso o la destrucción de los productos, etiquetas, envases, material infractor, la orden de cesar la difusión de una información o publicidad ilícita, etc.
4. Las medidas correctivas, de reestablecimiento de legalidad o también denominadas reparadoras mantienen con la sanción administrativa una relación contingente porque actúan cuando suceden actos ilícitos de los administrados. Sin embargo, a diferencia de ella, tienen finalidades diferentes, no quedan sujetos a los principios específicos de la potestad sancionadora (como son “ne bis in ídem”, causalidad, presunción de inocencia, etc.), no requieren de la necesaria existencia de una sanción, a la cual puede preceder y también sustituir, ni del seguimiento de un procedimiento sancionador, y, además, son ejecutivas como cualquier acto administrativo.
5. Las medidas de seguridad, a diferencia de las medidas correctivas, son decisiones reactivas de inmediata ejecución y, por lo general, sin necesidad de acudir a un procedimiento previo que la Ley faculta aplicar a algunas entidades cuando se constatan situaciones de peligro para la salud, vida o medio ambiente e independientemente que constituyan per se un ilícito sancionable, se haya producido algún daño efectivo o incluso aun cuando no se haya individualizado a su autor.
6. El legislador, las autoridades administrativas y jueces deben estar atentos a identificar la desnaturalización en el empleo y aplicación de las medidas correctivas que viene sucediendo en la realidad, tales como la creación de estas medidas por vía reglamentaria y al margen de cualquier sentido elemental de tipicidad, el empleo paralelo de actos gravosos en vez de acudir a la sanción administrativa bajo la denominación de medidas correctivas o medidas complementarias, la aplicación de medidas correctivas sin la finalidad de reestablecer la legalidad sino simplemente de afectar prontamente al infractor, evitando el procedimiento sancionador, entre otros. CA