

Consideraciones generales y alcances de la fiscalización ambiental en el Perú

Laura Francia Acuña*

El presente artículo analiza las características de la actividad de fiscalización en materia ambiental. En tal sentido, analiza cómo la actividad ambiental ha sido recogida en el recientemente creado Ministerio del Ambiente y en la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, la misma que prevé un Régimen Común de Fiscalización y Control Ambiental. Asimismo, la autora examina a las autoridades competentes de acuerdo a la legislación vigente y a los alcances de las competencias municipales en materia de fiscalización. Finalmente, se analiza la figura de la medida correctiva como resultado de la fiscalización ambiental y la responsabilidad administrativa derivada de la inspección ambiental.

I. INTRODUCCIÓN: LA FISCALIZACIÓN COMO MODALIDAD EN QUE SE OTORGA UNA COMPETENCIA Y COMO MANIFESTACIÓN DEL PODER DE POLICÍA. INDEPENDENCIA DE LA POTESTAD SANCIONADORA

La competencia administrativa es la facultad que tienen los distintos órganos de la Administración Pública para ejercer determinada función, esto es para desarrollar las tareas asignadas dentro del marco de potestades otorgadas por ley (o por la Constitución en el caso de los organismos creados constitucionalmente). Desde el punto de vista de la modalidad en que son otorgadas, las competencias administrativas pueden ser: (i) normativas, (ii) de fiscalización o supervisión y (iii) sancionadoras. Será la ley (o la Constitución) la que determinará si un mismo órgano habrá de ejercer una o más de dichas modalidades, tal determinación es fundamental toda vez que dicho órgano podrá ejercer sus competencias solamente en la modalidad o modalidades en que le fueron otorgadas.

En el presente trabajo nos referiremos a la actividad de fiscalización o supervisión, llamada también de control, vigilancia e, incluso, inspección. Ello, pues consideramos importante precisar determinados aspectos acerca de aquella actividad que ha constituido y sigue constituyendo uno de los instrumentos o técnicas tradicionales para lograr el cumplimiento de

las normas al tener por finalidad precisamente garantizar la adecuación permanente de la actividad sujeta a control a las determinaciones legales y, en su caso, a las establecidas en los correspondientes títulos habilitantes (licencia, permiso, autorización)¹.

Así, en tanto el objeto principal de la fiscalización es la protección de la legalidad a través de la vigilancia y supervisión del cumplimiento de las normas, ya sean legales o técnicas, por parte de los obligados, se puede afirmar que se trata de una competencia de policía administrativa². Cabe resaltar que la potestad de fiscalización puede ser ejercida de manera preventiva o con posterioridad al inicio de la actividad sujeta a control. La primera se traduce en mecanismos para evitar o prevenir daños en una sociedad en la que impera el riesgo, advirtiendo con antelación la existencia de una causa probable y directa de perjuicios e incluso suspendiendo la actividad dañina³. En su vertiente correctora, tal como la denomina FERNÁNDEZ RAMOS, se adoptan mecanismos de reacción previstos en el ordenamiento contra la transgresión de la legalidad administrativa y, sobre todo, de restablecimiento del orden perturbado. Es en esta vertiente en que la actividad inspectora ha estado estrechamente vinculada con la potestad sancionadora, y si bien ambas no necesariamente deben desligarse, ambas tienen objetos distintos y se diferencian por las características propias de cada

* Abogada egresada de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociada del Estudio Echeconar Abogados.

1 FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, «La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora», Editorial Comares, Granada, 2002, p. 12.

2 Sobre el concepto de policía y la potestad inspectora de la Administración, véase GARCÍA URETA, Agustín, «Potestad de inspección y actividad administrativa de limitación», Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2006, p. 16 y ss. Asimismo, véase GARCÍA MARCOS, José, «Algunas consideraciones sobre la inspección ambiental», quien señala que tradicionalmente se ha identificado el concepto de inspección administrativa con el de policía administrativa, o mejor, para hablar con mayor precisión, como una modalidad de esta última; en: <http://www.cica.es/aliens/gimadus/>

3 GARCÍA URETA, Agustín, «La potestad inspectora de las Administraciones públicas», Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2006, p. 31-32.

potestad: «Ciertamente de la actuación inspectora podrán derivarse eventualmente consecuencias en el orden sancionador, como tales sanciones constituyen responsabilidades de orden personal. En cambio desde una perspectiva institucional, la finalidad fundamental no debe ser otra que la tutela de los bienes o intereses protegidos mediante el restablecimiento de la legalidad vulnerada»⁴. A este punto volveremos al analizar las medidas correctivas como consecuencia de las acciones de fiscalización.

En este contexto, a continuación nos referiremos a las características de la actividad de fiscalización y la abordaremos luego desde un punto de vista, principalmente, en materia ambiental. En tal sentido, analizaremos cómo dicha actividad ha sido recogida en la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, la misma que prevé un Régimen Común de Fiscalización y Control Ambiental que a la fecha no ha sido aprobado, así como en el recientemente creado Ministerio del Ambiente. Asimismo, nos referiremos a las autoridades competentes de acuerdo a la legislación vigente y a los consecuentes alcances de las competencias municipales en materia de fiscalización. Finalmente, analizaremos la figura de la medida correctiva como resultado de la fiscalización ambiental y daremos nuestro punto de vista acerca de la responsabilidad administrativa derivada de la inspección ambiental.

II. ¿QUÉ ES FISCALIZAR? PRECISIONES ACERCA DE LA FISCALIZACIÓN EN MATERIA AMBIENTAL

En primer lugar, hay que mencionar que la potestad de inspección o fiscalización es una potestad administrativa, que se origina directamente en el ordenamiento jurídico y que «tiene un carácter genérico y se refiere a un ámbito de actuación definido en grandes líneas o direcciones genéricas»⁵. Como toda potestad pública, la fiscalización se rige por el principio de legalidad, garantizando así el respeto al ordenamiento y la seguridad jurídica. Con relación al concepto y significado de la inspección o fiscalización, conviene citar a José BERMEJO VERA, para quien:

«Se habla de actividad, función o potestad de inspección, sin excesiva precisión en este momento, para identificar unas actuaciones, más o menos genéricamente previstas en el ordenamiento jurídico, que habilitan a las Administraciones públicas para llevar a cabo funciones de comprobación o constatación del cumplimiento de la normativa vigente, en su sentido más amplio, esto es, incluidas muy

especialmente las condiciones y requisitos de orden técnico, consecuencia inherente de la imposición que a determinadas personas, actividades, instalaciones, objetos y productos hacen ciertas normas jurídicas. El motivo principal de la dotación y ejercicio de estas funciones de inspección y control es, en cualquier plano, la seguridad. Pero, como muy acertadamente señala el preámbulo de una norma aragonesa, el correcto ejercicio de las competencias de inspección y control (...) provoca una benéfica repercusión económica y social, cuando se conjugan armónicamente principios tales como agilidad en la acción, confianza en la actuación de los técnicos competentes y estricta fiabilidad de los mecanismos de supervisión y control (...).

Al tratarse de actuaciones administrativas de comprobación o verificación de algo (actividad u objeto), suponen un control bastante difuso en sus contornos (...)⁶.

De acuerdo con Agustín GARCÍA URETA, es posible identificar las siguientes características de esta potestad de fiscalización⁷:

- Su origen es normativo.
- Consiste en un poder de intervención en la esfera jurídica de los administrados.
- Es una potestad heteroatribuida, es decir, que es atribuida por una norma cuyo autor es distinto a su titular.
- Se concibe de forma general aunque se aplique a casos concretos pues lo que la norma hace es determinar con abstracción la facultad de actuación de la Administración, esto es, la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos.
- Se atribuye de manera expresa, o implícita pero inequívocamente.
- Implica que un tercero o terceros han de soportar esta intervención administrativa en sus esferas propias, incluyendo los derechos patrimoniales.
- Es irrenunciable e inalienable.
- Es imprescriptible, es decir, que en tanto la norma no sea derogada o modificada, la potestad en ella establecida se mantiene vigente.
- Debe ser específica, pues no es posible que una norma atribuya a la Administración potestades indeterminadas (principio de mensurabilidad), no obstante a que su previsión pueda resultar amplia en cuanto a su formulación.
- Se ejerce para servir a un interés público.
- Su ejercicio debe ser adecuado a los fines para los que se atribuye.

4 FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, «La actividad administrativa de inspección», Op cit., p. 24.

5 GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, «Curso de Derecho Administrativo», Tomo I, Ed. Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2006, p. 479.

6 BERMEJO VERA, José, «La Administración Inspectora», En: Revista de Administración Pública, N° 147, septiembre-diciembre 1998, p. 40-41.

7 GARCÍA URETA, Agustín, «La potestad inspectora de las Administraciones públicas», Op cit., p. 29-31.

- En principio, se trata de una potestad que presenta perfiles de las no innovativas (o conservativas) pues no modifican situaciones jurídicas ya existentes, aunque es posible que surjan relaciones jurídicas como consecuencia del ejercicio de la potestad inspectora.

Es interesante notar que esta potestad de fiscalización tiene también una dimensión garantista. Al respecto, Severiano FERNÁNDEZ RAMOS señala que esta función inspectora, al comprobar e investigar el ajuste a la legalidad de actividades, instalaciones, bienes y servicios objeto de control, desempeña un papel de primer orden como garantía de los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento cuya efectividad trata de asegurar⁸. En buena cuenta, como bien sostiene GARCÍA MARCOS:

«En cualquier caso, cuando nos referimos a la inspección administrativa, estamos aludiendo a una actividad ejercitada por los órganos competentes de la administración consistentes, básicamente, en «unas **actuaciones de investigación y de contraste o evaluación del grado de conformidad de las actividades objeto de control con la norma de carácter predominantemente técnico - condiciones, requisitos, estándares, especificaciones, etc.** De tal manera que cuando **la Administración procede a desplegar esta actividad sobre la esfera privada de los particulares lo ha de hacer necesariamente al amparo de un poder previsto y definido en la norma jurídica que le dice cómo, dónde y en qué condiciones debe ser ejercitado**, evitándose de esta manera situaciones caprichosas y arbitrarias que supondría de plano una vulneración, en toda regla, de los principios de igualdad y legalidad consagrados en nuestro texto constitucional, encontrando, precisamente, en esta afirmación, la causa o razón por la cual se atribuye a la actividad inspectora la naturaleza de «Potestad Administrativa» destacándose que sus elementos identificativos vienen determinados no solo por tener ese poder de origen en la norma jurídica, sino también y resultando ser una consecuencia de ello, por implicar un deber inexcusable de sujeción o colaboración del sujeto sobre el que se ejerce. (...) Por otro lado, creo conveniente advertir, que el hecho de que el ejercicio de esa potestad implique en todo caso un **deber de colaboración** por parte del sujeto destinatario de la misma, por ejemplo aportando la

«Aquellos titulares de actividades fiscalizadas están sujetos a un deber de colaboración en virtud del cual han de soportar efectos jurídicos tales como de gravamen, esto es obligaciones, deberes y restricciones, entre otros, de manera razonable»

información requerida, **no significa que dicha colaboración haya de llevarse hasta extremos absurdos de considerarla ilimitada**, sino que como no puede ser de otra manera, tal injerencia tiene unos contornos perfectamente definido en nuestra Constitución, como son el derecho a la inviolabilidad de domicilio y a la intimidad (...). Por tanto, la Administración Pública, en el ejercicio de la potestad de inspección, queda habilitada para a través de la investigación, comprobación y vigilancia, constatar o controlar que el sujeto pasivo de la misma, efectivamente, cumple con la norma jurídica⁹. (Nuestro resaltado)

Como se puede apreciar, aquellos titulares de actividades fiscalizadas están sujetos a un deber de colaboración en virtud del cual han de soportar efectos jurídicos tales como de gravamen, esto es obligaciones, deberes y restricciones, entre otros, de manera razonable, claro está. Ahora bien, hay que advertir que la seguridad de las personas es uno de los bienes jurídicos e intereses públicos que la potestad de fiscalización busca proteger; sin embargo, dicha potestad tutela además otros tales como la salud de las personas y sus derechos (laborales por ejemplo), además de los intereses económicos de los consumidores. Asimismo, se busca garantizar la prestación de servicios esenciales para la comunidad (servicios públicos), así como proteger bienes culturales y ambientales. En todos estos tipos de actividad fiscalizadora encontramos mecanismos similares para llevar a cabo dicha actividad: libre acceso a los lugares donde se llevan a cabo las actividades fiscalizadas, deber de colaboración del titular y sus contratistas o

8 FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, «La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora», Op cit., p. 14.

9 GARCÍA MARCOS, José, «Algunas consideraciones sobre la inspección ambiental». Tomado de: <http://www.cica.es/aliens/gimadus/>

dependientes para realizar la inspección, eficacia de las actas de fiscalización, obligación de secreto profesional, entre otros. Además, observamos que en todos ellos, la constatación de la actividad con el ordenamiento tiene un carácter principalmente técnico.

Al respecto, Severiano FERNÁNDEZ RAMOS sostiene que esta actividad de inspección o vigilancia no se limita a comprobar si las instalaciones, servicios o productos controlados cumplen los requisitos establecidos en la legislación correspondiente, sino también –y sobre todo– debe evaluar la eficacia de los requisitos vigentes para tutelar los intereses públicos protegidos por el ordenamiento con la finalidad de determinar si es necesario mejorar o modificar los niveles de exigencia vigentes y, en su caso, aplicar medidas adicionales, tales como modificar o revocar los títulos habilitantes, garantizando de este modo la efectiva protección de tales intereses y bienes jurídicos. Ahora bien, en el caso de la protección de bienes ambientales, el autor señala que lo que se busca tutelar es la integridad del medio ambiente y la salud pública; en tal sentido:

«(...) la función primordial de la inspección ambiental, como de cualquier otra, consiste en verificar y, en su caso, exigir el correcto cumplimiento de los requisitos y deberes impuestos, con carácter general, por la legislación vigente con la finalidad de prevenir daños al medio ambiente, así como las exigencias concretas ordenadas por la Administración a través, sobre todo, de las especificaciones fijadas en las autoridades y demás títulos habilitantes para el ejercicio de la actividad de que se trate. **Requisitos y condiciones que en este ámbito presentan un carácter primordialmente técnico**»¹⁰.
(Nuestro resaltado).

En buena cuenta, y tal como fue recogido en la nota «Sobre el MEM y su presunta experiencia de liderazgo», la fiscalización ambiental permite identificar los

riesgos ambientales de determinada actividad en el sitio y sus alrededores, evaluar el desempeño ambiental (si se está conservando adecuadamente el medio ambiente), el cumplimiento de las leyes, los estándares o los procedimientos operacionales de los titulares de la actividad y permite además dotar de sustento técnico y legal a las decisiones de la autoridad¹¹.

Habiéndonos referido brevemente a los alcances de la potestad de fiscalización o inspección, con énfasis en materia ambiental, a continuación evaluaremos cómo ésta ha sido recogida en nuestra legislación, concretamente en la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente y en el Decreto Legislativo N° 1013 que aprueba la Ley de creación, organización y funciones del Ministerio del Ambiente.

III. LA FISCALIZACIÓN AMBIENTAL EN LA NORMATIVA PERUANA

A) Antecedentes: Autoridades Competentes

En el Perú, se observa que cada Ministerio se ha encargado de la fiscalización de las actividades que potencialmente pudieran contaminar el medio ambiente (por encima de los estándares y límites que cada sector habría de establecer) y la adecuación de cada actividad al ordenamiento¹². Asimismo, se observa también que las Municipalidades han venido ejerciendo ciertas facultades en materia de fiscalización ambiental, tal como desarrollaremos posteriormente. Todo ello, de conformidad con el artículo 50° del Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el crecimiento de la inversión privada, que establece: «Las autoridades sectoriales competentes para conocer sobre los asuntos relacionados con la aplicación de las disposiciones del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales son los ministerios o los organismos fiscalizadores, según sea el caso, de los sectores correspondientes a las actividades que desarrollan las empresas sin perjuicio de las atribuciones que correspondan a los Gobiernos Regionales y Locales conforme a lo dispuesto en la Constitución Política».

10 FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, «La inspección en el marco del control de la aplicación del Derecho Ambiental», En: Revista de Derecho Ambiental, N° 24, 2000, p. 29. Es importante notar que el citado autor (p. 11 y ss.) señala que si bien el control de legalidad, no solo en materia ambiental, se ha venido limitando a las autorizaciones, sanciones y a la inspección administrativa entendida como la «actividad ejercida por la propia Administración in situ y con un carácter eventual o aleatorio, y esencialmente ligada al ejercicio de la potestad sancionadora», dicha «cultura de control» no es suficiente, razón por la cual es posible identificar que las tendencias normativas actuales, generalmente introducidas por el Derecho comunitario, están buscando complementar e incluso sustituir la tradicional actividad de inspección por una serie de técnicas y mecanismos orientados a garantizar un control sistemático e integral, tales como:

- Obligaciones de llevanza de registros.
- Obligaciones de información a las autoridades competentes.
- Autocontrol a cargo de la entidad titular de la actividad objeto de control.
- Control privado a cargo de las aseguradoras.
- Sometimiento voluntario a controles adicionales.
- Acuerdos voluntarios.

11 Citado por: FOY VALENCIA, Pierre, «Acerca de la fiscalización de la legislación ambiental nacional», En: Medio Ambiente en el Perú, Instituto Cuánto, 2002, p. 233.

12 No en vano el Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el crecimiento de la inversión privada de 1991 precisó que toda mención hecha en dicho Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales a «autoridades», «autoridad competente» o «autoridad ambiental» se entenderá referida a la autoridad sectorial competente, es decir, al Ministerio del sector correspondiente a la actividad que se desarrolla.

En buena cuenta, han sido los Ministerios a través de alguna dirección o unidad encargada de la gestión y control ambiental dentro del propio Ministerio, o a través de organismos adscritos a ellos (como por ejemplo el INRENA o SENASA en el caso del Ministerio de Agricultura) quienes se han venido encargado de la fiscalización en materia ambiental y han venido ejerciendo la potestad sancionadora. Asimismo, el Consejo Nacional del Ambiente (CONAM), creado mediante la Ley N° 26410 en 1994 con la finalidad de planificar, promover, coordinar, controlar y velar por el ambiente y el patrimonio natural, ha venido realizando acciones de fiscalización¹³.

Es fundamental mencionar que en el caso del sector energía (electricidad e hidrocarburos), las competencias en materia de fiscalización han venido siendo compartidas por el Ministerio de Energía y Minas, y por el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía debido al carácter mayormente técnico de dichas actividades. Asimismo, las competencias de fiscalización en materia minera fueron también recientemente transferidas al regulador que desde entonces, y en virtud de sus nuevas facultades, se denomina Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN).

En el caso de los Gobiernos Locales, cabe señalar que el artículo 80° de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades establece que las Municipalidades Distritales son competentes para: «Fiscalizar y realizar labores de control respecto de la emisión de humos, gases, ruidos y demás elementos contaminantes de la atmósfera y el ambiente». En tal sentido, mediante la citada ley en materia ambiental, a las Municipalidades Distritales se les ha atribuido competencias para fiscalizar (no normar ni sancionar) determinados aspectos. Desde luego, esta facultad debe ser ejercida de manera armónica y concordada con los demás niveles de gobierno competentes para fiscalizar en materia ambiental. Así se evitará la generación de competencias superpuestas tal como ocurrió por ejemplo en el caso de las radiaciones no ionizantes cuyos límites quisieron ser regulados (a través de prohibiciones incluso) por muchas Municipalidades, quienes no estaban facultadas para adoptar tales medidas toda vez que ya las competencias en materia de radiaciones no ionizantes, tanto normativas como fiscalizadoras y sancionadoras habían sido otorgadas a la autoridad del sector telecomunicaciones, esto es, al Ministerio de Transporte y Comunicaciones.

Ahora bien, a la fecha de elaboración del presente trabajo, se ha publicado recientemente el Decreto Legislativo N° 1013 que aprueba la Ley de creación, organización y funciones del Ministerio del Ambiente, estableciéndose que la actividad de este nuevo Ministerio comprende «las acciones técnico-normativas de alcance nacional en materia de regulación ambiental, entendiéndose como tal el establecimiento de la política, la normatividad específica, la fiscalización, el control y la potestad sancionadora por el incumplimiento de las normas ambientales en el ámbito de su competencia, la misma que puede ser ejercida a través de sus organismos públicos correspondientes». En este sentido, se ha establecido como funciones generales del Ministerio del Ambiente, algunas funciones rectoras y otras técnico-normativas; dentro del primer grupo se encuentra la de «garantizar el cumplimiento de las normas ambientales, realizando funciones de fiscalización, supervisión, evaluación y control, así como ejercer la facultad sancionadora en materia de su competencia y dirigir el régimen de fiscalización y control ambiental y el régimen de incentivos previsto por la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente». Como se puede apreciar, la glosada norma no ha definido expresamente qué es lo que se ha de fiscalizar ni ha incluido a ésta dentro de sus funciones específicas dejando así vacíos que han de ser cubiertos por un futuro reglamento de organización y funciones de esta nueva entidad. Por lo pronto, creemos que el Ministerio del Ambiente sin ningún problema podría asumir funciones de fiscalización que venía desarrollando CONAM o el propio INRENA, mas no podría atribuirse facultades de fiscalización que en virtud de su complejidad han sido otorgados a organismos tales como OSINERGMIN en el caso eléctrico, minero y de hidrocarburos.

B) Fiscalización realizada por los particulares

A lo anterior cabe agregar que en la actualidad es común observar un alto grado de colaboración privada en actividades de fiscalización pues «el fenómeno de la colaboración privada en las funciones inspectoras se viene configurando como una verdadera alternativa, estable y organizada a la actuación directa por parte de la Administración en el ejercicio de esta función pública»¹⁴. No se trata de un mero supuesto de participación ciudadana en asuntos públicos, sino de una tendencia privatizadora de funciones públicas¹⁵. Ensayando los argumentos de este diseño orgánico e institucional de las funciones ad-

13 Nótese que la Ley de creación del CONAM debe concordarse con la Ley N° 28245 que en su artículo 8° señala: CONAM también tiene por finalidad normar, sancionar y supervisar las acciones orientadas a la protección ambiental y contribuir a la conservación del patrimonio natural; controlar y velar el cumplimiento de las obligaciones ambientales; dirimir y solucionar las controversias entre las entidades públicas, entre otras. Asimismo, de conformidad con el artículo 55° de la Ley N° 28611 General del Ambiente: «La Autoridad Ambiental Nacional ejerce funciones coordinadoras y normativas, de fiscalización y sancionadoras, para corregir vacíos, superposición o deficiencias en el ejercicio de funciones y atribuciones ambientales nacionales, sectoriales, regionales y locales en materia ambiental».

14 FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, «La actividad administrativa de inspección», Op cit., p. 502.

15 Acerca de la vinculación de la colaboración privada con una lógica privatizadora, véase: GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., «El desarrollo de una idea de colaboración en el Derecho Administrativo, con el ejemplo de la seguridad privada y otros», En: Revista Española de Derecho Administrativo, N° 94, 1997.

ministrativas referentes a aspectos técnico-industriales, medioambientales o sociales, Carlos PADRÓS REIG maneja los siguientes¹⁶:

- El déficit de conocimientos técnicos de la propia Administración para controlar un determinado sector, por lo que recurre a órganos especializados con una mayor competencia técnica.
- Las entidades colaboradoras fueron creadas para paliar las insuficiencias de medios humanos y técnicos de la Administración (Ministerio de Industria y Energía).
- La necesidad de una total independencia respecto a las instalaciones y productos que se inspeccionan, cuando el Estado participa también como empresario en algunos sectores y es el Ministerio del sector quien realiza la inspección.
- Razones de eficiencia en la organización.
- El régimen de responsabilidad puede regirse por las normas civiles en vez de por las contencioso administrativas relativas al normal funcionamiento de los servicios dependientes de la Administración.

Por su parte, OJEDA MARÍN destaca la personalidad jurídico-privada de estos «colaboradores» que desarrollan una actividad de tipo técnico y con carácter subsidiario. Destaca también la sujeción de las entidades a un fuerte control administrativo¹⁷. En buena cuenta, se trata de colaboradores de la Administración, generalmente empresas movidas por el ánimo de lucro, que surgen ante la necesidad de descargar a la Administración de funciones auxiliares, o para lograr la realización más eficaz, mejor o menos costosa de una determinada función de los poderes públicos¹⁸.

El sector ambiental es uno de los principales en donde este fenómeno se presenta. Así, un claro ejemplo es el caso de las actividades energéticas y mineras: La Ley N° 27699, Ley Complementaria de fortalecimiento institucional de OSINERGMIN, establece que las funciones de supervisión, supervisión específica y fiscalización atribuidas a dicho regulador podrán ser ejercidas a través de empresas supervisoras. En tal sentido, el Reglamento de Supervisión de las actividades energéticas y mineras de OSINERGMIN, aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 324-2007-OS-CD, precisa los criterios y procedimientos específicos para la calificación y clasificación de las Empresas Supervisoras, así como la contratación, designación y ejecución de las tareas de supervisión y fiscalización que realizarán tales empresas.

Con todo, no debemos olvidar que la función de fiscalización sigue siendo materialmente administrativa, por lo que se deben existir mecanismos para el respectivo control de la Administración.

C) Fiscalización en la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente

El artículo 130° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente (en adelante, «LGAmb») señala que la fiscalización ambiental comprende: «las acciones de vigilancia, control, seguimiento, verificación y otras similares, que realiza el CONAM y las demás autoridades competentes a fin de asegurar el cumplimiento de las normas y obligaciones establecidas en la presente Ley, así como en sus normas complementarias y reglamentarias». Asimismo, señala que la autoridad competente puede solicitar información, documentación u otra similar para asegurar el cumplimiento de las normas ambientales.

En buena cuenta, se observa que la fiscalización ambiental, de acuerdo a la LGAmb, consiste en acciones destinadas a garantizar o asegurar el cumplimiento de la normativa ambiental a cargo de la Administración, que como ya adelantamos en el punto anterior, es realizada por la Autoridad Ambiental Nacional (CONAM), las autoridades sectoriales, las autoridades con roles transectoriales, los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales, y comprende:

- Acciones de vigilancia ambiental, esto es, aquellas que buscan conocer y evaluar los impactos o daños ambientales que suceden en el entorno. Los ciudadanos pueden participar en este proceso a través de vigilancia ciudadana.
- Acciones de control o aquellas que de manera general permiten la constatación de la actividad con las obligaciones vigentes, en cada periodo¹⁹.
- Acciones de seguimiento ambiental, principalmente a través de actividades sujetas a órdenes y prohibiciones, autorizaciones, permisos, licencias e incluso concesiones para determinar si quienes realizan actividades fiscalizadas (o los administrados en general) cumplen los términos establecidos por la Administración y, en caso contrario, determinar la sanción correspondiente.
- Acciones de verificación, es decir, comprobación *in situ* de la coincidencia entre la realidad y la evaluación ambiental realizada por un tercero o por la propia declaración del administrado.

16 PADRÓS REIG, Carlos, «Actividad administrativa y entidades colaboradoras», Editorial Tecnos, Madrid, 2001, p. 33-34.

17 Citado por: PADROS REIG, p. 35-36.

18 VARAS IBÁÑEZ, S., «El desarrollo de una idea de colaboración en el Derecho Administrativo, (...)». Op cit., p. 216.

19 Consideramos esta definición como adecuada ya que en el propio proyecto del Régimen Común de Fiscalización y Control Ambiental, elaborado por el Grupo Técnico Nacional de Incentivos y Sanciones en materia ambiental, se hace una remisión al concepto de «fiscalización ambiental» para la definición de «control ambiental».

- Otras similares, tales como el Monitoreo ambiental, entendido como aquellas acciones de observación, muestreo, medición y análisis de datos técnicos y ambientales, para definir las características del medio o entorno, identificar los impactos ambientales de las actividades del sector y su variación o cambio durante el tiempo²⁰. Asimismo, la Evaluación que comprende el análisis de los efectos y resultados ambientales de la actividad realizada, incluyendo la descripción, especialmente, las instalaciones, las materias primas y auxiliares, los procesos, los productos y el consumo de recursos naturales y energía, y las emisiones de todo tipo y sus repercusiones en el medio considerado en su conjunto, así como las implicancias que se deriven de condiciones de funcionamiento anormales, incidentes y accidentes.

Ahora bien, de acuerdo al ya citado artículo 130° de la LGAmb, toda persona natural o jurídica –que genere impactos ambientales significativos, de acuerdo al artículo 131°- está sometida a las acciones de fiscalización que determinen las autoridades competentes, así como a las sanciones administrativas que correspondan de conformidad con la propia LGAmb.

Asimismo, cabe señalar que el mismo artículo señala que el Estado promueve la participación ciudadana en las acciones de fiscalización ambiental. En este caso no estamos ante una alternativa de actuación directa de la Administración en el ejercicio de funciones públicas como en el caso de las empresas privadas «colaboradoras» a las que hicimos referencia en el punto anterior, sino a través de las siguientes formas recogidas en el artículo 134° de la LGAmb:

- Fiscalización y control visual de procesos de contaminación.
- Fiscalización y control por medio de mediciones, muestreo o monitoreo ambiental.
- Fiscalización y control vía la interpretación o aplicación de estudios o evaluaciones ambientales efectuadas por otras instituciones.

Asimismo, el glosado artículo señala que las autoridades competentes dictan medidas que faciliten el ejercicio de la vigilancia ciudadana y el desarrollo y difusión de los mecanismos de denuncia frente a infracciones a la normativa ambiental, y que los resultados de las acciones de fiscalización y control efectuados como resultado de la participación ciudadana pueden ser puestos en conocimiento de la autoridad ambiental local, regional o nacional, para el efecto de su registro y denuncia correspondiente^{21 22}.

Finalmente, cabe señalar que este capítulo de la LGAmb referido a la fiscalización y control prevé que

mediante Decreto Supremo, refrendado por la Presidencia del Consejo de Ministros se establecerá el Régimen Común de fiscalización y control ambiental, desarrollando las atribuciones y responsabilidades correspondientes.

D) Régimen Común de Fiscalización y Control Ambiental

A efectos de elaborar el Régimen Común de fiscalización y control ambiental mediante Resolución del Consejo Directivo del CONAM se creó el Grupo Técnico Nacional de Incentivos y Sanciones, conformado por entidades públicas y privadas. Dicho Régimen Común de fiscalización y control ambiental a la fecha sigue en suspenso pese a su finalidad de asegurar el cumplimiento de las normas ambientales a cargo de los administrados, establecidas en la LGAmb y sus leyes complementarias y reglamentarias, contribuyendo a la conservación de los recursos naturales y a la protección ambiental en el marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental. Es precisamente bajo el marco de este Régimen que se han de realizar las inspecciones.

En buena cuenta, tenemos entendido que este proyecto incluía una definición de fiscalización, recogida de la propia LGAmb, y de las acciones de fiscalización, las mismas cuyo concepto hemos esbozado en el punto anterior de conformidad con las normas sobre la materia. Es interesante que con relación al proceso de fiscalización, el proyecto señala que las entidades públicas que son competentes en materia de fiscalización ambiental organizan su accionar mediante un proceso que tiene los siguientes componentes: (i) Elaboración y aprobación del Plan Anual de Fiscalización; (ii) Ejecución del Plan Anual de Fiscalización; (iii) Acciones de Fiscalización Especiales; (iv) Informes de Incumplimiento; y, (v) Evaluación del Plan Anual de Fiscalización.

Asimismo, el proyecto recoge las competencias en materia de fiscalización (CONAM, los Ministerios y las entidades reguladoras y fiscalizadoras, los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales), tanto en lo referido a las acciones de una entidad como a aquellas coordinadas. Además, se refiere a los fiscalizadores externos (obligaciones, restricciones) y a la vigilancia ciudadana (modalidades, mecanismos establecidos, deberes y derechos específicos, comités de vigilancia ciudadana).

Finalmente, el proyecto recoge los instrumentos para el seguimiento (de la eficiencia) del Régimen y lo relativo a los conflictos de competencia. De conformidad con la LGAmb, el proyecto se refiere también a las consecuencias de las acciones de fiscalización, a

20 Ver Resolución Ministerial N° 108-99-ITINCI-DM.

21 Si la autoridad decidiera que la denuncia no es procedente ello debe ser notificado, con expresión de causa, a quien proporciona la información, quedando a salvo su derecho de recurrir a otras instancias.

22 Para mayor información, ver «Lineamiento para el desarrollo del Régimen Común de Fiscalización y Control». Taller del 6 de diciembre de 2005.

«El Ministerio del Ambiente sin ningún problema podría asumir funciones de fiscalización que venía desarrollando CONAM o el propio INRENA, mas no podría atribuirse facultades de fiscalización que en virtud de su complejidad han sido otorgados a organismos tales como OSINERGMIN en el caso eléctrico, minero y de hidrocarburos»

saber, los incentivos y sanciones (cuyo régimen ha de ser establecido en un proyecto aparte).

IV. MEDIDAS CORRECTIVAS COMO CONSECUENCIA DE LA FISCALIZACIÓN

A lo largo del presente trabajo hemos visto como la actividad de fiscalización se ejerce por razones de interés público, principalmente a través de actos concretos de investigación, corroboración y vigilancia de actividades e instalaciones que pueden implicar un riesgo o peligro, en este caso, para el ambiente, con el fin de verificar que cumplen con la legalidad. Al inicio mencionábamos cómo esta actividad tiene dos vertientes, una preventiva y otra correctora, y es en ésta que suele confundirse con la potestad sancionadora pese a que la potestad fiscalizadora tiene como claro objetivo la tutela de los bienes o intereses protegidos mediante el restablecimiento de la legalidad vulnerada. Asimismo, hemos adelantado que de acuerdo a la LGAmb, como consecuencia de acciones de fiscalización pueden generarse tanto incentivos como sanciones.

Pues bien, en este contexto, es necesario precisar de conformidad con la LGAmb, que como consecuencia de dichas acciones de fiscalización puede derivarse también la aplicación de medidas correctivas,

mientras que una vez iniciado el procedimiento administrativo sancionador, se pueden adoptar medidas cautelares. Nos referiremos brevemente a las medidas cautelares, a efectos de analizar seguidamente la naturaleza de las medidas correctivas y diferenciarlas de las sanciones, manifestación estas últimas de la potestad sancionadora.

Las medidas cautelares o provisionales han sido recogidas principalmente en los artículos 146°, 226° y 236° de la Ley N° 27444 del Procedimiento Administrativo General y en la LGAmb en el artículo 137° como aquellas sin cuya adopción se producirían daños ambientales irreparables o se arriesgara la eficacia de la resolución a emitir. En tal sentido, es posible definir a una medida cautelar o provisional como una decisión administrativa exorbitante e instrumental adoptada de manera unilateral y discrecional, en cualquier procedimiento, para asegurar la eficacia de la acción administrativa. Así lo entiende también Rafael PIZARRO NEVADO, para quien estas medidas son:

«(...) declaraciones de voluntad de una Administración pública por las que se acuerda la adopción de determinadas medidas con un fin determinado, «asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer». Pero ese concepto básico debe completarse con otros rasgos, como son sus efectos limitados temporalmente y el motivo que justifica su adopción, el *periculum in mora*. Con la medida provisional se quiere reaccionar frente a los riesgos que para la eficacia de la resolución supone el transcurso del tiempo de tramitación»²³.

Como se puede apreciar, las medidas cautelares, se caracterizan por: «la provisionalidad, la excepcionalidad, la instrumentalidad, la mutabilidad y la discrecionalidad»²⁴, siendo precisamente la provisionalidad su rasgo más característico, tal como señala Ferran PONS CÁNOVAS:

«Se trata de medidas «provisionales», que no tienen vigencia indefinida ni carácter definitivo o de permanencia en el tiempo. Responden a la necesidad de reaccionar ante la comisión de una infracción, sin esperar que haya recaído la resolución sancionadora. (...) Estas medidas cesarán como tales cuando se dicte la resolución que ponga fin al procedimiento, sea de sanción o de sobreseimiento, cuando éste caduque, así como cuando cambien o desaparezcan las causas que motivaron su adopción»²⁵.

23 PIZARRO NEVADO, Rafael, «Las Medidas Provisionales en el Procedimiento Administrativo: Una aproximación conceptual», p. 3.

24 PONS CÁNOVAS, Ferran, «Las Medidas Provisionales en el procedimiento administrativo sancionador», Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 45.

25 Ibid., p. 45-46.

«La fiscalización ambiental, de acuerdo a la LGAmb, consiste en acciones destinadas a garantizar o asegurar el cumplimiento de la normativa ambiental a cargo de la Administración»

En síntesis, las medidas cautelares se caracterizan por ser una intervención ágil mientras no se ha dictado la resolución sancionadora, con el objetivo de asegurar la eficacia de la misma. Nos hemos referido a aquellas dentro de un procedimiento administrativo, mas no debemos olvidar que las mismas pueden dictarse en un proceso judicial. Por el contrario, las medidas correctivas, a las cuales haremos referencia a continuación, únicamente pueden ser impuestas en la vía administrativa.

En líneas generales, las medidas correctivas (o correctoras) son aquellas que tienen por finalidad revertir los efectos que la conducta infractora hubiera ocasionado o evitar que ésta se produzca nuevamente en el futuro. En buena cuenta, una medida correctiva es tal en tanto permite enmendar y moderar la actividad, así como volver al estado o condición que tuvo antes. Tal como señala Luis ARROYO JIMÉNEZ, siguiendo a Rebollo Puig, se trata de medidas que no son sanciones, sino que «se limitan a imponer al administrado la conducta correcta, a requerir la obligación de indemnizar el daño causado, o a exigir la reposición de la realidad física o jurídica alterada. (...) La razón es que tales medidas carecen de contenido afflictivo o de castigo propio de las sanciones»²⁶.

Se puede afirmar pues que el objetivo de las medidas correctivas es revertir los efectos que la conducta infractora hubiera ocasionado o evitar que ésta se produzca nuevamente en el futuro. Así lo señala también Juan ESPINOZA, para quien:

«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 conculca-

toria 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»²⁷.

Qué duda cabe que una medida correctiva es un mecanismo de regulación de conductas negativas que busca corregir un daño, revirtiendo los efectos que dicha conducta infractora hubiera ocasionado o evitar que ésta se repita en el futuro. Por ende, no es un mecanismo de sanción, por lo cual dichas medidas no deben ser aplicadas ni interpretadas con una finalidad sancionadora. Sin embargo, pese a que muchas veces estos dos conceptos (medida correctiva y sanción) suelen ser «confundidos», consideramos que la diferencia es clara, y parte de reconocer, tal como lo indica Miguel CASINO RUBIO, haciendo referencia a la Sentencia del 23 de enero de 1992 (Ar. 750), que: «la vulneración del ordenamiento jurídico puede dar lugar a distintas consecuencias que (...) pueden clasificarse en dos categorías distintas: i) la imposición de una sanción, si aquélla está tipificada como infracción, y ii) la restauración del orden jurídico perturbado»²⁸. En esta misma línea, Luis ARROYO JIMÉNEZ se refiere a los tres conceptos a los que nos hemos referido en este punto:

«(...) la confusión por parte del legislador entre lo que no son sino instituciones jurídicas distintas: las sanciones administrativas, las medidas cautelares que pueden ser adoptadas en el marco del procedimiento sancionador y las medidas de naturaleza policial dirigidas al restablecimiento objetivo de la legalidad. (...) Así, por ejemplo, las medidas dirigidas a impedir que continúe realizándose una actividad clandestina, por iniciada y desarrollada sin la previa obtención del oportuno título habilitante, no son sanciones, por más que el legislador se empeñe en calificarlas como tales. La razón es que tales medidas carecen del contenido o de castigo propio de las sanciones. Con tal error –afirma el autor citado- [REBOLLO PUIG, «El contenido de las sanciones»], el legislador «no sólo no consigue realmente imponer un nuevo mal, sino que dificulta con requisitos impropios y excesivos (culpabilidad, tipicidad, procedimiento sancionador, inexistencia de prescripción, etc.) lo que debería poder acordarse con otra naturaleza y sin tales obstáculos». (...)»²⁹. (El resaltado y agregado son nuestros).

26 ARROYO JIMÉNEZ, Luis, «El Régimen Sancionador en los Mercados de Telecomunicaciones», En: Revista de Administración Pública, N° 167, Madrid, Mayo/Agosto 2005, p. 288-289.

27 ESPINOZA ESPINOZA, Juan, «El caso peruano y las medidas correctivas: ¿Justicia administrativa o jurisdiccional para la defensa del consumidor?», p. 1-2.

28 CASINO RUBIO, Miguel, «La indebida confusión entre sanciones y otras medidas administrativas de policía» (Comentario a la STS de 2 de febrero de 1998, Ar. 2060), En: REALA-2000, N° 283, p. 571.

29 ARROYO JIMÉNEZ, Luis, Op cit., p. 288-289.

En tal sentido, tal como señala este autor, «para obtener el respeto de lo ordenado o prohibido en la norma, no siempre es preciso que la Administración eche mano de su potestad sancionadora»³⁰. Por ello, se justifica la imposición de las medidas correctivas a las que nos hemos referido, las mismas que tienen por finalidad remediar un daño restituyendo las cosas a su estado anterior, es decir, restablecer la legalidad. Por su parte, las sanciones buscan castigar una perturbación, infligiendo un mal que no restablece el orden quebrantado por la infracción, mientras que las medidas cautelares buscan garantizar la eficacia de la resolución administrativa.

En síntesis, el criterio aplicable a las sanciones difiere del que subyace en la potestad inspectora pues en ésta «prima la idea del control de legalidad, persiguiéndose la prevención -de tal manera que no se produzca una sanción- o el restablecimiento de la situación legal o la restauración del orden normal de cosas alterado»³¹. Las medidas correctivas pueden ser impuestas como consecuencia de un procedimiento de fiscalización, precisamente, en atención a su naturaleza así como al finalizar un procedimiento sancionador, mientras que las sanciones solo pueden ser impuestas una vez que se tenga la correspondiente resolución ya que de otra forma, se estarían violando los principios que rigen en materia sancionadora.

Siendo que las medidas de remediación ambiental son típicas medidas correctivas, consideramos importante referirnos a los caracteres de las mismas en este rubro, de conformidad a lo desarrollado por Luis DE LA MORENA³²:

- Son dispositivos no solo de prevención sino también de eliminación o reducción del conjunto de las perturbaciones ambientales que una actividad se calcula va a producir a lo largo de su funcionamiento, hayan sido o no previstas por el Reglamento o por quienes realizaron la clasificación.
- Se orientan hacia la eliminación de perturbaciones con trascendencia externa o a terceros, como así lo exige la noción misma de interés público que les sirve de causa.
- Su determinación es un proceso que se liga inicialmente a la calificación de una actividad (prevención) para pasar a depender de inmediato de lo que resulte su puesta en funcionamiento experimental (comprobación) o definitiva (inspecciones, denuncias, sanciones), más que un acto que se agote o consuma en su adopción.

- Las perturbaciones ambientales a corregir serán todas y cada una de las que se detecten o resulten del funcionamiento de una actividad, según el número y las características de las instalaciones de que conste, procesos técnicos a que se ajuste, materiales y fuentes de energía que emplee, y relaciones internas o externas que genere. El inventario de perturbaciones constatadas ha de dar la calificación y permitirá determinar qué medidas correctivas se deben aplicar.
- Las medidas correctivas difícilmente alcanzarán un grado de eficacia tal que elimine plenamente la incidencia perturbatoria total atribuida a una actividad luego de calificada. Lo usual será que solo la reduzcan, hasta situarla por debajo de los límites máximos de tolerancia establecidos, zona en la que se entiende que empieza para los ciudadanos el deber de soportarla como fenómeno normal e inevitable de la moderna y masificada vida en común. Por lo mismo, rara vez serán únicas, sino plurales y coordinadas entre sí.

Finalmente, cabe resaltar que la LGAmb, en su artículo 136° ha precisado cuáles son las medidas correctivas que pueden ser adoptadas ante el incumplimiento de sus disposiciones y las de sus normas complementarias o reglamentarias, a saber:

- Cursos de capacitación ambiental obligatorios, cuyo costo es asumido por el infractor y cuya asistencia y aprobación es requisito indispensable.
- Adopción de medidas de mitigación del riesgo o daño.
- Imposición de obligaciones compensatorias sustentadas en la Política Ambiental Nacional, Regional, Local o Sectorial, según sea el caso.
- Procesos de adecuación conforme a los instrumentos de gestión ambiental propuestos por la autoridad competente.

V. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR EJERCICIO DEFICIENTE DE LA POTESTAD DE FISCALIZACIÓN

Ahora bien, para finalizar el presente trabajo, el mismo que tiene por objeto precisar conceptos y materias claves en torno a la fiscalización como potestad administrativa, concretamente en el ámbito ambiental, consideramos fundamental referirnos al grado de responsabilidad no por daños o contaminación al medio ambiente (que puede causarlo quien realiza la actividad y debe ser abordado desde un tema de la responsabilidad denominada «ambiental»), sino a

30 CASINO RUBIO, Miguel, Op cit., p. 571.

31 GARCÍA URETA, Agustín, «La potestad inspectora (...)», Op cit., p. 37.

32 DE LA MORENA Y DE LA MORENA, Luis, «Actividades clasificadas y protección del medio ambiente». En: Revista de Administración Pública, N° 94, Enero/Abril 1981, p. 102-104.

«Una medida correctiva es un mecanismo de regulación de conductas negativas que busca corregir un daño, revirtiendo los efectos que dicha conducta infractora hubiera ocasionado o evitar que ésta se repita en el futuro. No es un mecanismo de sanción, por lo cual dichas medidas no deben ser aplicadas ni interpretadas con una finalidad sancionadora»

aquella responsabilidad administrativa imputable a las autoridades a las cuales se les otorga competencias en materia de fiscalización ambiental; se trata pues de una responsabilidad no del particular, sino del Estado.

En primer lugar, de lo desarrollado hasta este punto podemos concluir que la actividad de fiscalización no es ni puede ser infinita dado que ella tiene límites dados por lo que las propias normas, de manera genérica, han establecido. Tal como señala Carlos PADRÓS REIG:

«La inspección administrativa efectúa una actividad de constatación con respecto al cumplimiento de una norma. La inspección en este sentido actúa para comprobar, ante la sospecha o simplemente de modo sistemático, el **grado de adecuación de la actividad real a las prescripciones de una norma que regula ese sector** (...). Se trata en cualquier caso de una actividad inherente al contenido normativo de una disposición. **No estamos ante una simple recopilación de datos o una simple actividad de constatación**»³³. (Nuestro resaltado).

Se trata pues, de vigilar y verificar el cumplimiento de las normas obligatorias, que como hemos visto, en

materia ambiental son mayormente técnicas. Es claro que esta potestad no puede ser ejercida de una manera absolutamente discrecional, sino que debe estar sujeta a una serie de parámetros, los mismos que han de garantizar los derechos de aquellos a quienes se inspecciona, mas si no se limita a una mera recopilación de información, esta actividad tampoco puede ser exhaustiva pues no se trata de una labor de inspección «al detalle». Esto podría ser inviable no solo económicamente sino también en los hechos. Severiano FERNÁNDEZ RAMOS traduce este punto al señalar que se trata de una doble cuestión de política pública:

«Por un lado, si es política y económicamente viable organizar un sistema de fiscalización mínimamente adecuado para garantizar la aplicación de la garantía en cuestión y, en el caso de que la respuesta a la anterior cuestión sea positiva, **hasta qué nivel debe llegar tal coste, pasado el cual los beneficios que reporta la actividad de inspección son inferiores a sus costes de funcionamiento y a los perjuicios que para el desarrollo de la actividad puede ocasionar**»³⁴. (Nuestro resaltado)

Tomando como punto de partida que una supervisión exhausta de detalles no resulta viable y podría llegar a ser contraproducente, a continuación analizaremos si los daños causados por quien realiza una actividad sujeta a fiscalización pueden ser atribuidos a la autoridad encargada de dicha inspección. Hay que advertir que esta interrogante ha sido planteada con anterioridad por Martín REBOLLO quien cuestionaba el hecho que si la Administración ha intervenido antes de la producción del daño, autorizando la actividad, vigilando el cumplimiento de sus condiciones técnicas, ¿no se podría pensar que hay un funcionamiento anormal del servicio público? Para el citado autor, la responsabilidad administrativa podría funcionar como instrumento para que la Administración no abdique de los contenidos propios de su actividad, ya que si bien no es la autora material del daño, ha contribuido por acción u omisión en la producción del mismo, de lo que se derivaría la responsabilidad solidaria³⁵.

En esa línea, Concepción HORGUE BAENA se refiere a la Sentencia del Tribunal Supremo español del 25 de enero de 1992 que estimó la responsabilidad directa de la Administración, independientemente de que la causa del daño haya sido imputable al concesionario o contratista, por considerar que hubo un deficiente ejercicio de los deberes de vigilancia y policía, señalando que:

33 PADRÓS REIG, Carlos, «Actividad administrativa y entidades colaboradoras», Tecnos, Madrid, 2001, p. 21-22.

34 FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, «La actividad administrativa de inspección». Op cit., p. 31.

35 MARTÍN REBOLLO, L., «Medio ambiente y responsabilidad de la Administración», En: REDA, N° 20, 1976.

«(...) dicha responsabilidad directa descansa en un título de imputación que haría recaer cualquier daño sobre la Administración titular de la actividad, en tanto que siempre conserva los deberes de vigilancia y policía del servicio o de la ejecución de la obra. **Un título tal de imputación podría provocar una extensión desmesurada de la responsabilidad de la Administración, además de hacer decaer la funcionalidad propia de la utilización de fórmulas indirectas de realizar las actividades de su titularidad, y así ha sido puesto de relieve en la doctrina.** Con todo, hay que reconocer que tanto la jurisprudencia como la doctrina que sustenta este título de imputación parecen restringir, sin embargo, dicha responsabilidad a los casos de un funcionamiento deficiente de tales deberes, esto es, cuando el ejercicio correcto hubiera evitado tal daño y no cuando éste se hubiera ocasionado igualmente con una diligencia debida»³⁶. (Nuestro resaltado)

Adviértase que en la referida Sentencia recae sobre la Administración una responsabilidad directa por los deberes de vigilancia e inspección del servicio concedido por no haber actuado en su función de policía, al no verificar la deficiencia de las instalaciones de gas, razón por la cual se atribuyó a la Administración la responsabilidad por los daños. Diversa doctrina también se ha referido a la imputación de responsabilidad de la Administración cuando existió falta de vigilancia de su parte, señalando que «se ha justificado esta imputación por considerarse que la Administración asume una posición de garante cuando realiza funciones de policía, de modo que si, por falta de ejercicio de los poderes de inspección y control propios de esta función se ocasiona un daño, el deber de reparar también alcanzará a la Administración, sin perjuicio de la eventual vía de regreso contra los demás sujetos responsables»³⁷.

Pues bien, esa perspectiva ha seguido perfilándose y hoy se afirma, tal como señala Cristián ROMÁN CORDERO, siguiendo a Tomás HUTCHINSON, en el caso de carreteras concesionadas aplicable asimismo a otras actividades:

«Algunos sostienen que el Estado es siempre responsable de los daños que sufra el usuario

de una carretera concesionada, **en tanto garante del servicio prestado por el particular concesionario (...) y en tanto titular del dominio público** al cual pertenecen las carreteras a pesar de encontrarse concesionadas.

Nosotros discrepamos de esta posición, ya que ello importa transformar al Estado en una especie de asegurador del usuario y, peor aún, del concesionario; genera una distribución perversa de la riqueza; no incentiva un comportamiento adecuado por parte de la administración en el ejercicio de sus facultades de inspección y vigilancia que evite la ocurrencia del daño, fin último de todo sistema de responsabilidad; y finalmente, nos coloca en una suerte de paradoja, ya que conforme a esta tesis el Estado subsidiario sería más responsable que el Estado de bienestar, lo cual no tiene lógica alguna»³⁸. (Nuestro resaltado)

Así como una interpretación que pretenda la absoluta irresponsabilidad del Estado estaría igualmente equivocada, ya que además «las doctrinas que defendían la irresponsabilidad de la Administración no son más que un recuerdo, una curiosidad histórica»³⁹, resulta excesivo e injusto responsabilizar indiscriminadamente a la Administración de todo daño causado por cualquier actividad sujeta a fiscalización. Las sentencias que usualmente se citan para apoyar la postura que la falta de ejercicio de fiscalización puede ser fuente de daños indemnizables, si bien ciertamente imputan el daño a la actividad de la Administración, por lo general están referidas a casos en los que la actividad en cuestión constituye legalmente un servicio público, de modo tal que la Administración es responsable de su correcta gestión. De igual forma, podría añadirse que, si el daño se produce a bienes de dominio público, la Administración, en cuanto titular de los mismos, es responsable de mantener dichos bienes en las condiciones adecuadas para la mejor realización de los intereses públicos a que están llamados a satisfacer⁴⁰.

Con todo, consideramos que, medie *publicatio* o no, el que una entidad tenga competencias de fiscalización de determinada actividad no parece suficiente para responsabilizar a la Administración por hechos

36 HORGUÉ BAENA, Concepción, «La responsabilidad del contratista por daños causados a terceros en la ejecución de los contratos administrativos», En: Revista de Administración Pública, N° 147, Sept. – Dic. 1998, p. 349-350.

37 FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, «La actividad administrativa de inspección», Op cit., p. 596-597.

38 ROMÁN CORDERO, Cristián A., «Responsabilidad del Estado por los daños sufridos por el usuario de una carretera concesionada, por inactividad administrativa en ejercicio de sus facultades de inspección y vigilancia». Tomado de: <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2445/19.pdf>

39 ROYO-VILLANOVA, Royo, «La Responsabilidad de la Administración Pública», En: Revista de Administración Pública, N° 19, Enero/Abril. 1956, p. 14-15.

40 FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, «La inspección en el marco del control de la aplicación del Derecho Ambiental», Op cit, p. 43-44.

de terceros completamente ajenos a la organización administrativa⁴¹.

«Llegados a este punto, nos parece excesivo e injusto responsabilizar a la Administración de todo daño causado por cualquier actividad sujeta a inspección. Con ello no se quiere tampoco descartar dicha posibilidad: ello **dependerá de las circunstancias del caso concreto, si la Administración tuvo efectivamente la posibilidad de prever y evitar el daño y, a pesar de ello, actuó negligentemente, con una conducta disvaliosa y reprochable, p. ej., por tratarse de hechos notorios, que no podía razonablemente ignorar o bien por constar en reiteradas denuncias fundamentadas y conforme a los requisitos y formalidades previstas en la normativa que sea de aplicación sin que la Administración iniciara actuación alguna proporcionada para comprobar dichas denuncias, o, más aún, por existir informes de los servicios de Inspección en los que se advierte de los hechos a la autoridad competente, en aquellos casos en que los servicios de inspección no están facultados para adoptar por sí mismos las medidas precisas para evitar daños**»⁴². (Nuestro resaltado)

Sucede que, como ya hemos señalado, dado que la función inspectora se traduce básicamente en actos

de comprobación de las obligaciones legales, contractuales, técnicas u otras, delimitar el objeto o actividad y el cuánto o cómo los mismos han de ser supervisados es un «control bastante difuso en sus contornos»:

«El planteamiento de esta potestad, en su concepción y en el procedimiento de efectivizarla, y su cada vez más frecuente previsión en las leyes —y correspondiente atribución a las Administraciones públicas—, hace muy difícil precisar en las normas de cobertura los límites de tal potestad, no solamente por la dificultad en sí de definir con rigor el alcance de la acción administrativa en este ámbito, sino, muy especialmente, por la habitual y verosímil confrontación entre esta acción y otros relevantes derechos de los sujetos obligados, bien sean derechos o libertades de naturaleza «fundamental» o bien de otros derechos subjetivos de rango inferior»⁴³.

En conclusión, se trata en gran medida de lo que aquellas obligaciones legales, técnicas y contractuales hayan establecido, como suficiente para atribuir responsabilidad a la Administración por hechos que escapan o van más allá de lo que le es posible y legalmente factible de fiscalizar. Por ello, no sería razonable sostener que en virtud a esta función supervisora se pueda imputar únicamente a la entidad cualquier circunstancia o consecuencia dañosa de quien realiza la actividad. A ello apuntan las tendencias doctrinales actuales. CA

41 Es interesante notar las conclusiones de HUICI, Héctor M., para quien «como regla general, y a la luz de la jurisprudencia, debe entenderse que la inactividad administrativa no es generadora de responsabilidad salvo cuando una obligación legal expresamente impone el deber de actuar». Asimismo, el autor sostiene que «la inclusión de disposiciones en una Constitución, ley o reglamento no necesariamente obligan jurídicamente al Estado a actuar, las obligaciones para ser tales deben señalar en forma clara o fácilmente determinable, la conducta a seguir». HUICI, Héctor M., «La responsabilidad del Estado por omisión», En: La Ley, T, 1993-D, p. 853.

42 FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, «La actividad administrativa de inspección», Op cit., p. 598-601.

43 BERMEJO VERA, José, Op cit., p. 53-54.