



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

APUNTES SOBRE LA NATURALEZA Y RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL DE LA FISCALIZACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

Noriko Okamura-Garabito

Piura, marzo de 2019

FACULTAD DE DERECHO

Área Departamental de Derecho

Okamura, N. (2019). *Apuntes sobre la naturaleza y régimen jurídico general de la fiscalización en el ordenamiento jurídico peruano* (Tesis para optar el título de Abogado). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.



Esta obra está bajo una licencia

[Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](https://repositorio.institucional.pirhua.edu.pe/)

UNIVERSIDAD DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

PROGRAMA ACADÉMICO DE DERECHO



**Apuntes sobre la naturaleza y régimen jurídico general de la
fiscalización en el ordenamiento jurídico peruano**

Tesis para optar por el título de Abogado

Noriko Okamura Garabito

Asesores:

**Dr. Antonio Abruña Puyol
Mgtr. Guillermo Chang Chuyes**

Piura, marzo de 2019

Aprobación

Tesis titulada “*Apuntes sobre la naturaleza y régimen jurídico general de la fiscalización en el ordenamiento jurídico peruano*” presentada por la bachiller Noriko Okamura Garabito en cumplimiento con los requisitos para optar por el Título de Abogada, fue aprobada por los Directores Dr. Antonio Abruña Puyol y Mgtr. Guillermo Chang Chuyes.

Director de Tesis

Director de Tesis

Dedicatoria

A Dios, por darme la energía para esta vida.

A mi papá, por ser mi ángel en el cielo.

A mi mamá, por ser mi ángel en la tierra.

A mi hermana, por su apoyo incondicional.

A aquellos que no menciono aquí, pero saben lo mucho que me han ayudado.

Agradecimiento

A mis asesores de tesis por sus enseñanzas, paciencia y apoyo inagotable.

RESUMEN ANALÍTICO – INFORMATIVO

Título de la tesis: **Apuntes sobre la naturaleza jurídica y el régimen general de la fiscalización en el ordenamiento jurídico peruano**

Autor de la tesis: **Noriko Okamura Garabito**

Asesor o director de la tesis: **Dr. Antonio Abruña Puyol y Mgtr. Guillermo Chang Chuyes**

Tipo de tesis: **Tesis de título**

Título que opta: **Abogado**

Institución. Facultad: **Universidad de Piura. Facultad de Derecho**

Fecha de sustentación: **Piura, marzo 2019.**

Palabras claves: Fiscalización / Supervisión / Inspección / Vigilancia / Potestad administrativa/ Actividad administrativa / Acto administrativo / Procedimiento administrativo / Inviolabilidad de domicilio / Ordenamiento peruano

Descripción: Tesis de grado en Derecho perteneciente a la línea de investigación de Derecho Administrativo. La autora presenta el resultado de la investigación acerca de la regulación que ha tenido la potestad de fiscalización en el ordenamiento administrativo general peruano.

Contenido:

El texto de la tesis está dividido en dos capítulos: el primer capítulo contiene un análisis histórico y terminológico de la palabra fiscalización, así como de sus sinónimas supervisión, inspección y vigilancia. Asimismo, se realiza un estudio de la evolución legislativa que ha tenido la potestad de fiscalización en el ordenamiento administrativo general. El segundo capítulo, analiza las principales características de la fiscalización, así como su naturaleza jurídica y la regulación general que actualmente posee.

Metodología: El presente trabajo consiste en un análisis de manera cualitativa de conceptos de instituciones del Derecho administrativo, para lo cual se ha recurrido a doctrina nacional y comparada, a fin de sustentar las conclusiones de la presente tesis.

Conclusiones: La fiscalización es una potestad administrativa que produce actos administrativos y que, en inicio, es una actividad administrativa, pero que puede formar un procedimiento administrativo.

Fuentes: Información obtenida de libros, artículos impresos y en ediciones web, así como jurisprudencia nacional y de Derecho comparado.

Fecha de elaboración resumen: 05 de marzo de 2019.

Abreviaturas

CC	Código Civil Peruano de 1984
CP	Constitución Política del Perú de 1993
DLE	Diccionario de la Lengua Española
LNGPA	Ley de Normas Generales del Procedimiento Administrativo – Decreto Ley N° 26111
LPAG	Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
RAE	Real Academia de la Lengua Española
RNGPA	Reglamento de las Normas Generales de Procedimiento Administrativo - Decreto Supremo N° 006-67-SCC
TC	Tribunal Constitucional Peruano
TCE	Tribunal Constitucional Español
TUO LNGPA	Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales del Procedimiento Administrativo – Decreto Supremo N° 002-94-JUS
TUO LPAG	Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Decreto Supremo N° 004-2019-JUS

Índice

Introducción	1
Capítulo 1 Fiscalización, supervisión, inspección y vigilancia	3
1.1 Breve evolución histórica de los términos fiscalización, supervisión, inspección y vigilancia.....	3
1.2 Significado etimológico de los términos fiscalización, supervisión, inspección y vigilancia.....	4
1.3 Tratamiento de la fiscalización, supervisión, inspección y vigilancia en la normativa administrativa general.....	6
1.3.1 Primera normativa administrativa general	6
1.3.2 La normativa administrativa general en la década de los ochenta y noventa	8
1.3.3 La Ley del Procedimiento Administrativo General	10
1.3.4 El vigente Texto Único Ordenado de la LPAG	13
Capítulo 2 La naturaleza jurídica de la fiscalización	17
2.1 La fiscalización es un tipo de potestad administrativa	17
2.1.1 La potestad administrativa	17
2.1.2 Clasificaciones de la potestad	19
2.1.3 Concepto de la potestad de fiscalización	21
2.1.4 Características de la potestad de fiscalización	21
2.1.5 Tipos de fiscalización	25
2.1.6 Una mención especial a la fiscalización posterior	27
2.1.7 Principios y límites de la fiscalización. Especial consideración al derecho constitucional a la inviolabilidad de domicilio	31
2.1.8 Atribuciones generales de la potestad de fiscalización.....	42
2.2 La fiscalización, en principio, es una actividad administrativa	45
2.2.1 Concepto de actividad administrativa	45
2.2.2 Clasificación de la actividad administrativa	45
2.2.3 La fiscalización como actividad administrativa de policía o regulación	46
2.3 Genera un acto administrativo	48
2.3.1 El acto administrativo como punto de partida	48

2.3.2	Etapas de la fiscalización	49
2.4	La fiscalización puede generar un procedimiento administrativo	53
2.4.1	Definición del procedimiento administrativo	53
2.4.2	Características del procedimiento administrativo	54
2.4.3	La fiscalización como procedimiento administrativo	55
2.5	La validez, eficacia y recursos en la fiscalización	58
	Conclusiones	61
	Referencias bibliográficas	63
	Sentencias del Tribunal Constitucional Peruano	69

Introducción

La Administración Pública tiene una serie de potestades y privilegios con la finalidad de poder alcanzar el interés público. Una de dichas potestades es la fiscalización, la cual puede realizarse dentro de la Entidad Pública, como por ejemplo la fiscalización a los funcionarios públicos o a la entidad en sí misma, y fuera de ella, dirigida a los administrados. En el presente trabajo de investigación solo me centraré en la fiscalización realizada por la Administración pública¹ a los administrados.

La fiscalización es una potestad con la que cuenta la Administración Pública en sus diversos niveles de gobierno y sectores. Sin embargo, durante muchos años no ha existido una regulación general en nuestro ordenamiento jurídico, sino que ha sido mediante la normativa sectorial que se han dispuesto los parámetros regulatorios de la fiscalización.

No obstante, dicha regulación ha sido dispersa lo que ha ocasionado algunos problemas que han sido planteados en este trabajo de investigación.

El primero de ellos se trata de un problema terminológico, pero no menos importante, ya que, a lo largo de estos años se han utilizado diferentes términos: fiscalización, supervisión, inspección y vigilancia. De esta manera, se ha realizado un breve análisis histórico y etimológico de los términos en cuestión, así como el uso que le ha dado la normativa administrativa general en el ordenamiento jurídico peruano, para poder responder a la interrogante si es que estos significan lo mismo, son diferentes o son usados correctamente.

El segundo problema es determinar la naturaleza jurídica que tiene la fiscalización. Se empieza el análisis considerando el tratamiento que se le ha dado a la fiscalización en nuestro ordenamiento. Por ello, se realiza un estudio de la fiscalización entendida como potestad administrativa, explicando su concepto, características y los tipos de fiscalización.

Teniendo claro el tratamiento que se le ha dado a la fiscalización en el Perú, podremos determinar la naturaleza jurídica que tiene dicha potestad. Situación que no es clara en nuestro ordenamiento administrativo general y sectorial, en tanto, existen casos en que es considerada actividad administrativa y otros supuestos como procedimiento administrativo.

Por ello, mediante el presente trabajo, se busca responder a los interrogantes, mencionadas previamente, que la normativa general y sectorial han dejado a lo largo de estos años respecto de la fiscalización. Así, como brindar unos apuntes generales acerca de esta potestad tan poco desarrollada doctrinalmente en nuestro país.

¹ También es posible que la fiscalización pueda ser realizada por privados y no por la Administración pública, como sucede con la Inspección Técnica Vehicular.

Capítulo 1

Fiscalización, supervisión, inspección y vigilancia

1.1 Breve evolución histórica de los términos fiscalización, supervisión, inspección y vigilancia

Respeto de la evolución histórica de los términos materia de análisis no existe mucho desarrollo, a excepción del trabajo desarrollado por PAREJO ALFONSO², a quien seguiremos en todo lo pertinente en este capítulo.

Refiere este autor, que la inspección o vigilancia encuentran su origen en el antiguo *ius supremae inspectionis* o *potestas inspiciendi suprema* fundamentado en la *summa* potestas o supremo señorío que se reconoció al rey en el S. XIII. A partir de ahí la evolución se originó de manera pragmática y conforme a las necesidades que iban surgiendo.

Durante la segunda mitad del S.XIII, fundamentalmente en Castilla, comenzó el proceso de uniformización del Derecho y los mecanismos que resaltaron como apoyo de la inspección, vigilancia o fiscalización³ fueron: la *pesquisa* que fue un procedimiento de averiguación de oficio; la *veeduría* que surge en las Cortes de Alcalá de Henares en 1345 y tiene por objeto la investigación de la actuación de los oficiales de la administración de justicia; la *visitación*, creada en las Cortes de Toro de 1505 y desarrollada en la Ley 60 de las Cortes de Toledo de 1538 que dispuso el nombramiento anual de los veedores encargados de visitar las tierras y provincias para indagar como administran la justicia en dichos lugares; y la *toma de cuentas*, que fue una especie de inspección contable⁴.

En 1812 con la Constitución de Cádiz⁵ se mantuvieron los mecanismos de vigilancia, inspección y fiscalización utilizados en el antiguo régimen, lo cual se constata con el seguimiento de la evolución de los regímenes de educación y sanidad⁶. Además, PAREJO ALFONSO considera que a partir de este momento se origina un deslinde entre la intervención del Estado y el control del ejercicio de actividades fundadas en la libertad⁷.

² Cfr. PAREJO ALFONSO, L., *La vigilancia y la supervisión administrativas. Un ensayo de su construcción como relación jurídica*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2016, pp. 11-99.

³ No se menciona el origen histórico del término fiscalización. El autor utiliza los términos inspección, vigilancia y fiscalización como sinónimos. *Ídem*, pp. 11-17.

⁴ *Ídem*, pp. 19-21.

⁵ La Constitución de Cádiz instituyó la separación de poderes, lo cual originó que la soberanía recayera sobre la nación y ya no sobre el rey.

⁶ *Ídem*, pp. 27-28.

⁷ Agrega también que si el Estado “*portaba la facultad de determinar el alcance de la libertad en cada caso éste se va a circunscribir ahora a velar por el respeto a los límites a la misma fijados por la Ley*”. Al respecto considero que se trata de una afirmación legalista en donde las libertades de los ciudadanos estarían atribuidas y

A lo largo del S. XIX se siguieron utilizando con mayor rigor los términos vigilancia e inspección, los cuales eran tratados como equivalentes. Asimismo, se diferenció un tipo de inspección denominada “alta inspección” para los supuestos de vigilancia de la propia organización y del funcionamiento de establecimientos sostenidos con fondos públicos⁸.

En el S. XX, aparentemente⁹, se mencionó por primera vez el término supervisión en la Ley Orgánica 5/1980, de fecha 19 de junio, a través de la cual se reguló el estatuto de los centros escolares y dicho término se equiparó con el significado de vigilancia e inspección. Esta aparición tardía podría deberse a la introducción, también tardía, de dicho término en la lengua española¹⁰.

En los años posteriores, existió en el ordenamiento español un mayor uso del término supervisión sobre todo en los sectores objeto de liberalización, conforme a lo que se puede observar en la Ley 24/1988¹¹, de fecha 28 de julio, referida al ámbito financiero; Ley 32/2003, de fecha 03 de noviembre, referida al ámbito de las Telecomunicaciones; el Real Decreto Legislativo 6/2004¹², referido a la supervisión de los seguros privados; la Ley 2/2011, de fecha 04 de marzo, referida a la economía sostenible¹³ y más.

Como se observa del desarrollo histórico en la legislación comparada, aparentemente, existiría actualmente una decantación por el uso de los términos inspección y supervisión dejándose de lado el uso de los términos vigilancia y fiscalización. Asimismo, pareciera que dichos términos fueron usados como sinónimos entre ellos.

1.2 Significado etimológico de los términos fiscalización, supervisión, inspección y vigilancia

La fiscalización, según el Diccionario de la Lengua Española, es “*la acción y efecto de fiscalizar*”¹⁴. En cuanto al término fiscalizar, la RAE ha señalado dos acepciones: la primera es “*hacer el oficio de fiscal*” y la segunda es “*criticar y traer a juicio las acciones u obras de*

limitadas por la ley, cuando en realidad la ley es declarativa, más no constitutiva, respecto de las libertades. *Ídem*, p. 33.

⁸ *Ídem*, pp. 39-40.

⁹ Señalo aparentemente porque el autor en la página 46 indica que en el ámbito de la educación se utilizó por primera vez el término inspección en la Ley de 1985, mientras que en la página 47 indica que dicha mención se realizó en la Ley Orgánica 5/1980, de fecha 19 de junio.

¹⁰ *Ídem*, pp. 43-48..

¹¹ Tuvo 162 referencias al término supervisión. *Ídem*, p. 50.

¹² Tuvo 108 referencias al término supervisión. *Ídem*, p. 51.

¹³ Tuvo 66 referencias al término supervisión. *Ídem*, 51-52. Esta norma identificó al concepto de “organismos reguladores” las funciones de supervisión o inspección.

¹⁴ RAE edición del Tricentenario, actualización 2017.

alguien". El Diccionario Panhispánico de Dudas agrega que la "*acción de fiscalizar es vigilar con ánimo crítico y acción de ejercer el oficio de fiscal*"¹⁵.

Con respecto a la supervisión, la RAE hasta el año 1984, no reconoció dicho término como parte de la lengua castellana y la definición que se le otorga es el de "*ejercer la inspección superior en trabajos realizados por otros*"¹⁶. Desde un punto de vista etimológico, el término supervisión es una palabra proveniente de la lengua inglesa, la cual deriva del sustantivo *visio*, relacionada con el vocablo *video*, cuyo significado es la acción de ver, reforzada por el prefijo *super* que equivale a mirar desde arriba¹⁷. En ese mismo sentido, SOLER FIERRÉZ señala que la supervisión supone un ver más remoto, es decir, un mirar desde una perspectiva superior¹⁸.

En cuanto al término inspección, el Diccionario de la Lengua Española ha señalado tres acepciones: la primera es "*acción y efecto de inspeccionar*", la segunda es "*cargo y cuidado de velar por algo*", y el último significado que se le otorga es "*casa, despacho u oficina del inspector*"¹⁹. Asimismo, agrega que la inspección ocular es "*el examen que hace el juez por sí mismo, y en ocasiones con asistencia de los interesados y de peritos o testigos, de un lugar o de una cosa, para hacer constar en acta o diligencia los resultados de sus observaciones*"²⁰. Respecto de la palabra inspeccionar, ésta significa "*examinar, reconocer atentamente*". Proviene de la raíz indoeuropea *spac/spec* del verbo latino *spicere* (mirar) que aunado al prefijo *in*, significa mirar dentro, lo cual hace referencia a una acción más particular y concreta²¹.

El término vigilancia, proveniente del latín *vigilatio* (vigilar), de conformidad con el Diccionario de la Lengua Española, tiene dos acepciones: la primera señala que es el "*cuidado y atención exacta en las cosas que están a cargo de cada uno*", y la segunda expresa que es el "*servicio ordenado y dispuesto para vigilar*". Asimismo, el verbo vigilar significa "*observar algo o a alguien atenta y cuidadosamente*"²².

De los conceptos mencionados se puede llegar a las siguientes conclusiones. Primero, aparentemente los cuatro términos expresan una misma idea que radica en la observancia de

¹⁵ Diccionario Panhispánico de Dudas de la RAE edición 2005.

¹⁶ RAE edición del Tricentenario, actualización 2017.

¹⁷ Cfr. PÉREZ FIGUEIRAS, E., CAMEJO ECHEMENDÍA, D., *Síntesis gráfica de la supervisión administrativa*, Editorial La Muralla, Madrid, 2009, pp. 43 – 45.

¹⁸ Cfr. SOLER FIERRÉZ, E., *La inspección en las distintas concepciones y sistemas pedagógicos: características y funciones* (tesis doctoral), Universidad Complutense, Facultad de Educación, Madrid, 1994, pp. 74.

¹⁹ Revisar RAE edición del Tricentenario, actualización 2017.

²⁰ Revisar RAE edición del Tricentenario, actualización 2017.

²¹ Cfr. SOLER FIERRÉZ, E., *op. cit.*, 72-73.

²² Revisar RAE edición del Tricentenario, actualización 2017.

algo o alguien. Segundo, la diferencia y particularidad de la fiscalización se encontraría en el ánimo crítico de la observancia a las acciones u obras de alguien, lo cual podría entenderse que se realizaría de manera más inquisitiva. Tercero, la diferencia y particularidad de la supervisión sería el hecho que es realizada por alguien que se encuentra en una posición de superioridad respecto de quien realiza la acción supervisada. Cuarto, la diferencia y particularidad de la inspección se encontraría en que el acta o diligencia que recogería lo observado por quien realiza la inspección. Quinto, la diferencia y particularidad de la vigilancia se encontraría en que es el término con el concepto más amplio y general referido a la observancia.

Sin embargo, dichas diferencias no parecen ser suficientes para concluir tajantemente que dichos términos son diferentes entre sí, en tanto, las diferencias son muy superficiales.

1.3 Tratamiento de la fiscalización, supervisión, inspección y vigilancia en la normativa administrativa general²³

1.3.1 Primera normativa administrativa general

En el año 1957, el Derecho Administrativo Peruano encuentra como primera norma que intenta regular el procedimiento administrativo al Decreto Supremo N° 189, el cual dispuso de algunas medidas orientadoras referidas a algunos aspectos del trámite a seguir en los procedimientos administrativos.

Diez años después, el 11 de noviembre de 1967, se emitió el RNGPA aprobado por el Decreto Supremo N° 006-67-SCC. Este supuso un gran avance en la legislación administrativa de nuestro país y buscó dotar a nuestro ordenamiento jurídico de normas que puedan aplicarse de manera uniforme en los procedimientos administrativos.

Ésta norma al ser un Reglamento originó una situación particular, puesto que las relaciones jurídico-administrativas se sostuvieron varios años bajo una norma infralegal que aparentemente no contaba con una norma legal a la cual desarrollar.

Como ha sido señalado por ABRUÑA PUYOL y BACA ONETO²⁴, los requisitos esenciales de los reglamentos pueden diferenciarse en requisitos subjetivos, objetivos y

²³ Para más información respecto de la Evolución histórica del Derecho Administrativo Peruano puede revisarse: VILLEGAS ESTREMADOYRO, L.E., “Evolución histórica del Derecho Administrativo Peruano”, en *República Jurídica Administrativa – Revista Estudiantil de Derecho Administrativo Hispanoamericano*, N° 2, Ciudad de México, 2010, pp. 49 – 58. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/república-jurídica-admin/article/view/424/385> (consultado: 14/06/2018)

formales. Los requisitos subjetivos hacen referencia a que el órgano que emita el Reglamento cuente con potestad reglamentaria. Al respecto, la Constitución vigente en esa época fue la de 1933, la cual dispuso en su artículo 154 que era atribución del Presidente de la República “*reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas y, con esta misma restricción dictar decretos y resoluciones*”.

En los considerandos del RNGPA se indicó que mediante Decreto Supremo N° 421-SC, de fecha 23 de septiembre de 1965, se designó una Comisión para que elabore un anteproyecto de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, el cual fue aprobado por el Consejo de Ministros y firmado por el entonces presidente Fernando Belaunde Terry. Sin embargo, la potestad reglamentaria otorgada por la Constitución versaba exclusivamente para reglamentar leyes, es decir, para emitir Reglamentos Ejecutivos²⁵.

Por lo tanto, pareciera que el RNGPA no contaba con el requisito subjetivo de validez. Al no ser materia del trabajo de investigación, pero interesante en nuestra historia administrativa, simplemente dejamos anotada esta observación, aunque, independientemente de la validez o no, de esa norma, lo cierto es que el RNGPA estuvo vigente por casi dos décadas.

Analizando el contenido del RNGPA se observa que los términos: “fiscalización”, “supervisión”²⁶ y “vigilancia”, no son mencionados en absoluto, sin embargo, el término “inspección” fue usado dos veces.

La primera mención del término inspección fue en el artículo 27 en donde se señaló que “*los interesados están obligados a facilitar a la administración los informes, documentos, inspecciones, y otros actos de investigación vinculados a sus reclamaciones y que se estiman necesarios para resolver*”²⁷. Es necesario resaltar el carácter impreciso del supuesto de hecho utilizado en el citado artículo, al usar un concepto jurídico indeterminado como es “*otros*

²⁴ Cfr. ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V.S., *Lección 14, El Reglamento, (pro manuscrito)*, Universidad de Piura, Piura, 2015, pp. 9-19.

²⁵ Al respecto, LORENZ VON STEIN diferenció tres tipos de Reglamentos según su relación con la ley: *secundum legem* (reglamento ejecutivo), *praeter legem* (reglamento independiente) y *contra legem* (reglamento de necesidad). Los Reglamentos Ejecutivos se caracterizan por ser dictados en ejecución de una ley, por lo tanto, están directamente vinculados a ella, o algún precepto concreto e incluso, a un conjunto de leyes que desarrollen. Por otra parte, los Reglamentos Independientes pueden ser aquellos que desarrollen indirectamente una ley, es decir, no se fijan en una ley particular, pero siempre dentro de un marco legal. Mientras que, los Reglamentos de Necesidad son aquellos dictados contra una ley en el marco de un estado de necesidad, este tipo de Reglamento no está permitido en nuestro ordenamiento jurídico por existir otras técnicas más adecuadas como son los Decretos de Urgencia. *Ídem*, pp. 7-8.

²⁶ Probablemente su exclusión en el RNGPA se deba a la influencia que tuvo de la Ley Española de 1958 de Procedimientos Administrativos y como ha sido explicado, el término supervisión fue utilizado por primera vez en el ordenamiento administrativo español en 1985.

²⁷ Los subrayados son nuestros.

actos de investigación”, el cual nos permite abarcar distintas situaciones análogas a las inspecciones.

La segunda ocasión fue en el artículo 78 en donde se dispuso que *“cuando la Administración Pública no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija el instructor del expediente acordará la apertura de un período de prueba (...) se actuarán solamente las pruebas instrumentales, periciales y de inspección, que tengan pertinencia con la cuestión que se discute, y su actuación se sujetará a los reglamentos y principios del procedimiento administrativo”*.

Como es posible observar, el RNGPA utilizó la palabra inspección para explicar, primero, que se trata un acto de investigación que debe ser facilitado por el interesado a la Administración Pública en el marco de alguna reclamación; y, segundo, que en caso sea necesario para el expediente, la Administración Pública podrá realizar una inspección bajo los principios del procedimiento administrativo.

En conclusión, para el RNGPA la inspección fue considerada como un acto de investigación que se realiza dentro de un procedimiento administrativo.

1.3.2 La normativa administrativa general en la década de los ochenta y noventa

A partir del año 1989 hubo una mayor tarea legislativa con el objetivo de simplificar los procedimientos administrativos. Con fecha 10 de junio de 1989 se publicó la Ley N° 25035, Ley de Simplificación Administrativa y el 01 de septiembre de 1989, el Decreto Supremo N° 070-89-PCM, que aprobó su Reglamento. Ambas normas tenían como finalidad hacer efectivos los principios recogidos en el RNGPA respecto de la simplificación administrativa, tales como: simplicidad, celeridad y eficacia.

En el año 1991, con fecha 13 de noviembre, se publicó el Decreto Legislativo N° 757, que aprobó la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, a través de la cual se reitera la obligación de las Administraciones Públicas de *“unificar, reducir y simplificar drásticamente”* los procedimientos administrativos que se sigan.

El 28 de diciembre de 1992 se publicó el Decreto Ley N° 26111²⁸, LNGPA, el cual elevó a rango legal al RNGPA y modificó determinadas disposiciones²⁹. Posteriormente, el 28

²⁸ Esta Ley tuvo algunos opositores, uno de ellos fue el ex presidente PANIAGUA CORAZAO, quien se preguntó cuál era el objeto de la LNGPA: *“¿cambiar la denominación del D. S. 006-67-SC o dar jerarquía de ley a sus preceptos?”*, y señaló que *“El D. L. 26111 no ha modificado solo la denominación del D. S. 006-67-SC sino también ha desvirtuado sus caracteres esenciales. Lo ha convertido en norma reguladora de procedimientos específicos”*, Cfr., *“¿Ley de Normas Generales de Procedimiento Administrativo o Ley General de Procedimiento(s) Administrativo (s)?”*, en *Ius Et Veritas*, N° 06, PUCP, Lima, 1993, p. 14.

de enero de 1994, se publicó en el diario oficial “El Peruano”, el Decreto Supremo N° 002-94-JUS, que aprobó el TUO LNGPA.

El TUO LNGPA fue modificado, a su vez, por las siguientes normas: con fecha, 18 de abril de 1996, por la Ley N° 26594, a través de la cual se agregó una disposición complementaria referida a la aplicación del silencio administrativo positivo; con fecha, 15 de agosto de 1996 por la Ley N° 26654, que incorporó un capítulo al Título Preliminar; y, el 09 de junio de 1997 por la Ley N° 26810, que modificó determinados artículos³⁰.

El TUO LNGPA, con las modificaciones mencionadas, recogió dos veces el término “fiscalización”³¹. La primera fue en el artículo 1, en donde también mencionó los términos “supervisión” e “inspección”, el texto fue el siguiente: “*los actos administrativos inherentes a las funciones propias de la Administración Pública que se inician de oficio, tales como inspecciones, fiscalizaciones y otras acciones de supervisión*”. La segunda mención fue en el artículo 56 en donde se reguló a la fiscalización posterior³².

Respecto del término “inspección”, también fue mencionado en el artículo 76 cuyo texto fue el mismo que el contenido en el artículo 78 del RNGPA (citado párrafos arriba), el cual señaló que cuando no se tenga por cierto los hechos alegados por las partes se podrán actuar “*pruebas instrumentales, periciales y de inspección que tengan pertinencia con la cuestión que se discute, y su actuación se sujetará a los reglamentos y principios del procedimiento administrativo*”.

Además, señaló que la fiscalización, inspección y supervisión, son actos administrativos que inician de oficio. Afirmación que nos lleva a preguntarnos qué consideró el TUO LGNPA como acto administrativo y si es que efectivamente se tratan de actos administrativos.

Respecto de la primera cuestión, el artículo 113 indicó que “*la presente ley atañe a los actos administrativos o sea a las decisiones de las autoridades u órganos de la Administración Pública que en ejercicio de sus funciones resuelven sobre intereses (...)*”, lo que daría la impresión de que los actos administrativos serían solo aquellos referidos a declaraciones de voluntad, sin embargo, la misma ley en los artículos 4 y 73 señaló que

²⁹ Las modificaciones versaban sobre las siguientes materias: alcance de aplicación del TUO LNGPA, procedimiento administrativo, responsabilidad funcional de los servidores públicos, acto administrativo, trámite documentario, recurso de apelación y recurso de revisión.

³⁰ Las modificaciones versaban sobre lo siguiente: los supuestos que ponían fin a la instancia administrativa, consideraciones generales del recurso de reconsideración y las consideraciones generales del recurso de revisión.

³¹ El TUO LNGPA también introdujo al ordenamiento administrativo general el régimen de la fiscalización posterior bajo unas características particulares que serán desarrolladas más adelante en el presente trabajo de investigación.

³² *Infra*, 27.

“cualquier persona con capacidad jurídica puede presentarse ante la autoridad administrativa para obtener la declaración, reconocimiento o concesión de un derecho, el ejercicio de una facultad, la constancia de un hecho (...) y que “a efectos de la resolución del expediente se solicitarán los dictámenes y/o informes (...)”, lo que sugiere que también recogió la posibilidad de que los actos administrativos no sean solamente de voluntad³³.

Por tanto, el TUO LNGPA consideró como acto administrativo a “*toda declaración de la Administración Pública*”³⁴ las cuales pueden ser: declaraciones de voluntad, declaraciones de juicio, declaraciones de conocimiento y declaraciones de deseo.

Respecto a si es correcta la afirmación del TUO LNGPA al señalar que la fiscalización, supervisión e inspección son actos administrativos, dicho análisis será desarrollado más adelante en el presente trabajo por tratarse de un tema relevante.

1.3.3 La Ley del Procedimiento Administrativo General

El 11 de abril de 2001 se publicó la LPAG, la cual entró en vigor el 11 de octubre de 2001 y derogó al TUO LNGPA, junto con sus normas complementarias, sustitutorias y reglamentarias.

La LPAG, todavía vigente, ha sufrido algunas modificaciones introducidas por las siguientes normas: la Ley N° 29060, publicada el 06 de julio de 2007, que extrajo las normas del silencio administrativo fuera del cuerpo normativo de la LPAG; la Ley N° 29091, de fecha 25 de septiembre de 2007, que exoneró al Diario Oficial *El Peruano* de la publicación en papel del Texto Único de Procedimientos Administrativos, para que éstos sean difundidos mediante las páginas web institucionales y el portal del Estado; y, el Decreto Legislativo N° 1029, de fecha 23 de junio de 2008, el cual modificó diferentes artículos de la LPAG y el artículo 1° de la Ley N° 29060³⁵. Las últimas modificaciones, que no trataremos en este acápite, se produjeron el 20 de diciembre de 2016 con la publicación del Decreto Legislativo N° 1272 y el 16 de septiembre de 2018 con el Decreto Legislativo N° 1452.

La LPAG, según MORÓN URBINA, buscó dotar de racionalidad a la normativa sobre la materia, aplicable en ese entonces en nuestro país, así como permitir una mejor comprensión de las instituciones propias del Derecho y del procedimiento administrativo, facilitar el acceso de los administrados a sus derechos, encuadrar la regulación de la actuación

³³ Cfr. ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V.S., *Lección 9, El acto administrativo, (pro manuscripto)*, Universidad de Piura, Piura, 2013, pp. 4 -5.

³⁴ *Ídem*, p. 2.

³⁵ Cfr. MARAVÍ SUMAR, M., “Avances a los diez años de vigencia de la Ley del Procedimiento Administrativo General”, en *Revista de Derecho PUCP*, N° 67, Lima, 2011, p. 111.

de la Administración Pública de acuerdo con valores democráticos y constitucionales, buscando su mayor acierto y eficacia³⁶. En lo que a nosotros respecta, la LPAG utiliza con más profusión los términos que venimos tratando, como veremos a continuación.

Sobre la fiscalización, antes de la última modificación de diciembre de 2016, sólo se limitó a señalar en su artículo 105 que la presentación de una denuncia obliga a la Administración Pública a *“practicar diligencias preliminares necesarias y una vez comprobada su verosimilitud, a iniciar de oficio la respectiva fiscalización (...)”*, y reguló con más detalle la fiscalización posterior³⁷.

Con respecto al término supervisión, la LPAG lo mencionó tres veces: la primera en el artículo 74.2 en donde señaló que *“los órganos de dirección de las entidades se encuentran liberados de cualquier rutina de ejecución, de emitir comunicaciones ordinarias y de las tareas de formalización de actos administrativos, con el objeto de que puedan concentrarse en actividades de (...) supervisión (...)”*; la segunda en el artículo 90.3 que dispuso que *“cuando no hubiere otra autoridad pública apta para conocer del asunto, el superior optará por (...) disponer que el incurso en causal de abstención tramite y resuelva el asunto, bajo su directa supervisión”*; finalmente, la tercera en el artículo 143.2, que señaló que *“también alcanza solidariamente la responsabilidad al superior jerárquico, por omisión en la supervisión, si el incumplimiento fuera reiterativo o sistemático”*.

La LPAG dio un tratamiento diferente a la palabra supervisión respecto de su predecesora y también hubo un mayor uso de dicha palabra. Asimismo, aparentemente se utilizó para hacer referencia a la vigilancia en el marco de una relación de jerarquía existente entre un funcionario de la Administración Pública respecto de otros o del mismo nivel.

El término “inspección” fue mencionado cinco veces. La primera vez en el artículo 156, que señaló: *“Las declaraciones de los administrados, testigos, peritos y las inspecciones serán documentadas en un acta, cuya elaboración seguirá las siguientes reglas (...)”*.

La segunda, en el artículo 162.2 que dispuso que *“corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones”*.

La tercera en el artículo 166.5, que indicó que en los procedimientos administrativos procede como prueba *“practicar inspecciones oculares”*.

³⁶ Cfr. MORÓN URBINA, J.C., *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Gaceta Jurídica, Novena Edición, Lima, 2011, pp. 9 - 15.

³⁷ *Infra*, 27.

La cuarta en el artículo 169.1 al señalar que *“la autoridad puede exigir a los administrados la comunicación de informaciones, la presentación de documentos o bienes, el sometimiento a inspecciones de sus bienes, así como su colaboración para la práctica de otros medios de prueba (...)”*.

Y, finalmente, la quinta vez, en el artículo 235.2 que dispuso que las entidades, en ejercicio de su potestad sancionadora, *“con anterioridad a la iniciación formal del procedimiento [...] podrán realizar actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección con el objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen su iniciación”*.

En este caso se observa en la LPAG una mayor regulación que en su precedente, lo cual nos permite distinguir más características: primero, toda inspección debía ser documentada en un acta, introduciéndose por primera vez ésta peculiaridad de manera textual en el ordenamiento administrativo general; segundo, la inspección podía realizarse antes del inicio de un procedimiento administrativo o durante el mismo, la cual tendría calidad de prueba; tercero, las inspecciones oculares eran un tipo de inspecciones, debiéndose entender como aquellas que se realizaban *in situ*, sin embargo, no se menciona otros tipos; y, cuarto, la Administración Pública contaba con la autoridad de realizar inspecciones sobre los administrados.

Por último, respecto del término “vigilancia”, éste fue mencionado una vez en el artículo 68, el cual dispuso que *“el delegante tendrá siempre la obligación de vigilar la gestión del delegado, y podrá ser responsable con éste por culpa en la vigilancia”*. Como se aprecia, este uso terminológico tiene relación con el sentido otorgado al término supervisión, al encontrarse en el marco de una relación entre funcionarios.

De lo analizado en los párrafos superiores, se podría concluir: primero, que dichas referencias son disposiciones que no establecieron un régimen general aplicable a la fiscalización, supervisión, inspección o vigilancia. Por ello, desde el año 2001 hasta finales del 2016 no existieron pautas generales en la normativa jurídica-administrativa general de nuestro país.

Segundo, que existe un menor uso de los términos fiscalización y vigilancia respecto de los términos supervisión e inspección.

Tercero, al existir poco desarrollo de la fiscalización resultaría equívoco y pretencioso establecer tajantemente una diferencia con los otros términos materia de análisis.

Cuarto, aparentemente la supervisión y vigilancia se realizarían en el marco de las relaciones de jerarquía entre funcionarios.

Quinto, podría entenderse a la inspección dentro de las relaciones con los administrados, la cual deberá constar siempre en acta.

Ahora bien, considero que el texto normativo no permite establecer diferencias sustanciales que conlleven a afirmar la existencia de características propias que originen una diferencia inequívoca entre los términos materia de análisis. Sino más bien a lo largo de la normativa administrativa e incluso tomando en cuenta la evolución histórica y su origen etimológico, resulta más coherente afirmar que dichos términos han sido utilizados para explicar una misma y única potestad de la Administración Pública.

1.3.4 El vigente Texto Único Ordenado de la LPAG

Como se ha señalado, el 20 de diciembre de 2016 con el Decreto Legislativo N° 1272, se modificó la LPAG, con el propósito de compilar de manera armónica y ordenada la normativa referida al Procedimiento Administrativo General se publicó, el 20 de marzo de 2017, el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, el cual aprobó el Texto Único Ordenado de la LPAG. Posteriormente, el 16 de septiembre de 2018, se publicó el Decreto Legislativo N° 1452, que modificó ciertos artículos de la LPAG y con fecha, 25 de enero de 2019, se publicó el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, que aprobó el actual TUO LPAG.

Hasta antes de la publicación del D.Leg N° 1272, la fiscalización no contaba con un régimen general, sino que *“las inspecciones que realizan cotidianamente todas las entidades públicas de los tres niveles de Gobierno, se llevan a cabo en el marco de múltiples y distintas reglamentaciones de fiscalización, que cada una de las entidades aprueba, lo que significa que existen tantos reglamentos como materias y entidades competentes (...) es un sistema complejo que no cuenta con una definición adecuada de reglas generales, aun cuando se trata de una potestad administrativa que se vale de instrumentos comunes de expresión multisectorial y transversal”³⁸.*

Por ello, el TUO LPAG incorpora un nuevo capítulo denominado *“La actividad administrativa de Fiscalización”³⁹*, el cual consta de 8 artículos que recogen la definición de la fiscalización; las facultades con las que cuentan las entidades dotadas de potestad de fiscalización; los deberes de las Administraciones Públicas y de los administrados al momento de realizarse la fiscalización; así como disposiciones referidas al acta de fiscalización, la

³⁸ Exposición de Motivos del D.Leg. N° 1272, Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y deroga la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo.

³⁹ Título IV, Capítulo II del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

forma de concluirla y las medidas cautelares y correctivas aplicables. Además, atribuye la calidad de “*actividad administrativa de fiscalización*” a la fiscalización.

Como se observa, se incorpora como algo novedoso hasta esa fecha en nuestro ordenamiento, una regulación general sobre la fiscalización. Al mismo tiempo, denomina expresamente a la fiscalización como una actividad, aunque en el artículo 165.2 lo llama expresamente “*procedimientos administrativos de fiscalización...*”, con lo que introduce una posible confusión pues, pareciera que la fiscalización para el TUO LPAG es actividad administrativa y procedimiento administrativo. Esta interrogante que nos presenta la actual legislación será desarrollada en los siguientes capítulos, por lo que no nos detenemos en ella, simplemente dejamos constancia de su existencia.

A pesar de contar con una normativa general para la potestad de fiscalización ejercida por la Administración, se sigue utilizando en el TUO LPAG los términos supervisión, inspección y vigilancia.

La palabra “supervisión” se utiliza seis veces: las tres primeras menciones se encuentran en los artículos 85.2, 101.3, 154.2, que son idénticos a los artículos 74.2, 90.3 y 143.2 de la LPAG antes de sus modificaciones.

Las novedades se encuentran en los siguientes artículos: el 167.2 señala respecto de la elaboración de actas que “*en los procedimientos administrativos de fiscalización y supervisión, los administrados, además, pueden ofrecer pruebas respecto de los hechos documentados en el acta*”; el 239.1 dispone que “*la actividad de fiscalización constituye el conjunto de actos y diligencias de investigación, supervisión, control o inspección sobre el cumplimiento de obligaciones (...)*”; y, finalmente, el 242.1, a través del cual se detallan los derechos de los administrados fiscalizados, siendo uno de ellos el “*ser informados del objeto y del sustento legal de la acción de supervisión (...)*”.

De las modificaciones introducidas, pareciera que “supervisión”, como hemos señalado para la LPAG, mantiene un significado más cercano a las relaciones de jerarquía entre funcionarios. Sin embargo, a su vez considera a la supervisión como un acto o diligencia de la fiscalización.

El término “inspección” se ha utilizado siete veces a lo largo del TUO LPAG. Los artículos 173.2, 177.5, 180.1 y 255.2 del TUO LPAG son copia fiel de los artículos 162.2, 166.5, 169.1 y 235.2 de la LPAG.

Mientras que las novedades se encuentran en los siguientes artículos: en el artículo 239 al recoger el concepto de fiscalización, señala que “*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 (...); el artículo 240.2.3, al enumerar las facultades de las entidades que realizan actividad de fiscalización, dispone que las Administraciones Públicas pueden “realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los locales y/o bienes de las personas naturales o jurídicas objeto de las acciones de fiscalización, respetando el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio cuando corresponda (...)”; y, finalmente, el 241.2.4 que señala, como deber de la entidad que realiza la fiscalización, “*entregar copia del Acta de Fiscalización o documento que haga sus veces al administrado al finalizar la diligencia de inspección, consignando de manera clara y precisa las observaciones que formule el administrado*”.

En este caso, de las modificaciones introducidas entendemos que mantienen el mismo sentido que le otorgaba la LPAG. Agregando como nuevas características: la consideración explícita a la inspección como un acto o diligencia de la fiscalización. Y la denominación “Acta de Fiscalización” como el documento que debe ser entregado al administrado consignando las observaciones formuladas al finalizar la inspección.

El término vigilancia ha sido utilizado solo una vez en el artículo 79, cuyo texto es idéntico al artículo 68 de la LPAG, el cual señala que “*el delegante tendrá siempre la obligación de vigilar la gestión del delegado, y podrá ser responsable con éste por culpa en la vigilancia*”.

Con las modificaciones introducidas en la LPAG, podemos afirmar lo siguiente: primero, que ahora sí existe una normativa general referida a la fiscalización, sin que ello signifique el no uso de los términos supervisión, inspección y vigilancia. Segundo, existe un mayor uso del término fiscalización. Tercero, la definición de fiscalización utilizada por nuestro ordenamiento administrativo general considera a la supervisión e inspección como actos y diligencias propias de la fiscalización. Cuarto, que al igual que en la LPAG, las modificaciones introducidas no permiten afirmar que exista una diferencia entre dichos términos, sino que daría la apariencia que todos expresan la misma potestad, es decir, la potestad de fiscalización, por ser éste el término elegido por nuestro ordenamiento jurídico. Quinto, cuando se utiliza el término supervisión e inspección en nuestro ordenamiento jurídico hacen referencia a la potestad de fiscalización.

Por lo tanto, a lo largo del presente trabajo de investigación utilizaré el término fiscalización por encima de los términos supervisión, inspección o vigilancia, en tanto ha sido el elegido por nuestra legislación. No obstante, considero que la palabra fiscalización da la apariencia de una mayor restricción de la libertad de los ciudadanos y control por parte del Estado, situación que no se condice con el rol que éste debe tener.

En ese sentido resulta importante indicar que estas conclusiones pueden distar de lo establecido en la legislación comparada, lo cual consideramos válido, en tanto la terminología puede variar dependiendo de cada país, en donde definitivamente la influencia no ha sido lo misma, sobre todo cuando se ha tratado de un tema poco desarrollado⁴⁰ por la doctrina comparada y nacional.

⁴⁰ Vid. REBOLLO PUIG, M., “La actividad inspectora”, en DÍEZ SÁNCHEZ, J. J., *Función Inspectora*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2013. p. 55; GARCÍA URETA, A., *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 13.; TIRADO BARRERA, J. A., “Reflexiones en Torno a la Potestad de Inspección o Fiscalización de la Administración Pública”, en *Derecho & Sociedad N° 37*, Lima 2011, p. 1.

Capítulo 2

La naturaleza jurídica de la fiscalización

2.1 La fiscalización es un tipo de potestad administrativa

2.1.1 La potestad administrativa

Hablar de potestad es necesariamente hablar de ejercicio de poder público, en tanto este último se manifiesta a través de aptitudes funcionales denominadas potestades públicas que hacen referencia a una facultad reconocida a ciertos sujetos⁴¹.

Varios autores para definir a la potestad⁴² toman como punto de partida el concepto elaborado por SANTI ROMANO y afirman que esta encuentra su origen en el ordenamiento jurídico, el cual “*habilita a su titular para imponer conductas a terceros mediante la constitución, modificación o extinción de relaciones jurídicas o mediante la modificación del estado material de cosas existentes*”⁴³.

Ahora bien, el afirmar que la potestad permite “imponer” situaciones jurídicas de manera unilateral a terceros pareciera excesiva y no tan acertada según MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, quien partiendo de la separación de poderes indica que “*la potestad legislativa carece de por sí de una potestad ejecutiva unida, es decir, no tiene medios de imponer los efectos con ellas creados, como no sean los indirectos de carácter político que derivan de la función del Parlamento (...)*”⁴⁴. En este sentido, agrega que no resulta posible elaborar un concepto específico de poder público que sea aplicable a cada una de sus manifestaciones tales como poder ejecutivo, poder legislativo y poder judicial⁴⁵.

Dicha afirmación debe ser matizada, ya que si bien, por la separación de poderes, el poder legislativo y el poder judicial no comparten la ejecutoriedad con la que cuenta el poder ejecutivo, ello no significa que no tengan la posibilidad de imponer sus potestades conforme a lo expresado por el ordenamiento jurídico. Así, no nos planteamos la posibilidad de que las leyes creadas por el Poder Legislativo no puedan ser impuestas a los ciudadanos.

⁴¹ Respecto del desarrollo y evolución de la potestad, *vid.* VILLAR PALASI, J. L., *Apuntes de Derecho Administrativo, Parte General*, Tomo I, Universidad a Distancia, Madrid, 1974, pp. 159. SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, vol. I, CEURA, Madrid, 1991, p. 879.

⁴² *Vid.* Autores de la cita anterior. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, 14^o edición, Civitas, Navarra, 2008, pp. 28 y 29. GARCÍA URETA, A., *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 28. BERMEJO VERA, J., La administración inspectora, en *Revista de Administración Pública*, N^o 147, Madrid, 1998, pp. 40-43.

⁴³ Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *op. cit.*, p. 879.

⁴⁴ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., *Introducción al Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 58.

⁴⁵ Cfr. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., *op. cit.*, p. 59.

En ese sentido y por la naturaleza del trabajo de investigación me remitiré a hablar de la potestad otorgada al poder ejecutivo, es decir, la potestad administrativa, la cual cuenta con las siguientes características:

a) Una de las principales características de la potestad administrativa es la capacidad de imponer unilateralmente efectos jurídicos o cambios en la esfera jurídica de terceros⁴⁶, a través de la imposición de deberes u obligaciones. Ello nos permite hablar de la ejecutividad y ejecutoriedad como características de la potestad.

La ejecutividad permite que los efectos jurídicos derivados del ejercicio de la potestad sean inmediatamente exigibles sin necesidad de un previo reconocimiento judicial. Y la ejecutoriedad permite la ejecución forzosa, incluso en contra de la voluntad de los administrados⁴⁷.

Resulta importante agregar que, a través de las potestades, no solo es posible imponer deberes u obligaciones, sino que también se puede “*enriquecer la esfera jurídica de los administrados, usualmente por actos que se otorgan a solicitud del administrado*”⁴⁸, como es el caso de las ayudas públicas.

b) Otra de las características de la potestad es que su atribución se justifica en un fin específico que siempre debe estar dirigido en beneficio del interés público, lo cual significa que el titular y el beneficiario no serán los mismos. Por ello se dice que, la potestad tiene carácter fiduciario, es decir, que es debido a otros⁴⁹.

c) Asimismo, las potestades públicas son inalienables, intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles⁵⁰. El poder una vez otorgado a su titular no podrá ser objeto de actos de disposición y, mientras se encuentre vigente la norma que atribuye dicha potestad, ésta seguirá en vigor.

⁴⁶ Cfr. *Ídem*. Vid. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., *op. cit.*, p. 59.

⁴⁷ ABRUÑA PUYOL, A., “Sobre el así denominado concepto estricto de acto administrativo”, en *Revista Foro Jurídico*, N° 15, Lima, 2016, p.258.

⁴⁸ *Ídem*, p.256.

⁴⁹ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *op. cit.*, p. 570. *vid.* ABRUÑA PUYOL, A., “Sobre el así...”, *op. cit.*, pp. 256-257. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., *op. cit.*, p. 59. GARCÍA URETA, A., *op. cit.*, 30. SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *op. cit.*, p. 880.

⁵⁰ Cfr. ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V.S., *Lección 16, El Administrado y sus situaciones jurídicas. (Pro manuscrito)*, Universidad de Piura, Piura, 2013, p. 6. *Vid.* GARCÍA URRETA, A., *op. cit.*, p. 30.

2.1.2 Clasificaciones de la potestad

La doctrina ha elaborado diversas clasificaciones de la potestad en virtud de distintos criterios. SANTAMARÍA PASTOR⁵¹ elabora una clasificación por razón de su titular y de su forma de atribución.

a) Por razón de su titular, distingue entre potestades públicas y privadas. Las primeras, según su postura, son las más numerosas y las que permiten la intervención en la esfera jurídica de terceros, además, son el objeto de estudio del Derecho Público. Las segundas se encontrarían bajo titularidad privada, como por ejemplo es el caso de la patria potestad.

La aceptación de potestades privadas como un tipo de potestad no es unánime en la doctrina, pues en principio solo los poderes públicos tienen potestades⁵².

b) Por razón de su forma de atribución, las clasifica en heteroatribuidas o autoatribuidas, potestades expresas o implícitas, potestades específicas o generales y potestades regladas o discrecionales.

b.1) Las potestades heteroatribuidas son aquellas potestades atribuidas por una norma cuyo autor es un sujeto distinto a su titular. Mientras que las potestades autoatribuidas son creadas y otorgadas por el mismo titular.

b.2) Las potestades expresas son aquellas explícitas e inequívocamente otorgadas por una norma. Mientras que las potestades implícitas o inherentes son aquellas que sin encontrarse explícitamente en la norma se pueden deducir mediante una interpretación.

b.3) Las potestades específicas consisten en otorgar un poder concreto y determinado. Mientras que las potestades generales, refiere el autor, son aquellas que se encuentran descritas de manera “*vaga e imprecisa de los fines (...), de los supuestos de hecho (...) y los medios o medidas en qué consisten.*”⁵³

b.4) Las potestades regladas son aquellas cuyo contenido y aplicación se encuentran delimitados por una norma. Mientras que las potestades

⁵¹ Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *op. cit.*, pp. 880 – 891.

⁵² Cfr. ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V.S., *Lección 16...*, *op. cit.*, p. 6.

⁵³ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *op. cit.*, p. 883.

discrecionales, según SANTAMARÍA PASTOR⁵⁴, permiten una apreciación caso por caso por parte del titular de la potestad. Resulta importante mencionar que una potestad no puede ser completamente discrecional, sino que siempre tendrá elementos reglados.

Otra clasificación es la desarrollada por VILLAR PALASI⁵⁵, el cual las divide en: potestades innovativas y no innovativas, y potestades ordenatorias y confirmatorias.

a) Las potestades innovativas son aquellas que modifican una situación jurídica, como, por ejemplo, la potestad de expropiación. Las potestades no innovativas, a diferencia de las primeras, conservan las situaciones jurídicas sin ocasionar alguna modificación.

b) Las potestades ordenatorias imponen al administrado un nuevo deber de hacer y podrán ser de cumplimiento inmediato o dentro de un plazo y de manera oral o escrita dependiendo del contexto en que se realice. Las potestades conformatorias imponen al administrado un deber de soportar o dejar hacer, permitiendo que la administración realice acción material, como, por ejemplo: acceder a locales, documentos, libros contables y más. Según, REBOLLO PUIG⁵⁶, en este tipo de potestades no media en su ejercicio un acto administrativo.

Otra clasificación, a efectos de lo que nos interesa en el presente trabajo de investigación, es según la materia de la potestad otorgada. Entre las principales se pueden encontrar a la potestad sancionadora, potestad reglamentaria, potestad regulatoria, potestad expropiatoria y potestad de fiscalización. Siendo ésta última la que desarrollaremos en las siguientes líneas.

⁵⁴ Para una mayor explicación acerca de la discrecionalidad de la Administración Pública: SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *op. cit.*, p. 884 – 891. Para este trabajo se tomará el concepto de discrecionalidad elaborado por ABRUÑA PUYOL y BACA ONETO, V.S., en *Lección 12: los elementos objetivo y casual (pro manuscrito)*, Universidad de Piura, Piura, 2014, pp. 18 – 19.

⁵⁵ VILLAR PALASI, J.L., *Curso de Derecho administrativo*, tomo I, Universidad Complutense, Madrid, 1972, pp. 207 a 209. VILLAR PALASI, J.L., *Apuntes de...*, *op. cit.*, p. 163.

⁵⁶ Cfr. REBOLLO PUIG, M., “La actividad inspectora”..., *op. cit.*, p. 60.

2.1.3 Concepto de la potestad de fiscalización

Con REBOLLO PUIG⁵⁷, podemos conceptualizar a la fiscalización como una potestad administrativa dirigida a comprobar si la conducta de los administrados se adecua a los deberes, obligaciones, prohibiciones y limitaciones establecidas por el ordenamiento jurídico⁵⁸.

Aunque con cierta confusión en su redacción, entendemos que la referencia al ordenamiento jurídico es concretada por los incisos 1 y 2 del artículo 237 del TUO LPAG precisando que la potestad debe ser otorgada exclusivamente por una Ley o Decreto legislativo, y ejercida sobre los administrados que se encuentren en relación con esa administración en base a “una norma legal o reglamentaria, contrato con el Estado u otra fuente jurídica” y, en su actuar concreto, desplegada “bajo un enfoque de cumplimiento normativo, de prevención del riesgo, de gestión del riesgo y tutela de los bienes jurídicos protegidos”.

2.1.4 Características de la potestad de fiscalización

a) La potestad de fiscalización es una potestad discrecional⁵⁹ que, como todas estas potestades, cuenta con elementos reglados⁶⁰, en tanto, como mínimo, su atribución, contenido, competencia y aplicación se encuentran delimitados por una norma que, a su vez, otorga a la Administración el ámbito de libertad para elegir el momento, los administrados y otros posibles alcances sobre cuándo, cómo y quienes ejercer la potestad. Esto de conformidad con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 237.1 del TUO LPAG.

Hablar de potestad discrecional, como ya hemos adelantado, no implica actuación arbitraria por parte de la Administración pública, sino que, mediante el otorgamiento de discrecionalidad, el titular de la potestad de fiscalización se encuentra facultado para

⁵⁷ La calidad de actividad administrativa o procedimiento administrativo que tiene la potestad de fiscalización será desarrollado más adelante, *Infra*, 45 y 53.

⁵⁸ Cfr. REBOLLO PUIG, M., “La actividad inspectora”, en Díez SÁNCHEZ, J. J., *Función Inspectoral*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2013. p. 56. *Vid.* REBOLLO PUIG, M., “Lección 13. La actividad de inspección”, en CANO CAMPOS, T. (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, Tomo III, Volumen II, 1º edición, Madrid, 2009, p. 53. REBOLLO PUIG, M., “Propuesta de regulación general y básica de la inspección y de las infracciones y sanciones administrativas”, en SÁINZ MORENO, F. (Dir.), *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2014, p. 447. GARCÍA URETA, A., *op. cit.*, p. 29. TIRADO BARRERA, J. A., *op. cit.*, p. 253.

⁵⁹ Autores que afirman que la fiscalización es una potestad discrecional: RIVERO ORTEGA, R. *El estado vigilante*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 61; TIRADO BARRERA, J. A., *op. cit.*, pp. 254. 255.

⁶⁰ Para GARCÍA URETA, la fiscalización es una potestad reglada que cuenta con elementos discrecionales. Cfr. *La potestad inspectora...*, *op. cit.*, p. 32. Según FERNÁNDEZ RAMOS, la vinculación a la legalidad permite defender que la fiscalización se trata de una potestad reglada, donde no habría margen para una actuación discrecional de la Administración Pública, cfr. *La actividad administrativa...*, *op. cit.*, p. 129.

colaborar en la delimitación del interés general fundamentando su decisión, también, en intereses extrajurídicos que no se encuentran expresamente previstos en la norma⁶¹.

b) A nivel constitucional, la potestad de fiscalización no se encuentra recogida de manera explícita en la CP, pero sí se realizan referencias a ella a lo largo de su articulado, pudiéndose admitir su existencia y reconocimiento constitucional⁶².

A nivel legal, el segundo párrafo del artículo 237.1 del TUO LPAG reconoce a la potestad de fiscalización y dispone que solo puede ser atribuida mediante Ley o Decreto Legislativo. Lo cual origina que, en nuestro ordenamiento jurídico se trata de una potestad sujeta a un principio de legalidad estricto.

c) Asimismo, se trata de una potestad limitada respecto del alcance que tiene para su ejecución, pues el título por el cual la Administración se encuentra facultada para ejercitar esta potestad, conforme a lo dispuesto por el artículo 237 del TUO LPAG, debe fundarse en aquellas obligaciones, prohibiciones y otras limitaciones que deriven de una norma legal o reglamentaria, contratos con el Estado u otra fuente jurídica, por lo tanto, no todo el universo de administrados es pasible de fiscalización.

En ese sentido, el artículo 238.1° del TUO LPAG dispone que la fiscalización se iniciará siempre de oficio, ya sea por propia iniciativa de la Administración o como consecuencia de una orden superior, petición motivada o denuncia. Como el tiempo y los recursos, tanto personales como materiales, con los que cuenta la Administración son limitados, deberá elegir, dentro del grupo de administrados fiscalizables, aquellos sobre los que, efectivamente, ejercerá su potestad⁶³.

Es común que ante dicha situación, la entidad fiscalizadora elabore planes o programas de fiscalización⁶⁴ que guían su actuación durante el ejercicio de su potestad⁶⁵. Sobre ellos nos vamos a detener un poco más.

⁶¹ Cfr. ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V.S., *Lección 12, ..., op. cit., pp. 18 – 19.*

⁶² *Vid.* Artículos 2.10°, 9°, 11°, 19°, 61°, 65°, 87°, 199° de la CP.

⁶³ No debiéndose olvidar que sus decisiones siempre deberán encontrarse motivadas. Cfr. TIRADO BARRERA, J. A., “Reflexiones en torno...”, *op. cit., p. 255.*

⁶⁴ Para mayor desarrollo respecto de los planes o programas de fiscalización *vid.* FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La actividad..., op. cit., pp. 331 – 342.* REBOLLO PUIG, M., “Propuesta de regulación general...”, *op. cit., p. 455.*

⁶⁵ Por ejemplo, se puede mencionar al Plan Anual de Evaluación y Fiscalización Ambiental 2018 elaborado por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 037-2017-OEFA/CD. Tiene como objetivos definir los criterios de priorización para determinar las acciones de supervisión ambiental en función a la problemática socio ambiental, elaborar los instrumentos legales que sean necesarios para la fiscalización efectiva, determinar la programación de las supervisiones que ejecuta el OEFA a nivel nacional en base a criterios de eficiencia y efectividad, y asegurar el cumplimiento del marco

Estos planes al ser circulares administrativas permitirán reducir la discrecionalidad de la Administración Pública al momento de la toma de decisiones⁶⁶, lo cual le otorga un carácter normativo, al igual que sucede con los Reglamentos.

La doctrina no es unánime al respecto y hay quienes buscan diferenciar a los circulares de los Reglamentos. No obstante, BACA ONETO⁶⁷ señala que, en nuestro ordenamiento jurídico no es posible esta distinción, en tanto, según lo dispuesto por el artículo VII del TUO LPAG, las circulares pueden ser de índole externa e incluso los administrados pueden invocarlos⁶⁸. En ese sentido, el Tribunal Constitucional Español ha indicado que “*aunque en algún momento histórico fuera problemático, no cabe negar hoy a todos los planes, desde los presupuestarios hasta los urbanísticos, su naturaleza de normas jurídicas (...)*”⁶⁹.

Al afirmar que los planes de fiscalización tienen carácter normativo, nos lleva a otra pregunta ¿son actos administrativos? Al respecto, cierto sector de la doctrina niega que sea un acto administrativo por ser un acto-norma, mientras que otro sector, afirma que es acto administrativo por tratarse de una declaración de la Administración Pública que produce efectos jurídicos⁷⁰.

Si bien la diferencia entre aquellos actos normativos y aquellos que no lo son es importante, ello no supone que la normatividad sea un elemento configurador del acto administrativo, sino que más bien, dicha normatividad ocasiona que exista un régimen jurídico parcialmente distinto según lo que el ordenamiento establezca para cada uno de estos supuestos⁷¹.

Por lo tanto, es posible afirmar que los planes de fiscalización son actos administrativos, en tanto cuenta con sus elementos esenciales o configuradores.

d) Como ya se ha mencionado, la potestad de fiscalización, de conformidad con el artículo 237 del TUO, dispone que esta se realiza bajo un enfoque de cumplimiento

regulatorio ambiental. Vid. Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en línea), *Plan Anual de Evaluación y Fiscalización Ambiental 2018*, <<http://www.oefa.gob.pe/wp-content/uploads/2017/12/RES-037-2017-OEFA-CD-LQ-PLANEFA2018.pdf>> (consultado: 04/07/2018).

⁶⁶ Cfr. ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V.S., *Lección 4, Las fuentes del Derecho Administrativo (Pro manuscrito)*, Universidad de Piura, Piura, 2016, p. 22.

⁶⁷ Cfr. BACA ONETO, V.S., “¿Son el precedente y la doctrina fuentes del derecho administrativo?”, en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y otros (Coord.), *Fuentes del Derecho Administrativo (Tratados internacionales, contratos como regla de derecho, jurisprudencia, doctrina y precedente administrativo)*, Ediciones RAP S.A., Buenos Aires, 2010, p. 646.

⁶⁸ *Ídem*.

⁶⁹ STC 102/1995, de fecha 26 de junio de 1995, f.j. 13.

⁷⁰ Cfr. ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V.S., *Lección 09...*, *op. cit.*, p. 13.

⁷¹ *Ídem*, pp. 14-15.

normativo, prevención del riesgo, gestión del riesgo y tutela de los bienes jurídicos protegidos. Así, la potestad de fiscalización estaría dirigida a la prevención.

Esta prevención, desde un punto de vista legalista, encontraría su fundamento en que los esfuerzos de la Administración Pública en ejercicio de la fiscalización estarían dirigidos a evitar una contravención a la normativa a través de diferentes herramientas que permitan al administrado observar un beneficio por no transgredir el ordenamiento jurídico⁷².

Por otra parte, SEVERIANO FERNÁNDEZ indica que la finalidad del carácter preventivo de la fiscalización encuentra su fundamento en el “*efecto intimidatorio sobre los agentes del sector destinatario de las normas, previniendo la comisión de infracciones y asegurando el respeto del ordenamiento*”⁷³. Acercándose así, al derecho administrativo al ámbito del derecho penal.

Sin embargo, recordando el carácter fiduciario de las potestades, el fundamento de la finalidad de la fiscalización no podría ser legalista o intimidatorio, sino la consecución del fin público que es el interés público.

Así, cuando se indica que la fiscalización se realiza bajo un enfoque de cumplimiento normativo, debemos entender que lo que se busca es el interés público a través de que lo dispuesto por el ordenamiento jurídico sea cumplido por el administrado de manera voluntaria, disminuyendo, así, los procedimientos sancionadores y el ahorro de recursos por parte de la Administración Pública.

La prevención y gestión del riesgo buscan ejercer un control sobre el riesgo y adoptar medidas necesarias para su disminución⁷⁴. En este sentido, la OCDE⁷⁵ ha indicado en su reporte del año 2014 “*Best practice principles for Regulatory Policy: Regulatory Enforcement and Inspections*” que la frecuencia de las inspecciones y los recursos disponibles para desarrollar dicha potestad debe ser proporcional al nivel del riesgo, y a su vez, se debe buscar una disminución de dichos riesgos⁷⁶.

En ese sentido, el inciso 2 del artículo 243 del TUO LPAG reafirma lo desarrollado párrafos anteriores, en tanto dispone que las entidades que cuenten con la potestad de

⁷² Como por ejemplo podría ser la configuración del *compliance* en las empresas sujetas a fiscalización.

⁷³ FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La actividad administrativa...*, op. cit., pp. 21-22.

⁷⁴ Cfr. ESTEVE PARDO, J., *Lecciones de Derecho Administrativo*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 359.

⁷⁵ Es necesario aclarar que la OCDE se encuentra influenciado bajo un modelo del *common law* anglosajón en donde el concepto de policía administrativa tiene un desarrollo diferente en los países del *civil law*. No obstante, en los últimos años, los países de Latinoamérica, entre ellos el Perú, siguen sus consejos en materia regulatoria y de fiscalización.

⁷⁶ Cfr. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en línea), *Best practice principles for Regulatory Policy. Regulatory Enforcement and Inspections*, 2014. https://read.oecd-ilibrary.org/governance/regulatory-enforcement-and-inspections_9789264208117-en#page3 (consultado: 02/07/2018)

fiscalización deberán procurar realizar fiscalizaciones únicamente con finalidad orientativa, es decir, que buque identificar los riesgos y notificar a los administrados para que mejoren su actuar.

e) Asimismo, se puede considerar a la potestad de fiscalización como una potestad auxiliar o instrumental de otras potestades⁷⁷. Por ejemplo, cuando a través de la fiscalización se verifica que existe un incumplimiento normativo se recomendará dar inicio a un procedimiento administrativo sancionador con el fin de determinar la responsabilidad que corresponde.

Resulta importante tener en cuenta que la reacción administrativa frente a un incumplimiento ya no es competencia de la fiscalización, sino que se trata del ejercicio de una potestad diferente que no debe ser confundida⁷⁸. Esto se condice con lo dispuesto en el artículo 243.1.4 del TUO LPAG, cuyo texto dispone que una de las formas de concluir la fiscalización es recomendando el inicio de un procedimiento con la finalidad de determinar la responsabilidad administrativa que corresponda.

Asimismo, una de las más recientes modificaciones introducidas a la LPAG, dispone en el artículo 259.5 TUO LPAG que “*la declaración de la caducidad administrativa no deja sin efecto las actuaciones de fiscalización*”, separando al procedimiento administrativo sancionador de la fiscalización.

2.1.5 Tipos de fiscalización

Según la participación del administrado, la fiscalización podría ser presencial y no presencial.

a) La fiscalización presencial es aquella en la que participa el administrado y en la mayoría de los casos se realiza en el local o bien del sujeto fiscalizado.

⁷⁷ REBOLLO PUIG, M., “La actividad inspectora” ..., *op. cit.*, p. 58.

⁷⁸ Pareciera que OSINERGMIN se aleja de esta característica a través de su nuevo Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN, adecuado a las disposiciones de la Ley N° 2744 modificada por el Decreto Legislativo N° 1272, aprobado por Resolución de Consejo Directivo OSINERGMIN N° 040-2017-OS-CD, en tanto dispone en su artículo 4.4 que, la función fiscalizadora y sancionadora comprende “*la facultad de determinar la comisión de conductas tipificadas como infracciones administrativas y, de ser el caso, imponer la sanción correspondiente. Abarca el inicio del procedimiento sancionador por parte del órgano instructor hasta la resolución de segunda y última instancia administrativa*”. Es importante tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 237.2 del TUO LPAG, el cual dispone que “independientemente de su denominación, las normas especiales que regulan esta función se interpretan y aplican en el marco de las normas comunes en el presente capítulo (...)”. Por tal motivo, lo dispuesto en el reglamento de OSINERGMIN debería ser entendido bajo lo dispuesto en la normativa general y así, el artículo previamente citado haría referencia al procedimiento administrativo sancionador y no a la potestad de fiscalización.

b) La fiscalización no presencial se realizará sin la participación física del sujeto fiscalizado. Normalmente se hará por medio de requerimientos de información, exámenes periciales, cruces de información con otras entidades públicas como privadas.

Según la programación de la fiscalización, ésta puede clasificarse en regular y especial.

a) La fiscalización regular o programada se encuentra estipulada en el plan de fiscalización que la entidad haya elaborado.

b) La fiscalización especial o no programada, responde al contexto o alguna situación en particular, como, por ejemplo: denuncias, solicitudes de intervención formuladas por otras administraciones públicas, conocimiento de hechos que involucren el presunto incumplimiento o cualquier circunstancia que evidencie la necesidad de realizar una fiscalización.

Según la comunicación al sujeto fiscalizado, la fiscalización podrá ser: notificada y no notificada.

a) La fiscalización con previa notificación supone dar aviso al administrado que será objeto de una fiscalización.

b) La fiscalización sin previa notificación o también conocida como inopinada, como su propio nombre lo dice, no da aviso al administrado de la fiscalización a la que estará sujeto.

Las fiscalizaciones que no se agotan en sí mismas pueden clasificarse según la oportunidad en que estas se realizan. Así, podríamos distinguir a las fiscalizaciones durante un procedimiento administrativo o, de manera posterior al otorgamiento de lo solicitado ante la Administración Pública.

a) Cuando la fiscalización se realiza durante un procedimiento administrativo se pueden distinguir dos posibilidades.

La primera posibilidad se configura cuando se realiza de manera previa al otorgamiento de lo solicitado por el administrado, el cual en la mayoría de las ocasiones busca obtener un título habilitante para realizar alguna actividad.

Mediante esta fiscalización se busca verificar que el administrado cumple con las condiciones para otorgarle lo que ha requerido. Como, por ejemplo, la denominada

“Inspección Técnica de Seguridad en Defensa Civil Básica Ex – Ante” que se realiza cuando el administrado solicita una licencia de funcionamiento.

La segunda posibilidad se configura cuando se realiza durante un procedimiento administrativo sancionador con la finalidad de determinar la existencia o no de una infracción administrativa.

b) Cuando la fiscalización se realiza de manera posterior al otorgamiento de lo solicitado por el administrado se pueden distinguir dos posibilidades.

La primera posibilidad se configura cuando, en función de haber otorgado una licencia, autorización o por la suscripción de un contrato, la Administración Pública ejerce su potestad de fiscalización con la finalidad de verificar que las obligaciones, requisitos y limitaciones legales se cumplan de conformidad con lo establecido en cada caso o que las condiciones indispensables para su obtención se siguen manteniendo en el tiempo.

La segunda posibilidad se configura cuando la fiscalización se ejerce en razón de lo establecido en el artículo 34 del TUO LPAG, el cual dispone los requisitos y el ámbito de aplicación de la denominada fiscalización posterior.

Mediante la fiscalización posterior se busca verificar de oficio la autenticidad de la información proporcionada por el administrado (declaraciones, documentos, traducciones) presentados en el marco de los procedimientos de aprobación automática y evaluación previa con silencio administrativo positivo. Y podrá hacerlo no solo a través de la valoración de la documentación con la que cuenta, sino también a través del cruce de información con aquellas personas o entidades públicas o privadas que se encuentren relacionadas con la emisión de alguna información con la finalidad de que corroboren su autenticidad.

Nos detendremos, un poco más, en este tipo de fiscalización por contar con unas características particulares.

2.1.6 Una mención especial a la fiscalización posterior

En la fiscalización posterior se hacen presentes varios principios tales como el principio de confianza, el principio de eficacia, el principio de celeridad y el principio de privilegio de controles posteriores, siendo éste último el que faculta a la Administración Pública comprobar la veracidad de la información presentada por el administrado en los procedimientos administrativos.

a) El objeto de la fiscalización posterior

Es aquel universo de procedimientos de aprobación automática, evaluación previa con silencio positivo o aquella documentación recibida que se encuentre detallada en el artículo 49 del TUO LPAG⁷⁹.

a.1) A través de los procedimientos de aprobación automática, con la presentación de los documentos por parte del administrado, la comprobación por parte del funcionario de que se adjuntan los requisitos exigidos por el TUPA de la entidad y el simple estampado del sello de la oficina que los recibe en el cargo correspondiente, se considera que lo solicitado ha sido obtenido⁸⁰.

Hay que precisar, que en algunos supuestos el administrado necesitará de algún documento que acredite que cuenta con dicha aprobación, ante ello, la entidad deberá emitirlo en el plazo máximo de cinco días hábiles, salvo ley especial vigente antes del 21 de diciembre de 2016⁸¹.

El artículo 34.4 del TUO LPAG dispone cuales son los procedimientos que están sujetos a aprobación automática: aquellos que habiliten el ejercicio de derechos preexistentes del administrado, la inscripción en registros administrativos, la obtención de licencias, autorizaciones, constancias y copias certificadas o similares que habiliten para el ejercicio continuado de actividades profesionales, sociales, económicas o laborales en el ámbito, siempre que no afecten derechos de tercero.

Como se observa, a través de los procedimientos de aprobación automática, el administrado queda habilitado para ejercer derechos o realizar actividades con relevancia jurídica frente a terceros. Así, si bien existe una revisión formal de los documentos presentados por el administrado, que básicamente se trata de comprobar que se cumple con lo requerido en el TUPA de la entidad, no se realiza una revisión del contenido de la documentación. Por lo cual, toma sentido que se encuentre sometida a la fiscalización posterior.

⁷⁹ Este artículo dispone aquellos documentos sucedáneos de los originales que pueden ser presentados en todos los procedimientos administrativos, siendo obligación de la Administración Pública recibir dicha documentación que tendrá el mismo valor probatorio que la original.

⁸⁰ Cfr. ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V.S., *Lección 11...*, *op. cit.*, p. 16.

⁸¹ Fecha de publicación del Decreto Legislativo N° 1272, que modificó la Ley del Procedimiento Administrativo General y derogó la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo.

a.2) Mediante los procedimientos de evaluación previa, la Administración Pública valorará la solicitud presentada por el administrado junto con las declaraciones y documentos adjuntados, a fin de emitir un pronunciamiento aprobatorio o denegatorio.

El artículo 39 del TUO LPAG dispone que desde el inicio de un procedimiento administrativo de evaluación previa hasta que se dicte la resolución, el plazo no puede exceder de 30 días hábiles (fuera de los 5 días hábiles, a partir de la expedición del acto a notificar, con los que cuenta la entidad para realizar la notificación), salvo que por Ley o Decreto Legislativo se disponga de un plazo mayor.

Ahora bien, este procedimiento puede acabar de tres formas: con un pronunciamiento aprobatorio o denegatorio, con una aprobación en aplicación del silencio positivo o con la denegación de lo solicitado en aplicación del silencio negativo. Sin embargo, no todas estarían sujetas a la fiscalización posterior.

Los procedimientos de evaluación previa que culminen debido a la aplicación del silencio negativo y aquellos que culminen con un pronunciamiento denegando lo solicitado por el administrado, no serán objeto de la fiscalización posterior. Ya que, al no habersele otorgado nada al administrado no tiene relevancia la verificación de veracidad sobre lo documentos presentados.

En cambio, los procedimientos de evaluación previa que culminen por aplicación del silencio positivo sí se encontrarán sujetos a la fiscalización posterior. En estos casos el administrado podrá ejercer un derecho o una actividad a través de una solicitud cuyo contenido de la documentación no fue valorada por la entidad, por la cual se permite que exista una revisión posterior.

Respecto de aquellos procedimientos de evaluación previa que culminan con un pronunciamiento favorable para lo solicitado por el administrado, el TUO LPAG no es muy claro. En inicio, la norma indica que se encuentra sujeta a fiscalización posterior aquellos procedimientos de evaluación, sin embargo, en el párrafo siguiente, solo se menciona a los procedimientos de aprobación automática y evaluación previa en los que haya operado el silencio administrativo positivo, no incluyendo a los supuestos en que existe un pronunciamiento favorable para el administrado.

Entendemos que, en los procedimientos de evaluación previa en donde consta un pronunciamiento otorgando lo solicitado por el administrado, existe una valoración de la documentación presentada, en tanto, la decisión emitida se funda en lo presentado en la solicitud.

Por lo tanto, en este supuesto, a diferencia de los procedimientos de aprobación automática o los de evaluación previa en los que ha operado el silencio positivo, la Administración sí ha tenido la oportunidad de verificar el contenido o el fondo de la documentación presentada por el administrado. Así, si en este supuesto se efectuara la fiscalización posterior, la entidad estaría realizando un doble análisis sobre los mismos documentos contraviniendo, por ejemplo, al principio de celeridad.

En ese sentido, pareciera que la omisión del TUO LPAG no sería en vano y así no sería posible la fiscalización posterior en aquellos procedimientos de evaluación previa donde la Administración emite un pronunciamiento favorable para el administrado.

b) Los sujetos de la fiscalización posterior

Las entidades que se encuentran obligadas a realizar la fiscalización posterior son todas aquellas ante las cuales se tramiten procedimientos previstos en sus respectivos TUPA. Y cada una de ellas, será la encargada de emitir la normativa interna referida al personal a cargo de la fiscalización posterior.

Mientras que los administrados sujetos a la fiscalización posterior serán aquellos que hayan obtenido una decisión favorable a través de los procedimientos de aprobación automática y los procedimientos de evaluación previa sujetos a silencio administrativo positivo.

c) La forma de la fiscalización posterior

La fiscalización posterior tiene un sistema particular para su inicio. El TUO LPAG lo ha denominado “sistema de muestreo”, el cual implica que los expedientes sujetos a este tipo de fiscalización sean seleccionados a través de medios electrónicos⁸².

La normativa dispone que la cantidad de expedientes sujeta a la fiscalización posterior no será menor al 10% ni mayor a los 150 expedientes por semestre⁸³. No obstante, podrá

⁸² Situación que sorprende porque lamentablemente a la fecha en nuestro país no se ha logrado una homogenización del uso de los recursos tecnológicos, encontrándonos con contextos en donde el uso de computadoras o medios electrónicos es nulo o casi nulo.

⁸³ El artículo 4 del Decreto Supremo N° 096-2007-PCM, que regula la fiscalización posterior de los procedimientos administrativos por parte del Estado, agrega que, en el caso de procedimientos administrativos de aprobación automática, el sistema de selección deberá garantizar una muestra aleatoria simple de no menos del 10% del total de expedientes tramitados en el semestre, con un máximo de 50 expedientes por cada procedimiento administrativo previsto en el TUPA.

incrementarse dicha cantidad teniendo en cuenta el impacto en el interés general, en la economía, en la seguridad o en la salud ciudadana⁸⁴.

Cada entidad realizará dos fiscalizaciones posteriores al año, una en cada semestre, y se guiará conforme a lo establecido en los lineamientos emitidos por la Presidencia del Consejo de Ministros a través del Decreto Supremo N° 096-2007-PCM.

d) Las consecuencias de la fiscalización posterior

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 34.4 del TUO LPAG, en el caso que se compruebe fraude o falsedad en la documentación sujeta a la fiscalización, la entidad podrá: declarar la nulidad del acto administrativo sustentado en dicha información, ser incluido en la Central de Riesgo Administrativo⁸⁵, y, en caso se configure un ilícito penal, se deberá comunicar al Ministerio Público para que interponga la acción penal correspondiente. Asimismo, en caso la Administración pública lo considere necesario podrá imponer una multa al administrado⁸⁶.

2.1.7 Principios y límites de la fiscalización. Especial consideración al derecho constitucional a la inviolabilidad de domicilio

a) Principio de legalidad

Nuestra CP, en varios de sus articulados, dispone que las limitaciones de derechos referidos a la libertad y a la propiedad del administrado deberán hacerse mediante ley, situación por la cual, la fiscalización, al ser una potestad que limita derechos, se encuentra sujeta al principio de legalidad, es decir, este principio actúa como límite frente al ejercicio de la fiscalización.

Lo afirmado en el párrafo anterior nos remite a referirnos acerca de la reserva de ley, la cual es entendida como aquella habilitación previa a través de la ley, sin embargo, como ha

⁸⁴ Al respecto, el artículo 5 del Decreto Supremo N° 096-2007-PCM, que regula la fiscalización posterior de los procedimientos administrativos por parte del Estado, precisa que en caso de que “*el mínimo de 10% del total de expedientes tramitados en el semestre por cada procedimiento exceda el número de 50 expedientes, se podrá reputar que, en razón de su número e incidencia, tal procedimiento tiene un impacto sustancial sobre el interés general. En tal supuesto, las entidades de la Administración Pública están facultadas a seleccionar conforme al procedimiento previsto en el artículo 4, más de 50 expedientes hasta completar una cantidad de expedientes equivalente a la raíz cuadrada del número total de expedientes por cada procedimiento administrativo previsto en el TUPA*”.

⁸⁵ La Central de Riesgo Administrativo está a cargo de la Presidencia del Consejo de Ministros. En ella, se consignará el DNI o RUC del administrado y la entidad ante la cual presentaron dicha información. Todos aquellos administrados que aparezcan en esta lista deberán ser consignados automáticamente en las siguientes fiscalizaciones posteriores.

⁸⁶ La multa deberá estar entre el rango de 5 - 10 UIT y deberá ser emitida en favor de la entidad.

indicado ABRUÑA PUYOL y BACA ONETO, en nuestro ordenamiento constitucional se debe distinguir entre la reserva horizontal y la reserva vertical⁸⁷.

La reserva horizontal delimita el alcance del reglamento independiente, y, en tanto, estos no serían admisibles en el Perú, tampoco podríamos admitir la existencia de este tipo de reserva en nuestro ordenamiento⁸⁸.

Mediante la reserva vertical se “*exige un mínimo contenido material de las leyes y supone la prohibición de remisiones genéricas o en blanco (...) y no cabría la deslegalización de las materias reservada a la ley.*”. Así, agrega ABRUÑA PUYOL y BACA ONETO que, cuando se trate de limitaciones a la libertad o a los derechos de los administrado, siempre será necesario que exista una norma legal, que tenga un mínimo contenido y habilite al reglamento para que pueda actuar de manera complementaria.

En ese sentido, el principio de legalidad, como límite de la fiscalización, se encuentra expresado, como ya ha sido mencionado, en el artículo 239.1 del TUO LPAG que dispone que solo por Ley o Decreto legislativo se puede atribuir la potestad de fiscalización. Y en la normativa sectorial encontraremos una serie de reglamentos dirigidos a regular el ámbito de la fiscalización, como por ejemplo: Reglamento de Supervisión de la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 006-2017-SUNEDU-CD; el Reglamento de Supervisión de la SUNASA aplicable a las Instituciones Administradoras de Fondos de Aseguramiento en Salud y a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, aprobada por Decreto Supremo N° 003-2013-SA, entre otras.

b) Principio de proporcionalidad⁸⁹

En la fiscalización, el principio de proporcionalidad cumple un rol importante, sobre todo porque, como se ha mencionado, se trata de una potestad discrecional. Así, en palabras del TC, este principio “*implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos. Este principio adquiere mayor relevancia en el caso de aquellos supuestos referidos a restringir derechos*”⁹⁰. El principio de proporcionalidad se divide en tres exigencias para su configuración, las cuales son: el juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

⁸⁷ Cfr. ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V.S., *Lección 14...*, op. cit., p. 13.

⁸⁸ Cfr. *Ídem*, p. 13.

⁸⁹ No se desarrollará exhaustivamente el contenido del principio de proporcionalidad.

⁹⁰ EXP. N° 006-2003-AI/TC, de fecha 01 de diciembre de 2003, f.j. 9.

El juicio de idoneidad significa que se debe perseguir una finalidad válida y el medio por el que se busca alcanzar dicha finalidad sea el apto para ello⁹¹. Al respecto, el TC ha indicado que se trata de una “*relación medio-fin*”⁹².

Una vez superado este requisito, se deberá realizar el juicio de necesidad, mediante el cual se analiza si existen otros medios alternativos al utilizado por la Administración Pública que sean menos gravosos, es decir, se trata de una “*relación medio-medio*”⁹³.

Aprobado el juicio de necesidad, se seguirá con el juicio de proporcionalidad en sentido estricto o también conocido como ponderación, a través del cual, se aplica la denominada ley de ponderación, la cual indica que “*cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro*”⁹⁴.

En palabras de FERNÁNDEZ RAMOS, “*la sujeción al principio de proporcionalidad determina nada menos que la legalidad misma de multitud de aspectos de la actuación inspectora*”⁹⁵. Compartimos su afirmación, en tanto, el principio de proporcionalidad será aplicado en varios aspectos del ejercicio de la potestad de fiscalización, tales como: los requerimientos de información, los medios técnicos a utilizar para interrogar a las personas sujetas a fiscalización, la toma de muestras, la frecuencia de las fiscalizaciones y más.

c) Los derechos fundamentales: intimidad personal o familiar, secreto bancario, tributario e industrial, protección de datos personales

Durante el ejercicio de la fiscalización pueden existir atribuciones que, en el caso concreto, se encuentren relacionadas con algún o algunos derechos fundamentales, actuando estos como límites de la potestad de fiscalización, ya sea a través de la imposición de deberes para los titulares de la fiscalización o al ejercitar esta potestad.

Partiendo que los derechos fundamentales no son absolutos e ilimitados, REBOLLO PUIG explica que los límites que surjan a partir de estos tampoco serán absolutos, así, cuando en el ejercicio de la potestad de fiscalización se encuentre algún derecho fundamental, estos no supondrán la imposibilidad de ejercerla. Agrega también que son muy diversos los

⁹¹ Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, L., “Hacia una reformulación de principio de proporcionalidad”, en *Gaceta Constitucional*, Lima, 2008, pp. 37-51.

⁹² EXP. N° 0045-2004-PI/TC, de fecha 29 de octubre de 2005, f.j. 38.

⁹³ EXP. N° 0045-2004-PI/TC, de fecha 29 de octubre de 2005, f.j. 39.

⁹⁴ EXP. N° 0045-2004-PI/TC, de fecha 29 de octubre de 2005, f.j. 40.

⁹⁵ FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La actividad administrativa...*, op. cit., p. 132.

derechos fundamentales que puedan establecer excepciones al ejercicio de la fiscalización, aunque a veces se traten de supuestos “*casi de laboratorio*”⁹⁶.

En este apartado se desarrollarán los derechos fundamentales mencionados en el segundo párrafo del artículo 240.2.1 del TUO LPAG por ser los más comunes, sin que ello signifique que sean los únicos derechos fundamentales que deberán ser respetados durante el ejercicio de la potestad de fiscalización.

c.1) Uno de los derechos fundamentales que actúa como límite es el derecho fundamental a la intimidad personal o familiar recogido en el artículo 2.7 de la CP. El TC ha señalado que la protección a la intimidad personal o familiar, “*implica excluir el acceso a terceros de información relacionada con la vida privada de una persona, lo que incluye las comunicaciones, documentos o datos de tipo personal*”⁹⁷.

c.2) Otro derecho fundamental es la protección de los datos personales el cual se encuentra recogido en el artículo 2.6 de la CP y desarrollado por el artículo 2.4 de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales y en su Reglamento, los conceptualizan a los datos personales como toda “*aquella información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica, sobre hábitos personales, o de cualquier otro tipo concerniente a las personas naturales que las identifica o las hace identificables a través de medios que puedan ser razonablemente utilizados*”.

c.3) Asimismo, el derecho al secreto bancario y la reserva tributaria recogidos en el artículo 2.5 de la CP. Al respecto, el TC ha señalado que mediante estos derechos “*se busca preservar un aspecto de la vida privada de los ciudadanos, en sociedades donde las cifras pueden configurar, de algún modo, una especie de biografía económica del individuo, perfilándolo y poniendo en riesgo no sólo su derecho a la intimidad en sí mismo configurado, sino también otros bienes de igual trascendencia como la seguridad o su integridad*”⁹⁸.

Durante el ejercicio de la fiscalización la Administración Pública tendrá acceso a mucha información de carácter personal o reservado por la materia de su contenido (tributaria, bancaria, comercial e industrial), debiéndose tomar en cuenta que no por ello dejará de ejercer su potestad, sino que en virtud del principio de proporcionalidad tendrá que requerir aquella información estrictamente necesaria para la fiscalización. Por lo tanto, la Administración

⁹⁶ Cfr. REBOLLO PUIG, M., “La actividad inspectora...,” *op. cit.*, pp. 77-79.

⁹⁷ EXP. N° 009-2014-PI/TC, de fecha 04 de marzo de 2016, f.j. 6.

⁹⁸ EXP. N° 2830-2013-PHD/TC, de fecha 14 de agosto de 2014, f.j. 13.

Pública deberá ejercer su potestad de fiscalización sin necesidad de vulnerar los derechos fundamentales de los sujetos objetos de fiscalización⁹⁹.

Es importante agregar que en la práctica estos derechos despliegan sus límites sobre todo cuando un tercero solicita a una Administración Pública la información recogida a través de las fiscalizaciones realizadas.

A modo de ejemplo podemos mencionar al Exp. N° 2830-2013-PHD/TC, de fecha 14 de agosto de 2014, y al Exp. N° 1467-2014-PHD/TC, de fecha 10 de diciembre de 2015. Ambos declararon infundadas las demandas de hábeas data presentada por terceras personas ajenas al sujeto fiscalizado, quienes solicitaban se les entregue las copias de las actas de inspección junto con los informes de fiscalización elaborados por la Entidad. El fundamento utilizado por el TC es que en la información requerida a la Administración Pública se encuentran datos relacionados con la intimidad personal, así como información tributaria del sujeto fiscalizado.

d) La inviolabilidad de domicilio

Una de las manifestaciones más comunes del ejercicio de la potestad de fiscalización es el acceso a los lugares en donde se realiza las actividades sujetas a fiscalización, lo cual establece a su vez la obligación de los sujetos fiscalizados a consentir y facilitar el acceso a dichos lugares¹⁰⁰.

El artículo 240.3 del TUO LPAG dispone que el derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio debe siempre respetarse al momento de realizar las inspecciones en *“los locales y/o bienes de las personas naturales o jurídicas objeto de las acciones de fiscalización”*.

El artículo 2.10 de la CP dispone expresamente que *“nadie puede ingresar en el domicilio ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial”*, por lo tanto, se añade como mecanismo de protección la necesidad de contar con la autorización del titular, o en su defecto un mandato judicial para poder ingresar a un domicilio¹⁰¹.

⁹⁹ Cfr. REBOLLO PUIG, M., “La actividad inspectora...,” *op. cit.*, pp. 80-81.

¹⁰⁰ Cfr. FERNÁNDEZ RAMOS, S., “El derecho a la inviolabilidad del domicilio frente a la actuación inspectora”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N° 17, Zaragoza, 2000, p. 219. *Vid.* FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La actividad administrativa...*, *op. cit.*, p. 270.

¹⁰¹ Para algún sector de la doctrina, la inviolabilidad de domicilio no constituye un límite para el ejercicio de la potestad de fiscalización, en tanto habría que diferenciar entre una actividad de inspección regular y una actividad previa al ejercicio de la potestad sancionadora, siendo solo en este segundo caso cuando se activarían los límites del derecho a la inviolabilidad de domicilio. Así, *“cuando la actuación de los poderes públicos se relaciona no con la imposición de los gravámenes, cumplimiento de resoluciones y otros aspectos limitativos de*

Esta particular situación origina dos preguntas: ¿cuál es el domicilio de una persona jurídica? Y ¿cómo funcionan las garantías dispuestas por el ordenamiento constitucional a favor de la inviolabilidad de domicilio en el ejercicio de las potestades de fiscalización de la administración pública?

d.1) Según nuestro TC, el domicilio “*comprende aquel espacio específico elegido por el ocupante para que pueda desarrollar libremente su vida privada o familiar, es decir, es un espacio-ámbito de intimidad del que él, y sólo él, dispone. Y es que el rasgo esencial que define el domicilio en sentido constitucional reside en la aptitud para desarrollar en él vida privada y en su destino específico a tal desarrollo, aunque sea eventual*”¹⁰².

Esta noción constitucional tiene más amplitud que la noción utilizada en el derecho privado, en donde, el domicilio, según el artículo 33 del Código Civil Peruano, se constituye a través de la residencia habitual de una persona en un lugar. Así, el alcance constitucional del término domicilio incluye a un bien “*móvil o inmóvil, de uso permanente, transitorio o accidental; así como todos aquellos espacios cerrados en donde las personas desarrollan su intimidad y personalidad separada de los terceros y sin su presencia, como por ejemplo la habitación de un hotel, el camarote de un barco, etc.*”¹⁰³

Asimismo, (...) *coadyuvan a la configuración del citado domicilio constitucional algunos elementos, a saber: i) el elemento Físico: el domicilio es el espacio en el cual la persona vive sin estar sujeta a condiciones de comportamiento y en el cual ejerce su libertad más íntima; ii) el elemento Psicológico: supone la intención personal de habitar un lugar como morada, sea de manera permanente o de manera transitoria, aun cuando dicho lugar no reúna las condiciones mínimas para ello. Según la concepción del domicilio constitucional se exige habitación, pero no necesariamente ésta debe estar caracterizada por la continuidad; iii) el elemento Autoprotector: está referido a la exclusión de terceros del lugar destinado a la morada*”¹⁰⁴.

las actuaciones y formas de actividad de la persona jurídica, sino que se relacionan con funciones de control o inspección, la entrada a sus locales por parte de agentes públicos no puede considerarse una entrada en domicilio constitucionalmente vedada. En efecto, su entrada obedece a motivos de control o inspección que: a) no afectan a la intimidad de la persona física o jurídica, con la salvedad de la que pudiera verse afectada en particulares concretos (unos vestuarios, por ejemplo), dado que el bien jurídico en juego no es la intimidad ni personal o social y, b) obedece a las razones de inspección y control a las que la actividad de la persona jurídica o la empresa individual está sometida, dado que su puesta en marcha está sujeta al cumplimiento de una serie de requisitos legales, requisitos que pueden ser objeto de verificación, periódica o no (...)”. QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “La inviolabilidad domiciliaria y los controles administrativa. Especial referencia a la de las empresas”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 10, número 30, Madrid, 1990, p. 57 – 59.

¹⁰² EXP. N° 2389-2009-PA/TC, de fecha 07 de diciembre de 2009, f.j. 10.

¹⁰³ Cfr. EXP. N° 2389-2009-PA/TC, de fecha 07 de diciembre de 2009, f.j. 11.

¹⁰⁴ EXP. N° 4085-2008-HC/TC, de fecha 10 de diciembre de 2008, f.j. 05.

La noción constitucional de domicilio protege cualquier ámbito en el que la persona pueda desarrollar su vida privada. Teniendo este derecho una doble faceta, una faceta positiva en la que pueda desarrollar libremente cierta actividad y una negativa que permite excluir la entrada a terceros.

Como se observa, el concepto de domicilio, protegido a través de la inviolabilidad de domicilio, vislumbra un carácter propio del derecho a la intimidad. Al respecto, tanto la jurisprudencia nacional como la comparada afirman la existencia de una relación del derecho a la inviolabilidad de domicilio con el derecho a la intimidad. Así, nuestro TC, siguiendo lo afirmado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁰⁵, reconoce que los derechos a la intimidad personal, familiar y a la inviolabilidad de domicilio se encuentran intrínsecamente relacionados¹⁰⁶.

Sin embargo, la STC 137/1985 del TCE en su fundamento jurídico 2, señaló que “*el derecho a la intimidad es un derecho sin estimable concomitancia con el problema que aquí se afronta*”. Situación que originó entender que existiría una disociación entre el derecho a la inviolabilidad de domicilio y el derecho a la intimidad, lo que causó crítica por parte de un sector de la doctrina¹⁰⁷.

La existencia del derecho a la inviolabilidad de domicilio e intimidad en las personas naturales no ocasiona ningún cuestionamiento, sin embargo, predicar la existencia de estos derechos fundamentales en las personas jurídicas requiere un poco más de análisis.

Siguiendo el estudio elaborado por CASTILLO CÓRDOVA, debemos partir reconociendo que la persona humana es el fin de toda realidad, tanto política, como social y económica, lo cual permite afirmar que la persona humana se convierte en el principio constitucional que irradia todo el ordenamiento constitucional e infraconstitucional¹⁰⁸. Ello significa que, la actividad estatal se justifica y encuentra su legitimidad en la ayuda que le signifique a la persona humana para alcanzar su perfeccionamiento¹⁰⁹.

En búsqueda de alcanzar ese perfeccionamiento, la Constitución ha reconocido derechos fundamentales relacionados con el ejercicio colectivo de la persona. “*De modo que*

¹⁰⁵ Caso Escué Zapata vs. Colombia, de fecha 04 de julio de 2007, párr. 95.

¹⁰⁶ Cfr. EXP. N° 2389-2009-PA/TC, de fecha 07 de diciembre de 2009, f.j. 9. Vid. EXP. N° 2792-2010-PHC/TC, de fecha 31 de marzo de 2010, f.j. 08.

¹⁰⁷ Cfr. FERNÁNDEZ RAMOS, S., “El derecho a...”, *op. cit.*, pp. 224-225. Vid. QUINTANA LÓPEZ, T., “Un paso más hacia la delimitación de la inviolabilidad de domicilio en nuestro”, en *INAP*, N° 229, Madrid, 1986, p. 151. CASES VALLES, R., “Inviolabilidad domiciliaria y derecho a la intimidad”, en *Revista Jurídica Cataluña*, N° 01, Barcelona, 1987, p. 172.

¹⁰⁸ CASTILLO CÓRDOVA, L., “La persona jurídica como titular de los derechos fundamentales”, en *Actualidad Jurídica*, tomo 147, Lima, 2007, p. 6.

¹⁰⁹ Cfr. *Ídem*, pp. 7-9.

*puede afirmarse que la persona jurídica aparece como consecuencia precisamente del ejercicio de un derecho fundamental*¹¹⁰.

En ese sentido, nuestro TC, en los fundamentos jurídicos 13 y 14 del Exp. N° 4972-2006-PA/TC, afirmó que las personas jurídicas también pueden ser titulares de derechos fundamentales, siendo el derecho a la inviolabilidad de domicilio uno de ellos, más no el derecho a la intimidad¹¹¹. Sin embargo, en la sentencia recaída en el Exp. N° 0009-2014-AI/TC, nuestro TC reconoció la existencia de un derecho a la intimidad por parte de las personas jurídicas a través del reconocimiento del secreto bancario y reserva tributaria por tratarse de una privacidad de índole económico.

Dejando de lado la discusión acerca de la intimidad como derecho fundamental de las personas jurídicas y siguiendo con el análisis sobre lo que es considerado como domicilio para que sea objeto de la protección del derecho a la inviolabilidad de domicilio. En España con la STC 137/1985, el TCE afirma que *“el derecho a la inviolabilidad de domicilio, no lo circunscribe a las personas físicas, siendo pues extensivo o predicable igualmente a las personas jurídicas (...) En suma, la libertad del domicilio se califica como reflejo directo de la protección acordada en el ordenamiento a la persona, pero no necesariamente a la persona física, desde el momento en que la persona jurídica viene a colocarse en el lugar del sujeto privado comprendido dentro del área de la tutela constitucional y en todas las hipótesis en que la instrumentalización del derecho a la libertad no aparezca o sea incompatible con la naturaleza y la especialidad de fines del ente colectivo”*.

Asimismo, en otra sentencia, el TCE ha declarado que *“el núcleo esencial del domicilio constitucionalmente protegido es el domicilio en cuanto morada de las personas físicas y reducto último de la intimidad personal y familiar. Si bien existen otros ámbitos que gozan de una intensidad menor de protección, como ocurre en el caso de las personas jurídicas, precisamente por faltar esa estrecha vinculación con un ámbito de intimidad en su sentido originario”*¹¹².

Llama la atención que se utilice la expresión *“intensidad menor de protección”*, cuando los derechos fundamentales son *“derechos humanos constitucionalizados”* y los derechos humanos son *“exigencias humanas que, formuladas como bienes humanos, son debidos a la persona por ser tal”*. Por lo que no resultaría posible hablar de derechos

¹¹⁰ Ídem, p. 10.

¹¹¹ Cfr. EXP. N° 4972-2006-PA/TC, de fecha 04 de agosto de 2006, f.j. 13 - 14. Hay que precisar que con la sentencia recaída en el Exp. N° 0009-2014-AI/TC, de fecha X de X de 2014, nuestro TC reconoce la existencia de un derecho a la intimidad por parte de las personas jurídicas a través del reconocimiento del secreto bancario y reserva tributaria

¹¹² STC 69/1999, de fecha 26 de abril de 1999, f.j. 02.

fundamentales con diferentes grados de protección, en tanto, no podríamos establecer derechos fundamentales de diferentes categorías, unos por encima de otros¹¹³.

Dejando de lado la postura que las personas jurídicas son titulares de un derecho fundamental de menor protección¹¹⁴, se debe considerar que la atribución de un derecho fundamental a una persona jurídica encuentra su justificación en la finalidad perseguida por esta¹¹⁵. Así, podríamos decir que, debido a la actividad que estas realizan son titulares de ciertos espacios que requieren una protección frente a la intromisión de terceros.

Por lo tanto, la inviolabilidad de domicilio permite a las personas jurídicas que a través de los espacios físicos con los que cuenta puedan desarrollar su objeto social. Sin embargo, resulta necesario precisar cuáles de estos espacios físicos son considerados domicilio, en tanto la realidad es que varias de las personas jurídicas tienen varios establecimientos, abiertos o cerrados al público.

Al respecto, tras un análisis de las sentencias de nuestro TC, se observa que su jurisprudencia versa sobre los domicilios sociales o domicilios fiscales de las personas jurídicas, por lo que pareciera que no ha tenido la oportunidad de definir los límites del domicilio en general.

Sin embargo, la jurisprudencia comparada ha indicado que *“la protección constitucional del domicilio de las personas jurídicas (...) solo se extiende a los espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir la custodia de documentos u otro soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados del conocimiento de terceros”*¹¹⁶.

Asimismo, el TCE ha señalado que *“no todo recinto cerrado merece la consideración de domicilio a efectos constitucionales (...) no es extensible a aquellos lugares cerrados que, por su afectación, como ocurre con los almacenes, las fábricas, las oficinas y los locales comerciales, tengan destino o sirvan a cometidos incompatibles con la idea de privacidad”*¹¹⁷.

¹¹³ Vid. CASTILLO CÓRDOVA L., “El significado del contenido esencial de los derechos fundamentales”, en *Foro Jurídico*, N° 13, Lima, 2014, p. 143-154.

¹¹⁴ “Aun cuando el criterio de graduación de la intensidad de protección es compartible, a nuestro modo de ver, se aprecia en el discurso de la sentencia un alto lógico (...) parece admitir implícitamente que tal protección también puede tener fundamento en un derecho a la privacidad diferente a aquel, y que la sentencia no se molesta en explicar”. FERNÁNDEZ RAMOS, S., “El derecho a...”, *op. cit.*, p. 234.

¹¹⁵ Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, L., “La persona jurídica...”, *op. cit.*, p. 11-15

¹¹⁶ STC 69/1999, de fecha 26 de abril de 1999, f.j. 02.

¹¹⁷ STC 228/1997, de fecha 16 de diciembre de 1997, f.j. 08.

Como se observa, no queda muy claro el concepto de domicilio en las personas jurídicas, sin embargo, de la experiencia comparada se podría decir que será aquel espacio físico que no se encuentra abierto al público y que le servirá a la persona jurídica para desarrollar su objeto social. Siendo importante indicar que deberá ser analizado en el caso concreto para verificar que cumpla con el carácter de privacidad que hace mención nuestro intérprete constitucional y sus análogos en la jurisprudencia comparada.

d.2) La inviolabilidad del domicilio como todo derecho fundamental, no es absoluto, sino que tiene un “contenido único, limitado y delimitable”¹¹⁸ En ese sentido, el artículo 2.9 de la CP dispone que se podrá ingresar al domicilio de la persona sin necesidad de contar con su autorización cuando: a) exista mandato judicial, b) flagrante delito o, c) muy grave peligro de su perpetración, y d) por motivos de sanidad o de grave riesgo, las cuales serán reguladas mediante ley.

Hay que precisar que existen supuestos en donde no será necesario contar con la autorización para ingresar al domicilio, como, por ejemplo, cuando este se trate de un establecimiento abierto al público, que tenga la calidad de domicilio, en tanto resultaría ilógico que se le prohíba el acceso al ente fiscalizador, siempre que la fiscalización se realice durante el horario de atención al público¹¹⁹. Asimismo, se deberá tener en cuenta que no toda fiscalización implica la retención o registro de documentos de carácter privado del sujeto fiscalizable, por ello, en caso se traten de locales parcialmente abiertos al público, pareciera que tampoco resultaría posible negarles el acceso.

En caso tenga que contarse con una autorización para acceder al domicilio del sujeto fiscalizable, la primera pregunta que surge es ¿quién debe dar ese consentimiento? En la realidad existen muchos supuestos: el propio dueño se encuentra siempre en el domicilio, existen varios dueños y solo se encuentra uno o no se encuentra ninguno, en este supuesto ¿los empleados del lugar a fiscalizar pueden otorgar el consentimiento?

Al respecto, nuestra CP en su artículo 2.9 dispone que la autorización para el ingreso al domicilio debe ser de la persona que lo habita. Entendemos que se trata de la persona sujeta a la fiscalización (la propia persona natural o el representante legal de la persona jurídica). En caso no se encuentre el titular, será a quien se quede a cargo del establecimiento, debiendo matizar dicha afirmación, en tanto, no es lo mismo que el encargado sea el gerente general, el

¹¹⁸ CASTILLO CÓRDOVA L., “El significado del...”, *op. cit.*, p. 149.

¹¹⁹ Cfr. FERNÁNDEZ RAMOS, S., “El derecho a...”, *op. cit.*, p. 227.

jefe de tienda que el vigilante o personal de limpieza, por lo que deberá precisarse en el caso concreto y aplicando los principios rectores de la potestad de fiscalización.

En todo caso deberá tratarse de un consentimiento libre e informado, así, los incisos 2 y 3 del artículo 241 del TUO LPAG, disponen como deber de las entidades que realizan la fiscalización, el presentarse ante el administrado con la credencial otorgada por la entidad junto con su documento nacional de identidad, así como citar la base legal que acredite la competencia de fiscalización, sus facultades y obligaciones, lo cual permitirá otorgar un consentimiento que legitime la inspección¹²⁰.

Cuando no exista consentimiento, la entidad fiscalizadora deberá contar con mandato judicial para poder ingresar al domicilio. La doctrina ha señalado que, en el caso de la fiscalización, el juez competente de otorgar la autorización para ingresar al domicilio deberá garantizar que la intervención se lleve a cabo conforme a lo establecido en la normativa constitucional y legal¹²¹.

En ese sentido, el TCE ha señalado que, en el mandato judicial de entrada al domicilio, el juez deberá aplicar el juicio de proporcionalidad. Agrega también que el mandato judicial deberá precisar el alcance necesario para lograr estrictamente con la finalidad de la fiscalización, para así garantizar la no afectación a algún derecho fundamental¹²².

En los supuestos que existan flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración, no será necesario contar con el consentimiento del titular del domicilio o mandato judicial. En estos casos, normalmente la intervención será competencia de la Policía Nacional del Perú o del Ministerio Público, por ello, al ser material penal y ajeno al tema del trabajo de investigación solo lo dejaré mencionado.

Otra excepción se configura por motivos de sanidad o de grave riesgo, los cuales serán reguladas por ley. En estos supuestos, por la propia naturaleza de las circunstancias (catástrofes naturales y/o atentados terroristas que ocasionan ruinas o riesgo inminente) se requerirá de una intervención pronta por parte de la Administración competente de realizar la fiscalización.

Ahora bien, consideramos que los supuestos mencionados no son las únicas excepciones para no contar con autorización del titular o mandato judicial. En tanto, sabiendo que la actividad que realiza el administrado en un establecimiento, que puede o no ser

¹²⁰ Cfr. *Ídem*, p. 243.

¹²¹ Cfr. *Ídem*, p. 257.

¹²² Cfr. STC 72/1992, de fecha 13 de mayo de 1992, f.j. 3 – 7.

domicilio, se encuentra sometida al previo otorgamiento de una autorización o licencia, cuyo contenido natural permitiría el ejercicio de la fiscalización por parte de la Administración Pública.

El contenido natural de los actos administrativos es aquel que *“sin estar necesariamente expresado en el acto es deducible, o se entiende incluido, por exigencia directa del Derecho Positivo, es decir, los elementos que normalmente acompañan al negocio, por ser los propios de su naturaleza”*¹²³.

Así, cuando la entidad entrega una licencia o autorización al administrado para ejercer cierta actividad, resulta lógico que se le permita a la Administración Pública competente ejercer su potestad de fiscalización, caso contrario, solo se dedicaría a la emisión de declaraciones de voluntad alejadas de la consecución del bien común.

En ese sentido, la Administración Pública no requerirá del consentimiento del titular para fiscalizar cuando: 1) No se trate de un domicilio, 2) Se trate de un establecimiento abierto total o parcialmente al público, 3) Exista mandato judicial, 4) Exista flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración, 4) Por motivos de sanidad o de grave riesgo reguladas por la ley, y 5) Cuando se realice debido a una autorización o licencia.

2.1.8 Atribuciones generales de la potestad de fiscalización

Durante el ejercicio de la potestad de fiscalización, la entidad competente cuenta con una serie de facultades que le permitirán alcanzar el objetivo buscado. Así, nuestro TUO LPAG, en su artículo 240.2, ha dispuesto de una lista no taxativa¹²⁴ de las facultades con las que cuentan las entidades fiscalizadoras. Las cuales son las siguientes:

a) Acceder a los locales¹²⁵ y/o bienes privados de titularidad de la persona sujeta a fiscalización.

Esta facultad podrá ser ejercida por la entidad con o sin previo aviso al administrado. Por ejemplo, el Reglamento de Fiscalización de SUNEDU dispone que las fiscalizaciones son

¹²³ ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V.S., *Lección 12...*, op. cit., p. 6.

¹²⁴ No es una lista taxativa, en tanto, las leyes especiales pueden establecer más facultades que las dispuestas en el TUO LPAG, ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 240.2.8 del TUO LPAG. Hay que precisar que dichas facultades adicionales deberán tener relación con el objeto de la fiscalización que realice cada entidad competente. Así, el inciso l del artículo 136 del Decreto Supremo N° 014-2011-SA, que aprueba el Reglamento de Establecimientos Farmacéuticos, dispone como facultad del inspector *“suspender el proceso de fabricación en cualquiera de las etapas, sólo en caso de riesgo sanitario”*, la cual guarda estrecha relación con la finalidad perseguida en las fiscalizaciones de materia sanitaria, facultad que sería desproporcional si se busca aplicar en materia educativa.

¹²⁵ Como ya ha sido mencionado, los locales o bienes no son siempre considerados domicilios de los sujetos fiscalizados.

“eminentemente inopinadas, sin previa comunicación al sujeto (...), pudiendo ser comunicada con anterioridad a su ejecución en circunstancias debidamente justificadas”.

Junto con esta facultad, surge la posibilidad de que la Administración Pública pueda utilizar los equipos necesarios para la fiscalización, los cuales deberán ser permitidos por el administrado, quien, a su vez, también podrá hacer uso de los suyos.

Además, como contrapartida, se origina un deber para el sujeto fiscalizado, conforme al artículo 241.2 del TUO LPAG, cuyo texto dispone que deberá *“permitir el acceso de los funcionarios, servidores y terceros fiscalizadores, a sus dependencias, instalaciones, bienes y/o equipos, de administración directa o no, sin perjuicio de su derecho a la inviolabilidad de domicilio cuando corresponda”.*

Hay que agregar que, según la doctrina comparada, a veces se le permite a la entidad fiscalizadora el poder acceder a los locales de otros sujetos, como, por ejemplo, *“a un lugar contiguo a aquel del que emana un ruido para hacer las mediciones necesarias”*¹²⁶.

b) Requerir la exhibición o presentación de todo tipo de documentos al fiscalizado.

Se entiende por documentos a todo soporte en papel y por escrito que permita acreditar o dejar constancia de algo. El contenido de los documentos que puede solicitar la Administración Pública puede contener ciertas materias constitucionalmente protegidas, como, por ejemplo: reserva tributaria, secreto bancario, secreto comercial e industrial y datos personales, los cuáles, como ya ha sido señalado, deberán ser solicitados cumpliendo lo dispuesto por la CP y la normativa especial.

La entidad fiscalizadora cuenta con dos formas para obtener acceso a la información del fiscalizado. La primera forma es a través de su exhibición durante una fiscalización presencial. Y la segunda forma, es a través de requerimientos de información que cursa la Administración Pública al fiscalizado y normalmente se realiza en fiscalizaciones no presenciales.

Toda la documentación que la entidad fiscalizadora obtenga puede ser sometida a pericias, ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 238.5 del TUO LPAG.

c) Obtener el material necesario para la fiscalización, a través de copias, toma de muestras, fotografías, grabaciones de audio o video, siempre que cuente con el consentimiento previo del administrado.

¹²⁶ REBOLLO PUIG, M., “Inspección y régimen sancionador”, en LOZANO CUTANDA, B. (Dir.), *Comentarios a la Ley del Ruido*, Thomson/Civitas, Madrid, 2004, p. 39.

Básicamente, a través de esta facultad, se le permite a la Administración Pública utilizar cualquier medio necesario que le permita “generar un registro completo y fidedigno de la fiscalización”¹²⁷.

Asimismo, al igual que en el caso de la documentación, el material obtenido puede ser sujeto a pericias por parte de la Administración Pública.

d) Formular preguntas o solicitar la comparecencia del sujeto fiscalizado

Otra de las formas de obtener información es a través de la formulación de preguntas dirigidas al sujeto fiscalizable, a sus representantes, empleados, funcionarios, asesores e incluso terceros¹²⁸ que tengan alguna relación con el fiscalizado.

Las respuestas que se obtengan deberán quedar registradas de tal manera que causen convicción de su credibilidad. Para ello podrá utilizar los medios que considere necesarios, tales como: video, audio, forma escrita, por mencionar los más comunes.

La entidad competente de la fiscalización puede, también, citar en sus oficinas al administrado fiscalizado, el cual podrá asistir con sus asesores¹²⁹ y al final de la comparecencia solicitar una constancia de su presentación y copia del acta levantada.

Dicha comparecencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 del TUO LPAG debe contar con las siguientes formalidades: 1) la notificación se rige por el régimen común establecido en el capítulo III del título I del TUO LPAG, 2) el citatorio deberá constar del nombre y dirección de la entidad que cita junto con la identificación de la autoridad que requiere, 3) el objeto y asunto de la comparecencia, 4) los datos (nombres y apellidos) del sujeto citado, 5) día y hora de la comparecencia¹³⁰, 6) la disposición legal que establece la competencia para realizar la citación, 7) el apercibimiento, en caso el administrado no asista a la comparecencia.

En caso el citatorio no cumpla con alguno de los requisitos previamente señalados, el artículo 68.3 del TUO LPAG dispone que, el citatorio no surtiría efectos ni obligaría asistir a los administrados.

¹²⁷ Conforme a lo dispuesto en el artículo 240.2.4 del TUO LPAG.

¹²⁸ Por ejemplo: suministradores, clientes, usuarios, etc. *Vid.* REBOLLO PUIG, M., “La actividad inspectora...,” *op. cit.*, p. 62.

¹²⁹ El artículo 69.2 del TUO LPAG utiliza el término “asesores”, en plural, por lo tanto, el administrado fiscalizado podría acudir a la sede de la Administración Pública acompañado por más de un asesor.

¹³⁰ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 70.1.4 del TUO LPAG, la fecha de la citación no podrá ser “antes del tercer día de recibida la citación, y en caso de ser previsible, la duración máxima que demande su presencia”. El administrado y la entidad pueden ponerse de acuerdo para fijar la fecha y hora. Asimismo, la entidad buscará que la comparecencia se realice de manera compatible con las obligaciones laborales o profesionales de los administrados.

e) Ampliar o variar el objeto de la fiscalización, siempre que, como resultado de la fiscalización, la entidad fiscalizadora detecte algún incumplimiento adicional a lo inicialmente expresado.

2.2 La fiscalización, en principio, es una actividad administrativa

2.2.1 Concepto de actividad administrativa

Cuando se habla de actividad administrativa, se hace referencia a toda la actividad que realiza la Administración pública, la cual es muy diversa y que incluso puede ser muy similar a la actividad que realiza el Poder Legislativo o el Poder Judicial¹³¹.

Así, en palabras de REBOLLO PUIG, “lo que da unidad a todas esas actividades realizadas por la administración – o mejor, por las Administraciones – es precisamente que es ella la que las realiza.”¹³² De esta manera, el denominador común de la actividad administrativa sería su carácter subjetivo y su sujeción al Derecho Administrativo.

2.2.2 Clasificación de la actividad administrativa

La doctrina ha establecido diferentes clasificaciones. Siguiendo la elaborada por MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, según las técnicas empleadas para la satisfacción del interés general, se distinguen dos tipos de actividades administrativas: las técnicas de ordenación y garantía de la libertad y propiedad; y la directa satisfacción de las necesidades de los administrados¹³³.

Las técnicas de ordenación y garantía de la libertad y de la propiedad se concreta en dos tipos de actividad: la actividad constrictiva y la actividad de fomento.

a) La actividad constrictiva consiste en la “capacidad de coacción que se asigna a la Administración pública”¹³⁴. Dentro de ella, podemos diferenciar tres tipos: actividad de policía o regulatoria, actividad ablatoria y la imposición o exigencia.

¹³¹ Cfr. REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M., “La actividad administrativa”, en REBOLLO PUIG, M. y VERA JURADO D. J. (Dir.), *Derecho Administrativo*, tomo 1, 2º edición, Tecnos, Madrid, 2016, pp. 59-60.

¹³² *Ídem*, p. 60.

¹³³ ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V.S., *Lección 19, La actividad administrativa (I). La policía administrativa y el Derecho Administrativo Sancionador*, (pro manuscrito), Universidad de Piura, Piura, 2015, pp. 1-3.

¹³⁴ *Ídem*, pp. 1-3.

a.1) La actividad de policía o regulatoria encuentra su característica en los límites positivos y negativos que imponen de manera general y abstracta sobre los derechos y libertades de los administrados.

a.2) La actividad ablatoria supone una limitación específica que origina una indemnización.

a.3) La imposición y exigencia de prestaciones públicas obligatorias es una limitación positiva y tiene como particularidad que su objeto es conseguir determinados servicios o bienes de los ciudadanos, los cuales son necesarios para que la Administración pública logre sus fines¹³⁵.

b) La actividad dispensadora de ayudas y recompensas, conocida tradicionalmente como actividad de fomento, favorecimiento o estimulación, es aquella actividad de la Administración pública a través de la cual ofrece determinados beneficios a los administrados con el objetivo de conseguir el bien común por medio de su aceptación voluntaria.

La segunda gran clasificación es aquella actividad dirigida a la directa satisfacción de las necesidades de los administrados y se pueden encontrar dos tipos: la actividad prestacional concurrencial y la actividad prestacional reservada.

a) La actividad prestacional concurrencial “se ejerce por la Administración a través de establecimientos y empresas públicas”¹³⁶. En donde los establecimientos realizan actividades no económicas, mientras que las empresas públicas, sí.

b) La actividad prestacional reservada es “la actividad prestacional en régimen de monopolio que constituye el servicio público en sentido estricto”¹³⁷, se trata de una actividad de titularidad exclusiva de la Administración.

2.2.3 La fiscalización como actividad administrativa de policía o regulación

En la doctrina existe un sector amplio que afirma que la fiscalización es una actividad administrativa de policía¹³⁸ o regulación¹³⁹. Como se ha señalado, esta actividad administrativa limita las libertades y derechos a los ciudadanos, pero entendiendo que no se

¹³⁵ *Ídem*, p. 2.

¹³⁶ *Ídem*.

¹³⁷ *Ídem*.

¹³⁸ REBOLLO PUIG, M., “La actividad inspectora”..., *op. cit.*, p. 56, FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La actividad administrativa...*, *op. cit.*, p. 120, TIRADO BARRERA, J. A., *op. cit.*, p. 253.

¹³⁹ ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V.S., *Lección 19...*, *op. cit.*, pp. 4-5.

trata de oponerse al ciudadano, sino que servirá para la consecución del interés general o bien común.

En el ejercicio de la actividad de policía ésta se sirve de tres técnicas para la regulación de dicha potestad: operaciones materiales, actividad jurídica normativa y actividad jurídica no-normativa¹⁴⁰.

a) Las operaciones materiales son las actuaciones materiales de la Administración pública, por lo tanto, no son actos administrativos, como por el ejemplo es la actividad de fiscalización.

b) La actividad jurídica normativa puede constituirse a través de reglamentos o de la planificación. Encontrando aquí como ejemplo a los planes de fiscalización elaborados por la entidad fiscalizadora.

c) La actividad jurídica no-normativa hace referencia a aquellas actuaciones que buscan el cumplimiento del ordenamiento jurídico. Como es el caso de la potestad de fiscalización, de la potestad sancionadora, de las órdenes, de las autorizaciones.

Así, REBOLLO PUIG ha definido a la fiscalización como aquella “aquella actividad de la Administración en la que examina la conducta realizada por los administrados para comprobar el cumplimiento de los deberes prohibiciones y limitaciones a que están sometidos y, en su caso preparar la reacción administrativa frente a las transgresiones que se detecten”¹⁴¹.

Asimismo, agrega que “la actividad de inspección no forma un procedimiento administrativo, sino que son actuaciones materiales y eventualmente actuaciones jurídicas aisladas que no llevan a una resolución sino, como máximo, a una simple acta”¹⁴².

Por lo tanto, uno de los principales motivos por los cuales la fiscalización no puede ser considerada procedimiento, radica en afirmar que los procedimientos solo pueden culminar en resoluciones, mas no en otro tipo de actos administrativos, como serían las actas.

Ahora bien, nuestro ordenamiento jurídico, en el TUO LPAG en su Título IV, capítulo II recoge a la “actividad administrativa de fiscalización” y la define en su artículo

¹⁴⁰ *Ídem*, pp. 10-11.

¹⁴¹ REBOLLO PUIG, M., “La actividad inspectora”..., *op. cit.*, p. 56.

¹⁴² REBOLLO PUIG, M., “La actividad de inspección”..., *op. cit.*, p. 77.

237 como una actividad administrativa constituida por “el conjunto de actos y diligencias de investigación, supervisión, control o inspección...”. Por lo tanto, bajo un análisis literal de la norma, nuestro TUO LPAG aparentemente, solo, reconocería a la fiscalización como una actividad administrativa.

En la normativa sectorial, específicamente, en el Reglamento General de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las EPS¹⁴³ se reconoce expresamente en el artículo 4-A a la supervisión como actividad administrativa. Sin embargo, tras un análisis completo de la norma dicha afirmación pierde sustento, en tanto, a lo largo de su articulado¹⁴⁴ se observan características propias de los procedimientos administrativos.

2.3 Genera un acto administrativo

2.3.1 *El acto administrativo como punto de partida*

El concepto de acto administrativo es discutido doctrinalmente y existen diferentes posturas al respecto. En el presente trabajo de investigación seguiremos el concepto elaborado por ABRUÑA PUYOL y BACA ONETO.

Estos autores, definen al acto administrativo como “*toda declaración de la Administración pública productora de efectos jurídicos en ejercicio de una potestad administrativa*”¹⁴⁵. De esta manera, sus tres elementos diferenciadores son: que siempre deberá provenir de una Administración pública; que deberá contener una declaración productora de efectos jurídicos; y, deberá ser un acto en ejercicio de una potestad administrativa¹⁴⁶.

En ese sentido, el artículo 1.1 del TUO LPAG recoge el concepto de acto administrativo y dispone que son “*las declaraciones de las entidades (...) destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta*”.

¹⁴³ Aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 003-2007-SUNASS-CD, con modificatoria aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 021-2018-SUNASS-CD, de fecha 01 de junio de 2018.

¹⁴⁴ Como por ejemplo el artículo 11 referido al inicio de la acción de supervisión y el artículo 14 referido a la conclusión de la supervisión.

¹⁴⁵ Cfr. ABRUÑA PUYOL, A., y BACA ONETO, V.S., *Lección 09...*, *op. cit.*, p. 2.

¹⁴⁶ Para algunos autores, lo emitido por la Administración Pública en ejercicio de una potestad reglamentaria no son actos administrativos *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *op. cit.*, pp. 570 - 571. BOCANEGRA SIERRA, R., *Lecciones sobre el acto administrativo*, 3° edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, p. 170.

Teniendo esto establecido, haremos un pequeño, pero necesario análisis que nos permitirá comprender al acto administrativo en el ejercicio de la potestad de fiscalización.

Como se ha indicado, los actos administrativos son declaraciones que producen efectos jurídicos, los cuales pueden tratarse de declaraciones de voluntad, de juicio, deseo y conocimiento. Así, la nota característica no se encuentra en la producción de efectos, sino en la declaración emitida por la Administración pública.

Las declaraciones de voluntad son aquellas que producen los efectos queridos y expresados por su autor, mientras que los efectos de las declaraciones de juicio, deseo y conocimiento vienen ya determinados por el ordenamiento jurídico. Así, a manera de ejemplo, una declaración de voluntad puede ser una resolución emitida en un procedimiento administrativo, una declaración de juicio puede ser algún dictamen o informe, una declaración de deseo una propuesta y las declaraciones de conocimiento pueden ser un acta de fiscalización¹⁴⁷.

Asimismo, el acto administrativo surge por el ejercicio de una potestad pública. Sin embargo, hay que agregar que, por la propia naturaleza de la potestad administrativa, solo sería posible el acto administrativo unilateral¹⁴⁸.

Esta unilateralidad no excluye que la voluntad del administrado participe como un presupuesto de existencia, como por ejemplo ocurre con el otorgamiento de una autorización, la cual requiere de una solicitud previa del administrado¹⁴⁹, así a partir de esta solicitud se podrá encontrar sujeto a una fiscalización, si así lo establece el procedimiento¹⁵⁰.

2.3.2 Etapas de la fiscalización

Toda fiscalización para ser iniciada debe constar con un título habilitante que justifique ejercer dicha potestad. Así, la fiscalización puede iniciar por un plan de fiscalización, petición motivada, por una denuncia, orden superior o por propia iniciativa de la Administración pública. De estos títulos habilitantes ya se ha hablado¹⁵¹, por ello, se iniciará este apartado a partir del primer acto con el que se da inicio a la fiscalización.

¹⁴⁷ Cfr. ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V.S., *Lección 09...*, op. cit., pp. 4-5. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., op. cit., p. 571.

¹⁴⁸ Lo opuesto a los actos administrativos unilaterales son los actos administrativos bilaterales, los cuales no existen, en tanto “no hay ejercicio bilateral de potestades, pues la legalidad es indisponible”. ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V.S., *Lección 09...*, op. cit., pp. 6-7.

¹⁴⁹ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., op. cit., p. 573.

¹⁵⁰ Como sucede cuando se solicita una Licencia de Defensa Civil.

¹⁵¹ *Infra*, 26.

a) El acto que da inicio a la fiscalización

Se trata de una orden emitida por quien corresponda para dar inicio a la fiscalización, como, por ejemplo: la orden del jefe de la Oficina de Fiscalización y Supervisión del INDECOPI.

Este acto administrativo podrá ser expreso o tácito. Al ser expreso, el acto podrá ser escrito, verbal e incluso mediante señales, como, por ejemplo, cuando un policía de tránsito en un operativo llama a través de signos no lingüísticos a uno de los conductores de un vehículo para su fiscalización¹⁵².

Será un acto administrativo tácito cuando en una actuación material existe una declaración implícita¹⁵³, como por ejemplo sucedería cuando en el marco de una investigación, el encargado ordene que se realicen las investigaciones necesarias, así los agentes encargados, en mérito de ello se acercan a los locales correspondientes.

b) La actividad de fiscalización (o fiscalización propiamente dicha)

Se trata propiamente de una actuación material de la Administración pública que no constituye una declaración, por lo tanto, no es un acto administrativo¹⁵⁴. En ese sentido, el artículo 1.2.2 del TUO LPAG ha dispuesto que no son actos administrativos “*los comportamientos y actividades materiales de las entidades*”.

Esta actividad material de fiscalización, como ya ha sido señalado, se fundamenta y da origen a un acto administrativo, que es el acta de fiscalización, la cual se desarrollará en el siguiente párrafo.

c) Acta que recoge la actuación material de la entidad fiscalizadora

Cuando la entidad fiscalizadora realiza una fiscalización presencial, al término de esta, deberá “*proceder a su materialización en un acta levantada al efecto*”¹⁵⁵. Así, el acta de fiscalización encuentra su origen en una actuación material de la Administración pública.

El artículo 242 del TUO LPAG dispone como concepto de acta de fiscalización a aquel “*documento que registra las verificaciones de los hechos constatados objetivamente*” e indica cuál es su contenido mínimo¹⁵⁶.

¹⁵² Cfr. ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V.S., *Lección 9...*, p. 28.

¹⁵³ *Ídem*.

¹⁵⁴ *Ídem*, p. 9.

¹⁵⁵ FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La actividad administrativa...*, *op. cit.*, pp. 441-442.

¹⁵⁶ Deberá contar como mínimo con: 1) nombre de persona natural o razón social del fiscalizado, 2) lugar, fecha y hora de la fiscalización, 3) nombre e identificación de los fiscalizadores, 4) nombre e identificación de los que participen como representantes legales, 5) los hechos materia de la fiscalización y las ocurrencias que sucedan,

Dicho así, el acta de fiscalización supone una declaración de conocimiento emitida por una Administración pública en ejercicio de una potestad, en este caso la potestad de fiscalización, la cual produce efectos jurídicos determinados por el ordenamiento jurídico, pero efectos jurídicos, a fin de cuentas. Cumpliendo así con las características esenciales del acto administrativo.

Asimismo, de conformidad con el artículo previamente citado, la ley otorga al acta de fiscalización de una presunción *iuris tantum* de veracidad, en tanto se toman como ciertos, los hechos recogidos en su texto, salvo prueba en contrario.

d) Las medidas cautelares y correctivas

Durante el ejercicio de la potestad de fiscalización, la entidad fiscalizadora, previa habilitación mediante Ley o Decreto Legislativo¹⁵⁷, podrá adoptar medidas cautelares y correctivas.

Las medidas cautelares, de manera general, pueden ser aquellas medidas adoptadas con la finalidad de asegurar, de manera anticipada, la eficacia de la resolución final¹⁵⁸. Según la doctrina, tiene cuatro notas características: la instrumentalidad, la provisionalidad, la urgencia y la homogeneidad¹⁵⁹. Asimismo, deberá cumplir ciertos requisitos, como: *fumus bonus iuris* o verosimilitud del derecho, peligro en la demora o *periculum in mora* y la ponderación de los intereses en juego.

Las medidas correctivas pueden caracterizarse como “*aquellos actos de gravamen y autónomos que, sujetos al principio de legalidad, el ordenamiento autoriza expresamente a dictar a algunas de las entidades ante la comisión de alguna infracción*”¹⁶⁰. Buscan “*revertir los efectos que la conducta infractora hubiera ocasionado o evitar que ésta se produzca nuevamente en el futuro*”¹⁶¹.

6) manifestaciones u observaciones de los fiscalizados y fiscalizadores, 7) la firma y documento de identidad de los participantes, en caso alguien no quiera firmar se deberá dejar constancia de ello, 8) la negativa del administrado a identificarse.

¹⁵⁷ Cfr. IZQUIERDO CARRASCO, M., *La seguridad de los productos industriales: régimen jurídico-administrativo y protección de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 446.

¹⁵⁸ Cfr. MORÓN URBINA, J. C., “Los actos – medidas (medidas correctivas, provisionales y de seguridad) y la potestad sancionadora de la Administración” en *Revista del Círculo de Derecho Administrativo*, N° 9, editorial San Marcos, Lima, 2010, p. 143.

¹⁵⁹ Cfr. CALONGE VELÁSQUEZ, A., *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo*, Editorial Comares, Granada, 2007, p. 10 – 14. PONS CÁNOVAS, F., *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo sancionador*, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 45.

¹⁶⁰ MORÓN URBINA, J.C., “Los actos-medidas...”, *op. cit.*, p. 157.

¹⁶¹ FRANCIA ACUÑA, L., “Consideraciones generales y alcances de la fiscalización ambiental en el Perú” en *Revista del Círculo de Derecho Administrativo*, N° 6, editorial San Marcos, Lima, 2008, p. 288.

Estas medidas pueden ser emitidas tanto dentro como fuera de un procedimiento administrativo sancionador. En ese sentido, SANTAMARÍA PASTOR ha indicado que “*estas medidas accesorias pueden imponerse en la propia resolución sancionadora o en otro acto administrativo distinto*”¹⁶². Por lo tanto, no se trata de medidas que pertenezcan solo a la potestad sancionadora, sino también a la potestad de fiscalización.

Durante el ejercicio de la fiscalización, las medidas cautelares y correctivas podrán ser emitidas¹⁶³ dentro del acta que recoge la actuación material de fiscalización de la Administración Pública (por ejemplo, en el acta de fiscalización) o fuera de este, ya sea en otro acto administrativo (por ejemplo, un acto que declare la medida cautelar o correctiva, pero que no ponga fin a la fiscalización) o en alguno que de por concluido la fiscalización¹⁶⁴ (por ejemplo, un acto que recomiende dar inicio a un procedimiento administrativo sancionador y a su vez ordene medidas correctivas).

Respecto del acto que recoge las medidas cautelares o correctivas, se puede observar que se trata de un acto administrativo que contiene una declaración de voluntad, en tanto, la Administración Pública produce los efectos jurídicos queridos por ella.

e) Otras formas de conclusión de la fiscalización

Según el artículo 245 del TUO LPAG, la fiscalización podrá concluir con: la certificación o constancia de conformidad de la actividad desarrollada por el administrado, la recomendación de mejoras o correcciones de la actividad desarrollada por el administrado, la advertencia de la existencia de incumplimientos no susceptibles de ameritar la determinación de responsabilidades administrativas, y, la recomendación del inicio de un procedimiento con el fin de determinar las responsabilidades administrativas que correspondan.

Como se observa se tratan de declaraciones de voluntad, juicio y de conocimiento emitidas por una Administración pública que producen efectos jurídicos.

e.1) Certificación o constancia de conformidad de la actividad desarrollada por el administrado

Se trata de un acto administrativo que contiene una declaración de conocimiento.

Cuando la Administración pública concluye de esta manera la fiscalización significa

¹⁶² SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo General*, tomo II, 1º edición, Iustel, 2004, p. 406.

¹⁶³ Cfr. LAGUNA DE PAZ, J. C., “Supervisión administrativa de entidades aseguradoras privadas” en *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 182, Editorial Civitas, Madrid, 2017, p. 127.

¹⁶⁴ Conforme a lo dispuesto por el artículo 245 TUO LPAG que será desarrollado en los siguientes párrafos.

que durante el ejercicio de dicha potestad no se ha encontrado ninguna situación que contravenga las obligaciones determinadas por ley o el interés general.

e.2) La recomendación de mejoras o correcciones de la actividad desarrollada por el administrado

Se trata de un acto administrativo que contiene una declaración de juicio. En este caso, la entidad fiscalizadora observa que el fiscalizado tiene situaciones que son susceptibles de mejora, pero que no logran configurar una infracción. También es posible observar el rol preventivo que tiene la fiscalización.

e.3) La advertencia de la existencia de incumplimientos no susceptibles de ameritar la determinación de responsabilidades administrativas.

Se trata de un acto administrativo que contiene una declaración de juicio. Aquí, la entidad fiscalizadora, al igual que el supuesto anterior, demuestra su rol preventivo llamando la atención del fiscalizado para que mejore dicha situación, a pesar de que no sea posible el inicio de un procedimiento administrativo sancionador.

e.4) La recomendación del inicio de un procedimiento con el fin de determinar las responsabilidades administrativas que correspondan.

Se trata de un acto administrativo que contiene una declaración de juicio. En este supuesto se puede observar el carácter instrumental de la potestad de fiscalización, la cual servirá para la determinación de responsabilidad administrativa.

2.4 La fiscalización puede generar un procedimiento administrativo

2.4.1 Definición del procedimiento administrativo

Para la doctrina mayoritaria, el procedimiento es el cauce formal de la serie de actos en que se concentra la actuación administrativa para la realización de un fin. En ese sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ han indicado que “*el procedimiento sería un modo de producción de un acto*”¹⁶⁵.

De esta manera se puede definir al procedimiento administrativo como “*el conjunto de actos que la Administración Pública elabora conforme a su voluntad dirigido a emitir un acto administrativo*”¹⁶⁶.

¹⁶⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *op. cit.*, p. 586.

¹⁶⁶ ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V.S., *Lección 11, El elemento formal (segunda parte). La forma como procedimiento (pro manuscripto)*, Universidad de Piura, Piura, p. 1.

El artículo 29 del TUO LPAG dispone que se entiende por procedimiento administrativo al “conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados”.

Así, a través del procedimiento administrativo se busca garantizar que la intervención de la Administración pública, a través de los actos administrativos, sea conforme a la legalidad y permita garantizar los derechos y libertades de los administrados, todo ello siempre en el marco del fin público el cual siempre deberá ser perseguido por ella.

2.4.2 Características del procedimiento administrativo

Las características esenciales de los procedimientos administrativos:

a) Es un complejo de actos¹⁶⁷.

En palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, el procedimiento aparece como “una ordenación unitaria de una pluralidad de operaciones y actos que, no obstante, su relativa autonomía, se articulan en orden a la producción de acto decisorio final”¹⁶⁸. Es decir, el procedimiento es un conjunto de actos y diligencias.

Dentro de este complejo de actos se encontrarán actuaciones materiales, diferentes actos administrativos u otras actuaciones que no son consideradas actos administrativos, como, por ejemplo, las actuaciones de los sujetos privados.

b) Siempre emitirá un acto administrativo.

Como ya lo hemos señalado, los actos administrativos pueden ser declaraciones de voluntad, juicio, conocimiento o deseo.

Se observa que, a través del procedimiento no solo se busca la emisión de un acto administrativo que contenga una declaración de voluntad, sino también aquellas declaraciones de juicio, conocimiento y deseo.

Hay que agregar que algunas posturas afirman que estos actos administrativos emitidos al finalizar algún procedimiento administrativo deben ser actos resolutorios, lo cual origina una distinción entre estos actos y los actos de trámite.

Los actos resolutorios son equiparados a una resolución final, la cual es una declaración de voluntad que se pronuncia sobre el fondo de un asunto. Mientras que los actos

¹⁶⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *op. cit.*, p. 588.

¹⁶⁸ *Ídem*, p. 587.

de trámites son aquellos que se realizan de manera previa a dicha resolución final y pueden ser declaraciones de voluntad, conocimiento, juicio o deseo.

Señala GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, que esta distinción toma su origen en la recurribilidad o no a la que se encuentran sujetos estos actos. Y agrega que dicha distinción se trata solamente de una diferencia funcional¹⁶⁹. De esa manera, la recurribilidad se trataría de una regla introducida por el ordenamiento jurídico, mas no de una característica esencial del procedimiento administrativo.

Bajo la anterior afirmación, la realidad nos demuestra que cuando finaliza algún procedimiento administrativo, no solo se emiten actos administrativos con declaraciones de voluntad, sino que también culminan con la emisión de declaraciones de conocimiento, juicio o deseo. Por ejemplo, si verificamos el TUPA de alguna Municipalidad, en este caso, de la Municipalidad Metropolitana de Lima, se encontrará que dentro de los procedimientos señalados se encuentra el procedimiento denominado “Certificado de parámetros urbanísticos y edificatorios”¹⁷⁰, a través del cual se informa los parámetros que regulan el diseño y las condiciones técnicas del proceso de construcción sobre un predio urbano, siendo una declaración de conocimiento.

Por lo tanto, no resultaría preciso afirmar que los procedimientos administrativos solo finalizan con la emisión de actos resolutorios o declaraciones de voluntad. Sino que se tratan de actos administrativos con cualquiera de los cuatro tipos de declaraciones.

2.4.3 La fiscalización como procedimiento administrativo

Al igual que como sucede con la actividad administrativa, existe cierto sector de la doctrina que considera a la fiscalización como un procedimiento administrativo¹⁷¹. E incluso ciertos autores españoles¹⁷² analizan si es que existe o no una necesidad de regular a la fiscalización como un procedimiento administrativo.

Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional considera a la fiscalización como un procedimiento, razón por la cual señala expresamente *“que al realizar los procedimientos administrativos de inspección se respeten los derechos constitucionales relativos al debido procedimiento administrativo (a la prueba, a la presunción de inocencia, a la prohibición de aplicar de manera extensiva o analógica normas que restringen derechos, a la debida*

¹⁶⁹ *Ídem*, p. 595-597.

¹⁷⁰ Procedimiento N° 6 del TUPA de la Municipalidad Metropolitana de Lima aprobado con Ordenanza Municipal N° 1334.

¹⁷¹ *Vid.* RIVERO ORTEGA, R. *El estado vigilante*, Madrid, Tecnos, 2000. Y en cierta parte, BERMEJO VERA, J., *op. cit.*, p. 40 – 43.

¹⁷² *Vid.* FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La actividad administrativa...*, *op. cit.*, p. 21 – 22.

motivación, a la defensa y al cumplimiento de sentencias constitucionales con autoridad de cosa juzgada), a la libertad de empresa y a la propiedad.”¹⁷³

Nuestro TUO LPAG, contrariándose un poco, recoge expresamente en el artículo 165.2 a los “*procedimientos administrativos de fiscalización y supervisión*”. Asimismo, la fiscalización posterior se encuentra recogida en el Título II denominado “*del procedimiento administrativo*” y la comparecencia personal, que es una atribución con la que cuentan las Administraciones públicas con la potestad de fiscalizar, se encuentra regulada en el artículo 67 dentro del subcapítulo I del Capítulo denominado “*los sujetos del procedimiento*” y el régimen general de la fiscalización se encuentra recogido en el Título IV denominado “*del procedimiento trilateral, del procedimiento sancionador y la actividad administrativa de fiscalización*”.

Y, a nivel sectorial, el Reglamento de Supervisión de la OEFA¹⁷⁴, si bien no dispone expresamente que la supervisión ambiental es un procedimiento, recoge en su artículo 4.e la aplicación de principio del debido procedimiento durante las acciones de fiscalización y supervisión. Sin embargo, en la legislación tributaria o laboral, se reconoce expresamente la calidad de procedimiento a la fiscalización realizada por el ente tributario y la autoridad administrativa de trabajo.

De lo escrito hasta aquí, se puede observar que nuestra legislación tampoco es clara respecto de la naturaleza de actividad o procedimiento administrativo de la fiscalización. Sin embargo, considero que la fiscalización es en inicio una actividad administrativa, pero no solo es actividad, sino que también puede ser un procedimiento administrativo dependiendo del caso concreto. Mi afirmación encuentra su fundamento en las siguientes razones:

a) Si se parte afirmando que a través del procedimiento se busca la obtención de un acto administrativo, sin importar el tipo de contenido que recoja, y sabiendo que la recurribilidad del acto administrativo no es uno de sus elementos esenciales, sino que se trata de una condición establecida por la normativa.

Y que, además, durante el ejercicio de la potestad de fiscalización se emiten una serie de actos y actos administrativos que finalizan con la emisión de un acto administrativo, cuyo contenido abarca tanto declaraciones de voluntad, como de conocimiento, juicio y deseo.

Resulta fácil poder observar que durante la fiscalización se realiza un procedimiento administrativo que, dependiendo del contexto, puede ser muy corto, como, por ejemplo, es el

¹⁷³ EXP. N.º 02698-2012-AA/TC.

¹⁷⁴ Aprobado por Resolución de Consejo Directivo 005-2017-OEFA-CD, de fecha 30 de enero de 2017.

caso de las intervenciones policiales programadas para realizar un control de alcoholemia, o por el contrario más largo, como, por ejemplo, es una fiscalización tributaria o ambiental.

En aquellas fiscalizaciones muy cortas resulta un poco más complicado entender la existencia de un procedimiento administrativo. Así, en el supuesto en que se solicite un Certificado de Defensa Civil, efectivamente se realiza una fiscalización (más conocida como inspección en este rubro) tras la solicitud del administrado. Así, tendremos los siguientes actos: una orden al encargado de la fiscalización para que la realice, el apersonamiento efectivo del fiscalizador en el establecimiento (actuación material), el levantamiento de un acta de visita de inspección (acto administrativo) y posteriormente, la elaboración de un informe final que contendrá recomendaciones, mejoras o el otorgamiento del certificado solicitado.

b) A nivel normativo, si bien el TUO LPAG señala que se trata de una actividad administrativa, cuando se analiza sistemáticamente su contenido, se puede observar que efectivamente se regula un procedimiento administrativo, en tanto, se recogen características y garantías propias de un procedimiento administrativo.

Además, ello se condice con lo dispuesto en la normativa sectorial¹⁷⁵ y lo realizado en la práctica por las entidades fiscalizadoras, en donde es posible visualizar una serie de actos que conllevan a un acto administrativo que concluye con el ejercicio de dicha potestad.

Así, por ejemplo, en INDECOPI, a pesar de no contar con un reglamento de fiscalización, cuando realiza una fiscalización de oficio, solicita al administrado una serie de documentos para su análisis, y si lo estima conveniente, realiza también una fiscalización en el establecimiento del sujeto fiscalizado pudiendo dictar medidas cautelares durante dicho ejercicio. Pudiéndose observar una serie de actos que culminarán con la elaboración de un informe final de lo analizado.

c) Lo afirmado anteriormente no niega que durante el ejercicio de la fiscalización se realice una actividad administrativa, en efecto, existe una actuación material de la entidad fiscalizadora, ello es indudable, ya que, sin ella, no resultaría posible su ejercicio y la obtención de información necesaria para la evaluación correspondiente.

¹⁷⁵ En los reglamentos de Fiscalización, Supervisión e Inspección de la OEFA, OSINERGMIN, SUNAT, SUNEDU, SUNASS.

2.5 La validez, eficacia y recursos en la fiscalización

El artículo 8 del TUO LPAG dispone que todo acto administrativo será válido cuando este sea dictado conforme al ordenamiento jurídico. Al respecto, Abruña Puyol y Baca Oneto¹⁷⁶, señalan que hay que matizar dicha afirmación, en tanto, la noción de ordenamiento jurídico no debe solo limitarse al conjunto de normas, sino también incluir a los principios que irradian a nuestro sistema normativo.

Se habla de eficacia de un acto administrativo cuando este produce los efectos jurídicos queridos, lo cual, según lo dispuesto en el artículo 18 del TUO LPAG sucederá, como regla general, cuando sea notificado según lo dispuesto por ley¹⁷⁷.

Durante la fiscalización, como se ha dicho, se podrán emitir actos administrativos con diferente contenido y en diferentes contextos (como producto de una actividad administrativa o en un procedimiento administrativo).

Tanto los actos administrativos cuya declaración sea de conocimiento o de voluntad, serán eficaces desde el momento en que se le notifique al administrado fiscalizado. Así, en el caso que se trate de un acta de fiscalización cuyo contenido solo sea de conocimiento, lo más probable es que la notificación se realice tras finalizar la fiscalización presencial con la entrega de la copia del acta de fiscalización, ello de conformidad con el artículo 19 del TUO LPAG. Mientras que, si se pone en conocimiento la adopción de alguna medida correctiva junto con la recomendación de inicio de un procedimiento administrativo sancionador, ésta será eficaz conforme al cauce regular de la notificación dispuesta en el artículo 20 del TUO LPAG.

Por otra parte, el artículo 244 del TUO LPAG señala el contenido mínimo¹⁷⁸ del acta de fiscalización: nombre o razón social de la persona natural o jurídica fiscalizada, lugar, fecha, hora de apertura y cierre de la diligencia, nombres e identificación del representante legal de la persona jurídica fiscalizada o de su representante designado para dicho fin, los hechos materia de verificación y/u ocurrencias de la fiscalización, las manifestaciones u observaciones de los representantes de los fiscalizados y de los fiscalizadores, la firma y documento de identidad de las personas participantes¹⁷⁹.

¹⁷⁶ Cfr. ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V.S., *Lección 13, Perfección, validez, invalidez, eficacia y ejecución forzosa de los actos administrativos en el Derecho Peruano, (pro manuscrito)*, Universidad de Piura, Piura, 2013, p. 2.

¹⁷⁷ Excepto en el caso de los actos favorables, los cuales son eficaces desde la fecha de su emisión, salvo se indique lo contrario. *Idem*.

¹⁷⁸ Las normas sectoriales, por su propia especialidad, podrían incluir más requisitos.

¹⁷⁹ En el supuesto en que el administrado se negará a identificarse y/o firmar el acta de fiscalización, se deberá dejar constancia de dicha negativa, sin que ello implique su invalidez, ello conforme a lo dispuesto en el artículo 244 del TUO LPAG.

En el supuesto en que alguno de los mencionados requisitos no esté presente en el acta de fiscalización, se entendería que dicha acta carecería de validez. Sin embargo, dicha afirmación debe ser matizada por dos motivos: el artículo 14 del TUO LPAG que desarrolla la conservación del acto administrativo y el artículo 9 del TUO LPAG referente a la presunción de validez de los actos administrativos.

Respecto de la conservación del acto administrativo, el artículo 14 del TUO LPAG dispone que *“cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez no sea trascendente, prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora”*.

Por lo tanto, habrá que evaluar en el caso concreto que clase de elemento de validez es el que se encuentra ausente. Así, en el caso en que el acta de fiscalización recoja mal el nombre del fiscalizador, no nos encontraríamos ante un vicio trascendente y por lo tanto, la única obligación del ente fiscalizador será su subsanación. Distinto sería que el fiscalizador no cuente con la competencia para llevar a cabo dicha diligencia o la medida cautelar dictada carezca de sus requisitos esenciales.

En ese sentido, hay que tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 9 del TUO LPAG, el cual dispone que *“todo acto administrativo será válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda.”*

De ahí que nos preguntemos ¿cómo logro la declaración de nulidad? Para responder, diferenciaré entre aquel acto administrativo cuyo contenido es de voluntad con aquel que es de conocimiento o juicio¹⁸⁰.

a) Acto administrativo cuya declaración es de conocimiento

En este supuesto, no se pueden interponer recursos administrativos. Así, su validez podrá ser cuestionada dentro de un procedimiento administrativo en donde tendrá la calidad de prueba, al ser aquel documento que servirá a la entidad fiscalizadora para la toma de una decisión.

Su calidad probatoria puede resultar ser tan importante, que dicha acta de fiscalización, según el Acta de Reunión de Sala Plena del Tribunal Fiscal N° 2011-17¹⁸¹, puede eximir de motivación a la Resolución de Multa, en tanto, en el acta constataría los motivos necesarios para su imputación.

¹⁸⁰ Es importante no olvidar que un acto administrativo puede contener a su vez una declaración de conocimiento y de voluntad, por lo que la recurribilidad dependerá del contenido que se busque atacar.

¹⁸¹ Acta de Reunión de Sala Plena del Tribunal Fiscal, de fecha 11 de noviembre de 2011.

Por tal motivo, el administrado fiscalizado que busque cuestionar dicha acta de fiscalización deberá hacerlo en la presentación de sus descargos, como lo haría con cualquier medio probatorio.

b) Actos administrativos cuya declaración es de voluntad

Cuando en la fiscalización se emite un acto administrativo cuyo contenido cuenta con una declaración de voluntad, como, por ejemplo, la emisión de una medida cautelar o correctiva, ésta podrá ser objeto del recurso correspondiente.

Dicho recurso podrá ser interpuesto, conforme a lo dispuesto en el artículo 218 del TUO LPAG, en el plazo de 15 días hábiles y deberán ser resueltos en el plazo de 30 días hábiles.

Por otra parte, resulta interesante la figura de la queja regulada en el artículo 155 del Código Tributario, en tanto, el acta de Reunión de Sala Plena N° 2016-10, de fecha 27 de mayo de 2016, aprobó el siguiente criterio: *“no procede que el Tribunal Fiscal se pronuncie, en vía de la queja, sobre las infracciones que se produzcan durante el procedimiento de fiscalización o de verificación, las que deberán ser alegadas en el procedimiento contencioso tributario.”*

En consecuencia, solo existirían, en vía administrativa, las posibilidades desarrolladas párrafos arriba para cuestionar la validez de los actos administrativos emitidos en ejercicio de la potestad de fiscalización.

Conclusiones

Primera.- Los términos fiscalización, supervisión, inspección y vigilancia, en nuestro ordenamiento jurídico, no cuentan con diferencias sustanciales entre sí, sino que del análisis de su uso, se puede vislumbrar que se trata de una misma potestad administrativa.

Así, dichos términos son usados indistintamente en nuestra legislación administrativa general como sectorial. Situación por la cual se deberá tener en cuenta que, cuando uno se encuentre con cualquiera de dichos términos, se hace referencia a una misma potestad con la que cuenta la Administración pública.

Segunda.- El término elegido para nuestro ordenamiento jurídico ha sido “potestad de fiscalización”. Sin embargo, considero que se trata de un término que evoca más a una restricción de libertad y control que se opondría con el rol que debe tener el Estado. Por tal motivo, considero que el término adecuado sería “potestad de inspección”, como es utilizado en legislaciones comparadas.

Tercera.- La fiscalización es una potestad administrativa que busca comprobar si los administrados sujetos a fiscalización cumplen con los deberes, obligaciones, prohibiciones y limitaciones establecidas por nuestro ordenamiento, no entendido bajo un enfoque legalista o intimidatorio, sino entendido bajo un enfoque fiduciario, es decir, adecuado al interés público.

Cuarta.- La potestad de fiscalización no es ilimitada, por tal motivo, debe realizarse en el marco de la protección de los derechos fundamentales. Uno de ellos es la protección a la inviolabilidad de domicilio.

Nuestro Tribunal Constitucional reconoce este derecho para las personas jurídicas y al momento de definir que es un domicilio no es muy claro porque utiliza un concepto bastante amplio. A su vez, su jurisprudencia tampoco permite ahondar con más detalle acerca de sus características particulares. Sin embargo, como la mayoría de los problemas en el ordenamiento jurídico, tendremos que analizar en el caso concreto si cumple con las características generales de privacidad y desarrollo de su objeto social que reconoce nuestro Tribunal Constitucional para la consideración de un domicilio como tal.

Quinta.- Durante el ejercicio de la potestad de fiscalización siempre existirá una actividad administrativa y dependiendo del caso concreto se producirá un procedimiento administrativo que culmina con la producción de un acto administrativo, cuyo contenido puede ser de voluntad, juicio o conocimiento. Por tal motivo, se deben respetar las garantías propias de un procedimiento teniendo en cuenta las características de la potestad de fiscalización.

De esta manera, existirá una mayor protección para los derechos de los administrados y una mejor práctica de las entidades fiscalizadoras, quienes al comprender mejor la naturaleza jurídica de esta potestad ejecutarán de manera eficiente sus obligaciones y deberes.

Sexta.- Los medios para cuestionar el acto administrativo que surja del ejercicio de la potestad de fiscalización dependerán de si cuenta o no con una declaración de voluntad. De esta manera, si se trata de un acto administrativo cuyo contenido es de voluntad se podrá interponer un recurso de apelación conforme al plazo establecido por ley. Mientras que, si se trata de un acto administrativo cuya declaración es de conocimiento, ésta podrá ser cuestionada en calidad de medio probatorio en el respectivo procedimiento.

Referencias bibliográficas

Libros

- ABRUÑA PUYOL, A., *Delimitación jurídica de la Administración pública en el ordenamiento peruano*, Palestra Editores: Universidad de Piura, Lima, 2010.
- ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V., Notas del Curso de Derecho Administrativo, *Lección 14: El Reglamento, pro manuscrito*, Universidad de Piura, Piura, 2015.
- ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V., Notas del Curso de Derecho Administrativo, *Lección 9: El acto administrativo, pro manuscrito*, Universidad de Piura, Piura, 2013.
- ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V., Notas del Curso de Derecho Administrativo, *Lección 16: El administrado y sus situaciones jurídicas, pro manuscrito*, Universidad de Piura, Piura, 2013.
- ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V., Notas del Curso de Derecho Administrativo, *Lección 12: Los elementos objetivo y casual, pro manuscrito*, Universidad de Piura, Piura, 2013.
- ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V., Notas del Curso de Derecho Administrativo, *Lección 4: Las fuentes del Derecho administrativo, pro manuscrito*, Universidad de Piura, Piura, 2015.
- ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V., Notas del Curso de Derecho Administrativo, *Lección 11: El elemento formal (primera parte), pro manuscrito*, Universidad de Piura, Piura, 2015.
- ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V., Notas del Curso de Derecho Administrativo, *Lección 19: La actividad administrativa (I). La policía administrativa y el Derecho Administrativo Sancionador, pro manuscrito*, Universidad de Piura, Piura, 2015.
- ALONSO REGUEIRA, E. M., (Dir.), *El control de la Actividad Estatal*, Tomo I, 1º edición, Asociación de Docentes, Buenos Aires, 2016.
- BACA ONETO, V.S., “¿Son el precedente y la doctrina fuentes del derecho administrativo?”, en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y otros (Coord.), *Fuentes del Derecho*

- Administrativo (Tratados internacionales, contratos como regla de derecho, jurisprudencia, doctrina y precedente administrativo)*, Ediciones RAP S.A., Buenos Aires, 2010.
- BOCANEGRA SIERRA, R., *Lecciones sobre el acto administrativo*, 3° edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2006.
- CALONGE VELÁSQUEZ, A., *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo*, Editorial Comares, Granada, 2007.
- ESTEVE PARDO, J., *Lecciones de Derecho Administrativo*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2011.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, segunda reimpresión, Thomson Civitas, Navarra, 2006.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, 14° edición, Civitas, Navarra, 2008.
- GARCÍA URETA, A., *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- IZQUIERDO CARRASCO, M., *La seguridad de los productos industriales: régimen jurídico-administrativo y protección de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., *Introducción al Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 1986.
- MORÓN URBINA, J. C., *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Gaceta Jurídica, Novena Edición, Lima, 2011.
- PAREJO ALFONSO, L., *La vigilancia y la supervisión administrativas. Un ensayo de su construcción como relación jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- PÉREZ FIGUEIRAS, E., CAMEJO ECHEMENDÍA, D., *Síntesis gráfica de la supervisión administrativa*, Editorial La Muralla, Madrid, 2009.
- PONS CÁNOVAS, F., *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo sancionador*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

- REBOLLO PUIG, M., “La actividad inspectora”, en DÍEZ SÁNCHEZ, J. J., *Función Inspectora*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2013.
- REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M., “La actividad administrativa”, en REBOLLO PUIG, M. y VERA JURADO D. J. (Dir.), *Derecho Administrativo*, tomo 1, 2º edición, Tecnos, Madrid, 2016.
- REBOLLO PUIG, M., “Lección 13. La actividad de inspección”, en CANO CAMPOS, T. (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, Tomo III, Volumen II, 1º edición, Madrid, 2009.
- REBOLLO PUIG, M., “Propuesta de regulación general y básica de la inspección y de las infracciones y sanciones administrativas”, en SÁINZ MORENO, F. (Dir.), *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2014.
- RIVERO ORTEGA, R. *El estado vigilante*, Madrid, Tecnos, 2000.
- REBOLLO PUIG, M., “Inspección y régimen sancionador”, en LOZANO CUTANDA, B. (Dir.), *Comentarios a la Ley del Ruido*, Thomson/Civitas, Madrid, 2004.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, vol. I, CEURA, Madrid, 1991.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo General*, tomo II, 1º edición, Iustel, 2004.
- VILLAR PALASI, J. L., *Apuntes de Derecho Administrativo, Parte General*, Tomo I, Universidad a Distancia, Madrid, 1974.
- VILLAR PALASI, J.L., *Curso de Derecho administrativo*, tomo I, Universidad Complutense, Madrid, 1972.

Artículos en Revistas

- ABRUÑA PUYOL, A., “Sobre el así denominado concepto estricto de acto administrativo”, en *Revista Foro Jurídico*, N° 15, Lima, 2016
- BERMEJO VERA, José, La administración inspectora, en *Revista de Administración Pública*, N° 147, Madrid, 1998
- CASES VALLES, R., “Inviolabilidad domiciliaria y derecho a la intimidad”, en *Revista Jurídica Cataluña*, N° 01, Barcelona, 1987.
- CASTILLO CÓRDOVA, L., “La persona jurídica como titular de los derechos fundamentales”, en *Actualidad Jurídica*, tomo 147, Lima, 2007.
- CASTILLO CÓRDOVA L., “El significado del contenido esencial de los derechos fundamentales”, en *Foro Jurídico*, N° 13, Lima, 2014.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S., “El derecho a la inviolabilidad del domicilio frente a la actuación inspectora”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N° 17, Zaragoza, 2000.
- FRANCIA ACUÑA, L., “Consideraciones generales y alcances de la fiscalización ambiental en el Perú” en *Revista del Círculo de Derecho Administrativo*, N° 6, editorial San Marcos, Lima, 2008.
- LAGUNA DE PAZ, J. C., “Supervisión administrativa de entidades aseguradoras privadas” en *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 182, Editorial Civitas, Madrid, 2017.
- MARAVÍ SUMAR, M., “Avances a los diez años de vigencia de la Ley del Procedimiento Administrativo General”, en *Revista de Derecho PUCP*, N° 67, Lima, 2011.
- MORÓN URBINA, J. C., “Los actos – medidas (medidas correctivas, provisionales y de seguridad) y la potestad sancionadora de la Administración” en *Revista del Círculo de Derecho Administrativo*, N° 9, editorial San Marcos, Lima, 2010.

PANIAGUA CORAZAO, V., “¿Ley de Normas Generales de Procedimiento Administrativo o Ley General de Procedimiento(s) Administrativo (s)?”, en *Ius Et Veritas*, N° 06, PUCP, Lima, 1993.

QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “La inviolabilidad domiciliaria y los controles administrativa. Especial referencia a la de las empresas”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 10, número 30, Madrid, 1990.

QUINTANA LÓPEZ, T., “Un paso más hacia la delimitación de la inviolabilidad de domicilio en nuestro”, en *INAP*, N° 229, Madrid, 1986.

TIRADO BARRERA, J. A., “Reflexiones en Torno a la Potestad de Inspección o Fiscalización de la Administración Pública”, en *Derecho & Sociedad N° 37*, Lima, 2011.

VILLEGAS ESTREMADOYRO, L. E., “Evolución Histórica del Derecho Administrativo Peruano”, en *República Jurídica Administrativa – Revista Estudiantil de Derecho Administrativo Hispanoamericano N° 2*, Ciudad de México, 2010.

Tesis doctoral

SOLER FIERRÉZ, E., *La inspección en las distintas concepciones y sistemas pedagógicos: características y funciones* (tesis doctoral), Universidad Complutense, Facultad de Educación, Madrid, 1994.

Sentencias del Tribunal Constitucional Peruano

- EXP. N° 006-2003-AI/TC, de fecha 01 de diciembre de 2003.
- EXP. N° 0045-2004-PI/TC, de fecha 29 de octubre de 2005.
- EXP. N° 009-2014-PI/TC, de fecha 04 de marzo de 2016.
- EXP. N° 4972-2006-PA/TC, de fecha 04 de agosto de 2006.
- EXP. N.° 02698-2012-AA/TC, de fecha 30 de enero de 2014.
- EXP. N° 2830-2013-PHD/TC, de fecha 14 de agosto de 2014.
- EXP. N° 009-2014-PI/TC, de fecha 04 de marzo de 2016.

Sentencias del Tribunal Constitucional Español

- STC 102/1995, de fecha 26 de junio de 1995.
- STC 69/1999, de fecha 26 de abril de 1999.
- STC 228/1997, de fecha 16 de diciembre de 1997.
- STC 72/1992, de fecha 13 de mayo de 1992.