

Lumen

Jul - Dic. 2019.Vol 15 N°2: pp. 153-163

Doi:10.33539/lumen.2019.v15n2.1816

***PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
SANCIONADOR CLAUSURA TEMPORAL,
DE ESTABLECIMIENTO COMERCIAL
UN LARGO CAMINO POR RECORRER***

***ADMINISTRATIVE SANCTIONING PROCEDURE
TEMPORARY CLOSURE OF COMMERCIAL
ESTABLISHMENT A LONG WAY TO TRAVEL***

Piero Da Giau Roose
Rene Palomino Sánchez

LUMEN

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CLAUSURA TEMPORAL DE ESTABLECIMIENTO COMERCIAL UN LARGO CAMINO POR RECORRER

*ADMINISTRATIVE SANCTIONING PROCEDURE
TEMPORARY CLOSURE OF COMMERCIAL ESTABLISHMENT
A LONG WAY TO TRAVEL*

Piero Da Giau Roose
Rene Palomino Sánchez

RESUMEN:

El presente artículo analiza la situación posterior a la clausura de un establecimiento comercial, ordenada por la administración pública, y el procedimiento que los administrados deben seguir, a fin de continuar con sus actividades comerciales.

Analizaremos como en tales situaciones existen incentivos que influyen en la toma de decisiones de las personas y de esa manera, regulan su conducta, en ocasiones para obedecer las disposiciones administrativas normativas y, en otras, para simplemente satisfacer sus necesidades. Veremos que el procedimiento posterior a la orden de clausura temporal significa un largo y oscuro camino que el administrado sujeto a fiscalización se encuentra obligado a seguir, y que ello muchas veces constituye un incentivo perverso que motiva al administrado a no obedecer.

Asimismo, veremos que el factor de detección de las infracciones, es como un indicador de la deficiencia del Estado para reconocer a los administrados infractores y exigirles cumplir con el correspondiente pago por multas impuestas, lo cual, a su vez, también crea incentivos que motivan a los administrados a desobedecer la orden de clausura.

Finalmente, proponemos como alternativa de solución, la aplicación del principio de privilegio de controles posteriores, establecido en el numeral 1.16 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley No. 27444, "Ley del Procedimiento Administrativo General", entendido como el derecho que tiene la autoridad, de comprobar la veracidad de los argumentos, documentos e información presentada por los administrados, en el marco de los procedimientos administrativos, lo cual, constituye, un mecanismo eficiente para la situación bajo análisis, puesto que de ser así, la lentitud con la que generalmente opera el Estado al momento de ejercer su facultad de fiscalización no perjudicará los derechos de los administrados.

PALABRAS CLAVE:

Decisiones, incentivos, disyuntivas, administración pública, derecho administrativo sancionador, cierre temporal, medida provisional, medida cautelar, privilegio de controles posteriores, fiscalización posterior.

ABSTRACT:

This paper analyzes the situation following the closure of a commercial establishment, ordered by the Public Administration, and the procedure that applicants must follow, in order to be able to open the establishment again for business and continue with their trading activities.

The existence of incentives that influence people's decision-making in these situations and thus regulate their behavior –sometimes to follow the regulatory administrative provisions, and at others to simply meet their needs–, will be analyzed. We identify that the procedure after the temporary closure order means a long and dark path

that the inspected applicant is obliged to follow. This often constitutes a perverse incentive that motivates the applicant to disobey.

Likewise, the offense detection factor can be seen as an indicator of the deficiency of the State to identify the offenders and to require them to comply with the corresponding payment of fines. This also creates incentives that motivate those applicants to disobey the closure order.

Finally, we propose as an alternative solution, the application of the principle of privilege of subsequent supervision, established in paragraph 1.16 of Article IV of the Preliminary Title of Law No. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (General Administrative Procedure Law), understood as the right of the authority to verify the authenticity of the statements, documents and information provided by applicants, within the framework of administrative procedures, which constitutes an efficient mechanism for the situation under analysis, since if so, the slowness with which the State generally operates at the time of exercising its power of supervision will not prejudice the fundamental rights of those applicants.

KEY WORDS:

Decisions, incentives, disjunctive, Public Administration, administrative sanction law, temporary closure, temporary measure, precautionary measure, privilege of subsequent supervision, subsequent supervision.

INTRODUCCIÓN

A través de las normas administrativas se crean incentivos que regulan el comportamiento de los administrados, a veces de manera positiva y otras veces de manera negativa. Si un mandato contenido en alguna norma provoca un daño no previsto en perjuicio del administrado, éste generará la disyuntiva de obedecerla o de rechazarla. Bajo los dos escenarios el perjudicado debería ser siempre el administrado; puesto que de obedecerla se vería perjudicado con el daño no previsto, y de no obedecerla, la administración pública debería detectar dicho desacato y aplicar la respetiva sanción. Sin embargo, en algunos casos el factor de detección de una infracción generará incentivos que motivarán al administrado a efectuar una determinada conducta infractora, la misma que podría quedar sin castigo, el administrado es un ser racional.

En el ejercicio de las actividades de fiscalización que ejercen las entidades públicas, éstas se encuentran facultadas para ordenar medidas cautelares y/o medidas de carácter provisional. Dentro de ellas, encontramos la orden de clausura temporal de establecimiento comercial, la cual es dictada en cualquier momento en el marco de una fiscalización y tiene como objetivo asegurar la eficacia de la resolución final, siempre y cuando no cause un perjuicio de difícil o imposible reparación. Sin embargo, el problema principal de esta medida es que siempre causa un perjuicio de difícil reparación, y en algunos casos, el daño es irreversible.

CONCEPTOS PRELIMINARES

Las Decisiones:

Tomamos decisiones en cada momento de nuestras vidas, incluso cuando creemos que no estamos decidiendo nada y simplemente nos encontramos leyendo estas líneas, esta situación es consecuencia de una decisión tomada segundos antes de iniciar la lectura. “La primera lección sobre la toma de decisiones la resume el dicho <<el que algo quiere, algo le cuesta>>” (1), y es muy cierto porque en nuestra búsqueda de alcanzar lo que queremos, generalmente debemos renunciar a otra que también queremos. Por ejemplo, al decidir leer este artículo, hemos renunciado

¹ N. Gregory Mankiw, Principios de la Economía 3ª Edición (2004), “Los Individuos se enfrentan a disyuntivas”. 4.

a invertir ese tiempo en alguna otra actividad, y ¿Por qué hemos decidido de esa manera?, tal vez sea por curiosidad; o tal vez, porque el tema sea importante para él, es decir, existen muchas probabilidades que nos de una razón lógica, pero, la operación que realizaremos al “decidir” siempre será la misma: “cuando los individuos se enfrentan a disyuntivas, para tomar decisiones deben comparar los costes y los beneficios de los diferentes cursos de acción posible ⁽²⁾, en este ejemplo, el lector considerará que satisfacer su curiosidad, o conocer la implicancia legal que encierra la ejecución de un cierre temporal, será mayor a lo que sea que vaya a sacrificar por acabar la lectura, como por ejemplo, leer otra materia o simplemente descansar.

Tomamos decisiones a fin de obtener un beneficio.

A veces, el resultado de las decisiones que tomamos se pueden apreciar en un corto tiempo, como la decisión de leer esta lectura o como cuando decidimos qué ropa usar para ir al trabajo o a la universidad, y una vez en nuestro centro laboral o de estudios, como resultado de una acertada decisión, recibimos un comentario positivo sobre nuestra vestimenta, y tal vez ello signifique el beneficio esperado. Por tanto, todas las personas buscamos tomar una decisión a fin de conseguir un beneficio, es decir, nadie toma una decisión deseando verse perjudicado con ella.

Los incentivos influyen en las decisiones de las personas.

Por otro lado, existen factores externos a la voluntad de la persona, que crean juicios de valor y motivan al individuo a tomar una decisión específica. Nos referimos a los incentivos. “Como los individuos toman decisiones comparando los costes y los beneficios. Su conducta puede cambiar cuando varían los costes o los beneficios. Es decir, los individuos responden a los incentivos” ⁽³⁾.

Un ejemplo, es el caso de la “Ordenanza del Pico y Placa” y el dilema entre transitar o no transitar por la avenida Javier Prado. Si mi auto es de placa impar, no tendré ningún problema en transitar por esa avenida el primer día laboral de la semana; sin embargo, el día martes tendré que decidir entre pasar por esa avenida y arriesgarme a que me apliquen una papeleta o en su defecto, despertarme un poco más temprano y pasar por las vías alternas, en donde con seguridad habrá más tráfico. Si pensamos en la idea de elegir transitar por Javier Prado cuando no nos corresponda, advertimos la posibilidad de recibir una sanción administrativa, lo cual constituiría un incentivo que nos motivaría o, en todo caso, desmotivaría a no transitar por esa avenida. En consecuencia, podemos decir que la aplicación de una sanción podría significar un incentivo determinante que regule la conducta de las personas en un caso concreto.

Incentivos: Las Sanciones Administrativas

Con una educación básica que permita conocer las normas elementales que regulan nuestro sistema, es poco probable que las decisiones que tome un individuo promedio, configuren como resultado la configuración o tipificación de un delito, y en consecuencia, deba estar inmerso dentro de un proceso penal, con todo el infortunio que ello implica a fin que se le aplique la correspondiente sanción penal. Sin embargo, de lo que casi nadie se podrá salvar, es de una sanción administrativa, siendo muy poco probable que un ciudadano no haya sido sancionado administrativamente a lo largo de toda su vida, precisando asimismo que el error de derecho no exime de responsabilidad “*ignorantia juris non excusat*”.

En efecto, con todas las normas administrativas que hoy en día existen, es casi imposible por decirlo menos y reiterándolo, que una persona encuentre la vejez sin antes haber sido imputada de

² N. Gregory Mankiw, Principios de la Economía 3^o Edición (2004), “El coste de una cosa es aquello a lo que se renuncia para conseguir un beneficio” p. 4.

³ N. Gregory Mankiw, Principios de la Economía 3^o Edición (2004), “Los individuos responden a los incentivos” p. 5.

haber cometido alguna infracción, y en consecuencia, se haya situado dentro en un **Procedimiento Administrativo Sancionador** (En adelante “PAS”).

Sin temor a equivocarnos, podríamos replicar aquella famosa frase del evangelio -“aquel de ustedes que esté libre de pecado, que tire la primera piedra”.... quien no haya tomado alguna de las siguientes decisiones:

- i. **Sacar la basura fuera del horario establecido por el municipio (4).**
Claro, es posible que la municipalidad de tu distrito haya establecido un horario para el recojo de residuos, pero no lo sabías “*ignorantia legis neminem excusat*”.
- ii. **No recoger las heces de tu perrito dejadas en el parque luego de jugar (5).**
A pesar de que el origen de esta infracción no nazca precisamente de la voluntad de las personas, es pertinente aclarar que lo que aquí se castiga es la acción posterior al acto natural ejecutado por tu can. Es decir, el hecho constitutivo de infracción es “no recoger”.
- iii. **No izar la bandera en julio (6).**
Sin importar tu nacionalidad o los ideales religiosos que pudieras tener, el Estado establece que si tienes una propiedad, estás en la obligación de cumplir con la presente exigencia.
- iv. **No pintar anualmente tu casa (7).**
Así también, en algunas ocasiones el Estado decide ayudarte con la elección del pintado de tu casa, bajo el criterio de que sus buenos gustos van en favor al ornato de la ciudad.

En el ejercicio de las actividades que desarrollamos en nuestro día a día, es muy probable que las decisiones que tomemos con conocimiento o sin él, configuren una infracción administrativa y tenga como consecuencia una sanción, y la situación podría ser más abrumadora si se tratara de una persona que desarrolla una actividad económica. Aunado a ello, está lo difícil que en ocasiones puede llegar a ser cumplir con una determinada norma administrativa, ya sea porque los requisitos sean muchos o porque su cumplimiento nos genere pérdidas económicas.

La decisión de desobedecer una disposición normativa.

A pesar que el desconocimiento o ignorancia no es causa justificable para eximir o atenuar una sanción administrativa (8), debemos señalar que un gran número de infracciones se dan por esos factores, pero para los intereses del presente artículo, hablaremos del otro grupo de personas, las que con conocimiento toman la decisión de cometer el hecho constitutivo de infracción.

Existen innumerables situaciones en donde una persona tomará la decisión de cometer una infracción, como por ejemplo, el caso de Tiffany, una peruana que como muchas, trabaja muy duro

⁴ Tipificada como infracción administrativa según la Ordenanza No. 37-2017-MPC, expedida por la municipalidad provincial de Cañete.

Código de Infracción 5.22, sanción 0.03 UIT.

⁵ Tipificada como infracción administrativa según la Ordenanza No. 345-2019-MDCH, expedida por la municipalidad distrital de Chorrillos

Líteral C: no recoger las heces de sus mascotas 0.15 UIT.

⁶ Tipificada como infracción administrativa según la Ordenanza No. 1971, expedida por la municipalidad de Lima, que institucionaliza los actos cívicos patrióticos en fechas conmemorativas en el Cercado de Lima.

Código de Infracción 06-0603, sanción 0.10 UIT.

⁷ Tipificada como infracción administrativa según la Ordenanza No. 327-MDSM, expedida por la municipalidad distrital de San Miguel, que regula el pintado de fachadas y el acabado exterior de las edificaciones ubicados en el distrito de San Miguel.

Código de Infracción 2336, sanción 0.50 UIT.

⁸ Artículo 236-A de la Ley No. 27444, modificada según el artículo 2 del Decreto Legislativo 1272: Eximentes y Atenuantes de responsabilidad por infracciones.

para mantener a su familia y poder sacarla adelante, y para ello, se vale de un pequeño negocio que ella dirige.

En el ejercicio de las actividades propias de su negocio, desafortunadamente el dispensador de bebidas sufrió una avería, justo el día cuando la municipalidad decidió realizar una visita de fiscalización inopinada.

En la diligencia de inspección, los fiscalizadores, además de emitir el Acta de Infracción en la cual se describió la falta advertida, decidieron además emitir una segunda acta mediante la cual se ordenó como medida de carácter provisional, el cierre temporal de su establecimiento hasta que cumpliera con subsanar las observaciones.

Tiffany, muy preocupada por lo sucedido, contrató a un electricista para que reparara el dispensador de bebidas averiado, luego fue a la municipalidad a fin de recibir orientación respecto de los pasos a seguir para abrir nuevamente su negocio. En la Municipalidad le informaron que i) primero debía subsanar la observación advertida (reparar el dispensador), luego debía redactar un escrito comunicando la subsanación y dirigirlo a la oficina de Fiscalización; ii) luego, debía redactar otro escrito dirigido a la oficina de Vigilancia Sanitaria, solicitando a los inspectores de dicha oficina, que regresen a su establecimiento a verificar la subsanación efectuada, habiendo previamente pagado la suma de S/ 25.00, por derecho de visita de inspección; iii) luego, debía permanecer con su establecimiento cerrado al público y esperar entre cuatro a cinco días para que los inspectores regresen y verifiquen la subsanación efectuada; iv) luego, si en la visita de inspección los inspectores confirmaban la veracidad de la subsanación, emitirían un acta de conformidad, y acto seguido, debía redactar nuevamente un escrito dirigido a la oficina de fiscalización, comunicando que la oficina de vigilancia sanitaria, había verificado el cumplimiento de la subsanación, adjuntando para esos efectos, una copia del acta de verificación; v) luego, debía esperar entre cuatro a cinco días más con su establecimiento cerrado al público, a que el personal de la oficina de fiscalización tome conocimiento del escrito presentado y emita el acta de levantamiento de la medida de carácter provisional de cierre temporal; vi) finalmente, debía continuar con su establecimiento cerrado, y esperar a que se le notificara con el acta de levantamiento, lo cual ocurriría en un plazo no determinado, puesto que ello dependería del número de procedimientos que se encontraran en trámite al momento que Tiffany presentara el escrito final.

- i. Cerrar su negocio y cumplir con el procedimiento indicado o;
- ii. abrir su negocio y continuar con el ejercicio de sus actividades.

*En los dos escenarios, el hecho constitutivo de infracción ha sido subsanado.

Tal como lo hemos mencionado, esta disyuntiva se resolverá comparando los costes y los beneficios. Si Tiffany decide la opción "i", sabe muy bien que los costes serán muy altos, dado que no podrá cumplir con sus obligaciones, hecho que le podría traer daños irreparables, y el beneficio significará estar en "regla" con el Estado, y no recibir ninguna eventual sanción adicional por desobedecer la orden de cierre. En cambio, si decide la opción "ii" y abre su negocio, los costes serán que eventualmente cabría la posibilidad de ser detectada por la municipalidad y que se le aplique una sanción más perjudicial que la anterior, incluso que se le abra un proceso judicial por la presunta comisión del delito de desacato y/o resistencia a la autoridad; y el beneficio para este caso sería que va a cumplir con todas sus obligaciones familiares y contractuales.

Asimismo, Tiffany sabe que la misma deficiencia con la que actúa el Estado para verificar el levantamiento de una observación y emitir la correspondiente autorización para abrir, lo cual puede tardar días o incluso semanas, también se presenta al momento en que el Estado debe

detectar la comisión de un desacato. Por tanto, la decisión que tome la efectuará no solamente en función a la magnitud total de la sanción que vaya a recibir en caso sea descubierta, sino también, evaluará además la capacidad que tiene el Estado para detectar estos desacatos, capacidad que en muchas ocasiones es nula.

Entidades Públicas trabajan lento.

En efecto, el administrado conoce lo deficiente que es la Administración, que a menudo, se ve reflejada en incentivos que ésta misma crea para que los administrados sancionados cumplan de manera voluntaria con asumir sus obligaciones.

Por ejemplo, si te sancionan y pagas la multa dentro de los cinco primeros días de impuesta, entonces la administración te retribuye ese buen acto, con una reducción del 30%, 50% y en ocasiones hasta el 80% de la sanción; y la razón de ese actuar benévolo no es precisamente el espíritu generoso que tiene, sino más bien, atiende a que la administración es consciente de su deficiencia e incapacidad, y sabe que por muchos factores económicos, es difícil detectar omisiones y recaudar el pago de las respectivas multas.

¿Qué haría usted? ¿Acataría la orden de cierre, o simplemente seguiría su camino?

Del ejemplo basado en hechos, personas y entidades que a menudo se presentan en nuestra realidad, se desprende una verdad preocupante. Por un lado, está el procedimiento que el administrado debe seguir a fin de abrir nuevamente su establecimiento, luego de la ejecución de un cierre temporal, lo cual es un largo y fangoso camino por recorrer, lleno de ambigüedades; y, por otro lado, encontramos la deficiencia del Estado para actuar rápidamente y detectar las infracciones en los casos de desacato a la orden de cierre.

Dos realidades que sin duda perjudicarán a cualquier persona, ya sea natural o jurídica que desea realizar algún tipo de actividad económica en nuestro país.

CIERRE TEMPORAL DEL ESTABLECIMIENTO COMERCIAL

Medida de Carácter Provisional o Medida Cautelar.

La **Ley del Procedimiento Administrativo General No. 27444**, en adelante “**Ley General**”, establece que la administración pública tiene la facultad para ordenar el cierre temporal de un establecimiento comercial como una “Medida de Carácter Provisional”⁽⁹⁾ dentro de un **PAS**, o como una “medida cautelar”⁽¹⁰⁾ dictada dentro de la resolución que ponga fin a dicho procedimiento.

Cuando se ordene dentro de un **PAS**, a través de una “medida de carácter provisional” su finalidad será asegurar la eficacia de la resolución final, cuidando de que en su aplicación, no se cause perjuicio de difícil o imposible reparación al administrado. Asimismo, cuando sea ordenada como una “medida cautelar” juntamente con la resolución que ponga fin al **PAS**, tendrá el objetivo de garantizar su eficacia en tanto lo ordenado no sea ejecutado.

Ahora bien, del ejemplo citado en los párrafos precedentes, podemos advertir que la medida adoptada corresponde a una de “carácter provisional”, aplicada al momento de la inspección,

⁹ Artículo 236 de la Ley No. 27444, modificada según el artículo 2 del Decreto Legislativo 1272: Medidas de Carácter Provisional.

¹⁰ Artículo 237 de la Ley No. 27444, modificada según el artículo 2 del Decreto Legislativo 1272: Resolución.

es decir, en el transcurso del PAS. Sin embargo, sin importar que la orden de cierre se haya aplicado mediante una “Medida de Carácter Provisional” en el transcurso del **PAS** o una “medida cautelar” al momento de resolver, para los intereses del presente artículo, corresponde analizar el procedimiento a seguir luego de la orden de cierre.

Oscuridad en la Norma.

El legislador ha dejado al libre albedrío de cada entidad, la regulación del procedimiento a seguir luego de haberse dictado un cierre temporal, y cada entidad, en muchos casos, por no decir en todos, ha decidido limitarse a únicamente expresar en sus reglamentos, el siguiente enunciado: “Clausura temporal hasta que se subsane o se adecúe la conducta infractora”.

Dicha falta de regulación ha provocado que en la práctica el administrado y hasta incluso los propios funcionarios, no tengan herramientas legales para resolver determinadas situaciones, puesto que del marco legal existente que establece algunos “alcances” por decirlo de algún modo, de lo que podría significar el procedimiento a seguir luego de una orden de cierre temporal, podemos advertir que el derecho constitucional al trabajo que tiene todo administrado, se encuentra supeditado a la voluntad y disponibilidad del personal inspector de la entidad fiscalizadora, toda vez que en la práctica, únicamente se considerará que la observación objeto del cierre temporal ha sido subsanada, solo si el personal inspector llega a verificar su cumplimiento.

Sin embargo, también podemos ver que en la práctica esa simple constatación pudiera generar un daño de difícil reparación o en algunos casos, irreparable, en perjuicio del administrado, toda vez que la inoperatividad de la administración pública por falta de personal y presupuesto así lo ha demostrado.

Consecuencia de no existir un Procedimiento Post-Cierre.- Daño de difícil reparación o en algunos casos, irreparable.

En efecto, tanto para la medida de carácter provisional como para la medida cautelar, la Ley General establece que no deberían causar perjuicio de difícil o imposible reparación ⁽¹⁾.

Sin embargo, lo que habitualmente sucede en la práctica, cuando se decide ordenar un cierre temporal, ya sea como una medida de carácter provisional o como una medida cautelar, es que el cierre del establecimiento genera un perjuicio de difícil o imposible reparación, y para calcular dicho perjuicio, bastaría con desarrollar el siguiente análisis.

Pongamos, por ejemplo, que para reparar el daño originado por un (01) día de cierre, no siempre bastará con que el administrado trabaje al día siguiente, una jornada doble, dado que:

- i) Los clientes no llegan a su establecimiento las 24 horas del día, sino que existen horarios de mayor afluencia de público, En tal sentido, así el administrado trabaje hasta de madrugada, no podrá cubrir lo trabajado en el horario normal de mayor afluencia.
- ii) Todos los días, la familia exige gastos de manutención, que de no cubrirse, se deberá disponer dinero de los ahorros y si no se contara con ellos, se deberá recurrir a créditos que conllevan al pago de intereses.
- iii) Si el pago a sus acreedores no fuera diario, un negociante sabe que una parte de la ganancia de un día de trabajo, constituirá un porcentaje del pago mensual destinado a honrar sus deudas, y de no cubrir ese porcentaje debido a ese día no laborado, el administrado incurrirá en moras y/o intereses.

¹ Artículo 236.4 y 237.2 de la Ley No. 27444, modificada según el artículo 2 del Decreto Legislativo 1272.

Ahora bien, mientras a más días se prolongue el cierre, mayor será el daño y habrá más posibilidades de que éste sea irreparable, con lo cual, se estaría infringiendo lo dispuesto por la Ley General, respecto a los cierres: **no deberían causar perjuicio de difícil o imposible reparación.**

El Principio de Privilegio de Controles Posteriores.- Alternativa de solución.

Es cierto que la Administración Pública debe constatar el cumplimiento de la subsanación para aceptarla, puesto, al parecer, no bastará la palabra del administrado quien haya comunicado haber cumplido con adecuar su conducta infractora.

Una alternativa de solución podríamos encontrar en el **Principio de Privilegio de Controles Posteriores**, establecido en el **numeral 1.16 del Artículo IV**, del **Título Preliminar** de la Ley General:

“La tramitación de los procedimientos administrativos se sustentará en la aplicación de la fiscalización posterior; reservándose la autoridad administrativa, el derecho de comprobar la veracidad de la información presentada, el cumplimiento de la normatividad sustantiva y aplicar las sanciones pertinentes en caso que la información presentada no sea veraz”

El mencionado principio establece que los procedimientos administrativos se deberán sustentar en la aplicación de la fiscalización posterior, es decir, la administración pública, comprobará la veracidad de la información que el administrado proporcione en determinado procedimiento.

Por su parte, el **Tribunal Constitucional** ⁽¹²⁾, ha referido que la aplicación de este principio guarda sujeción con los principios de razonabilidad, presunción de veracidad y verdad material:

Considerando del Tribunal Constitucional

4. De conformidad con el Principio del Privilegio de Controles Posteriores contemplado en el artículo IV, numeral 1.16, de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444 en la tramitación de los procedimientos administrativos que se sustenta en la aplicación de la fiscalización posterior, la autoridad administrativa se reserva el derecho de comprobar la veracidad de la información presentada, el cumplimiento de la normatividad sustantiva y aplicar las sanciones pertinentes en caso de que la información presentada no sea veraz, en concordancia con los principios de razonabilidad, presunción de veracidad y de verdad material establecidos en los artículos 1.4, 1.7 y 1.11 del citado artículo IV denominado "Principios del procedimiento administrativo"

(El resaltado y subrayado es agregado)

En efecto, el privilegio de controles posteriores se empleará con posterioridad a la información brindada por el administrado, considerando que en su momento dicha información era veraz (presunción de veracidad), asimismo, en la aplicación de este principio la autoridad buscará constatar las afirmaciones del administrado y adoptar toda evidencia probatoria permitida por ley, a fin de tomar decisiones de manera motivada (principio de verdad material).

Si consideramos a las diligencias posteriores que, tanto el administrado como la administración deberán realizar, a fin de corroborar la adecuación de la conducta, es en conjunto un acto que integra un procedimiento independiente a lo que motivó la aplicación de la medida de cierre temporal, entonces en beneficio del administrado, se debería aplicar este principio y dejar que el administrado cumpla con comunicar la subsanación y otorgarle automáticamente la orden de apertura.

Tal como lo ha establecido el Tribunal Constitucional, podemos señalar además que lo mencionado guarda estrecha relación con el principio de presunción de licitud que regula al procedimiento administrativo sancionador, toda vez que la administración deberá tener por ciertas las afirmaciones que el administrado presente en la primera oportunidad que comunique las subsanaciones en tanto no se demuestre lo contrario.

El procedimiento sería el siguiente:

- i. Orden de cierre de establecimiento originada por una medida de carácter provisional o una medida cautelar.
- ii. Subsanación de la observación y la respectiva comunicación por escrito del administrado (autorización de apertura automática).

De ser así, se evitará todo el trámite burocrático que envuelve al “procedimiento”, vale decir, no establecido por la ley general, que se aplica para la etapa post clausura de establecimiento.

De esa forma se resguardarían tantos derechos fundamentales que se ven afectados por la demora en la verificación de las subsanaciones que declara haber realizado el administrado.

Se podría señalar, con justa razón, que ello podría generar un incentivo perverso que motivaría a los administrados que hayan sido perjudicados por una orden de clausura temporal, a presentar escritos de manera indiscriminada, indicando una falsa subsanación a fin de no verse perjudicados con dicha medida. Sin embargo, debemos recordar que el Principio del Privilegio de Controles Posteriores establece en su último párrafo que se aplicarán las sanciones pertinentes en caso que la información presentada no sea veraz, de ahí que el legislador, podría establecer medidas mucho más gravosas para el administrado que falte a la verdad a fin de generar incentivos que lleven al administrado a hacer lo correcto.

CONCLUSIONES

1. Un incentivo importante que motivará al administrado a desobedecer una orden de cierre temporal, es el perjuicio de difícil o imposible reparación que se generaría por el tiempo que dure el cierre. Incentivo que muchas veces nace de la imposibilidad de la administración para verificar las subsanaciones que originaron el cierre.
2. El Estado, quien generalmente se ocupa en regular todas las situaciones y conductas de los administrados, ha dejado al libre albedrío de la administración pública, el regular en sus procedimientos especiales, los pasos que el administrado debe seguir luego de un cierre temporal, en el marco de las fiscalizaciones.
3. La administración pública por su parte, lejos de proporcionar claridad a esta incertidumbre legal y no perjudicar al administrado con distintos procedimientos, ha resumido su explicación del procedimiento posterior al cierre, a la siguiente premisa **“la clausura subsistirá hasta el cumplimiento de las subsanaciones”**, lo cual, en la práctica, ha significado que **la clausura subsistirá hasta que la subsanación haya sido verificada por el personal fiscalizador**, limitando de esa manera, el derecho del administrado a la voluntad y posibilidad que tiene el personal fiscalizador para poder verificar el cumplimiento de las subsanaciones, que como lo hemos mencionado, para el Estado es una actividad muy difícil de realizar.
4. Finalmente, consideramos que la solución es la aplicación del principio de controles posteriores, mediante la cual, bastaría la sola comunicación por parte del administrado en donde señale que ha cumplido con subsanar las observaciones que originaron el cierre, para que éste

pueda abrir nuevamente su establecimiento, y la autoridad, en virtud al mencionado principio, realiza una fiscalización posterior, verificando la veracidad de lo afirmado.

En este escenario no se perjudicaría al Administrado y las medidas de cierre temporal cumplirían con lo que establece el marco legal respecto a que **las mencionadas no deben causar un daño de difícil o imposible reparación para el Administrado.**

REFERENCIAS

- Barra, Rodolfo Carlos (1980) Principios de Derecho Administrativo, Buenos Aires, DePalma.
- García de Enterría (2011) Curso de Derecho Administrativo, Lima, Palestra.
- Guzmán Napurí, Christian (2011) Tratado de la Administración Pública y del Procedimiento Administrativo, Lima, Caballero Bustamante.
- Huamán Ordoñez, Luis Alberto (2017) Procedimiento Administrativo General Comentado, Lima, Jurista Editores.
- Mankiw, Nicholas Gregory (2004) Principios de la Economía, Madrid, McGraw-Hill.
- Morón Urbina, Juan Carlos. (2017) Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Lima, Gaceta Jurídica.
- Morón Urbina, Juan Carlos (2014). El Control Jurídico de los Reglamentos de la Administración Pública, Lima, Gaceta Jurídica.

Fecha de recepción: 30 de setiembre de 2019.

Fecha de aceptación: 15 de noviembre de 2019.