

Los componentes material y finalista de la fiscalización administrativa: aproximaciones desde la doctrina, la normatividad y el control jurisdiccional efectuado en sede suprema

The material and final components of administrative oversight: approaches from doctrine, regulations and jurisdictional control carried out in the supreme court

Erick Cuba¹ y Carlos Arévalo²

Universidad Mayor de San Marcos (UNMSM)

Resumen. A partir de las construcciones doctrinarias y las disposiciones legales referidas a la fiscalización administrativa, el presente trabajo analiza los fundamentos de dicha actividad, su actual regulación, así como sus dos componentes definitorios: la ejecución material y su finalidad. Ambos componentes, material y finalista, a su vez, han sido el tema de evaluación en las casaciones de la Corte Suprema que han tratado la fiscalización administrativa. De esta manera, en este trabajo se presenta cómo es que estos componentes han sido cautelados mediante el control jurisdiccional, al haber analizado en los casos materia de *litis* las reglas que aseguran sus elementos, tomando como referencia el parámetro legal de deberes y obligaciones establecidos en la regulación actual contenida en el Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo Sancionador.

Abstract. Based on the doctrinal constructions and legal provisions related to administrative oversight, this paper analyzes the foundations of this activity, its current regulation, as well as its two defining components: the material execution and its purpose. Both components, material and final, have been the subject of evaluation in the Supreme Court's cassations that have dealt with administrative oversight. Thus, this paper presents how

¹ Doctorando en Derecho en la Universidad Paris – Panthéon- Assas (Francia), Profesor Investigador en la Universidad Científica del Sur (Perú), Profesor Ordinario en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú), Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo – FIDA, Secretario Académico de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación - ASIER, Asociado Senior en Rubio Leguia Normand Abogados. Correo electrónico: ecubam@gmail.com, ecubam@cientifica.edu.pe, ecubam@unmsm.edu.pe

² Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos especialista en Derecho Administrativo. Miembro egresado asesor del Taller de Investigación en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asesor legal en la Superintendencia Nacional de Salud. Jefe de prácticas de Derecho Administrativo en la Universidad Científica del Sur. Correo electrónico: carloseduardoarevalorodriguez@gmail.com, carevalor@cientifica.edu.pe

these components have been safeguarded through jurisdictional control, having analyzed in the cases subject to litigation the rules that ensure its elements, taking as a reference the legal parameter of duties and obligations established in the current regulation contained in the Single Ordered Text of the Law of Sanctioning Administrative Procedure.

Palabras clave. Fiscalización / Ejecución material / Finalidad / Control / Parámetro legal / Deberes / Facultades / Obligaciones

Keywords. Oversight / Material execution / Purpose / Control / Legal parameter / Duties / Powers / Obligations

1. Introducción

A diferencia de otro tipo de potestades, actuaciones, procedimientos o actos; la fiscalización, al haber sido regulada recientemente a nivel legal, cuenta con un control jurisdiccional no extenso, pero interesante desde el punto de vista doctrinario.

Lo que sucede es que la actividad de fiscalización, antes de su inclusión y el establecimiento de sus reglas generales en el Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo Sancionador (en adelante, TUO de la LPAG), contaba con diversas regulaciones especiales aprobadas por normativa sectorial reglamentaria, que eventualmente podían ser controladas jurisdiccionalmente, pero sin un parámetro legal establecido. Sin embargo, a la fecha, el existente parámetro legal permite que exista un control jurisdiccional de las actuaciones de las entidades fiscalizadoras y los fiscalizados, siguiendo las normas generales uniformadoras.

Ahora bien, hasta la fecha, el control jurisdiccional sobre la actividad de fiscalización se ha dado de manera específica sobre las disposiciones que regulan dos elementos característicos de esta actividad: el componente material y el componente finalista. Esto es así debido a que jurisdicción, en el caso de la fiscalización, no controla la actividad jurídica productora de efectos en la esfera de los administrados, como sería la producción de un acto administrativo; sino que se ha adentrado a controlar una actividad de ejecución material, la cual, a partir del mandato legal, tiene reglas que cautelan su correcto desenvolvimiento y su finalidad.

Por ello, en este artículo vamos a exponer, primero, las consideraciones generales doctrinarias sobre la fiscalización, para luego desarrollar de manera más detallada sus dos componentes característicos,

material y final; y, finalmente observar cómo la jurisdicción, a través de las casaciones que han tratado el tema, ha controlado la actividad exclusivamente sobre estos componentes.

2. La policía administrativa como punto de partida de la actividad de fiscalización

El hecho de que la actividad de fiscalización haya sido recientemente reconocida en el Perú por medio legal, no significa que no se pueda identificar históricamente la realización material de la misma en institutos clásicos del Derecho Administrativo.

Señala De La Cuetara (1983), que en la génesis del Derecho Administrativo de corte liberal, se consideraba a la actividad de policía como la única actividad administrativa; sin embargo, posteriormente, al producirse la expansión de las acciones de la Administración, esta se consideraría insuficiente para explicar la dimensión de esta organización.

En este contexto, una de las tradicionales clasificaciones ideadas para abordar la heterogeneidad de la actividad administrativa en proceso de expansión fue la ideada por el autor español Jordana de Pozas, conocida como la clasificación tripartita de la actividad administrativa. En esta construcción doctrinaria, la actividad administrativa se clasificó en actividad de policía, actividad de fomento y actividad de servicio público (Jordana, 1951).

Dicha clasificación tradicional atina en lo ilustrativo de sus componentes dado que expresa la graduación del protagonismo de la Administración con los particulares. Como hemos indicado, si bien el profesor español identificó a la policía administrativa doctrinariamente en esta clasificación, materialmente se la reconoce como la manifestación más antigua de actividad administrativa.

De esta manera, se puede indicar que la actividad de policía se identifica de manera previa al desarrollo moderno de los institutos del Derecho Administrativo, al punto que Nieto (1976) señala que el término llega a nosotros por “arrastre de inercia”, relativizada por completo su significación inicial.

Entrado el siglo XVII, encontramos que esta actividad se da sin limitaciones ni sometimiento a la Ley y con desconocimiento de los derechos básicos (Fiorini, 1957); contando como sustento de la actividad, el

concepto decimonónico del orden público (Garrido, 2002b). De La Cuetara (1983) contextualiza esta etapa histórica señalando que de manera previa a la Revolución francesa la actividad de policía era considerada, en la mayoría de Estados, como la única o principal “administración interior”, a excepción de las funciones de impartición de justicia, asuntos diplomáticos o el ejército (p.88).

Esta identificación de la actividad de policía como la única encargada del mantenimiento de las cuestiones internas del Estado vino de la mano con una institucionalización del uso de la coacción; la cual, si bien siempre estuvo presente en los procesos históricos de la policía, en esta etapa previa al Estado de Derecho, se tomó como necesaria, al punto de excluir de llamar actividad de policía a actividades sin medios coactivos (Garrido, 2002).

El advenimiento del Estado liberal trajo consigo dos aspectos claves en el desarrollo de la actividad de policía. Primero, las medidas limitativas de la actividad de particulares se empezaron a dictar en relación con materias específicas, rompiéndose el paradigma de la policía unitaria pasando a policías especializadas (Nieto, 1976). Lo segundo, se empezó a frenar el uso indiscriminado de la coacción debido a que, con la consagración de derechos subjetivos, la policía surgió como una facultad excepcional de limitación de tales derechos, intentándose reducir la utilización de sus medios coactivos (Garrido, 2002).

El final del siglo XIX y el comienzo del siglo XX, supuso la presencia e intervención de la Administración en muchos sectores de la sociedad debido a la concepción del Estado social. Como indica García (2006), en esta etapa se pasó del “supuesto absentismo a la omnipresencia” (p.21).

Es así que la actividad de policía, ya caracterizada con la especialización e intervención en distintos sectores de la sociedad, debía contar con límites claros. Por ello, esta ampliación de ámbito de acción y las nuevas potestades administrativas generadas, provocan la necesidad de la revisión de dos conceptos asociados con la actividad de policía: orden público y coacción.

Respecto al primero, en el siglo XX el concepto del orden público se asoció con la referencia al interés público y la falta de perturbación de este por parte de los particulares; siendo que, la policía solo se enfocaría en evitar esta perturbación permitiendo, en principio, el ejercicio efectivo de derechos de los particulares (García, 2006).

En relación con la utilización de medidas coactivas, en esta etapa no podía mantenerse como actividad administrativa una en la que la primera opción y nota característica fuera la represión, al entenderse esta como última ratio en un Estado de Derecho. Por tanto, conforme a lo señalado por De La Cuetara (1983), la actividad de policía buscó su legitimación en la facultad de la Administración Pública para limitar, de ser el caso coactivamente, las actividades de los particulares cuando se encuentre comprometido el interés público.

3. La fiscalización como medio de la policía administrativa

Actualmente, podemos definir a la actividad administrativa de policía como el conjunto de medidas utilizadas por la Administración para que el destinatario de la norma, ex ante o ex post, ordene su actividad a un fin de utilidad pública basado en parámetros determinados por la normativa, siendo una última opción el uso de acciones coactivas (Rivero, 2000). En tal sentido, la policía administrativa cuenta con un conjunto de medios utilizados por la Administración para que el destinatario de la norma ordene su actividad, sin llegar a la necesidad de la imposición de actos como las sanciones administrativas.

Para ello, la policía administrativa se ha caracterizado por contar con medios mucho más fáciles de identificar que su propia definición. Sobre estos medios, lo primero que hay que advertir es que estos pueden ser utilizados en el marco de otras actividades administrativas, como por ejemplo la regulación económica; sin embargo, pueden ser consideradas dentro de la actividad de policía ya que son propias y peculiares de esta actividad sin ser exclusivas ni excluyentes (De La Cuetara, 1983).

Ahora bien, al revisar la doctrina sí se logra encontrar que la diversa clasificación de los típicos medios de ordenación de actividades se encuentra, normalmente, en el apartado correspondiente a la actividad de policía o la que haga sus veces como actividad limitadora de derechos.

Así tenemos que Garrido (2002) clasifica a los medios de policía en: reglamento de policía; autorizaciones, órdenes y prohibiciones; la coacción (en la cual no incluye a las sanciones); y, las técnicas específicas de comprobación (p.172).

Esteve (2015) identifica los siguientes medios de policía: autorizaciones, sanciones, órdenes, prohibiciones e inspecciones (p.356).

Resulta evidente lo disímil de las clasificaciones doctrinarias sobre los medios de policía. Sin embargo, es posible identificar que entre los medios de policía a los que recurre la Administración Pública clásicamente se engloba la actividad de fiscalización, como una de naturaleza *ex post*, esto es, presupone que ya existe el desarrollo de la conducta a controlar, no como las autorizaciones que son un medio de policía *ex ante*.

La razón de incluir a la fiscalización como un medio de policía no es tan compleja: la fiscalización se condice con la finalidad de la policía moderna, esto es, ajustar conductas a lo establecido en la normativa. Es que como señala Esteve (2003) el elemento teleológico característico de la policía es el mantenimiento del orden público o su restablecimiento.

En este orden de ideas, la inclusión de la fiscalización dentro de la policía administrativa es advertida por Rivero (2000) quien señala que aquella, entendida como control administrativo de la actividad de particulares, es reconocida como un medio policial clásico al contar con el elemento teleológico de garantía del orden público.

En resumen, tenemos que la policía en la actualidad se caracteriza por:

- Instrumento que ordena conductas.
- Especialización por sectores, no existe una policía de tipo unitaria.
- Cuenta con instrumentos o medios de policía, entre los cuales se encuentra la actividad de fiscalización.

4. La actividad de fiscalización desde su definición en el Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General

Como medio con un componente propio de garantía de cumplimiento normativo, la actividad de fiscalización ha estado presente en el quehacer administrativo nacional desde hace mucho.

Al respecto, Sánchez (2020) expone que la fiscalización se encontraba muy presente en la época del Estado interventor-empresario propio del modelo de la Constitución de 1979, aunque esta se decantó en un uso politizado y sin la observancia de garantías, derechos y obligaciones (p. 46).

Posteriormente, la fiscalización es reconocida con un instrumento propio del Estado subsidiario-garante propio del modelo constitucional de la Constitución de 1993, que luego en el inicio del siglo XXI empieza a

desarrollar y consolidar una especialidad y tecnicidad con los organismos reguladores, luego con INDECOPI y posteriormente con los organismos técnicos especializados (Sánchez, 2020, p. 49-52), creándose regímenes especiales de fiscalización, regulados específicamente por vía reglamentaria.

Por su parte, el reconocimiento legal de la fiscalización se da con la modificación que sufriera la LPAG mediante el Decreto Legislativo N° 1272 del año 2017, encontrándose, a la fecha, una regulación general legal dispuesta en el Capítulo II del Título IV del TUO de la LPAG.

Así tenemos que el TUO de la LPAG denomina a esta actividad como fiscalización en su artículo 239, definiéndola de la siguiente manera:

“Artículo 239.- Definición de la actividad de fiscalización

239.1 La actividad de fiscalización constituye el conjunto de actos y diligencias de investigación, supervisión, control o inspección sobre el cumplimiento de las obligaciones, prohibiciones y otras limitaciones exigibles a los administrados, derivados de una norma legal o reglamentaria, contratos con el Estado u otra fuente jurídica, bajo un enfoque de cumplimiento normativo, de prevención del riesgo, de gestión del riesgo y tutela de los bienes jurídicos protegidos”.

La aproximación que nos da la Ley a su definición se basa, por tanto, en los siguientes componentes identitarios: como actividad material que tiene por único y fundamental objeto el conocimiento del cumplimiento de los deberes, obligaciones y limitaciones a las que están sometidos los destinatarios de la norma (Rebollo, 2013, p.56).

Observamos, entonces, el reconocimiento legal de la definición de la fiscalización a partir de su componente finalista, esto es, la búsqueda del cumplimiento normativo, sumado a su componente de actividad material.

En ese sentido, debemos indicar que, a partir de la definición de la fiscalización, basada en sus componentes de ejecución material y finalidad, es la actividad que engloba una serie de actuaciones materiales desplegadas por las entidades de la Administración Pública que buscan asegurar el cumplimiento normativo. Deseamos, en esta parte del trabajo, hacer énfasis de ambos componentes debido a que precisamente estos son los elementos de la fiscalización que han sido materia de control por parte de la

jurisprudencia que ha tratado el tema, como lo veremos más adelante.

Por otro lado, el legislador facultado fue consciente de que tanto en la doctrina como en la regulación especial esta actividad era conocida con diversas denominaciones. Desde la doctrina, como hemos adelantado en este trabajo, se conoce a la fiscalización con denominaciones como control, inspección o supervisión; englobando todos estos términos el concepto de despliegue de actuaciones materiales de verificación. Así tenemos que, por ejemplo, Bermejo (1998) denomina a esta actividad como inspección, describiéndola de la siguiente manera:

“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” (p. 40).

De igual manera la regulación sectorial especializada optaba por denominarla con diversa terminología, con términos como supervisión o inspección. De tal modo, teníamos que diversas entidades (locales, organismos reguladores y organismos técnicos especializados) ejercían esta actividad con una denominación específica y podían contar con reglas distintas; a pesar de que todas ellas realizaban la labor de verificación de hechos con la finalidad de comprobación normativa tuitiva de bienes jurídicos.

Por ello, para superar la problemática terminológica, al incorporarse en la LPAG la mencionada actividad, se estableció lo que actualmente se encuentra regulado en el inciso 2 del artículo 239 del TUO de la LPAG:

“Artículo 239.- Definición de la actividad de fiscalización

(...)

239.2 Independientemente de su denominación, las normas especiales que regulan esta función se interpretan y aplican en el

marco de las normas comunes del presente capítulo, aun cuando conforme al marco legal sean ejercidos por personas naturales o jurídicas privadas”.

Se aprecia la intención uniformadora de la ley, que obliga que las reglas generales de la fiscalización sean aplicadas al desplegarse sectorialmente la actividad material de comprobación normativa.

Así tenemos que la regulación contenida entre los artículos 239 al 246 del TUO de la LPAG establecen los componentes identitarios de la fiscalización, así como las reglas que deben ser observadas para su desarrollo de manera adecuada; las mismas que deben ser tomadas en cuenta por todos los sectores especializados, independientemente de la denominación adoptada en la normativa sectorial.

Los rasgos identitarios de la fiscalización desde la Ley pueden ser resumidos de la siguiente forma:

- Corresponde ser ejercida por las entidades que cuentan con una potestad atribuida desde una norma legal (artículo 239 del TUO de la LPAG).
- Cuenta con un componente material, en el sentido que se reconoce como la ejecución de una actividad la cual, para ser reputada como válida, debe seguir ciertas reglas prescritas por ley (artículos 240 al 244 del TUO de la LPAG).
- Cuenta con un componente finalista, el cual debe ser llevado a cabo con una vocación determinada por ley (artículos 245 al 246 del TUO de la LPAG).

En cuanto al primer rasgo identitario, la potestad puede ser entendida de manera general como una situación que permite que su sujeto titular imponga, a través del ejercicio del poder, la modificación en las relaciones jurídicas con otros sujetos o la variación del estado de las cosas a través de actuaciones materiales (Santamaría, 1991).

En el caso de la fiscalización, conforme señala García (2006) se está ante un “poder funcional” que interviene en la esfera jurídica de los destinatarios de la norma, siendo ejercida por los sujetos públicos (p.29). En el mismo sentido, indica Rebollo (2013) que se puede hablar de actividad, función o potestad inspectora o fiscalizadora pero siempre refiriéndonos a una “titularidad pública”; siendo estas irrenunciables, intransmisibles e

inalienables (p.42). Esta característica se reconoce desde lo establecido en el artículo 239 del TUO de la LPAG, al establecer a la fiscalización como una acción pública.

En cuanto a la atribución de esta potestad, el artículo 239 señala que el ejercicio de esta actividad se da solo por parte de entidades que cuenten con la potestad establecida desde norma con rango legal (Ley o Decreto Legislativo), por ello tenemos que esta potestad tiene un origen normativo, pero no cualquiera, sino uno que se encuentra a favor “administraciones legalmente habilitadas” (Bermejo, 1998, p.44).

En tal sentido, la actividad de fiscalización tiene un elemento sustantivo constituido por la existencia de una potestad administrativa, por lo que no requiere del concierto de la voluntad del administrado (Tirado, 2011), siendo estos “titulares pasivos”, es decir obligados a soportar la inspección, en la medida y forma que prescriba la norma (Bermejo, 1998).

Ahora bien, tomando lo último mencionado, tenemos que el ejercicio de la fiscalización requiere de formas determinadas, las cuales precisamente son cauteladas por la LPAG a partir de la imposición de reglas para su ejecución material y para garantizar su finalidad como medio de verificación de cumplimiento normativo. Hablamos aquí de los componentes material y finalista, y su regulación por vía legal; aspectos que serán materia de desarrollo particular en el siguiente apartado de este trabajo. Además, como hemos adelantado, ambos componentes son precisamente los que han sido materia de control jurisdiccional, motivo por el cual merecen un mayor desarrollo.

5. El resguardo legal de los componentes material y finalista de la fiscalización administrativa

Las disposiciones legales establecidas en el capítulo de la fiscalización del TUO de la LPAG tienen una intención: que el ejercicio material de la actividad de fiscalización sea válida y que asegure su finalidad de comprobación material, esto es, las disposiciones establecidas en la ley pretenden asegurar ambos componentes definitivos de la fiscalización.

En ese sentido, esta regulación busca, con la serie de reglas impuestas para su ejecución, asegurar el correcto desenvolvimiento del componente material; y, establecer que la finalidad de cumplimiento normativo se brinde bajo una vocación determinada: no punitiva, sino preventiva y correctora. El

cumplimiento de estas disposiciones tiene por objetivo que la fiscalización obedezca a su definición de actividad de comprobación material para el cumplimiento normativo.

Por ello, ahora analizaremos a profundidad ambos componentes y también veremos las formas prescritas desde la Ley para su resguardo.

El componente material de la fiscalización

El componente material de fiscalización consiste en el despliegue de actuaciones a cargo de la Administración. Conforme señala Bermejo por medio de esta actividad las entidades habilitadas obtienen información, comprueban, examina, vigilan, investigan hechos, actos, actividades, situaciones, documentos, operaciones (1998, p.44), e incluso obliga a la interacción, con una predeterminada conducta, por parte del destinatario de la fiscalización, sea esto deseado o no. Esta enumeración no es otra cosa que el conjunto de actividades materiales y técnicas realizadas físicamente (Morón, 2020, p. 26), para lograr la finalidad encomendada que hemos descrito en los párrafos precedentes.

Recordemos, para fines de diferenciación, que la Administración también puede pretender asegurar el cumplimiento normativo mediante la emisión de decisiones, que sería la producción de actos administrativos como la sanción administrativa, que es un mal jurídico disuasivo.

En el caso de la fiscalización, se busca lograr el cumplimiento normativo, no con la producción normativa de una decisión, sino con una serie de hechos administrativos de recojo de información, interacción con el administrado, vigilancia, entre otros. Así, la fiscalización, a diferencia de otros medios policiales como pueden ser las autorizaciones o “las medidas de choque” (Cierco, 2008) no está conformada por actividades jurídicas-formales, sino por actividades materiales.

Estamos, por tanto, al hablar de la actividad de fiscalización frente a un conjunto de actuaciones que no son ni requieren de un procedimiento administrativo previo para ser ejercidas. En cuanto a su diferencia con el procedimiento administrativo, debe quedar claro que la fiscalización no comparte las características de aquel. Al respecto, como señala Izquierdo (2019), en posición con la que coincidimos:

Por tanto, se comprenderá que la inspección en sí misma no sea o no forme parte de un procedimiento administrativo, aunque así se haya defendido por algunos autores. Esta afirmación no queda desvirtuada por el hecho de que, en muchas ocasiones, en la actuación inspectora se realicen actuaciones jurídicas-. (...) Todas estas actuaciones jurídicas, que implican el ejercicio de potestades, tampoco exigen necesariamente la existencia de un procedimiento ni llevan a una resolución administrativa. A lo sumo, deberán dotarse de alguna formalización —la que establezca la normativa sectorial (p. ej., su reflejo en un acta), pero no más (p. 407).

Por otro lado, en relación con su necesidad de vinculación con un procedimiento previo, tenemos que García-Andrade califica a la fiscalización, denominada como inspección, dentro del grupo de actuaciones administrativas materiales que no requieren un procedimiento previo, pero que sin embargo es posible de ser impuesta a los particulares incluyéndose una serie de deberes (2021, p. 50), como ocurre en la fiscalización regulada en el Perú.

Desde esta aproximación de la fiscalización desde su componente material podemos sintetizar lo expresado en líneas precedentes, de la siguiente manera:

- La fiscalización no es un procedimiento administrativo.
- La fiscalización no es un acto administrativo.
- No se refiere al ejercicio de la potestad sancionadora.

En relación con el último punto, merece hacerse una distinción adicional sobre el tema de la potestad sancionadora y la fiscalización, debido a la cercanía entre ambas figuras, esto se efectuará más adelante en este trabajo, cuando se trate el tema de la vocación no punitiva de la fiscalización.

Ahora bien, volviendo al componente material de la fiscalización, como tal, al ser uno de corte ejecutivo, esta puede ser llevada a cabo en la realidad de manera diversa, amplia o incluso desproporcionada. Nuestra LPAG se encarga de colocarle linderos a esta actuación, siendo que solo cumpliéndose estos, se entiende como válida la fiscalización, lo cual ha sido controlado judicialmente como lo veremos.

Así, tenemos que las disposiciones contenidas entre los artículos 240 al 244 del TUO de la LPAG establecen una serie de adecuaciones de

comportamiento, tanto de la entidad fiscalizadora como del sujeto fiscalizado.

Por parte del sujeto fiscalizado, el artículo 240 (facultades de las entidades fiscalizadoras) y el artículo 243 (deberes de los fiscalizados) establecen de manera general el deber de soportar el ejercicio de diversas potestades sobre su esfera jurídica, pudiendo ser estas “ordenatorias” o “conformatorias”, siendo que en las primeras el administrado tiene el deber de realizar la entrega de documentos o la comparecencia exigida por la autoridad; mientras que las segundas, son las referidas al acceso a los locales o el acceso a la documentación a verificar (Rebollo, 2013, p.60).

Asimismo, debe soportar la posibilidad de aplicación de medidas que tiene por finalidad el cumplimiento del ordenamiento jurídico mediante acciones, o incluso actos administrativos que buscan la tutela de las condiciones legales de la actividad (García, 2006, p.18). Estamos, por tanto, ante una relación de sujeción especial entre el fiscalizado y fiscalizador (García, 2006, p. 56).

Por su parte, las entidades fiscalizadoras deben cumplir con las adecuaciones normativas previstas para el ejercicio válido de la fiscalización. De tal manera, los artículos 241 (deberes de las entidades de fiscalización) y 242 (derechos de los fiscalizados) del TUO de la LAPG, establecen lo que Bermejo califica como “límites relevantes” del ejercicio de la fiscalización, siendo que “que las funciones inspectoras ni son ilimitadas, en tiempo, forma y alcance, ni pueden ejercerse libre o discrecionalmente de modo absoluto” (1998, p.54).

En tal sentido, estos límites cautelan que el componente material de la fiscalización no se realice de cualquier forma, sino de acuerdo con una manera que se repute como cumplidora de la legalidad y respetuosa de los derechos de los fiscalizados; forma que se encuentra prescrita en las disposiciones del TUO de la LPAG. Al respecto, Rebollo precisa que las diligencias de fiscalización deben cumplir estas formalidades, siendo “que las normas que las prevean y los inspeccionados tendrán los derechos y garantías que se le confieran” (Rebollo, p.66, 2013).

Se observa que las disposiciones del TUO de LPAG comentadas pretenden asegurar una interacción correcta en la ejecución material de la fiscalización, estableciendo legalmente el cumplimiento de ciertos parámetros de conducta, subsumidos en artículos que reconocen deberes,

derechos y facultades.

Los parámetros de conducta en la interacción permiten que exista, a su vez, un amplio espacio de ejecución de la fiscalización, espacio que debe respetar aquellos linderos establecidos legalmente.

Así tenemos que la ejecución de la fiscalización debe respetar dichos límites a cambio de no estar atada a los mandatos más férreos propios del procedimiento. Rebollo explica esto a partir de la relativización de las reglas del procedimiento para el caso de la fiscalización:

“Pero lo que interesa señalar con carácter general es que las actuaciones inspectoras, que normalmente se acometen sin que ni siquiera exista una sospecha de incumplimiento sino para vigilar en general la observancia de las normas, no están sometidas necesariamente a las reglas y principios del procedimiento administrativo propiamente dicho, en especial el principio de contradicción, ni los administrados tienen los derechos que sí les asisten en él” (2013, p. 36).

Es que, si bien existen los precitados límites de la interacción, a la misma vez, se tiene que en el seno del ejercicio material el ente fiscalizador puede establecer mandatos que se dictan “de plano”, esto es, sin ningún procedimiento previo. Piénsese por ejemplo en los requerimientos del fiscalizador de que los agentes fiscalizados realicen una acción determinada para ver si se cumplen las adecuaciones dictadas por la norma o la exhibición de documentación, esto en puridad es un mandato que se da en la interacción de la fiscalización, y que el fiscalizado está obligado a soportar, sin poder alegar que no se ha dado un procedimiento previo para esta “orden”.

Así tenemos que el control que se puede efectuar sobre la ejecución material de la fiscalización, no se dará sobre la posibilidad de efectuar estos mandatos sino sobre que, en su ejecución, se haya respetado la forma prescrita para llevarlos a cabo. Quizás la mejor manera de sintetizar los límites de la fiscalización es que precisamente requiere de un equilibrio entre las potestades ordenatorias y confirmatorias y el ejercicio de los derechos fundamentales (Boix, 2016, p. 57), siendo que este equilibrio, agregamos, se logra con el respeto de las previsiones legales establecidas para el componente material de la actividad.

En suma, la regulación del componente material dado en la LPAG

reconoce por un lado que existan potestades, con relativización de exigencias formales en su ejercicio, pero también reconoce que las facultades conferidas tienen como límites los derechos de los administrados, debido a que finalmente sé es consciente que estamos ante una intromisión de la actividad de los particulares.

Finalmente, sobre el componente material de la fiscalización, no existe un procedimiento o acto que dé cuenta, de manera directa, de las actuaciones realizadas; sino que estas encuentran su registro en un especial documento: acta de fiscalización.

Así tenemos que el resultado de las actuaciones realizadas por las fiscalizaciones, en esta etapa, se plasma en las actas de fiscalización. En este documento-instrumento se registran las constataciones y verificaciones objetivas de lo actuado en la fiscalización. Esto significa que, en la fiscalización, lo detectado requiere de un registro formal que se da, exclusivamente, en el acta de fiscalización.

Sin embargo, no solo contiene esto. En la línea de la cautela legal de la correcta ejecución material de la fiscalización, tenemos que el artículo 244 del TUO de LPAG dispone que en el acta no solo se encuentre el registro de la comprobación *in situ* de los hechos, sino también el registro del comportamiento de los actores y el nivel de cumplimiento de sus deberes y obligaciones en la interacción.

Estas actas gozan de valor probatorio, encontrándose esta característica en el artículo 244.2 del TUO de LPAG, disposición en la cual se establece que estas actas tienen valor probatorio respecto a los hechos y las ocurrencias constatados por el fiscalizador.

En este orden de ideas, desde la doctrina, se reconoce que existe una “presunción de certeza” de las actas de fiscalización, a partir de la cual se señala que dichos documentos cuentan con el carácter de presunción *iuris tantum* sobre la información recogida para efectos de la toma de decisiones posteriores a la fiscalización (Aguado, 2010, p. 667), siendo que esta presunción solo se rompe si es que se prueba lo contrario a lo consignado en el acta o si la misma no ha cumplido con las formalidades debidas.

Así, este valor probatorio, como veremos al exponer el control jurisdiccional efectuado, requiere el cumplimiento de las formalidades establecidas, siendo que, sin estas, los hechos, a pesar de poder ser alegados

por la Administración, no se considerarán. De nuevo, la fiscalización tiene un amplio margen de ejecución, con reglas relativizadas en comparación al procedimiento, pero estos límites, a pesar de no ser tantos, son definitorios para validar el correcto ejercicio. De tal manera, el cumplimiento de las formalidades en el acta es otro mandato legal que cautela la correcta ejecución material de la fiscalización.

El componente finalista de la fiscalización

En relación con el componente de la finalidad de la fiscalización, conforme señala Fernández (2002) hay una relación entre esta actividad material de fiscalización y el cumplimiento normativo, vínculo que nace a partir de la importante problemática de la efectividad del ordenamiento jurídico:

Uno de los problemas que recurrentemente aquejan al ordenamiento administrativo es el de su incumplimiento, que cuando rebasa ciertos umbrales afecta la propia legitimidad del ordenamiento correspondiente.

(...)

En efecto, la efectividad de las disposiciones administrativas depende enormemente de la aplicación eficaz por parte de la Administración de las técnicas y potestades de policía administrativa de control preventivo y suceso al inicio de la actividad potencialmente lesiva de los intereses públicos (p. 89).

Es así que ante esta brecha existente entre los parámetros de deber ser establecidos por la norma administrativa se prevén mecanismos para su disminución, los cuales no se agotan en la mera existencia de consecuencias jurídicas como las sanciones:

Y, en cualquier ámbito o materia, es evidente que la mera aprobación de normas sancionadoras no supone la observancia de la legalidad, si no existe una actividad positiva y eficaz de la Administración en orden a su aplicación.

(...)

Ante estos problemas apartemente congénitos de efectividad de las normas administrativas, cobra cada vez mayor relieve la necesidad de articular mecanismos y técnicas de control que garanticen la aplicación del ordenamiento administrativo (Fernández, 2002, p. 90-91).

Ante esta problemática, la actividad material adecuada para garantizar el grado de cumplimiento normativo es la fiscalización, erigida “para lograr el cumplimiento de las normas, pues la finalidad institucional de la actividad de inspección consiste precisamente en garantizar la adecuación permanente de la actividad sujeta a control a las determinaciones legales” (Fernández, 2002, p. 92).

Así, la fiscalización ejercida por la Administración Pública tiene por finalidad “examinar la conducta de los administrados para comprobar el cumplimiento de los deberes, prohibiciones y limitaciones a los que están sometidos y, en su caso, preparar la reacción administrativo frente a las transgresiones que se detecten” (Rebollo, 2013, p.56).

Cabe agregar que el cumplimiento normativo como finalidad de la fiscalización no se da de manera “ciega” sino que, subsecuentemente, resulta ser una “garantía de los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento cuya efectividad trata de asegurar” (Fernández, 2010, p. 514). Es así que la fiscalización se diversifica mediante los sectores de la Administración Pública a los que le encarga la protección especializada de los bienes jurídicos, ej. la actividad fiscalizadora a cargo de Administración Pública sanitaria, educativa, laboral, de libre competencia, etc.

Por su parte, este componente finalista de la fiscalización, al igual que el material, también se encuentra reconocido y resguardado en nuestra LPAG: en su definición otorgada por el artículo 239 del TUO de la LPAG, así como en los artículos 245 y 246 de dicha norma. Sobre el artículo 239, la finalidad de verificación de cumplimiento es expresa al indicar que sirve para constatar “las obligaciones, prohibiciones y otras limitaciones exigibles a los administrados, derivados de una norma legal o reglamentaria, contratos con el Estado u otra fuente jurídica”.

Por su parte, en el artículo 245 se puede encontrar la vocación no punitiva de la fiscalización, esto es, su apartamiento de actividad vinculada necesariamente al ejercicio de la potestad sancionadora. Es que, como hemos indicado, la idea moderna de la fiscalización es que su sola actuación busque asegurar el cumplimiento normativo, algo que nuestra norma legal reconoce. Así tenemos que este artículo plantea la vocación no punitiva en la finalidad de la fiscalización desde dos perspectivas:

- De los cinco modos de conclusión de la fiscalización, solo uno está asociado al despliegue sancionador de la Administración Pública, el que se traduce con la "recomendación de inicio de procedimiento sancionador", constituyéndose solo en ese caso la fiscalización como una actuación previa al PAS que luego sustenta el inicio del procedimiento.

El resto de las modalidades de conclusión están enfocadas en mecanismos no punitivos de culminación, propios de la regulación responsiva.

- Permite que existan fiscalizaciones orientativas que identifiquen riesgos y notificación de alertas a los administrados, esto es, fiscalizaciones sin intención de identificación de infracciones.

Es de este modo que nuestra norma legal reconoce que la fiscalización se erige como un mecanismo independiente de la potestad sancionadora para lograr la ordenación de actividades sin llegar al ámbito de última ratio de las sanciones administrativas (Rivero, 2000, p.79).

Esta distinción se da debido al carácter autónomo con el que se ha normativizado legalmente la fiscalización en nuestro país y que es cautelado por las disposiciones antes mencionadas. Nuestra ley toma posición, especificando, como lo aduce la doctrina mayoritaria actualmente, que la fiscalización no es una actividad auxiliar a la potestad sancionadora (Rebollo, 2013, p.57).

El criterio diferenciador entre ambas potestades no es tan difícil de comprender si es que se parte precisamente de los componentes material y finalista ya explicados en este trabajo. Evidentemente la distinción parte del hecho de que la potestad sancionadora tiene un carácter represivo o de aplicación de mal jurídico mientras que a la fiscalización -por lo menos la reconocida en nuestra ley- no tiene dicha vocación al ser ejecutada.

Así tenemos que García (2006) explica este criterio de diferenciación de la siguiente manera:

“El criterio aplicable a las sanciones difiere del que subyace en la potestad inspectora, en la que prima la idea del control de la legalidad. Aquí se persigue 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" (p. 37).

Precisamente esta distinción es la que inviste a la fiscalización con su real vocación: ser preventiva y correctora. Sobre esto, tenemos que la norma legal evoca a esta vocación de actividad que busca la prevención y la corrección.

Primero, sobre la prevención tenemos que indicar que la fiscalización permite verificar el cumplimiento de los mandatos normativos, así como advierte con antelación probables trasgresiones graves, y finalmente por el efecto intimidatorio en los ciudadanos del ejercicio de esta actividad (García, 2006).

De esta manera tenemos que la vocación de prevención de la fiscalización tiene dos vertientes:

- **La prevención general por su potencial ejecución:** Rebollo señala que la fiscalización por si sola "cumple una función de prevención general", debido a su efecto intimidatorio que además es constante y permanente (2013).

Respecto a ello, Bermejo (1998) señala que la actividad de fiscalización constituye una advertencia de control permanente del cumplimiento de obligaciones o deberes, tanto desde la perspectiva jurídico-formal como desde el punto de vista sustantivo.

Esto significa que la sola ejecución, o potencial ejecución de la fiscalización, busca ser una advertencia de cumplimiento en todos los destinatarios de la norma, no solo en el concreto fiscalizado. Así, la constante advertencia de la ejecución de la fiscalización "despliega un importante efecto disuasorio que impulsa a los administrados hacia el respeto al ordenamiento" (Izquierdo, 2019, p. 401).

- **La prevención específica en la concreta ejecución:** Por otro lado, en el caso del fiscalizado concreto, existen medidas preventivas propias de la ejecución concreta. Con estas se busca que el fiscalizado no cometa, a futuro, posibles infracciones administrativas.

Así tenemos que, por ejemplo, la fiscalización orientativa es un tipo de medida preventiva, debido a que con su ejecución se detectan, con

un carácter no punitivo, los riesgos existentes en el sujeto fiscalizado (Morón, 2020, p. 21).

Asimismo, la advertencia de incumplimientos normativos no pasibles de efectos sancionadores, reconocida en el inciso 3 del artículo 245, es otro tipo de medida preventiva específica.

Inclusive, la certificación de conformidad del administrado, establecida en el inciso 1 del artículo 245, es una medida que busca la prevención, ya que al ser un incentivo positivo hacia el fiscalizado coadyuva a que continúe con su actuar conforme a normativa.

Por su parte, sobre la vocación correctora de la fiscalización, esta se da como manera de reacción de la Administración, sin que esta reacción se comprometa con el ejercicio de la potestad sancionadora.

En relación a la vocación correctora, Fernández (2002) señala que existe un sentido de reacción en la fiscalización, que no solo debe ser tomada como fuente de medidas preventivas, sino que, al margen de la actuación sancionadora, debe velar por reestablecer la legalidad cuando se requiera “adoptando aquellas medidas precisas para evitar la consumación de la lesión de los interés públicos o bienes jurídicos protegidos o, cuando esta ya se ha producido, para detener el daño que se esté causando a dichos bienes” (p.25).

Como señala Morón, la fiscalización no deja de tener una finalidad correctora ante los incumplimientos ya consumados al momento de verificar, por lo que activa diversos mecanismos de reacción previstos en la normativa ante esas situaciones (2020, p.21).

Estas acciones correctoras en la fiscalización suponen, en primer lugar, la detección de incumplimientos normativos de tal índole o gravedad que no pueden ser pasibles de meras recomendaciones de mejoras o de advertencias (incisos 2 y 3 del artículo 245 del TUO de la LPAG) sino que son incumplimientos que ameritan, por parte de la Administración, de una reacción inmediata debido a su gravedad. Precisamente, la distinción entre la dación de recomendaciones o advertencias, y la aplicación de acciones correctoras es la gravedad del incumplimiento normativo detectado.

Así tenemos que la LPAG establece la posibilidad de la imposición de medidas correctivas en la etapa de fiscalización. Al respecto, antes de la modificación de la LPAG del año 2017, las medidas correctivas solo eran

impuestas juntamente con la sanción; desde la inclusión de la actividad de fiscalización en la ley, se tiene que existe la posibilidad de imponer medidas correctivas en la etapa de fiscalización, siempre y cuando la entidad se encuentre facultada por norma legal para realizarlo.

En relación con las medidas correctivas, ya sean estas impuestas con una sanción o las que se imponen en la fiscalización, tenemos que son un tipo de lo que Morón denomina como actos-medida (2010). Sobre este tipo de medidas, en esta categoría se agrupan otro tipo de medidas que comparten la característica de no ser medidas sancionadoras a pesar de sus rasgos afflictivos, pero se diferencian entre sí claramente por su finalidad. Así, las medidas correctivas buscan el restablecimiento de legalidad; las medidas provisionales o preventivas pretenden asegurar la eficacia de una resolución final; mientras que las medidas de seguridad tienen como finalidad detener una situación de riesgo inminente sin necesidad del condicionamiento a un determinado procedimiento o a una resolución final (Morón, 2010).

En la fiscalización, la posibilidad de aplicación de actos-medidas se encuentran reconocida en al artículo 246 del TUO de la LPAG; y, tomando la clasificación efectuada por Morón, al parecer no solo reconoce a las medidas correctivas sino también las medidas de seguridad, denominándolas como medidas cautelares:

Artículo 246.- Medidas cautelares y correctivas

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

Con la aplicación de estos actos-medidas se grafica la vocación correctora de la fiscalización, debido a que la reacción de la Administración frente a situaciones determinadas requieren de su uso, al no poder esperar el inicio de un procedimiento sancionador para ser atendidas. En tal sentido, de los actos-medidas desarrollados, podemos encontrar la posibilidad de que en la fiscalización se apliquen, por ejemplo:

- Medidas correctivas en cualquier sector habilitado por Ley. Estas son distintas a las medidas correctivas clásicas que se dan conjuntamente con una resolución de sanción.

- Medidas de seguridad sanitarias con las que cuentan ciertas entidades como DIGEMID o SUSALUD.
- Medidas de seguridad municipales de prevención de riesgos por ejemplo en los grifos, potestad reconocida como constitucional por el Tribunal Constitucional en los expedientes N° 03951-2007-AA, N° 01050-2008-PA/TC y N° 03951-2007-AA.

En relación con estos actos-medida cabe mencionar una particularidad, con cargo a un desarrollo mayor debido a que escapa al fin de este trabajo: la posibilidad de que las mismas puedan ser recurridas, si es que la norma lo permite (ejemplo en el caso de las medidas de seguridad de SUSALUD de acuerdo al DS N° 034-2015-SA, Reglamento de Supervisión de SUSALUD).

Si es que existe esta posibilidad de recurrir estos actos, nos encontramos con algo especial: dentro de la fiscalización se inicia un procedimiento administrativo para la aplicación de estas medidas, siempre y cuando se den los presupuestos de ley. En tal sentido, a partir de la fiscalización, en estos casos, nace un procedimiento paralelo, generando actos que son recurribles debido a que ponen fin a su “instancia”. Tema que como hemos indicado, a pesar de la interesante conjugación de institutos que plantea, no puede ser abordado en el presente trabajo por la extensión que merece.

6. El control jurisdiccional sobre los componentes material y finalista de la fiscalización

Habiendo detallado los componentes material y finalista de la fiscalización, aterrizando en el tema del control podemos plantear algunas preguntas ejemplificadoras ¿Qué ocurre si es que en la fiscalización no se cumplen con las previsiones y se levanta un acta de fiscalización sin las formalidades debidas? ¿Qué ocurre si en una fiscalización alguna parte no cumple con sus deberes previstos en la normatividad?

Si es que la fiscalización no requiere de un procedimiento, si necesariamente no existe un acto administrativo en el cual se pueda controlar la actuación administrativa; cómo se efectúa un eventual control jurisdiccional sobre la fiscalización en los supuestos detallados en el párrafo precedente.

Como hemos adelantado en este trabajo, el control jurisdiccional

efectuado en nuestro país, en sede suprema mediante casaciones, se ha enfocado en controlar el correcto desenvolvimiento de la ejecución material de la fiscalización, así como el aseguramiento del componente finalista, principalmente desde su vertiente preventiva.

Así, las casaciones que examinaremos han sido motivadas a partir de la revisión en sede de Corte Suprema de sentencias de primera y segunda instancia emitidas en el marco de procesos contenciosos administrativos. Y es que si bien el control jurisdiccional que se hace en los procesos contenciosos administrativos clásicamente ha sido sobre actos administrativos también se da sobre actuaciones originando la posibilidad de revisión de la fiscalización.

Precisamente, el control que se efectúa en las sentencias a revisar es sobre la actividad de fiscalización, debido a que han terminado siendo materia de procesos contenciosos administrativos que han cuestionado sanciones administrativas, revisión que no se ha efectuado en base a vicios en el procedimiento sancionador que diera a luz al acto, sino directamente cuestionándose la actividad de fiscalización desplegada para tales fines.

En otras palabras, lo interesante de estas sentencias es que lo que se ha revisado no ha sido el cumplimiento de pasos para la producción del acto sino que ha sido un control directo sobre la actividad material de fiscalización, y los posibles incumplimientos normativos en su ejecución o finalidad en el caso concreto.

El control jurisdiccional de la fiscalización efectuado en la sentencia de la Casación N° 4165-2017-Lima

En esta sentencia, emitida el 13 de junio del 2018, la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema analiza el recurso de casación presentado por el Ministerio de Producción por las sentencias de primera y segunda instancia judicial que declararon fundada la demanda contenciosa administrativa presentada por la Compañía Americana de Conservas en contra de Resolución del Consejo de Apelación de Sanciones N° 661-2013PRODUCE/CONAS-CT (segunda instancia administrativa), de fecha treinta de setiembre de dos mil trece, y de la Resolución Directoral N° 746-2013-PRODUCE/DGS (primera instancia administrativa) de fecha dieciocho de marzo de dos mil trece; por la cual se le impone una sanción por la comisión de la siguiente infracción tipificada en el Reglamento de la

Ley General de Pesca, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2001-PE, modificado por Decreto Supremo N° 015-2007-PRODUCE:

“Artículo 134.- Infracciones

Constituyen infracciones administrativas en las actividades pesqueras y acuícolas, las siguientes:

26. Impedir u obstaculizar las labores de seguimiento, control, inspección, supervisión y muestreo biométrico que realice el personal de la DIGSECOVI, IMARPE, IIAP, los observadores CIAT y los inspectores, supervisores o auditores ambientales acreditados por la Dirección General de Asuntos Ambientales de Pesquería u otras personas con facultades delegadas por la autoridad competente”.

En cuanto a los hechos, tenemos que la controversia gira en torno al cumplimiento de los deberes de las partes en la interacción de la fiscalización. Así, se tiene que los inspectores de la Dirección General de Seguimiento, Control y Vigilancia del Ministerio de la Producción (DIGSECOVI) realizaron una inspección en el muelle industrial pesquero de Compañía Americana de Conservas con la finalidad de solicitar información respecto de las treinta toneladas de anchoveta fresca recién descarga y comprada, en el marco de una inspección rutinaria de dicha entidad, o sea de una actividad de fiscalización.

De acuerdo al relato de los hechos (fundamento quinto de la sentencia), en el marco de esta fiscalización, los inspectores de la DIGSECOVI solicitaron al fiscalizado información en relación de una cantidad de treinta toneladas de anchoveta fresca recién descargada y comprada. Este requerimiento efectuado en virtud a las facultades del ente fiscalizador fue realizado al representante de la empresa fiscalizada, obteniendo como respuesta que la mencionada pesca no se encontraba en las instalaciones inspeccionadas debido a que la misma fue enviada en el mismo día a plantas artesanales una vez extraída la misma.

Este hecho fue tomado por el ente fiscalizador como una obstrucción en la labor inspectiva, puesto que la empresa fiscalizada tampoco brindó la información sobre la empresa en la cual fue remitida la mencionada pesca, registrándose este hecho en el acta correspondiente y siendo este el sustento para la infracción atribuida a la empresa.

Como argumento de defensa, la empresa fiscalizada adujo que no

brindó información en el momento de la inspección, debido a que no contaba las guías donde se encontraba la información de la pesca enviada a la planta artesanal.

La Sala de la Corte Suprema, al analizar el caso, primero dejó sentado que la evaluación se realiza sobre “las finalidades de la actividad de fiscalización” (fundamento 1.3), siendo que en la concretización de la situación resulta preponderante cautelar la vocación preventiva de la fiscalización:

“Coincidimos con la doctrina más actualizada *en que se debe enfatizar en la finalidad preventiva de la fiscalización* [cursivas añadidas], lo cual implica la labor activa de la Administración Pública en publicar, difundir, y actualizar las normas acorde a los cambios sociales, económicos, culturales en favor de la Sociedad; concientizando y *haciendo partícipes activos a los mismos administrados fiscalizados de la responsabilidad de las actividades económicas que despliegan* [cursivas añadidas], en estricto cuidado del medio ambiente y recursos naturales; asumiéndose de esta manera un compromiso entre la Sociedad y la Administración”.

Es así que, en el específico sector pesquero, la normatividad especializada (Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Producción y la Ley, y su Reglamento aprobado por DS N° 012-2001-PRODUCE) existe “un compromiso entre las personas naturales, jurídicas y la Administración Pública de tutelar el cumplimiento de las normas pesqueras y acuícolas” (fundamento 2.3).

Este compromiso se da, conforme lo señala la Corte Suprema, para lograr que en la fiscalización se privilegie la vocación preventiva de la fiscalización, lo cual en última instancia permite desincentivar la comisión de infracciones sin llegar al procedimiento administrativo sancionador; esto es, la judicatura reconoce que la fiscalización, con su solo actuar, puede permitir superar la problemática, reseñada en este trabajo, del incumplimiento normativo, sin tener que llegar a la aplicación de sanciones (fundamento 2.3):

“(...) Nótese como prepondera la finalidad preventiva de la fiscalización, a través de acciones oportunas y eficaces, desincentivando la comisión de infracciones; y sobre todo evitar un procedimiento sancionador extenso y engoroso, en contra de los

principios de celeridad y eficacia del procedimiento y esencialmente contra el derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto derecho de los administrados de recurrir a la vía judicial”

Aquí surge la interrogante, si la jurisdicción parte de la premisa que esta es la labor preventiva de la fiscalización a cautelar ¿cómo es que se garantiza esta desde el componente material de la actividad fiscalizadora? La jurisdicción responde esta interrogante en su análisis, reconociendo la existencia de deberes de colaboración ineludibles en la interacción de la fiscalización, lo cual hemos referido a lo largo de este trabajo, siendo que el control en el caso concreto se dio sobre el respeto del parámetro de conducta del fiscalizado.

Este control se basa, inicialmente, en la declaración de los inspectores que señalaron lo siguiente (fundamento cuarto):

“Continuando con el seguimiento nos constituimos en la Planta de Conservas Americanas. Al llegar le preguntamos al responsable sobre la pesca recepcionada, donde nos dijo que estaba en una reunión y que retornáramos o preguntáramos a la DIREPRO. Le comunicamos que se designe a un representante, pero indicó que no tienen tiempo y que su pesca la distribuye en plantas artesanales, les preguntamos cuáles y no quiso contestar”.

Asimismo, la judicatura afirma que se solicitó a la empresa fiscalizadora se indique cuál era la empresa destino de la pesca, para poder realizar la fiscalización sobre esta, lo cual también fue información denegada por la fiscalizada (fundamento 4.2).

Como hemos dicho al momento de explicar el componente material, el control que se puede hacer sobre este, al no ser uno sobre la producción normativa de un acto (control sobre el procedimiento), se realiza sobre actividades ejecutivas, siendo que resulta indispensable el control de la conducta realizada por ambas partes. Por ello, lo mencionado por el ente fiscalizador es contrastado con la declaración del representante de la empresa fiscalizada (fundamento 4.1):

“A las 4:30 de la tarde vienen los inspectores para que le demos información y las guías de donde se ha destinado la pesca. Se les dijo que ahora estamos en una reunión y con prepotencia amenazan con multar. Las guías llegan por la noche a la planta por lo que regularicemos la información

cuando estén en nuestras manos. Por otra parte, la pesca artesanal es competencia de la Dirección Regional, y la pesca nos la cortan plantas artesanales por lo que presentamos la información a la DIREPRO sin que sea competencia de la DIGSECOVI el control de una planta artesanal”.

A partir de las pruebas analizadas, que como hemos indicado versan sobre las conductas ejecutadas en la fiscalización, el fundamento sexto de la sentencia, con el cual se sustenta la decisión de declarar fundada la pretensión del Ministerio de la Producción, señala:

“(...) En consecuencia, si bien es cierto que existía una imposibilidad material de mostrar la pesca recién comprenda por parte de la empresa actora toda vez que fue destinada a la planta artesanal ubicada (...); *es cierto también que existió una obstrucción en las labores de inspección por cuanto no se brindó las facilidades de la ubicación de dicho recurso hidrobiológico, debió precisar a qué planta artesanal habría sido derivada la pesca de su propiedad, a fin de que los inspectores puedan ejecutar su labor de seguimiento del recurso hidrobiológico, y constatar si el mismo efectivamente había sido destinado al consumo humano directo, no siendo un argumento el no contar con las guías de remisión, toda vez que las mismas no eran necesarias para que la actora indique el nombre y la dirección de la planta Artesanal con la cual contrató para el tratamiento primario de la anchoveta (...) [cursivas añadidas]”.*

Tenemos, por tanto, que a partir del análisis de estas pruebas, se realiza el control sobre el deber de colaboración del fiscalizado, el cual no es uno de mera negativa por no contar con la información en el momento, sino que amerita realizar los esfuerzos para colaborar con el ente fiscalizador, siendo que solo de esta manera se cautela la vocación preventiva de la fiscalización.

Es que como se aprecia en el fundamento sustraído de la sentencia, la interacción fiscalizador-fiscalizado requería de este deber de colaboración, el cual no podía ser satisfecho con el hecho de no contar con la información, sino que exigía señalar donde se encontraba el destinatario de la información que exigía la Administración.

En suma, es el control jurisdiccional del deber del fiscalizado prescrito en el inciso 1 del artículo 243 del TUO de la LPAG. Desde este parámetro legal se realiza una evaluación del comportamiento del fiscalizado, a partir de la cual se identifica la no facilitación del normal

desarrollo de la interacción, siendo esta conducta de incumplimiento atribuida al fiscalizado, como se observa en el fundamento sexto:

“(...) Más aun la actora en calidad de propietaria del recurso hidrobiológico al cual se le hacía seguimiento, *tenía el deber de absolver el cuestionamiento de los inspectores respecto al destino del mismo, y realizar las acciones necesarias para que los mismos sepan la real ubicación del mismo* [cursivas añadidas], no siendo lógico indicar que por ser la planta artesanal una planta distinta a la que se han constituido los inspectores no se podría brindar la información que ellos requirieron en su momento (...”).

En tal sentido, la razón de esta decisión es la cautela de la función preventiva de la fiscalización, en específico el conocimiento de las condiciones de la empresa de destino de la pesca, a través del control de cumplimiento de un deber devenido de su componente material. Así, en esta sentencia se le dio la razón al Ministerio de la Producción, revocando las dos sentencias judiciales previas, y dando por válida la atribución de la conducta obstructora al fiscalizado -y la subsecuente sanción- para lograr, a través del control jurisdiccional, que los fiscalizados cumplan su deber legal y sean proactivos en la interacción de la fiscalización.

El control jurisdiccional de la fiscalización efectuado en la sentencia de la Casación N° 27028-2022-Lima

En esta sentencia, emitida el 18 de junio del 2024, la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema analiza el recurso de casación interpuesto por la Municipalidad Metropolitana de Lima por la sentencia de segunda instancia judicial que revocó, y declaró fundada la demanda, la sentencia de primera instancia que declaró infundada la acción contenciosa administrativa que versó sobre la sanción impuesta al Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima – SEDAPAL, contenida en la Resolución de Sanción N° 01M359506 (primera instancia administrativa) y la Resolución Gerencial N° 370-2017-MML-GFC (segunda instancia administrativa), por la infracción consistente en no cumplir con las especificaciones técnicas de ejecución y señalar deficientemente la obra y/o rutas alternas o no cumplir con los dispositivos de seguridad adecuados.

En cuanto a los hechos, tenemos que con el Informe N.º 4133-2016-MML-GDU-SAU-DORP del 09 de setiembre de 2016, se informa al Jefe de División de Obras y Redes Públicas de la Municipalidad Metropolitana de

Lima, sobre la inspección ocular en los trabajos ejecutados por SEDAPAL en la Avenida San Felipe Cuadra N.º 01, próximo a la avenida Brasil 21 (lado par), en el distrito de Jesús María, lugar en el cual se identifica la presunta comisión de la infracción.

Posteriormente, a través del acta de inspección (acta de fiscalización), considerando el Informe N° 4133-2016-MML-GDU-SAU-DORP, se imputa la comisión de la conducta infractora, al mismo tiempo que se notifica preventivamente la sanción por dicha infracción, de acuerdo a lo establecido en la Ordenanza N.º 984 y modificatorias – Código N.º 08-030.

Con ambos documentos es que se aplica la sanción a SEDAPAL, mediante la Resolución de Sanción N° 01M359506, y se confirma en segunda instancia con la Resolución Gerencial N° 370-2017-MML-GFC.

Lo primero a exponer en esta sentencia es el hecho referido a la diferenciación de finalidades entre el procedimiento administrativo sancionador y la fiscalización, asunto que hemos expuesto al hablar del reconocimiento legal del componente finalista de la actividad fiscalizadora.

En cuanto al procedimiento administrativo sancionador, señala el fundamento 5.1 que este es el “conjunto de actos destinados a determinar la existencia de responsabilidad administrativa, esto es, la comisión de una infracción y la consecuente aplicación de una sanción”. Notemos como es que la jurisdicción determina que la finalidad se vincula necesariamente a la imposición de una sanción.

Por su parte, en el punto 5.3 la Corte Suprema pasa a definir la fiscalización como “aquella actividad que permite a la Administración comprobar y examinar que la conducta de los administrados o ciertas realidades se ajustan a los deberes, prohibiciones y limitaciones bajo los que se encuentran sometidos”. Seguidamente, reconoce algo que hemos indicado en este trabajo: la importancia de la inclusión, con el DL 1272, del parámetro legal a utilizarse que es el capítulo del TUO de la LPAG destinado a regular legalmente la fiscalización, a partir del cual se establecen linderos de conducta mediante la forma de “garantías y obligaciones para el administrado y deberes a cargo de la Administración”.

Asimismo, también reconoce la importancia de que el componente material de la fiscalización se lleve a cabo siguiendo el parámetro de conducta establecido legalmente. Si en la anterior sentencia analizada el

enfoque fue hacia los deberes de los fiscalizados, en esta sentencia se concentra la evaluación en las facultades/obligaciones legales con las que cuenta el ente fiscalizador (fundamento 5.6):

“Por un lado, en ejercicio de esta potestad, la entidad puede requerir al administrado objeto de la fiscalización, la exhibición o presentación de todo tipo de documentación, expedientes, archivos u otra información necesaria, respetando el principio de legalidad. La información que se requiera, es claro que deberá tener conexión con el objeto materia de fiscalización y con los bienes jurídicos involucrados dentro de la competencia de la autoridad fiscalizadora. Caso contrario, la fiscalización administrativa estaría ejerciéndose ilegalmente y toda información a la que se accediera tendría que invalidarse o, eventualmente, justificar el archivo del procedimiento sancionador o, incluso, la nulidad del acto de sanción. Esta disposición, por tanto, exige un parámetro de proporcionalidad y conexidad entre aquella información que se exige y el bien tutelado con ocasión de la fiscalización”.

En este caso la sala también reconoce algo que hemos indicado en este trabajo, que las actas de fiscalización son el único documento donde se materializa de manera directa la realización de la fiscalización (fundamento 5.7):

“Todas las tareas desarrolladas por la Administración en cumplimiento de la función de fiscalización concluyen con la elaboración de un acta de inspección en la cual deben recogerse, entre otros aspectos, los comportamientos, acciones u omisiones de los administrados respecto de la específica normativa que regula cada una de las materias (...).”

De tal manera, en el caso concreto, la Corte Suprema verifica si el acta de fiscalización cuenta con los elementos suficientes para ser reputada como válida, teniendo como parámetro lo establecido en el artículo 244 del TUO de la LPAG. Así, en el fundamento sexto señala lo siguiente:

“(...) el acta que levante el personal de la Gerencia de Fiscalización o las personas autorizadas debe realizarse en el lugar en que ocurren las infracciones. Tal como se puede apreciar, la ley fija un estándar legal para la emisión de este tipo de actuación administrativa, cuyo cumplimiento evidentemente forma parte del procedimiento regular a

que tiene derecho todo administrado. En efecto, en concordancia con el artículo 240º del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, son derechos de los administrados fiscalizados: “1. Ser informados del objeto y del sustento legal de la acción de supervisión y, de ser previsible, del plazo estimado de su duración, así como de sus derechos y obligaciones en el curso de tal actuación. (...) 4. Se incluyan sus observaciones en las actas correspondientes (...)””.

Es así que en el caso concreto se efectúa, nuevamente en sede jurisdiccional, un control del componente material de la fiscalización, siendo en este caso realizado sobre las obligaciones del fiscalizador de corroborar los hechos, siguiendo un parámetro de conducta determinado: la certificación de los hechos que se contienen en el acta tienen que ser *in situ*, y no es que “puedan hacer suyos” documentos anteriores.

Lo que sucede es que en el caso el Acta de Fiscalización fue levantada en una dirección en la cual no fue corroborada la presunta comisión de hechos contrarios a la normativa por parte de SEDAPAL; siendo que el órgano fiscalizador de la Municipalidad Metropolitana de Lima en la mencionada acta toma los hechos detectados en el Informe N° 4133-2016-MML-GDU-SAU-DORP. Esto es indicado por la judicatura de la siguiente manera:

“(...) el Acta de Inspección N.º 003990-16 del diecinueve de octubre de dos mil dieciséis, no cumple con las exigencias del artículo 16º de la Ordenanza N.º 984 y el artículo 156º de la Ley N.º 27444, dado que, conforme aparece en el Informe N.º 4133-2016-MML-GDU-SAUDORP, de fecha nueve de setiembre del año dos mil dieciséis, la infracción detectada fue en la avenida San Felipe cuadra 1, próximo a la avenida Brasil 21 (lado par), Jesús María, en tanto, que el Acta de Inspección N° 003990-16 fue realizada en la Av. Tingo María N° 600, diligenciada en un lugar distinto, de lo que se infiere que dicha diligencia de fiscalización no certifica los hechos o circunstancias relevantes al momento de la inspección, dado que no fue realizada en el lugar de los hechos; la facultad del fiscalizador al corroborar los hechos”.

El control de la jurisdicción en este caso se realiza sobre el componente material de la fiscalización en el extremo de corroborar el incumplimiento de las obligaciones del ente fiscalizador, debido a que no ha cumplido con la razón de ser de dicha actividad: la comprobación *in situ* o

en el lugar de los hechos, utilizando para ello la incorrecta verificación realizada en el acta de fiscalización.

7. Conclusiones

Hemos dicho que el componente finalista de la fiscalización radica en la comprobación del cumplimiento de la normativa por parte de los destinatarios de la norma, y también agregamos que esto se asegura, principalmente, mediante el ejercicio de la fiscalización acorde a su vocación de actuación material. Ambas cuestiones son abordadas por la jurisdicción, como hemos visto al analizar las dos casaciones que han tratado el tema de la actividad de fiscalización.

En relación con la ejecución material, el control jurisdiccional se ha enfocado en el cumplimiento de los estándares de conducta en la interrelación fiscalizado-fiscalizador. La jurisdicción entiende que la única manera de controlar el componente material es con la comprobación de que los deberes y obligaciones de cada una de las partes se den de conformidad a los parámetros de conducta establecidos legalmente; debido a que, al no existir acto o procedimiento, que se puede controlar desde su aspecto productivo-normativo, el control se efectúa sobre la materialización de la ejecución.

En cuanto al componente finalista, tenemos que la jurisdicción también ha velado por el cumplimiento de este componente con la protección de la vocación preventiva de la fiscalización.

Apreciamos, de este modo, la importancia de haberse prescrito en norma con rango legal la vocación actual de la actividad de fiscalización; de otro modo, no existiría el mencionado parámetro utilizado por la jurisdicción. Es que hay que recordar que si bien existen normas especiales que regulan la actividad de fiscalización en cada régimen especial de las entidades correspondientes, estas son normas emitidas desde ordenanzas municipales (infralegal en sentido estricto), reglamentarias o incluso normativa emitida por la propia entidad en el caso de los organismos reguladores.

A partir del control que se efectúa sobre el cumplimiento legal de la actividad de fiscalización, podemos indicar, de manera general, que las casaciones de la Corte Suprema materia de análisis han sido emitidas principalmente para corroborar que las entidades, al ejercer la fiscalización, cumplan las finalidades de esta actividad establecidas por la norma legal.

La jurisdicción, entonces, se ha ocupado mediante sus pronunciamientos de garantizar que no se incumpla con la vocación de la fiscalización establecida con la modifian efectuada en el DL 1212, la cual ya ha sido explicada en este trabajo.

Asimismo, las sentencias también se han ocupado de verificar que las actas, como el principal medio de materialización de la actividad de fiscalización, naturaleza que también ha sido explicada en este trabajo, cumplan con los requisitos establecidos por la normativa.

Bibliografía

- Aguado i Cudolá, V. (2010). Presunción de Certeza de denuncias y actas de inspección. En B. Lozano Cutanda (Dir.), *Diccionario de sanciones administrativas* (pp. 666-685). Iustel.
- Bermejo Vera, J. (1998). La Administración inspectora. *Revista de administración pública*, (147), 39-58.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17420>
- Boix Palop, A. (2016). Las potestades de inspección y su expansión al amparo de razones de seguridad frente a los derechos fundamentales. *Roderic*, (56), 57-70. <https://roderic.uv.es/items/05460378-9827-4ff2-97f5-9aae5060f5e0>
- Cierco Seira, C. (2008). Las medidas preventivas de choque adoptadas por la Administración frente a los productos insalubres. *Revista de administración pública*, (175), 55-107.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2656581>
- Congreso de la República de Perú. (2007, 04 de agosto). *Decreto Supremo N° 015-2007-PRODUCE. Modificación del Reglamento de la Ley General de Pesca, aprobado por el Decreto Supremo N° 012-2001-PE*.
- Congreso de la República de Perú. (2019, 25 de enero). *Decreto Supremo N° 004-2019-JUS. Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General*.
- De La Cuetara, J. M. (1983). *La actividad de la Administración*. Tecnos.

Esteve Pardo, J. (2003). *De la policía administrativa a la gestión de riesgos*. Revista de administración pública, (119), 323-346

Esteve Pardo, J. (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo*. (5º ed.). Editorial Marcial Pons.

Fernández Ramos, S. (2002). *La actividad administrativa de inspección: el régimen jurídico general de la función inspectora*. Comares.

Fernández Ramos, S (2010). Inspección administrativa y potestad sancionadora. En B. Lozano Cutanda (Dir.), *Diccionario de sanciones administrativas* (pp. 514-534). Iustel.

Fiorini, B. (1957). *Poder de Policía*. Alfa.

García-Andrade Gómez, J. (2021). *Las actuaciones administrativas sin procedimiento: relaciones jurídicas en el Estado de Derecho*. Marcial Pons.

García Ureta, A. (2006). *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas*. Marcial Pons.

Garrido Falla, F. (2002). *Tratado de Derecho Administrativo*. (12ºed., V.II). Tecnos.

Izquierdo Carrasco, M. (2019). Fiscalización, supervisión e inspección administrativa: aproximación conceptual y caracteres generales en el Derecho peruano. En D. Zegarra Valdivia (Coord.), *La proyección del Derecho Administrativo Peruano: estudios por el Centenario de la Facultad de Derecho de la PUPC* (pp. 387-467). Palestra.

Jordana de Pozas, L. (1951). El problema de los fines de la actividad administrativa. *Revista de administración pública*, (4), 11-28. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2111862>

Morón Urbina, J. C. (2010). Los actos-medidas (medidas correctivas, provisionales y de seguridad) y la potestad sancionadora de la Administración. *Revista de Derecho Administrativo*, (9), 135-157. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13710>

Morón Urbina, J. C. (2020). La regulación común de la actividad administrativa de fiscalización en el derecho peruano. *Derecho & Sociedad*, 1(54), 17-43. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/22404>

Nieto, A. (2005). *Derecho Administrativo Sancionador*. (4º ed.). Tecnos.

Rivero Ortega, R. (2000). *El Estado vigilante: consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*. Tecnos.

Sánchez Povis, L.A. (2020). La fiscalización administrativa en el ordenamiento peruano: de la heterogeneidad a la regulación común. *Ius Et Veritas*, (60), 38-64. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202001.002>

Sentencia Casación N° 4165-2017-Lima. (2018, 13 de junio). Corte Suprema de Justicia de la República, Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/07/Casacion-4165-2017-Lima-LP.pdf>

Sentencia Casación N° 27028-2022-Lima. (2024, 18 de junio). Corte Suprema de Justicia de la República, Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente.

Rebollo Puig, M. (2013). La actividad inspectora. En: J.J. Diez Sánchez (Coord.), *Función inspectora: actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo* (pp.55-116). Instituto Nacional de Administración Pública.

Tirado Barreda, J.A. (2011). Reflexiones en torno a la potestad de inspección o fiscalización de la Administración Pública. *Derecho y Sociedad*, (37), 251-262. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13177>