

BREVES APUNTES SOBRE LA POTESTAD DE SUPERVISIÓN

Silvana Alvarado Barzola⁵⁷

Sonia Ortiz Yngaruca⁵⁸

SUMARIO: **I.** La potestad de supervisión de la administración. **II.** ¿En qué consiste? **III.** Características de la potestad de supervisión de la administración pública. **IV.** Situación del administrado frente al ejercicio de la potestad de supervisión. 1. Derecho a la inviolabilidad de domicilio. 2. Derecho al secreto e inviolabilidad de comunicaciones y documentos privados. **V.** Las actas y sus alcances sobre los administrados. **VI.** Las garantías del administrado frente al ejercicio de la potestad de supervisión. **VII.** La culminación de la supervisión: el acta o informe de supervisión. **VIII.** Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El régimen económico reconoce libertades que deben ser ejercidas sin vulnerar los derechos fundamentales. Es por tal motivo que se establecen límites *ex ante* al ejercicio de estas libertades a través de la regulación. Sin embargo, la realidad demuestra que es necesario que la Administración Pública realice actividades *ex post* a fin de garantizar el cumplimiento de las normas reguladoras. A su vez, la concreción de un régimen de supervisión tiene como finalidad la prevención de las infracciones administrativas que tiene como consecuencia: la reducción de costos tanto para el Estado, evita que realice procedimientos sancionadores innecesarios, como para el adminis-

57 Estudiante de quinto año de pregrado de la Escuela Académico Profesional de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Coordinadora de Publicaciones del Grupo de Estudios Jurídicos e Investigación en Derecho Administrativo EJIDA.

58 Estudiante de quinto año de pregrado de la Escuela Académico Profesional de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Miembro principal del Grupo de Estudios Jurídicos e Investigación en Derecho Administrativo EJIDA.

trado, evita que se lo sancione por infracciones leves en tanto es posible la imposición de una medida correctiva u otra.

Hoy en día, se observa un gran crecimiento en las actividades *ex post* por parte del Estado, creando Superintendencias que desempeñan funciones supervisoras destinadas a verificar el cumplimiento de las normas que regulan el mercado (por ejemplo SUNAFIL, SUSALUD, INDECOPI, etc.), por lo cual se hace necesario que consolide un régimen de supervisión que observe garantías mínimas para la defensa de los derechos de los administrados.

El presente artículo tiene como finalidad esbozar algunos apuntes de cómo se entiende actualmente la potestad de supervisión; además, se advertirá que la normativa sectorial que regula la potestad de supervisión aún es insuficiente, pues aún persisten vacíos legales, tales como la duración de la supervisión. Asimismo, proponemos en este artículo que debe existir un “régimen común de procedimentalización” de la potestad de supervisión que garantice un mínimo de derechos a los administrados y el establecimiento de un plazo razonable para la duración del mismo.

II. LA POTESTAD DE SUPERVISIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

La Administración Pública se caracteriza por ostentar diversas atribuciones las cuales coadyuvan a cumplir su finalidad que es la protección del interés general. Dentro de las mencionadas atribuciones –las cuales llamaremos en adelante potestades–, entendiéndose por tal, en palabras de García Enterría, a “toda acción administrativa que se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido”⁵⁹, se encuentra la potestad de inspección o supervisión.

Para efectos prácticos del presente trabajo se utilizará el término de supervisión, dado que actualmente nuestro ordenamiento jurídico adopta dicho término.

III. ¿EN QUÉ CONSISTE?

A *grosso modo* podemos decir que la potestad de supervisión es la habilitación que tiene la Administración Pública, mediante ley, para

59 Cit. por BERMEJO VERA, José, “La Administración Inspectora”, en: *Revista de Administración Pública*, Nº 147, Zaragoza: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 42.

realizar actos de comprobación y verificación de lo establecido en la normativa regulatoria vigente con la finalidad de mantener el orden público⁶⁰. Estos actos de comprobación y verificación pueden ser de diversa índole, dependiendo de la actividad supervisada, sin embargo tienen un punto en común, el cual es que son medidas coactivas, restrictivas y limitativas de los derechos de los administrados.

El inicio de dicha actividad está sujeto a la discrecionalidad de la Administración que, a nuestro parecer, deberá ser motivado o al menos contar con mínimos criterios tales como el grado de incidencia infractora, la actividad realizada, etc. Finalmente, en caso de constatar-se que existe una gran probabilidad de que el administrado incumpla la normativa regulatoria, sin que ello califique aún como infracción, o que al momento de la supervisión se verifique la comisión de una infracción administrativa, en tales supuestos, la Administración Pública impondrá diversos remedios en búsqueda del restablecimiento de la legalidad tales como medidas correctivas y el inicio del procedimiento sancionador, respectivamente⁶¹.

En nuestro ordenamiento jurídico se ha establecido una “fórmula legislativa genérica” a través del artículo 3º de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, sobre lo que se debe entender por potestad de supervisión:

“Artículo 3.- Funciones

3.1. Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:

60 Según el TC, el Orden Público es: “El orden público es el conjunto de valores, principios y pautas de comportamiento político, económico y cultural en sentido lato, cuyo propósito es la conservación y adecuado desenvolvimiento de la vida coexistencial. En tal sentido, consolida la pluralidad de creencias, intereses y prácticas comunitarias orientadas hacia un mismo fin: la realización social de los miembros de un Estado. El orden público alude a lo básico y fundamental para la vida en comunidad, razón por la cual se constituye en el basamento para la organización y estructuración de la sociedad” (Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 3283-2003-AA/TC de fecha 15 de junio de 2004).

61 Para definir en qué consiste la potestad de inspección se ha tomado en consideración la postura de Villar Ezcurra. Cfr. GONZÁLEZ LUCHSINGER, Constanza. “La inspección administrativa. Responsabilidad del Estado por inactividad en su ejercicio”, Director: Cristian Román Cordero, Memoria para optar el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2014.

a. Función supervisora: comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisada; (...)" (subrayado nuestro).

Como se puede apreciar esta "fórmula legislativa genérica" no sólo comprende dentro del ámbito de supervisión a la normativa regulatoria propiamente dicha sino que abarca extensivamente a las obligaciones contractuales y otras obligaciones que se encuentren a cargo de la entidad supervisora, evidenciándose aquí una cláusula abierta que incorpora potestades implícitas en supuestos no regulados expresamente por la Administración Pública para ser supervisados. Asimismo, dicha "fórmula legislativa genérica" es replicada en la normativa regulatoria⁶².

62 El artículo 2º de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, establece lo siguiente: "**Artículo 2.- Definiciones.** Para efectos de la presente norma, se entiende por: (...) Supervisión.- Al conjunto de actividades que desarrolla OSIPTEL para verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades supervisadas. La supervisión puede asimismo estar dirigida a verificar el cumplimiento de determinado mandato o resolución de OSIPTEL o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad supervisada, dentro del ámbito de su competencia (...)".

El artículo 32º del Reglamento General de la SUNASS, aprobado por Decreto Supremo N° 017-2001-PCM, establece: "**Artículo 32.- Definición de Función Supervisora.** La función supervisora permite a la SUNASS verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las EMPRESAS PRESTADORAS. Asimismo, dicha función permite verificar el cumplimiento de cualquier disposición, mandato o resolución emitida por la propia SUNASS o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de dicha entidad o actividad supervisada (...)".

El artículo 5º del Reglamento de Supervisión y Fiscalización de las Actividades Energéticas y Mineras de Osinergmin, aprobado mediante la Resolución de Consejo Directivo de Osinergmin N° 171-2013-OS-CD, establece: "**Artículo 5.- Definiciones.-** Para los fines del presente Reglamento, los siguientes términos se definen como: (...) 5.4. Función de Supervisión.- Comprende la facultad de verificar el cumplimiento por parte del Agente Supervisado de: las obligaciones legales y técnicas establecidas en la normativa cuya supervisión corresponda a Osinergmin; las obligaciones contractuales establecidas en los contratos de concesión y las derivadas de los procesos de promoción de la inversión privada en lo que respecta a los aspectos orientados a las actividades económicas que constituyan servicios públicos o que requieran de la utilización de redes e infraestructu-

Como podrá observar el lector, las diversas normas sectoriales que definen la potestad de supervisión abarcan más allá de la simple normativa regulatoria, lo que podría resumirse en la siguiente frase: “la Administración supervisa todo y todo es supervisable”.

Asimismo, es necesario diferenciar entre la potestad sancionadora y la potestad de supervisión que ostenta la Administración Pública. Primero, la potestad sancionadora se despliega dentro del marco de un procedimiento administrativo, en cambio el despliegue de la potestad de inspección conlleva solamente a actuaciones materiales que no se enmarcan en ningún procedimiento administrativo sino una procedimentalización de actos. Segundo, la potestad sancionadora se encuentra limitada por garantías mínimas del debido procedimiento establecidas en la Ley de Procedimiento Administrativo General, en cambio en la potestad de supervisión no se establece que dichas actuaciones materiales se encuentren sujetas a las garantías mínimas del debido procedimiento por lo cual se puede llegar a la indefensión de los derechos de los administrados. Tercero, si la Administración inicia un procedimiento sancionador ello concluye en un acto administrativo, por el contrario cuando la Administración despliega su potestad de supervisión ello no devendrá en ningún acto administrativo, sino en un acta o informe de inspección que podría dar paso a un procedimiento sancionador o no, en este último caso dejando constancia de la inspección sin mayores efectos en la esfera jurídica del administrado.

ra; y las disposiciones de carácter general o particular emitidas por Osinergmin. Puede ejercerse a través de acciones programadas o de manera inopinada”.

El literal b del artículo 1º del Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público- Ositran, aprobado por Decreto Supremo Nº 044-2006-PCM, si bien no detalla en qué consiste la potestad de inspección, establece lo que se debe entender por los actos de supervisión: “**Artículo 1.- Definiciones:** Para efectos de este REGLAMENTO entiéndase por: (...) b) **ACTIVIDADES DE SUPERVISIÓN:** Actos del personal de OSITRAN o autorizado por éste que, bajo cualquier modalidad, tengan por objeto obtener información y/o verificar el cumplimiento de obligaciones legales, contractuales, técnicas, administrativas, o aquellas contraídas directamente ante OSITRAN por parte de las Entidades Prestadoras, sobre aspectos técnicos, operativos, comerciales y administrativos, en el ámbito de su competencia”.

IV. CARACTERÍSTICAS DE LA POTESTAD DE SUPERVISIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La potestad de supervisión posee diferentes características que se materializan a la hora de ejecución de sus atribuciones o facultades. Dicha potestad de supervisión tiene su fundamento principalmente en la norma jurídica, esto en razón al principio de legalidad y de reserva de ley dispuesto en la Constitución Política del Perú y otras normas de alcance general.

Bajo el análisis de la conceptualización de la potestad de supervisión, ya esbozada líneas arriba, cabe destacar las siguientes características básicas:

*Primero, es una potestad abstracta y genérica de la Administración Pública*⁶³. Esta potestad tiene su fundamento en el poder abstracto y genérico del cual goza la Administración Pública. Con relación a ello, a través de las normas, se atribuye potestades a la administración, con el fin de cumplir su labor de supervisión, lo cual le hace acreedora de diversas facultades sobre los administrados.

En tal hipótesis, el deber de supervisión surge ante el concreto ejercicio de atribuciones en un supuesto determinado. Dicha atribución tiene estricta sujeción en las normas, las cuales refieren el deber correlativo de actuación de la administración. *“Las Administraciones legalmente habilitadas puede así obtener información, comprobar, examinar, investigar hechos, actos, actividades en general, situaciones, documentos, operaciones, siempre que tales elementos sean debidos; esto es, que las diferentes personas físicas o jurídicas estén, positiva o negativamente, obligados a llevar a cabo de la manera, o bien previamente determinada por las norma, o bien sin que se contradigan aquellas”*⁶⁴.

Segundo, es una potestad reglada y discrecional de la Administración Pública. Se entiende por potestad discrecional, a la atribución de la Administración Pública de poder decidir autónomamente sobre sus actuaciones, sin vulnerar el interés público, finalidad principal de toda actuación de la Administración Pública. En esta línea de

63 Eduardo GARCIA DE ENTERRIA. Citado por TIRADO BARREDA, José Antonio, “Reflexiones en torno a la Potestad de Inspección o Fiscalización de la Administración Pública”, en: *Derecho & Sociedad*, Nº 37, PUCP: Lima, p. 253.

64 BERMEJO VERA, José, *Óp. Cit.*, pp. 44-45.

pensamiento, el Tribunal Constitucional⁶⁵ ha señalado que los actos discrecionales se atañen a los elementos de oportunidad, necesidad o utilidad, cuya naturaleza obedece a la libertad que goza la Administración para decidir sobre un asunto concreto dado que la ley, en sentido lato, no determina lo que deben hacer o, en su defecto, cómo deben hacerlo, ello en concordancia con el principio de legalidad.

A su vez, la Administración ejerce una potestad reglada, esta se da en el momento de la ejecución de la supervisión, debido a su carácter especialmente gravoso respecto de los derechos de los administrados, así como de las consecuencias que de la labor inspectiva se puedan derivar⁶⁶.

Claro ejemplo de esta potestad reglada y discrecional que goza la Administración Pública son las siguientes normas: Reglamento General de Supervisión de OSITRAN⁶⁷; Reglamento General de Supervisión de OSIPTEL⁶⁸; Reglamento General de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las EPS⁶⁹ y el Reglamento General de Supervisión y Fiscalización de las Actividades Energéticas⁷⁰, todas ellas limitan en su mayoría la actuación de la administración frente a los administrados, señalándole ciertas atribuciones y facultades, pero a la vez dejan un campo discrecional en el sentido de decidir su iniciación o aplicación.

Tercero, es una potestad restrictiva y limitativa de derechos de los administrados. Mayoritariamente esta potestad o atribución de la administración afecta al inspeccionado o administrado, en el sentido que dichas actuaciones de inspección limitan o restringen el libre desenvolvimiento de los administrados, esto con el fin de supervisar

65 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 0090-2004-AA/TC de fecha 05 de julio de 2004.

66 TIRADO BARREDA, José Antonio, *Óp. Cit.*, p. 255.

67 OSITRAN, Reglamento General de Supervisión de OSITRAN, Resolución de Consejo Directivo N° 024-2011-CD-OSITRAN, Lima, 2011.

68 OSIPTEL, Reglamento General de Supervisión de OSIPTEL, Resolución de Consejo Directivo N° 090-2015-CD-OSIPTEL, Lima, 2015.

69 SUNASS, Reglamento General de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las EPS, Resolución de Consejo Directivo N° 003-2007-SUNASS-CD, Lima, 2007.

70 OSINERMINING, Reglamento General de Supervisión y Fiscalización de las Actividades Energéticas, Resolución de Consejo Directivo Organismo y Minería OSINERMINING N° 171-2013-OS-CD, Lima, 2013.

el cumplimiento de la legalidad de sus actos; cabe añadir que en ocasiones estas actuaciones de la Administración recaen también sobre terceros (otro sujeto privado o un ente público) que, por las razones que sean, puede facilitar lo necesario para investigar el comportamiento del administrado.

*Cuarto, es una atribución individual de la Administración Pública*⁷¹. Se sabe que aquellas personas que ejecutan las facultades o potestades de supervisión, inspección o fiscalización en nombre de la Administración, actúan como autoridad, sean funcionarios, servidores o trabajadores de empresas privadas dependiendo del caso, todos ellos tienen la libertad de disponer individualmente sobre su ejercicio, y a su vez, también sobre el modo de ejecución de dichos actos.

Asimismo, esta atribución no depende ni requiere de la voluntad o del concierto del administrado ni de otros sujetos para su plena eficacia y puesta en ejecución. Así, por ejemplo la potestad de supervisión de la que están dotados los organismos reguladores no deriva de la existencia de un acuerdo contractualmente fijado ni tampoco requiere que aquellas atribuciones se fijen contractualmente.

Quinto, es una actividad instrumental y complementaria a otras potestades administrativas. La potestad de supervisión tiene como finalidad la de prevención de riesgos o de restablecimiento de la legalidad y la del aseguramiento de los intereses generales. En este sentido, *“como quiera que la finalidad de la inspección es preparar la reacción administrativa ante eventuales incumplimientos, puede decirse que la inspección –aunque por sí sola cumple una función de prevención general– es siempre auxiliar o instrumental de otras”*⁷².

Es así que, aunque auxiliar de otras potestades, la potestad de supervisión se presenta formalmente al margen de ellas y no incluida en el seno de los procedimientos encaminados al ejercicio de sus potestades de reacción, sanción, porque con la supervisión la Administración observa, examina, se informa; en consecuencia, conoce la realidad, pero todavía no reacciona frente a eventuales ilegalidades. Al producirse la reacción ya no estamos dentro de la esfera de las actuaciones de supervisión sino dentro de un procedimiento sancionador.

71 BERMEJO VERA, José, *Óp. Cit.*, pp. 44-45.

72 REBOLLO PUIG, Manuel, *Óp. Cit.*, p. 3.

De lo dicho, todas estas características evidencian la complementariedad y supletoriedad de la potestad de supervisión, cuya finalidad está encaminada a asegurar el cumplimiento de las obligaciones de los administrados, así como a preparar la reacción administrativa frente a las transgresiones que se puedan detectar, todo ello, sin vulnerar los derechos del administrado.

V. SITUACIÓN DEL ADMINISTRADO FRENTE AL EJERCICIO DE LA POTESTAD DE SUPERVISIÓN

Durante el tiempo que se realiza la supervisión sobre la actividad que realiza el administrado, este se encuentra en un estado de sujeción, pues como se ha señalado líneas arriba, el supervisor dentro de otras atribuciones puede principalmente ingresar a domicilios y locales, requerir información y adoptar medidas correctivas⁷³; mientras que el administrado tiene que cumplir deberes de hacer, dar, cooperar con la Administración Pública –de manera muy general–, siempre que esté conforme al ordenamiento jurídico.

Determinar la conformidad o no de aquellos deberes con el ordenamiento jurídico implica establecer qué derechos la legislación debe reconocerle al administrado frente al ejercicio de la potestad de supervisión de la Administración. Para establecer cuáles son los derechos que son reconocidos, primero revisaremos nuestra Constitución Política del Perú, para luego señalar qué derechos y principios deberían ser reconocidos por la Administración y, en consecuencia, cuáles son los medios que ofrece nuestro ordenamiento jurídico para su tutela:

1. DERECHO A LA INVIOLABILIDAD DE DOMICILIO.-

El derecho a la inviolabilidad de domicilio es un derecho de naturaleza instrumental, pues coadyuva a la protección de otros derechos fundamentales, principalmente el derecho a la propiedad y derecho a la intimidad.

Para el Tribunal Constitucional, el derecho a la inviolabilidad de domicilio en una acepción específica, encarna el espacio físico y limitado que la propia persona elige para domiciliar, quedando facultado para poder excluir a otros de dicho ámbito impidiendo o prohibiendo

73 TIRADO BARRERA, José Antonio, *Óp. Cit.*, p. 256.

la entrada en él; y en un sentido más amplio, busca preservar el carácter privado e íntimo de lo que en él hay de emanación de la persona⁷⁴.

Teniendo en cuenta los derechos que se buscan proteger a través del derecho a la inviolabilidad de domicilio, en el numeral 9) del artículo 2º de la Constitución Política del Perú, se ha previsto que “(...) *nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivo de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley*”.

La Administración Pública para realizar su actividad de supervisión, por lo general, necesita ingresar a los locales donde se desarrollan las actividades sujetas a control o donde se ubiquen los bienes o presten servicios, con el fin de constatar el cumplimiento de las exigencias legales que regulan el desarrollo de las actividades sujetas a control administrativo.

Dos situaciones se pueden dar previo al ingreso de los locales sujetos a inspección:

- a) Cuando exista consentimiento o autorización del titular; en este supuesto no surge problema alguno, por lo que la administración puede desarrollar su actividad de inspección con normalidad, así el local coincida con el domicilio del titular.
- b) Cuando no exista consentimiento o no sea prudente contar con él; consideramos que es necesario contar con autorización judicial, siempre que el local sujeto a inspección coincida con el domicilio del titular (persona natural o persona jurídica), en virtud al derecho fundamental de inviolabilidad de domicilio.

2. DERECHO AL SECRETO E INVOLABILIDAD DE COMUNICACIONES Y DOCUMENTOS PRIVADOS

El derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados es una manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad del ser humano. Asimismo, este derecho no solo se le reconoce a la persona natural, sino también a la persona jurídica⁷⁵.

74 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 07455-2005-HC/TC de fecha 09 de julio de 2007, fundamento jurídico 4.

75 Al respecto, cabe señalar que la persona jurídica es considerada titular del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, siempre que se

Conforme a la Constitución, las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos, solo pueden ser abiertos, incautados o intervenidos por mandato motivado del juez, observando las garantías previstas en la ley. Sin embargo, pueden ser conocidos, siempre que medie consentimiento de uno de los sujetos, en las comunicaciones⁷⁶, o el titular, tratándose de documentos privados.

La Administración Pública tiene como facultad requerir información relativa al desarrollo de las actividades sujetas a supervisión con la finalidad de verificar el cumplimiento de la normativa. Esta información puede estar contenida en documentos físicos o en soportes magnéticos o electrónicos que en algunos casos la administración exigirá que el administrado las tenga, por ejemplo, la tenencia de libros contables y en otros casos, la administración exigirá la preparación de alguna información nueva no disponible al momento que se realice la inspección, la inmovilización y la incautación de documentación. Para el requerimiento de información, a la luz del principio de debida motivación, se deberá siempre comprobar, en el caso concreto, si dicho requerimiento se ajusta al fin público tutelado, pues de lo contrario, podríamos estar ante un acto arbitrario⁷⁷.

VI. LAS ACTAS Y SUS ALCANCES SOBRE LOS ADMINISTRADOS

Se sabe que, después de las actuaciones procedimentales seguidas por la administración en ejercicio de su potestad supervisora, estas tienden a registrar y concentrar sus actuaciones, ya sean materiales o verbales, en documentos conocidos por lo general como actas.

reconozca la autonomía de este derecho respecto con los derechos como la intimidad y el honor, de lo contrario sí cabría debate sobre si corresponde considerar a las personas jurídicas como titulares (VV.AA., *La Constitución Comentada: análisis artículo por artículo*, 2º ed., Tomo I, Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2013, pp. 212-213).

76 Quien participa en una comunicación, asume el riesgo que la otra divulgue el contenido, de allí que sea legal que una de las partes la grave y la utilice como prueba de cargo. Véase: SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio, "Estudios de Derecho Procesal Penal: la intervención de las comunicaciones telefónicas en el ordenamiento jurídico peruano", en: VV.AA., *La Constitución Comentada: análisis artículo por artículo*, 2º ed., Tomo I, Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2013, p. 214.

77 TIRADO BARRERA, José Antonio, *Óp. Cit.*, p. 258.

La Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, en su artículo 156⁷⁸ desarrolla las reglas y contenidos necesarios para la debida elaboración de las actas. En razón a lo expuesto, el Dr. José Bermejo Vera, refiere con respecto al concepto de acta: "(...) estos documentos son antecedente imprescindible para que la inspección se entienda como correctamente realizada, aunque el contenido del Acta no necesariamente tiene garantizada la autenticidad, y el órgano que debe adoptar la decisión definitiva no está vinculado estrictamente por dicho contenido, dado que, frente al ejercicio de la potestad de inspección, los inspeccionados disponen de un completo cuadro de garantías que sirven de compensación a esta relevante potestad"⁷⁹.

De la definición expuesta, evidenciamos el carácter probatorio y objetivo de las actas de inspección. En relación al carácter objetivo, la administración busca incorporar sus actuaciones a dichos documentos, dejando constancia fiel de los hechos y situaciones verificadas sobre el grado de cumplimiento de sus deberes. Asimismo, en pro de una correcta "procedimentalización" de la actividad de supervisión, se entiende que es deber de la administración dar conocimiento a los administrados de las actuaciones registradas en el acta de inspección, para que de ese modo quede expedito su derecho a contradecir dichas actas desvirtuando los hechos o evidencias registradas. Por otro lado, un punto importante en relación a las actas de inspección es el referido a la subsanación voluntaria de las posibles infracciones o faltas cometidas por el administrado, realizadas con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos.

De lo dicho, se rescatan dichas garantías del administrado en relación principalmente a evitarle perjuicios derivados de la potestad de supervisión, y en pro a un debido criterio de análisis económico

78 **"Artículo 156.- Elaboración de actas**

Las declaraciones de los administrados, testigos, peritos y las inspecciones serán documentadas en un acta, cuya elaboración seguirá las siguientes reglas:

1. El acta indica el lugar, fecha, nombres de los partícipes, objeto de la actuación y otras circunstancias relevantes, debiendo ser formulada, leída y firmada inmediatamente después de la actuación, por los declarantes, la autoridad administrativa y por los partícipes que quisieran hacer constar su manifestación.
2. *Cuando las declaraciones o actuaciones fueren grabadas, por consenso entre la autoridad y los administrados, el acta puede ser concluida dentro del quinto día del acta, o de ser el caso, antes de la decisión final".*

79 BERMEJO VERA, José, *Ibidem*, pp. 55-56.

del derecho, el cual busca evitar gastos innecesarios a la administración, como es el caso de iniciar un procedimiento administrativo sancionador, el cual en la práctica, es uno de los mayores gastos en los que incurre la administración.

VII. LAS GARANTÍAS DEL ADMINISTRADO FRENTE AL EJERCICIO DE LA POTESTAD DE SUPERVISIÓN

Atendiendo a los deberes de cooperación impuesto a los administrados inspeccionados y a los administrados colaboradores, señalaremos los siguientes derechos que deben ser reconocidos a los administrados:

- a. El administrado debe tener derecho a ser informado acerca de la naturaleza y alcance de la inspección⁸⁰, cumpliéndose de esta manera con el Principio de Predictibilidad previsto en el Inc. 1.15 del Art. IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, pues se busca generar en los administrados la expectativa razonablemente fundada sobre cuál ha de ser la actuación del poder, y a partir de ello saber a qué atenerse, lo cual se encuentra conectado con su derecho de defensa y en general con el principio de seguridad jurídica que ha sido calificado por el Tribunal Constitucional como un principio consustancial al Estado de constitucional de Derecho que “transita todo el ordenamiento (...)”⁸¹.
- b. En base a los señalado por el art. 55° de la Ley N° 27444, el administrado debe tener acceso al expediente que se forme a propósito de la supervisión. La pregunta que conviene formular aquí es cuáles serían las razones para restringir el acceso y hasta cuándo sería ello posible, ello responderá al caso concreto.
- c. El administrado debe tener derecho a que las actuaciones de supervisión efectuadas por la Administración Pública tengan una duración determinada y razonable, pues, teniendo en cuenta el carácter gravoso de dichas actuaciones, ello podría colisionar directamente con los derechos e intereses legítimos de los adminis-

80 TIRADO BARRERA, José Antonio, *Óp. Cit.*, pp. 261-262.

81 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 0016-2002-AI/TC de fecha 30 de abril de 2003. Así también: MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, 10ª ed., Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2014, p. 96.

trados aunado a la incertidumbre que ello conlleva respecto a las consecuencias que podrían generarse. Por todo ello, no es acorde con nuestro ordenamiento jurídico, en una óptica constitucional y administrativa, que dicha actividad se prolongue ilimitadamente en el tiempo⁸².

- d. El administrado debe tener en todo momento la oportunidad de presentar los descargos y justificaciones que estime conveniente respecto de las presuntas omisiones o incumplimientos que le puedan ser imputados o que estime que así será, lo que podría reducir los costos que genera los mecanismos de reacción que puede activar la Administración Pública.

VIII. LA CULMINACIÓN DE LA SUPERVISIÓN: EL ACTA O INFORME DE SUPERVISIÓN

Las actuaciones materiales o verbales seguidas por la administración, en ejercicio de su potestad supervisora, se registran y concentran en documentos conocidos –por lo general– como acta de inspección. A través de esta, la Administración deja constancia fiel de los hechos y situaciones verificadas sobre el grado de cumplimiento de las normas que deben acatar los administrados y, en consecuencia, es el instrumento idóneo para que la Administración determine el inicio de un procedimiento administrativo sancionador u otra medida que considere necesaria.

Debido al carácter instrumental del acta de inspección, nosotros consideramos que la administración debería comunicar a los administrados las actuaciones registradas en el acta de inspección, a fin de que puedan realizar la subsanación voluntaria de las posibles infracciones o faltas cometidas por el administrado, pues si se iniciara un procedimiento administrativo sancionador, los administrados podrían señalar que su conducta materia de infracción fue subsanada y, en consecuencia, irradian los efectos de la atenuación de responsabilidad por la comisión de infracciones, según inciso 1º del artículo 236-A de la Ley de Procedimiento Administrativo General⁸³.

82 TIRADO BARRERA, José Antonio, *Óp. Cit.*, pp. 261-262.

83 **“Artículo 236-A.- Atenuantes de Responsabilidad por Infracciones**
Constituyen condiciones atenuantes de la responsabilidad por la comisión de la infracción administrativa, las siguientes:

En ese sentido, los administrados se beneficiarían de la atenuación de la responsabilidad por la comisión de infracciones, siempre y cuando sea posible la subsanación, y la Administración Pública tendría incentivos para buscar el cumplimiento de las normas a través de otros mecanismos, antes que iniciar procedimientos administrativos sancionadores, que –como bien sabemos– son costosos, siendo ello una consecuencia más práctica y óptima que el ejercicio de la potestad sancionadora.

IX. CONCLUSIONES

La potestad de supervisión es la habilitación que tiene la Administración Pública, mediante ley, para realizar actos de comprobación y verificación de lo establecido en la normativa regulatoria vigente con la finalidad de mantener el orden público. En ese sentido, es una potestad abstracta y genérica, una potestad reglada o discrecional, limitativa de derechos de los administrados, una atribución individual de la Administración Pública y una actividad instrumental y complementaria a otras potestades administrativas.

Determinar la conformidad o no de la actividad de supervisión con el ordenamiento jurídico, implica reconocer a los administrados los siguientes derechos y garantías: derecho a la inviolabilidad de domicilio, derecho al secreto e inviolabilidad de comunicaciones y documentos privados, derecho a ser informado acerca de la naturaleza y alcance de la inspección, acceso al expediente que se forme a propósito de la supervisión, las actuaciones de supervisión efectuadas por la Administración Pública deben tener una duración determinada y razonable, y la oportunidad de presentar los descargos y justificaciones que estime conveniente respecto de las presuntas omisiones o incumplimientos que le puedan ser imputados o que estime que así será, derecho a ser informado de la inspección que se realizó a fin de pueda ejercer su derecho a la subsanación de omisiones o actos constitutivos de infracción.

X. BIBLIOGRAFÍA

- BERMEJO VERA, José. “La Administración inspectora”, en: *Revista de Administración Pública*, N° 147, Madrid, 1998.

1.- *La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 235 (...)*”.

- VV.AA., *La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo*, 2º ed., Tomo I, Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2013.
- MARTIN TIRADO, Richard. “Nuevos rumbos del procedimiento administrativo sancionador: la reforma del procedimiento sancionador del OEFA a la luz de la Ley N° 30011”, en: *Círculo de Derecho Administrativo*.
- MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, 10º ed., Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- SINERMING, Reglamento General de Supervisión y Fiscalización de las Actividades Energéticas, Resolución de Consejo Directivo Organismo y Minería OSINERMING N° 171-2013-OS-CD, Lima, 2013.
- OSITRAN, Reglamento General de Supervisión de OSITRAN, Resolución de Consejo Directivo, N° 024-2011-CD-OSITRAN, Lima, 2011.
- OSIPTEL, Reglamento General de Supervisión de OSIPTEL, Resolución de Consejo Directivo N° 090-2015-CD-OSIPTEL, Lima, 2015.
- REBOLLO PUIG, Manuel. “La Actividad Inspectora”.
- SUNASS, Reglamento General de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las EPS Resolución de Consejo Directivo N° 003-2007-SUNASS-CD, Lima, 2007.
- TIRADO BARREDA, José Antonio. “Reflexiones en torno a La Potestad de Inspección o Fiscalización de la Administración Pública”, en: *Derecho & Sociedad*, N° 37, Lima: PUCP.