

LA ACTIVIDAD INSPECTORA

Manuel Rebollo Puig

I. De la actividad administrativa analizada y de su creciente interés

1. Siempre ha existido una amplia actividad administrativa inspectora y siempre se le ha reconocido importancia para asegurar la eficacia del Derecho y los intereses generales. Pero su regulación era sectorial, dispersa y diversa, con escasas o pobres previsiones en las grandes leyes que vertebran el Derecho Administrativo; y, salvo excepciones, la misma orientación tenían los estudios doctrinales. No sólo es que la teoría general del Derecho Administrativo le otorgara un papel menor, sino que, además, no explica bien muchas de las realidades de la inspección que quedan, más bien, en el ángulo muerto de su visión y de sus grandes construcciones. Últimamente la situación viene cambiando. Incluso las últimas reformas de la LRJAP dejan vislumbrar una mayor atención a la actividad inspectora¹. Y, desde luego, la doctrina reciente refleja una mayor preocupación por la inspección. Aparte de notables estudios, lo demuestra bien el hecho mismo de que este VIII Congreso de la AEDPA dedique una sesión a la inspección. Variados factores inspiran esta nueva actitud.

Seguramente ha influido, de un lado, el que **el Estado se haya replegado en su papel de gestor** y correlativamente haya aumentado su papel de ordenador y garante. Y, de otro, el que aún más recientemente, sobre todo por obra de la célebre Directiva de Servicios, en ese papel de ordenador haya visto **disminuidas sus facultades de control previo mediante autorizaciones**, lo que obliga a afinar sus medios de control *ex post*. Acaso las crisis vividas últimamente, desde las alimentarias a las financieras, pasando por la indisciplina urbanística o las grandes bolsas de economía sumergida y otras desgracias, achacadas a veces a falta de controles públicos suficientes, hayan también motivado que se vuelva la mirada a esta pieza de la acción pública. Este contexto sirve de pretexto para, más allá de las novedades, analizar esta actividad administrativa que desde siempre ha sido relevante y en la que aparece con singulares dificultades el problema por antonomasia de nuestra disciplina, esto es, el de lograr un adecuado equilibrio entre los poderes y las garantías; garantías no sólo de los derechos de los inspeccionados sino de los mismos intereses generales y del resto de los ciudadanos frente a la actividad o inactividad de la Administración. Esto requiere de un profundo estudio jurídico que

¹También es revelador de la importancia creciente reconocida a la inspección que en los *Estudios para la reforma de la Administración pública*, dirigidos por F. SAINZ MORENO, que tienen su origen en la Orden Ministerial APU/1014/2003, de 25 de abril, y en un Acuerdo de la Comisión de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas del Congreso de los Diputados, publicados por el INAP, Madrid, 2004, se dedicara especial atención a la “Propuesta de regulación general y básica de las inspección”, pp. 447 a 460.

aquí no podrá más que esbozarse y de manera incompleta.

2. Me ocuparé aquí de la inspección administrativa entendida como 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.

Dejo fuera, por tanto, además de las investigaciones judiciales y parlamentarias, la **inspección administrativa sobre los propios servicios, así como la de una Administración sobre otras**². También esto es inspección administrativa como la que se produce sobre los administrados. Pero no hay forma de hacer una construcción jurídica unitaria como no sea con tal grado de abstracción que realmente se consiga hablar de todo esto conjuntamente a costa de no decir casi nada útil. El fundamento, la finalidad, el contenido, las potestades y los límites de cada una de esas inspecciones es por completo distinto. Uno es el mundo de la organización pública y otro el de las relaciones entre ésta y los ciudadanos. En realidad, también son muy diferentes entre sí las inspecciones internas de servicios y las inspecciones de una Administración sobre otra, así como éstas entre sí. Asimismo queda extramuros de la inspección una vasta y variada **actividad administrativa tendente a conocer la realidad social**, pero que ni tiene por único ni fundamental objeto el conocimiento del cumplimiento de sus deberes por parte de los administrados ni se orienta a reaccionar frente a su inobservancia, aunque sí sirvan para el correcto ejercicio de distintas potestades administrativas o, al menos, para orientar políticas públicas. Desde la actividad estadística a la farmacovigilancia, numerosos ejemplos ofrece el ordenamiento. E igualmente excluyo los **controles preventivos** y la **actividad probatoria** en un procedimiento administrativo para adoptar la resolución pertinente, sea la imposición de una sanción u otra medida de gravamen o la adopción de algún acto favorable como una autorización. Todo ello incluso en el caso de que se confíe a los mismos servicios y personal que realiza propiamente inspección. Pues importa aclarar que **no todo lo que hacen los inspectores es inspección** ni todas las potestades que se otorgan a aquéllos son potestades de inspección porque no están enderezadas a la averiguación de hechos. Es muy habitual que se les confíe una labor de asesoramiento de los inspeccionados para el correcto cumplimiento de los deberes o que puedan hacer simples intimaciones o, yendo algo más lejos, incoar el procedimiento sancionador,

²La exclusión no alcanza a los casos en que una Administración sea objeto de inspección administrativa como si se tratara de administrados cuando está sometida a los mismos deberes. En tal caso, la inspección se desarrolla sin privilegios, como expliqué en “La actividad de inspección”, T. CANO CAMPOS (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, 2009, tomo III, vol. II, p. 57.

dar órdenes para el restablecimiento de la legalidad o adoptar medidas provisionalísimas en caso de urgencia³. Pero reconocido todo ello y aun aceptando que seguramente es muy conveniente, nada de ello es actividad de inspección.

Queda dentro, por el contrario, la vigilancia de **cualesquiera deberes de los administrados**. No sólo los propios de la actividad administrativa de limitación (o, si se prefiere, de policía o de ordenación o de intervención o de supervisión o de regulación...), sino también los tributarios y los de los beneficiarios de servicios públicos o de la acción de fomento o los de los titulares de aprovechamientos especiales del demanio o los contratistas y colaboradores de la Administración.

3. 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 otras⁴. Pero importa hacer desde ahora dos aclaraciones. La primera que esa eventual reacción frente a los incumplimientos ya no forma parte de la inspección. Y es que, aunque auxiliar de otras, se presenta formalmente al margen de ellas y no incluida en el seno de los procedimientos encaminados al ejercicio de sus potestades de reacción; porque con la inspección la Administración observa, examina, se informa, en suma, conoce la realidad, pero todavía no reacciona frente a eventuales ilegalidades. La segunda que **la actividad de inspección no es sólo auxiliar de la sancionadora**. Antes y más que para sancionar, sirve a muy diversas potestades administrativas de prevención de riesgos o de restablecimiento de la legalidad y de aseguramiento de los intereses generales; desde exigir los tributos no pagados o el reintegro de subvenciones hasta la intervención de entidades de crédito, la retirada de productos del mercado, la revocación

³Buen ejemplo, entre otros muchos, de estas actuaciones no inspectoras del personal inspector ofrece el art. 9 de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales en el que, junto con “vigilar el cumplimiento de la normativa”, se le atribuye “asesorar e informar a las empresas y trabajadores”, “elaborar informes solicitados por los Juzgados”, “ordenar la paralización inmediata de trabajos”, etc. En la misma dirección, los arts. 3 y 7 LITSS les da esas funciones y, además, las de arbitraje, conciliación y mediación, la de iniciar procedimientos sancionadores y procedimientos liquidatorios por débitos a la Seguridad Social mediante la práctica de actas de liquidación, etc. Hay incluso Inspectores, como los de tributos, que tramitan ellos mismos ciertos procedimientos: hacen valoraciones y liquidaciones... Y lo mismo sucede en casi todos los sectores. Por ejemplo, “Los Inspectores del Consejo de Seguridad Nuclear quedan facultados para requerir la suspensión inmediata de las prácticas que, realizándose sin observar las disposiciones de este Reglamento, impliquen, a su juicio, manifiesto peligro para las personas o el medio ambiente” (art. 68 del Reglamento sobre Protección Sanitaria contra Radiaciones Ionizantes, RD 783/2001). La distinción se da también en el ámbito urbanístico y la expone con gran acierto J. AMENÓS ÁLAMO, *La inspección urbanística: concepto y régimen jurídico*, Cedecs, Barcelona, 1999, pp. 198 y 224 a 236.

⁴S. FERNÁNDEZ RAMOS, *La actividad administrativa inspectora. El régimen jurídico general de la función inspectora*, Comares, Granada 2002, pp. 21 a 29, explica muy acertadamente las finalidades preventiva y correctora. Vid. también R. RIVERO ORTEGA, *El Estado vigilante*, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 79 a 85.

de autorizaciones y todo género de órdenes imponiendo la conducta correcta, nada de lo cual tiene carácter sancionador⁵. Debe enfatizarse para prevenir desde ahora frente al error de trasladar a la inspección reglas que sólo tienen sentido ante el Derecho punitivo estatal.

II. Deberes para con la inspección y potestades administrativas de inspección

1. Para conocer los hechos que le interesan, rara vez basta a la inspección la mera actividad material de observación de la realidad directamente a su alcance. Por el contrario, necesita que se le facilite información o se le permita acceder a ella. Por ello, jurídicamente lo más característico de la inspección, que expresa como pocas actividades la supremacía e *imperium* de la Administración, es que se basa y se manifiesta en imponer deberes, de modo que no puede considerarse que sea en su totalidad pura actividad material o técnica de la Administración⁶. Muchos de estos deberes para con la inspección están establecidos directa y abstractamente por las normas. Otras veces son impuestos en el caso concreto por la Administración.

2. Entre los **deberes establecidos directamente por las normas en favor de la inspección**, los más característicos son los que imponen suministrar con regularidad la información que interesa a la inspección o confeccionar documentación con los datos relevantes para la inspección y que, en su caso, podrá requerir⁷. Pero con frecuencia van más allá. Su

⁵Lo pone muy bien de relieve A. GARCÍA URETA, *La potestad inspectora de las Administraciones públicas*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 35 -36. Vid. también D. BLANQUER, *Hechos, ficciones, pruebas y presunciones en el Derecho Administrativo "Taking facts seriously"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 196; y J. F. ALENZA GARCÍA, voz "Potestad de inspección", en S. MUÑOZ MACHADO (Dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, 2005, II, p. 1890. A este respecto es muy acertada la STS de 17 de febrero de 2004 (Ar. 2226). En la misma línea es expresiva la STS de 17 de noviembre de 1993 (Ar. 8367) según la cual no cabe considerar que las actuaciones de inspección sean "diligencias preparatorias": "Esa calificación supone distorsionar el significado jurídico de las medidas de inspección, dando por sentado, de modo gratuito, que el significado de éstas viene desde el inicio preordenado a un expediente sancionador"; por el contrario afirma "el significado conceptualmente autónomo de las medidas de inspección". Incluso es posible que la inspección sirva, no ya para que la Administración ejerza sus potestades, sino para preparar sus actuaciones procesales civiles (así, por ejemplo, para ejercer acciones contra cláusulas abusivas, publicidad engañosa, etc.). También las actuaciones de la Inspección de Trabajo le llevan a proponer a la autoridad el ejercicio de acciones ante la jurisdicción social.

⁶Aunque, en efecto, tiene un alto componente de actividad técnica. Vid. D. BLANQUER CRIADO, *Hechos y ficciones...*, pp. 199-200.

⁷Son muy amplios en los más diversos ámbitos. Vid. p. ej., M. IZQUIERDO CARRASCO, *La seguridad privada: régimen jurídico-administrativo*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 285 y ss.; M. M. CUYÁS PALAZÓN, "Las sociedades de inversión", en A. JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ (Dir.), *Derecho de la regulación económica. II, Mercado de valores*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 334 a 341; J. VIDA FERNÁNDEZ, "Publicidad y confidencialidad relativa a los operadores de telecomunicaciones", en T. DE LA QUADRASALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (Dir.), *Derecho de la regulación económica. IV. Telecomunicaciones*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 845 y ss; R.S. MORENO CHU, *El blanqueo de capitales y el deber de colaboración de las entidades de crédito en su prevención*, Tesis, Pamplona, 2012, pp. 234 y ss, donde clasifica los deberes de

contenido y gravedad es de enorme diversidad en función de lo establecido por las normas atendiendo a las peculiaridades de cada sector y a las necesidades de la inspección. Además, tanto se imponen al sujeto cuya actividad se desea conocer como a aquellos que pueden facilitar el conocimiento de la actividad ajena. Sea cual sea su contenido, no los impone la inspección ni surgen al hilo de sus actuaciones. Si acaso, la inspección también examinará su cumplimiento igual que hace con cualquier otro deber y, en su caso, hará recordatorios del deber preexistente, advertencias sobre su inobservancia o meras intimaciones (falsas órdenes) para que se cumpla.

3. Frente a ello, frecuentemente lo que hacen las normas es atribuir **potestades inspectoras** a la Administración para conseguir información. En tal hipótesis, el deber con la inspección surge ante el concreto ejercicio de la potestad en un supuesto determinado. Antes sólo hay una situación de sujeción al eventual ejercicio de la potestad. Lo esencial son esas potestades administrativas, y es eso lo que consagran y reflejan de ordinario las normas; si acaso, las normas se refieren al deber correlativo de atender o de soportar a la inspección. Mayoritariamente estas potestades afectan al inspeccionado, entendiendo por tal aquél cuya observancia de la legalidad quiere conocerse; pero en ocasiones recaen sobre un tercero (otro sujeto privado o un ente público) que, por las razones que sean, puede facilitar lo necesario para investigar el comportamiento de otro.

Unas potestades son **conformatorias** y otras **ordenatorias**⁸. Las primeras permiten que la Administración pase directamente a la acción (acceso a locales, a documentos, etc.) de modo que el administrado tiene sólo que dejar hacer, soportar; si acaso, como dicen algunas normas, facilitar esa acción de la inspección. No media en su ejercicio un acto administrativo, como no sea la simple decisión, normalmente sólo tácita o implícita, de actuar. Las otras son potestades que permiten imponer al administrado un nuevo deber de hacer (suministrar documentos, contestar preguntas, comparecer...). Estas últimas se canalizan a través de verdaderas órdenes constitutivas de un nuevo deber, órdenes a las que las normas suelen aludir como **requerimientos**. Una veces son escritos y otorgan un cierto plazo para su cumplimiento; pero no es extraño que, producidos en el seno de una visita de inspección, sean orales y de cumplimiento inmediato. Estas variantes condicionan su régimen; especialmente en lo que se

colaboración en deberes de propia investigación de los clientes, deberes de información, deberes de conservación documental y deberes de control interno. Con carácter general, C. A. AMOEDO SOUTO, *Poder policial y Derecho Administrativo*, Universidade da Coruña, La Coruña, 2000, pp. 221 a 223, cita diversos ejemplos bajo el rubro “la creciente imposición de deberes de colaboración policial a los ciudadanos”.

⁸Tomo los términos y el grueso de los conceptos de J. L. VILLAR PALASÍ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Universidad Complutense, Madrid, 1972, pp. 207 a 209.

refiere a su motivación, a las formas de ejecución y a su impugnación. Todo es relativamente claro y se acomoda más fácilmente a nuestras categorías y soluciones generales cuando se trata de requerimientos escritos con un cierto plazo de cumplimiento, pero es más confuso y difícil cuando se trata de la mera y directa acción administrativa de inspección o cuando se trata de requerimientos verbales de cumplimiento inmediato. Aunque nada de ello es desconocido para la teoría general, sí que se adentra en sus partes más oscuras e inseguras, las de las actividades informales y las de la coacción inmediata y directa.

Súmese a ello que estas potestades están de ordinario atribuidas a cada uno de los inspectores que deciden individualmente sobre su ejercicio y, a su vez, disponen también sobre su ejecución material de modo que, en un fenómeno anómalo, el oficio, no ya siquiera la unidad administrativa, se convierte en órgano de relevancia externa⁹. Está aquí en gran medida la justificación de que muchas normas, además de exigir la condición de funcionario¹⁰, califiquen a los **inspectores como autoridad**, aunque otras muchas hayan preferido catalogarlos como **agentes de la autoridad**. No sé a ciencia cierta por qué el legislador opta por una u otra solución en las diversas regulaciones sectoriales y es posible que lo haga sin plena conciencia y sin criterio meditado¹¹. Pero, sea como fuere, estas calificaciones, inusuales fuera del ámbito de la inspección, ponen de manifiesto la peculiaridad de las potestades inspectoras y de su aún más singular forma de ejercicio.

4. Conviene ya pasar revista a las potestades que se reconocen en las leyes a la inspección. Algunas de ellas se repiten en muchas, aunque no con la misma amplitud, para los más diversos sectores. Prescindiendo de la potestad de exigir la comparecencia en oficinas públicas, que, en realidad, no es propiamente una potestad que sirva por sí misma a la averiguación de hechos sino que sólo servirá en su caso para canalizar otras potestades, fundamentalmente son éstas:

a) Potestad de **acceso a lugares privados**. No sólo a los abiertos al público, que no plantean problemas, sino a locales cerrados, a dependencias de uso privado. Algunas normas hablan específicamente de oficinas, instalaciones y su entorno; o de medios de transporte o de buques... De ordinario, se trata de entrar en los locales que dependen del inspeccionado o, en su

⁹J. BERMEJO VERA, "La Administración inspectora", *RAP* n° 147 (1998), p. 44, habla en este sentido de "órganos administrativos <<personalizados>>".

¹⁰Vid. S. FERNÁNDEZ RAMOS, voz "Inspección administrativa y potestad sancionadora", en B. LOZANO CUTANDA, *Diccionario de las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 519-520.

¹¹Vid. J. TORNOS MAS, "La figura del inspector de consumo. Su configuración histórica y legal en España. Especial referencia a su carácter de funcionario autoridad", en *La inspección de consumo en el contexto de la actuación administrativa*, Gobierno Vasco, Vitoria, 1992, pp. 65 a 68.

caso, de las personas a su servicio. Pero a veces se requiere y se permite el acceso a locales de otros sujetos; por ejemplo, a un local contiguo a aquél del que emana un ruido para hacer las mediciones necesarias¹². Naturalmente esta potestad incluye o hasta se identifica con la de observación directa de cuantas cosas (materias primas o productos terminados, máquinas, animales...) o personas allí se encuentren. Algunas leyes se refieren específicamente a la potestad de hacer mediciones o de tomar fotografías, vídeos, levantar planos...; pero, aunque no lo indiquen, generalmente esto está implícito en la potestad de acceso a los lugares.

b) Potestad de **examen de la documentación**¹³, y de obtener copias. A veces se configura como facultad de hacer de la Administración que le posibilita el acceso directo a los documentos de forma que el administrado sólo tiene que dejar actuar, mientras que en otros casos se presenta como una facultad de ordenar la exhibición o remisión de documentos que comporta para el destinatario un deber de hacer. Puede afectar al inspeccionado o, en su caso, a terceros por sus relaciones con el inspeccionado. No en todos los casos se establece con carácter general sino acotando más o menos los documentos que pueden ser objeto de examen¹⁴.

c) Potestad de **recabar información** y exigir respuestas a las preguntas que se formulen, tanto del inspeccionado como, en su caso, si está previsto, de su personal y hasta de terceros (suministradores y prestadores de servicios al inspeccionado, clientes y usuarios del inspeccionado, etc.). En algunos casos, la potestad está configurada con gran amplitud y en otros muy circunscrita a algún aspecto sin que se pueda exigir más; por ejemplo, requerir información sobre el conductor de un vehículo en el concreto momento en que presuntamente se cometió una infracción. A veces las preguntas se hacen o incluso se tienen que hacer por escrito y la respuesta también será escrita. Pero en muchos casos, con ocasión de una visita de inspección o de una

¹²Vid. Vid. M. REBOLLO PUIG, "Inspección y régimen sancionador", en B. LOZANO CUTANDA (Dir.), *Comentarios a la Ley del Ruido*, Thomson/Civitas, Madrid, 2004, p. 309.

¹³Aunque en realidad pueda asimilarse a la potestad de acceso a la documentación, algunas leyes se refieren expresamente al acceso al material informático; p. ej., art. 40.1 LOPD: "... podrán solicitar la exhibición o el envío de documentos y datos y examinarlos en el lugar en que se encuentren depositados, así como *inspeccionar los equipos físicos y lógicos utilizados para el tratamiento de los datos*, accediendo a los locales en que se hallen instalados"; art. 50.6 LGTel: "Las personas físicas y jurídicas ... quedan obligadas a poner a disposición del personal de inspección cuantos libros, registros y documentos, sea cual fuere su soporte, éste considere precisos, incluidos los programas informáticos y los archivos magnéticos, ópticos o de cualquier otra clase"; etc.

¹⁴En ocasiones, sólo se permite exigir la documentación cuya llevanza ha impuesto la legislación sectorial correspondiente. Pero más frecuentemente se configura de manera mucho más amplia o general. Por ejemplo, según el art. 33.2 LOTT habla del "examen de los documentos, libros de contabilidad, facturas, títulos de transporte y datos estadísticos que estén obligados a llevar, así como cualquier otra información relativa a las condiciones de prestación de los servicios... Dicha obligación alcanzará, en todo caso, a todos aquellos libros, documentos de gestión, control o estadísticas cuya cumplimentación o llevanza obligatoria venga establecida por la normativa económica, fiscal, social y laboral o medioambiental ...".

comparecencia en oficina pública, las preguntas y las respuestas serán orales. Incluso en el caso de que las respuestas sean escritas y requieran elaborar documentos, se diferencia de la anterior potestad en que en este caso la documentación no existe previamente sino que se tiene que preparar específicamente para satisfacer la exigencia de la inspección.

d) Potestad de **tomar muestras** de diferentes bienes para análisis, incluso de bienes de propiedad de persona distinta del inspeccionado.

e) Potestad de **recabar de otros órganos administrativos información o documentación**. No se trata sólo de que en virtud del deber general de colaboración “las Administraciones públicas podrán solicitar cuantos datos, documentos o medios probatorios se hallen a disposición del ente al que se dirijan” y de que la que reciba tal petición deba “facilitar a las otras Administraciones la información que precisen sobre la actividad que desarrollen en el ejercicio de sus propias competencias” [art. 4.1.c) y 2 LRJAP]. Es que, además, las leyes sectoriales consagran una específica potestad de las inspecciones para procurarse información de los distintos servicios administrativos.

Junto a estas potestades más habituales, las características y necesidades de cada sector hacen que las leyes consagren potestades más peculiares. Citemos algunas de ellas para dar una idea general de su variedad e intensidad: potestad de requerir información de los juzgados y tribunales¹⁵; de someter a controles de alcoholemia y detección de otras sustancias¹⁶; de exigir la puesta en funcionamiento de máquinas¹⁷; de exigir la identificación de las personas¹⁸; de

¹⁵Por ejemplo, dice el art. 47.3 LGSUB, dentro del capítulo del control financiero: “Los juzgados y tribunales deberán facilitar a la Administración, de oficio o a requerimiento de ésta, cuantos datos con trascendencia en la aplicación de subvenciones se desprendan de las actuaciones judiciales de las que conozcan, respetando, en su caso, el secreto de las diligencias sumariales”. En similares términos, art. 9.5 LITSS y art. 94.3 LGT.

¹⁶Además de en tráfico, (arts. 12.2 y 3 LTSV), se prevén estos controles en la legislación de seguridad aérea, en el art. 40 del Reglamento de Prevención de la Violencia en los Espectáculos Deportivos (RD 769/1993), en la Ley Orgánica 7/2006 de Protección de la Salud y Lucha contra el Dopaje en el Deporte, que permite someter a los deportistas, en competición y fuera de ella, a controles de dopaje en casi todo momento menos en las “horas habituales destinadas al descanso nocturno”.

¹⁷Así, quienes realizan inspecciones acústicas pueden, según las normas autonómicas, ordenar que se pongan en funcionamiento las instalaciones y aparatos con la intensidad que indiquen para poder hacer mediciones realmente útiles y significativas. Vid. M. REBOLLO PUIG, “Inspección y régimen sancionador”, en *Comentarios a la Ley del Ruido*, cit., pp. 320-321

¹⁸No sólo está consagrada en el art. 20 LOSC, con la posibilidad incluso de imponer el traslado forzoso a dependencias policiales, sino también en otras leyes. Por ejemplo, en la LOTT: “Por cuanto se refiere a los usuarios del transporte de viajeros, estarán obligados a identificarse a requerimiento del personal de la inspección...”. Asimismo, los inspectores de trabajo pueden “exigir la identificación, o razón de su presencia, de las personas que se encuentren en el centro de trabajo inspeccionado” (art. 5.3.1 LITSS).

ordenar el traslado a los lugares en que puedan practicarse diligencias de inspección¹⁹; de condicionar la realización de ciertas actividades a un aviso a la Administración para que se realicen en presencia de inspectores²⁰; de “requerir los registros telefónicos”²¹; de comprobación de las cosas que se portan²²; etc. Puede también considerarse una potestad de inspección o, al menos de vigilancia en un sentido más amplio, la que tienen las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de instalar en lugares públicos (abiertos o cerrados) videocámaras fijas o móviles²³. Como se ve, algunas implican una privación momentánea de libertad, aunque no asimilable a la detención (STC 107/1985 para la prueba de alcoholemia y STC 341/1993 para el traslado a comisaría para identificación). Y la combinación de varias de ellas -acceso a locales, acceso a documentos y cosas, toma de muestras- permiten lo que aproximadamente puede considerarse un registro²⁴.

5. Estas potestades pueden estar completadas con la de adoptar **medidas provisionales**, no ya para impedir que se siga cometiendo una actuación ilícita o produzca sus efectos lesivos, que ya es cuestión ajena a la función de inspección, sino para asegurar su propia investigación²⁵.

¹⁹ Así lo establece, por ejemplo, el art. 33.4 LOTT: “Los miembros de la Inspección de Transporte Terrestre y los agentes de las unidades o destacamentos de las fuerzas que legalmente tienen atribuida la vigilancia del mismo, cuando existan indicios fundados de exceso de peso, manipulación o funcionamiento inadecuado imputable al transportista del aparato de control de los tiempos de conducción y descanso o del limitador de velocidad u otros instrumentos de control ... podrán ordenar su traslado hasta la báscula de pesaje, taller autorizado o zona de control que resulte más adecuada para su examen, siempre que no suponga un recorrido superior a 30 kilómetros...”. En la misma línea, el art. 38.4 la Ley 3/2001, de Pesca Marítima, permite imponer, “cuando sea necesario para el ejercicio de la función inspectora”, que la descarga se haga precisamente en determinados puertos y no en los restantes.

²⁰ P. ej., dispone el art. 38.4 la Ley 3/2001, de Pesca Marítima, que “cuando las condiciones del ejercicio de la actividad lo permitan, podrá exigirse previamente a la descarga o desembarque se realice un preaviso de llegada por parte de la empresa, o que la descarga o desembarque se produzcan en presencia de inspectores de pesca”.

²¹ Esta potestad está reconocida a la Comisión Nacional del Mercado de Valores por el art. 85.2.d) LMC; y el apartado siguiente se refiere más concretamente al deber de poner a disposición de la Comisión, cuando ésta lo considere preciso, “las conversaciones telefónicas de índole comercial que hayan sido gravadas con el consentimiento previo del cliente o inversor”.

²² Art. 18.1 LOSC: “Los agentes de la autoridad podrán realizar, en todo caso, las comprobaciones necesarias para impedir que en las vías, lugares y establecimientos públicos se porten o utilicen ilegalmente armas...”. Previsiones similares hay en la Ley de violencia en el deporte y en diversas Leyes de espectáculos.

²³ Lo ha estudiado exhaustivamente X. ARZOZ SANTISTEBAN, *Videovigilancia, seguridad ciudadana y derechos fundamentales*, IVAP/Civitas, Madrid, 2010.

²⁴ Lo matiza J. M. BAÑO LEÓN, *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, McGraw Hill, Aravaca, 1996, pp. 184-185.

²⁵ Es lo que está plasmado, por ejemplo, en el art. 5.4 LITSS: “adoptar, en cualquier momento del desarrollo de sus actuaciones, las medidas cautelares que estime oportunas y sean proporcionadas ... para impedir la destrucción, desaparición o alteración de la documentación...”; e igualmente en el art. 146 LGT que concreta que para evitar que “se destruyan o alteren las pruebas” o incluso sólo para prevenir que “se niegue posteriormente su existencia o exhibición”, caben “el precinto, depósito o incautación de las mercancías o productos..., de libros, registros, documentos, archivos, locales o equipos electrónicos”. Sobre su previsión en defensa de la competencia,

6. Conviene completar este panorama con una alusión al respaldo con que cuentan estas potestades de la inspección y los deberes para con ella, respaldo que permite hablar de variedades de una especie de **autotutela ejecutiva**.

Por lo pronto, las distintas leyes sectoriales reguladoras de las diversas ramas de inspección suelen tipificar **infracciones administrativas de obstrucción**, resistencia o simple no colaboración o no atendimento a la inspección²⁶, además de que en algún caso esas conductas podrían constituir delito de desobediencia o de resistencia (art. 556 CP).

Además de las sanciones o penas correspondientes a esas conductas obstructoras, las negativas a cumplir los deberes con la inspección pueden dar lugar a **otro género de efectos negativos**. Por ejemplo, los arts. 37.1.e) y 46.2 LGSUB establecen como consecuencia de los incumplimientos de los deberes con la inspección el reintegro de la subvención. Más lejos van algunas leyes, como en el caso de la Ley Orgánica 7/2006: reconoce el “derecho a no someterse a la prueba” de dopaje, pero de inmediato añade que esa negativa “constituirá prueba suficiente a efectos de reprimir la conducta del deportista” (art. 6).

Con todo lo anterior se reprime pero no se vence la resistencia a la inspección ni se consigue la información querida ¿hay, además, medios para imponer la conducta correcta y conseguir el acceso a la información?; es decir, ¿cabe la **ejecución forzosa**? Prescindiendo de los casos en que se imponga el deber a otro servicio administrativo y sea éste quien lo desatienda, en principio procede una respuesta afirmativa. Sucede sin embargo que varios de los medios de ejecución forzosa han de considerarse vedados, por lo menos respecto a algunos de los deberes para con la inspección. Y, en sentido contrario, parece que lo que procede ante ciertos incumplimientos de los deberes para con la inspección no será propiamente la normal ejecución forzosa sino la **coacción directa**. Respecto a lo primero, realmente hay deberes con la inspección que no pueden encontrar respaldo con alguno de los medios característico de ejecución forzosa. Así sucede con la negativa al sometimiento de las personas a análisis o a suministrar información y contestar preguntas, que por razones obvias y naturales no puede vencerse por ejecución subsidiaria ni por apremio sobre el patrimonio y que por otro tipo de causas tampoco permiten

vid. J. C. LAGUNA DE PAZ, “Las potestades administrativas de investigación en materia de defensa de la competencia”, *Revista de Derecho de la competencia y la distribución*, nº 5 (2009), p. 62.

²⁶Vid. S. FERNÁNDEZ RAMOS, *La actividad ...*, pp. 425 y ss.; y A. GARCÍA URETA, *La potestad inspectora de las Administraciones...*, pp. 160 y ss.

la compulsión sobre las personas o sea, el uso de la fuerza. Lo ha negado el TC²⁷ y hasta en algún caso sería asimilable a la tortura. Pero ni siquiera para el incumplimiento de esos deberes están excluidas las multas coercitivas que, en efecto, prevén distintas disposiciones legales, incluidas las europeas, y que ofrecen un medio de ejecución adecuado para casi todos los deberes de hacer para con la inspección. Por lo demás, en algunos casos, incluso sin necesidad de previsión legal expresa, podría proceder la ejecución subsidiaria. Pero sobre todo, para permitir la entrada en locales, tomar muestras, conseguir documentos, etc., parece admisible la compulsión sobre las personas que, en algunos casos, más que una forma de ejecución forzosa de un acto tras dar un plazo de cumplimiento voluntario, puede presentarse como coacción directa o, al menos, inmediata. Ciertamente es que el art. 100 LRJAP exige para poder servirse de este medio, además de tratarse de obligaciones personalísimas “de no hacer o soportar”, que “la ley expresamente lo autorice”. Pero acaso pueda entenderse que esa autorización existe en algunas normas que prevén el auxilio de la policía a la inspección. A veces lo hacen en términos imprecisos que no permiten una conclusión segura. Pero en algún caso parecen indicar que ese auxilio es precisamente para imponer coactivamente la inspección y cada una de sus decisiones²⁸.

7. Las potestades analizadas hasta aquí permiten a la inspección hacerse con la

²⁷STC 107/1985: nadie puede ser “coercitivamente compelido, con *vis física*, a la verificación de este tipo de análisis”. En similares términos, el ATC 61/1983 admitió el “... derecho del ciudadano a rehusar la sujeción a tal prueba ...”.

²⁸Así ocurre en la legislación laboral. En el art. 50.6 TRLISOS, tras tipificar como infracción las distintas formas de obstrucción, dice que “sin perjuicio de lo anterior, en caso necesario la Inspección ... podrá recabar de la autoridad competente o de sus agentes el auxilio oportuno para el normal ejercicio de sus funciones”. El art. 9.4 de la Ley 42/1997, reguladora de la Inspección de Trabajo, se dice que “las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad estarán obligadas a prestar su auxilio y colaboración a la Inspección de Trabajo ... en el desempeño de sus funciones...”. Y el art. 10.5 del Reglamento sobre Procedimiento para las Infracciones del Orden Social (RD 928/1998) añade: “Cuando sea presumible la obstrucción, esta colaboración podrá recabarse con anterioridad...” este auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Entre la legislación de consumo, suele haber previsiones similares a ésta del art. 49.1 de la Ley andaluza 13/2003: “Los Inspectores de Consumo podrán solicitar el apoyo ... de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad cuando haya resistencia u obstrucción a su actividad”.

Más expresivo aún resulta el art. 20.6 del Reglamento (CE) 1/2003: “Cuando los agentes y demás personas acreditadas por la Comisión constaten que una empresa se opone a una inspección ..., el Estado miembro interesado le prestará la asistencia necesaria, requiriendo si es preciso la acción de la policía o de una fuerza pública equivalente, para permitirles realizar su misión de inspección”. En este caso, me parece claro que lo que se prevé es el uso de la fuerza, de la coacción, para exigir los deberes con la inspección y, en cualquier caso, para llevar a la práctica todas las diligencias necesarias pese a la pasividad o resistencia del particular.

S. FERNÁNDEZ RAMOS, *La actividad administrativa de inspección...*, pp. 438-439, la admite con carácter general cuando se trate de exigir el “cumplimiento de deberes negativos”, es decir, de no hacer o soportar. Pero la niega para los “deberes de colaboración activa”; así, “si el sujeto obligado no entrega los documentos requeridos, estaríamos ante un supuesto de obstrucción que daría lugar a las sanciones ..., pero no podría invocarse el auxilio de la fuerza pública para imponer el registro. En estos casos, deberá acudir a otros medios de ejecución forzosa, tales como la multa coercitiva ... Asimismo, en relación con las incomparecencias, no parece que la Administración pueda forzar la comparecencia ... A diferencia de los Jueces y Tribunales, la Administración no dispone de la posibilidad de ordenar la conducción por la fuerza pública”.

información que le interesa. Pero hay algo más que es capital pues, en realidad, da sentido a todo lo anterior y expresa la verdadera función de esta actividad administrativa: no sólo se hace con información sino que la obtenida tiene **valor probatorio** en los procedimientos posteriores.

Conviene, sin embargo, analizar esto cuanto tengamos otros datos complementarios.

III. Necesidad de habilitación legal y diversidad de apoderamientos en las leyes sectoriales

1. La Administración contará con potestades de inspección en la medida en que se las otorguen precisamente normas con rango de ley. Se trata de imponer deberes a los administrados y ello sólo lo puede hacer la Administración en tanto que se lo permita una ley. Incluso aunque no se afectara a derechos fundamentales, se está de lleno en el ámbito de la **vinculación positiva a la ley**. Además son deberes distintos de aquellos cuya vigilancia se examina y que, a diferencia de estos, no persiguen directamente evitar el daños a los intereses generales. Por eso, ni siquiera caben las relajaciones de la exigencia de fundamento legal por el hecho de que sí se admitan para imponer los deberes cuya vigilancia se examina. Lo proclama el art. 39.1 LRJAP: “Los ciudadanos están obligados a facilitar a la Administración informes, inspecciones y otros actos de investigación *sólo en los casos previstos por la Ley*”. No se excluye radicalmente la aceptación de **potestades implícitas**, pero debe procederse con extremada cautela. Para ciertos aspectos esta **exigencia de fundamento legal se refuerza**. Así sucede, de una parte, en cuanto algunas potestades de inspección inciden sobre derechos fundamentales, como luego se verá. Y, de otra, cuando se imponen deberes, no ya al sujeto cuya observancia de la legalidad quiere conocerse, sino a terceros para conocer la conducta de quienes se relacionan con ellos, deberes que sí son, o casi, prestaciones personales del art. 31.1 CE²⁹. En sentido contrario, en ciertos ámbitos cabe aceptar una **moderada flexibilización**. Así, cuando se trate de inspeccionar el cumplimiento de los deberes de los contratistas o de los titulares de aprovechamientos especiales del demanio o de personas beneficiarias de prestaciones administrativas o similares, cabrá más fácilmente aceptar potestades de inspección generales e incisivas sin formal consagración legal.

2. En el Derecho español, como en el europeo, lo normal ha sido que **cada normativa sectorial ha establecido las potestades de la correspondiente inspección con gran diversidad**, no sólo en cuanto a las potestades reconocidas sino, aun dentro de cada una de ellas, sobre su extensión. Así, en unos sectores se dan las potestades para averiguar sólo los hechos más

²⁹En ese sentido se ha pronunciado parte de la doctrina tributarista. Vid. E. BUENO GALLARDO, *La configuración constitucional del derecho a la intimidad. En particular, el derecho a la intimidad de los obligados tributarios*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2009, p. 755, nota.

estricta y directamente relacionados con el cumplimiento de los deberes de que se trate mientras que en otros ámbitos, como el de la inspección tributaria, se reconoce la posibilidad de indagar sobre hechos que tengan utilidad indirecta, potencial e hipotética; a ciertas inspecciones sólo se les permite el acceso a determinados locales enumerados con cierta concreción, mientras que a otras se las autoriza para entrar en cualquier lugar en el que se puedan encontrar elementos relevantes, incluso en el domicilio de personas relacionadas con el inspeccionado; en algunas leyes se permite pedir información sólo al inspeccionado mientras que en otras se consagra expresamente, y con mayor o menor amplitud, la facultad de exigirla de su personal o hasta de terceros; etc. No pueden considerarse diversidades irrelevantes ni mero fruto de la imprevisión del legislador. Tal diversidad no es, en general, irracional ni criticable, sino lógica. Es posible que se detecten diversidades absurdas; de hecho, las hay. Pero, en principio, ese sistema de regulación sectorial y diversa es correcto y permite al legislador calibrar mejor los intereses implicados y las necesidades de la investigación. Partiendo de ello, no hay razón para pensar que lo que la ley ha querido dar, por ejemplo, a la inspección tributaria es que también ha querido dárselo a la de la sanidad vegetal. Lo acertado es lo contrario y esto previene contra cualquier intento de traspaso apresurado por vía de interpretación o de aplicación analógica de las potestades reconocidas en un ámbito a otro u otros. Así, pues, no es sólo que la Administración cuente con las potestades de inspección que le confieran normas con rango de ley, sino que cada rama de la inspección tendrá las que le atribuya su correspondiente ley sectorial y en la medida y con la extensión con la que se le otorgue cada una de ellas.

3. Lo afirmado se complica porque algunas leyes sectoriales contienen cláusulas generales de apoderamiento de las que no es fácil deducir qué potestades de inspección y en qué medida han sido conferidas y porque otras, aun más parcas, se limitan a encomendar a la Administración una función de inspección sin señalar de ninguna forma las potestades con las que cuenta³⁰.

4. Pero sobre todo se enturbia actualmente porque el nuevo **art. 39 bis 2 LRJAP** parece contener un apoderamiento general en términos inusitadamente amplios: “Las Administraciones

³⁰Ejemplo de ello es el art. 6.2 de la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana que, en relación con las armas y explosivos, simplemente dice: “Las autoridades y servicios a los que corresponda ejercer la intervención, podrán efectuar en cualquier momento las inspecciones y comprobaciones que sean necesarias en los diferentes locales de las fábricas, talleres, depósitos, comercios y lugares de utilización de armas y explosivos”. No mucho más explícita es la Ley de objetos realizados con metales preciosos: simplemente dice que corresponde a la Administración “la inspección del cumplimiento de las obligaciones”, así como incoar, en su caso, los correspondientes expedientes sancionadores, a cuyo efecto se girarán las visitas de inspección pertinentes a los establecimientos del ramo” [arts. 16.a) y 17.1]. Aún más vaga es la Ley de Protección Civil que simplemente dice que corresponde la Administración “asegurar el cumplimiento de la normativa ... mediante el ejercicio de las correspondientes facultades de inspección...”. Vid. A. GARCÍA URETA, *La potestad inspectora de las Administraciones...*, pp. 86 a 88.

públicas velarán por el cumplimiento de los requisitos aplicables según la legislación correspondiente, para lo cual *podrán comprobar, verificar, investigar e inspeccionar los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que se produzcan*". Podría mantenerse que en este precepto ya hay una habilitación general de todas las potestades de inspección necesarias para comprobar el cumplimiento de cualesquiera deberes sin necesidad de que las leyes sectoriales las establezcan más concretamente; y que, además, consiguientemente, han desaparecido o, al menos, se han suavizado, las diferencias entre las distintas ramas de la inspección. Se habría producido un cambio muy sustancial. Creo, sin embargo, que el precepto debe entenderse con un alcance más reducido³¹ como una norma que encomienda con carácter general a las Administraciones una función de inspección sin contener una verdadera atribución de ninguna potestad concreta, de suerte que, como máximo, pueden entenderse aquí conferidas las de mera observación y seguimiento de la actividad de los administrados sin incidir sobre ningún derecho de los ciudadanos ni imponerle ningún nuevo deber que no sea el puro complemento imprescindible del deber cuya vigilancia se comprueba. Nunca, desde luego, podría servir para exigir nada a terceros ni ningún otro deber que pueda considerarse una prestación positiva de colaboración activa con la inspección. Pero tampoco ninguna potestad que limite la libertad genérica o suponga una carga patrimonial para el inspeccionado. Para todo esto es necesaria una habilitación legal más específica³².

³¹En el mismo sentido, M. IZQUIERDO CARRASCO, "La supervisión pública de las entidades bancarias", en M. REBOLLO PUIG (Dir.), *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria. Actas del IX Congreso Hispano-luso de Derecho Administrativo*, Universidad de Córdoba/Iustel, Madrid, 2012, p. 194. Abonan esa interpretación reductora el alcance del precepto, de un lado, las mismas exigencias institucionales y, sobre todo, las de los derechos fundamentales en tanto que puedan ser afectados por la inspección; y, de otro, su conexión con otras normas de la misma LRJAP. Así, se ha dejado incólume el 39.1 LRJAP que, como hemos visto, hace una remisión a las distintas leyes para establecer los deberes de los ciudadanos para con las varias inspecciones. Y en la misma dirección conviene observar que simultáneamente se introdujo el art. 71 bis que, al hilo de su regulación de las declaraciones responsables y de las comunicaciones previas, dice que la posibilidad que confieren para el inicio de actividades privadas es "sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que *tengan atribuidas* las Administraciones Públicas", facultades que, obsérvese, no se presumen con carácter general y omnipotente, sino que se suponen otorgadas en cada caso por otras normas.

³²Lo mismo hay que entender ante otro precepto también introducido por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, la conocida como "ley ómnibus", con ocasión de la transposición de la Directiva de Servicios: el art. 84 LRBR que ahora incluye entre los medios de intervención el "sometimiento a control posterior al inicio de la actividad, a efectos de verificar el cumplimiento de la normativa reguladora de la misma". Tampoco de aquí cabe inferir que las Administraciones locales tengan para cualquier sector de intervención todas las potestades de inspección en toda su extensión. E igual conclusión hay que mantener respecto al nuevo art. 84 ter de la misma Ley (añadido en este caso por el art. 41.2 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible): "Cuando el ejercicio de actividades no precise autorización habilitante y previa, las Entidades locales deberán establecer y planificar los procedimientos de comunicación necesarios, así como los de verificación posterior del cumplimiento de los requisitos precisos para el ejercicio de la misma por los interesados previstos en la legislación sectorial". Aquí se observa, incluso con más claridad, que este género de normas obedecen al propósito de poner de relieve que la sustitución de autorizaciones por comunicaciones o declaraciones responsables debe paliarse con el refuerzo de la

IV. El principio de proporcionalidad en el ejercicio de las potestades de inspección

Incluso cuando no haya afección a derechos fundamentales, el ejercicio administrativo de las potestades de inspección está sometido a este principio que, además, encuentra aquí un terreno abonado para su aplicación. Ciertamente que al atribuir las potestades de inspección las leyes ya han hecho un primer juicio de proporcionalidad. Pero, aun así, hasta las leyes sectoriales más minuciosas se ven obligadas a conferir con cierta amplitud y acumulativamente diversas potestades de inspección más o menos incisivas, y a hacerlo sin acotar con precisión los casos en que deben ejercerse unas u otras ni el alcance o repetición con el que deben ser empleadas. Ante ello, no es que en todo caso puedan ejercerse todas en su máxima extensión e intensidad ni que quepa a la Administración emplearlas reiterada y acumulativamente sobre el mismo sujeto a su albur, sino que el principio de proporcionalidad dará la medida en que será lícito su ejercicio. Lo mismo cabe decir de los deberes para con la inspección impuestos por reglamento con base en una habilitación legal. Así lo consagra ahora el art. 39 bis.1 LRJAP que, desde luego, es aplicable, entre otras potestades, a las de inspección. Conforme a este principio hay que entender que las leyes, aunque hayan investido a la Administración de todas las más amplias y severas potestades de inspección, sólo las han conferido para su ejercicio en cada caso en la medida imprescindible. Así, sólo deben buscar los hechos que puedan tener relevancia para la investigación y hacerlo mediante la potestad menos restrictiva para el administrado, ejerciéndola, a su vez, en la forma y medida menos lesiva y, aun dentro de ello, sólo si supone un sacrificio justificado por la eventual lesión de los intereses públicos que trata de conocerse y combatirse. Así, lo digan o no las normas habilitantes, la proporcionalidad exigirá tener en cuenta si se trata de una inspección rutinaria y prospectiva o si se parte de una sospecha de incumplimiento³³, si éste es más o menos grave, si hay precedentes de incumplimientos, si la información buscada es imprescindible o sólo tiene una utilidad indirecta para la investigación, si hay otras formas menos gravosas de conseguirla ... y ello determinará la intensidad y la frecuencia de las inspecciones,

vigilancia a posteriori pero que no hay en ellas un apoderamiento general de cualesquiera potestades de inspección.

³³Ejemplo de norma que sí explicita estos factores es el art. 47 de la Ley andaluza 13/2003 de Defensa de los Consumidores. Permite acceder a los locales pero si se trata de los que no están abiertos al público sólo lo autoriza “en el caso de apreciar indicios de irregularidad que lo justifiquen” y permite exigir los documentos de llevanza obligatoria pero sólo “en el caso de apreciar indicios de irregularidad que lo justifiquen ... podrán examinar toda la documentación mercantil, industrial o contable ... así como solicitar de terceros datos o antecedentes...”. También art. 5.3 de la Ley 17/1985, de objetos elaborados con metales preciosos: “Los ensayos se realizarán de la forma que se cause el mínimo deterioro... No obstante, cuando existan fundadas razones en relación con posibles irregularidades, los laboratorios quedan facultados para realizar ensayos de tipo destructivo...”.

si se pueden exigir más o menos documentos, si procede la entrada en lugares privados, si se debe actuar en horario normal o fuera de él, etc³⁴. A partir de un cierto punto, la actuación inspectora será desproporcionada e ilícita. Ciertamente que ese punto no se puede determinar milimétricamente³⁵ y que hay que reconocer un cierto margen de apreciación a la inspección en cuanto a la información que le resulta necesaria y a la forma más conveniente de procurársela. Pero ello no niega la vigencia y la importancia de este principio general respecto a la inspección.

V. Requisitos formales. Inspección y procedimiento

1. Cada una de las diligencias de inspección ha de practicarse con la observancia de los requisitos formales que hayan establecido las normas que las prevean y los inspeccionados tendrán los derechos y garantías que se le confieran. Pero lo que interesa señalar con carácter general es que las actuaciones inspectoras, que normalmente se acometen sin que ni siquiera exista una sospecha de incumplimiento sino para vigilar en general la observancia de las normas, **no están sometidas necesariamente a las reglas y principios del procedimiento administrativo** propiamente dicho, en especial el principio de contradicción, ni los administrados tienen los derechos que sí les asisten en él³⁶. En concreto, no tienen todavía derecho de defensa de manera que no pueden hacer aún alegaciones ni proponer prueba; menos todavía son de aplicación las reglas y derechos de un procedimiento sancionador³⁷, aunque sea posible que las actuaciones inspectoras den lugar a la incoación de tal procedimiento. Y, desde

³⁴La misma forma de llevar a cabo la inspección debe estar presidida por este principio. Dice, por ejemplo, el art. 8.5 del Reglamento valenciano del procedimiento sancionador y de inspección en materia de comercio y consumo (Decreto 114/2012) que la inspección se hará “de la forma más discreta posible y menos perjudicial para los titulares de los establecimientos y sus clientes”. Y el art. 26 del Reglamento andaluz sobre servicios sociales (Decreto 396/2008) impone a los inspectores “el deber de procurar perturbar en la menor medida posible el funcionamiento de las entidades, centros y servicios sociales inspeccionados”.

³⁵Es muy expresiva la forma en que lo reconoce el Abogado General Marco Darmon en sus conclusiones de 18 de mayo de 1989 en el asunto CdF Chimie y Solvay: “Si en física sabemos que el agua hierve a los 100 grados, pero a que los 99 grados no hierve todavía, en la materia que nos ocupa no disponemos de puntos de referencia tan bien definidos. En efecto, no se puede determinar a priori y con una precisión rigurosa el límite a partir del cual la Comisión pide pruebas que no son necesarias o pide demasiadas. La apreciación de la necesidad de las pruebas supone un amplio margen de relatividad”.

³⁶En ese sentido J. F. ALENZA GARCÍA, voz “Potestad de inspección”, cit., p. 1894; S. FERNÁNDEZ RAMOS, *La actividad...*, pp. 107 y ss. La opinión contraria está extendida. Vid. E. RIVERO YSERN, “El procedimiento en la inspección de consumo. Obstrucciones a la inspección”, en *La inspección de consumo en el contexto de la actuación administrativa*, Gobierno Vasco, Vitoria, 1992, pp. 197 a 202; R. RIVERO ORTEGA, *El Estado vigilante*, pp. 163 a 201; J. AMENÓS ÁLAMO, *La inspección urbanística...*, pp. 150 a 152.

³⁷P. ej., se niega el derecho a conocer la acusación; vid. L. ALARCÓN SOTOMAYOR, *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, Thomson/Civitas, Madrid, 2007, pp. 126 a 128

luego, se hacen las actas de inspección sin que tenga que haber una audiencia al interesado. En general, tampoco la inspección está sometida a las reglas sobre duración máxima de los procedimientos ni, en general, esto tendría sentido porque de ordinario cada actuación inspectora es una unidad en sí misma. Esto es cierto tanto para el ejercicio de las potestades inspectoras que permiten a la Administración actuar para procurarse por sí misma información como para aquéllas que le permiten imponer nuevos deberes de hacer al administrado mediante **requerimientos** que, a su vez, se dictan **de plano** sin ningún procedimiento previo y, por tanto, sin audiencia ni ninguna otra forma de que el requerido haya podido discutir previamente su legalidad. Esos requerimientos, producidos incluso verbalmente, tampoco son actos de trámite en otro procedimiento, pues no existe aún otro procedimiento en el que insertarlos.

La situación no cambia sustancialmente por el hecho de que las actuaciones de la inspección se realicen en el seno de una de las **informaciones previas** que el art. 69.2 LRJAP permite antes de la iniciación de un procedimiento porque tampoco éstas son todavía un procedimiento ni hacen surgir los derechos de los interesados en él ni están sometidas a una duración máxima³⁸.

2. Corrobora la no procedimentalización de la inspección el que numerosas normas -creo, incluso, que la mayoría, sin que nadie haya hecho objeción, pues parece conforme a la naturaleza de las cosas y a las exigencias mínimas del interés general- establecen que puede o hasta debe realizarse la inspección **sin previo aviso**. Ello tanto en normas de la Unión Europea, como estatales o autonómicas. Incluso es posible que se realicen inspecciones sin que el inspector se identifique ni comunique su presencia. Y si se acepta que las inspecciones pueden producirse sin aviso, lógicamente también hay que aceptar que se pueden desarrollar sin presencia de la persona a quien los resultados de la inspección pueden afectar. Acaso puede resultar necesario, más por razones materiales que jurídicas, que haya de estar presente alguna persona relacionada con el inspeccionado. Pero personas, a fin de cuentas, que no lo representan ni lo defienden ni emiten declaración de ningún tipo en nombre suyo³⁹. Con mayor razón hay que admitir que la inspección puede pedir declaraciones o datos a un tercero o a otra Administración para detectar posibles incumplimientos sin que lo sepa el inspeccionado. Y así se desprende inequívocamente de las normas que reconocen esta potestad. Más todavía: en ocasiones se impone a ese tercero que no

³⁸Vid. M. REBOLLO PUIG, “Actuaciones previas al procedimiento administrativo sancionador”, en la obra con M. IZQUIERDO CARRASCO, L. ALARCÓN SOTOMAYOR y A. BUENO ARMIJO, *Derecho Administrativo sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 517 a 522.

³⁹Vid. S. FERNÁNDEZ RAMOS, voz “Inspección administrativa...”, p. 522.

revele al inspeccionado que ha comunicado sus datos a la Administración⁴⁰. E igualmente se acepta que la toma de muestras puede hacerse sin presencia del inspeccionado.

3. Siendo todo ello así, hay que concluir que no sólo no se está ante un verdadero y propio procedimiento administrativo sino que **ni siquiera rigen los requisitos de la práctica de la prueba en el procedimiento** que imponen a la Administración comunicarla a los interesados “con antelación suficiente”, indicando lugar fecha y hora, así como la advertencia de que “puede nombrar técnicos para que le asistan” (art. 81 LRJAP). Aquí no hay nada de eso.

4. Ahora bien, **el legislador puede procedimentalizar ciertas ramas de la inspección** cuando y en la medida en que lo considere oportuno. Y, en efecto, lo ha hecho en algunos sectores. Con todo, en la mayoría de los casos se trata de una procedimentalización parcial.

El caso más notable es el de la inspección tributaria. En efecto, hay un “procedimiento de inspección” (arts. 145 y ss. LGT) que se ha de iniciar y terminar formalmente en un plazo máximo de doce meses y en el que se practican diligencias de inspección, todo ello con derechos de defensa y contradicción⁴¹. Pero ni siquiera en este ámbito se desvirtúa del todo la característica general de la inspección que venimos subrayando⁴²: con toda lógica la sujeción a procedimiento

⁴⁰Ofrece buen ejemplo el art. 24.1 de la Ley 10/2010 de Prevención del Blanqueo de Capitales: “Los sujetos obligados (bancos, notarios, etc.) y sus directivos o empleados no revelarán al cliente ni a terceros que se ha comunicado información ... o que se está examinando o puede examinarse alguna operación por si pudiera estar relacionada con el blanqueo de capitales...”. Es más, si lo revela comete una infracción muy grave [art. 51.1.c)]. Vid. R. S. MORENO CHU, *El blanqueo de capitales...*, pp. 450-451.

⁴¹Más incluso: desde el principio se debe informar al sujeto sobre la naturaleza y alcance de las actuaciones inspectoras y hasta de sus derechos y obligaciones en el curso de tales actuaciones [arts. 34.1.ñ) y 147.2 LGT]. Lo mismo puede decirse de otros procedimientos tributarios en los que también se practican actuaciones de inspección; así, el de comprobación de valores (arts. 134 y ss. LGT) y el de “comprobación limitada” (arts. 136 y ss. LGT).

⁴²Por lo pronto debe notarse que ese procedimiento de inspección es en realidad un procedimiento en el que se hace mucho más que inspeccionar, pues se pretende la regularización del incumplidor mediante una o varias liquidaciones (art. 145 LGT): se califican jurídicamente los hechos y se aplican las normas tributarias correspondientes hasta determinar ejecutivamente la cuantía de la obligación tributaria (hasta 1998, se imponía también la sanción). Así que lo que sucede es que las diligencias de inspección se han integrado como trámites dentro de un procedimiento que tiene un significado y alcance más amplio. Aun así, esas diligencias de inspección integradas en tal procedimiento no se realizan exactamente conforme a las reglas generales de la prueba en los procedimientos. Aquí también es posible su práctica sin previo aviso; por ejemplo, “la inspección podrá personarse *sin previa comunicación* en las empresas, oficinas, dependencias, instalaciones o almacenes del obligado tributario...” (art. 151.2 LGT). Esta antinomia trata de superarse con la ingeniosa solución del art. 177.2 RGGIT (RD 1065/2007): “Cuando se estime conveniente para la adecuada práctica de las actuaciones ... el procedimiento de inspección podrá iniciarse sin previa comunicación mediante la personación en la empresa, oficina, dependencias, instalaciones, centros de trabajo o almacenes del obligado tributario o donde exista alguna prueba de la obligación tributaria, aunque sea parcial. En este caso, las actuaciones se entenderán con el obligado tributario si estuviese presente y, de no estarlo, con los encargados o responsables de tales lugares”. O sea, que el tal procedimiento de inspección empieza por practicar una inspección sorpresiva en la que puede no estar presente el inspeccionado. Y, lo que es más importante, sigue habiendo actuaciones de inspección tributaria al margen de este singular procedimiento y de cualquier otro. Lo refleja bien el art. 30.3.3º RGGIT: “Los requerimientos individualizados de obtención de información respecto de terceros podrán realizarse en el curso de un procedimiento de aplicación de

de la inspección tributaria sólo se produce en parte y, en esa parte, es sólo relativa porque hay diligencias de inspección al margen de todo procedimiento previo o, hasta incluidas en un procedimiento, las hay sin respetar las reglas normales de éste. Similar es el caso del llamado “procedimiento de supervisión por inspección” de las compañías de seguros⁴³; del control financiero de las subvenciones que, en realidad, es una forma de inspección de los beneficiarios y las entidades colaboradoras⁴⁴; y de la aun más modesta y sorprendente procedimentalización de la inspección de las entidades de crédito⁴⁵. En otros ámbitos, sólo se ha trasladado del procedimiento a la inspección el establecimiento de un plazo máximo o poco más, como es el

tributos o *ser independientes de éste*. Los requerimientos relacionados con el cumplimiento de las obligaciones tributaria propias de la persona o entidad requerida no suponen, en ningún caso, el inicio de un procedimiento de comprobación o investigación”. Es más, caben requerimientos de información al margen de cualquier procedimiento directamente dirigidos a entidades bancarias o emisoras de tarjetas de crédito (art. 57 RGGIT). Y con carácter general el art. 55.2.2º RGGIT permite que “cuando las actuaciones de obtención de información se realicen por los órganos de inspección o de recaudación, podrán iniciarse inmediatamente, incluso sin previo requerimiento, en caso de que lo justifique la naturaleza de los datos a obtener o de las actuaciones a realizar y el órgano actuante se limite a examinar documentos, elementos o justificantes que deban estar a su disposición”.

⁴³Art. 72.5 y 7 TROSSP y arts. 112 y ss ROSSP. Se inicia por un acuerdo de la Dirección General de Seguros, que ha de notificarse al inspeccionado, en el que se “identificará a quienes se encomiendan las actuaciones inspectoras y se hará constar el objeto de las comprobaciones a desarrollar”. Incluye alegaciones y propuesta de pruebas por la inspeccionada. Pero se trata de un procedimiento que no se limita a la inspección y que puede terminar con una resolución de disolución de la aseguradora o de revocación de su autorización y que, además, no excluye inspecciones al margen de este procedimiento para formular las denominadas “actas de inspección previas”.

⁴⁴Estas actuaciones inspectoras de la Intervención General se inician con un acuerdo notificado al inspeccionado en el que se ha de indicar su naturaleza y alcance, la fecha de personación del equipo de control que va a realizarlas y la documentación que en principio debe ponerse a su disposición; y deben terminar en el plazo máximo de doce meses. Además, este procedimiento no acaba con una resolución ejecutiva sino sólo con un informe (aunque vincula en gran medida al órgano gestor, art. 51) que incluye los hechos puesto de manifiesto y las conclusiones que se deriven, “señalando, en su caso, la necesidad de iniciar expedientes de reintegro y sancionador” (arts. 49 y 50.2 LGSub). Así que podría decirse que aquí la actividad que se despliega es más puramente inspectora y que, pese a ello, se ha canalizado a través de un procedimiento. Pero, incluso así, el inspeccionado ni siquiera tiene posibilidad de realizar alegaciones en el control financiero sino sólo en el posterior procedimiento de reintegro o en el sancionador. Por eso con razón se ha afirmado que las actuaciones del control financiero de subvenciones “no dan lugar a un auténtico procedimiento administrativo”. Vid. B. SESMA SÁNCHEZ, en G. FERNÁNDEZ FARRERES, *Comentarios a la Ley General de Subvenciones*, Thomson/Civitas, Madrid, 2005, pp. 532-533. “Prueba de ello -explica- es que la LGSub cuando se refiere a los procedimientos de reintegro y sancionador, alude en sus arts. 42 y 67 respectivamente a la supletoriedad de la Ley 30/1992 ..., remisión que no efectúa, sin embargo, el art. 49 cuando regula el procedimiento de control financiero”. Aun así, critica que la LGSub haya “procedimentalizado tanto las actuaciones de control financiero” porque parte, con razón, de que al ser inspección ello era innecesario. Además, hay otras inspecciones realizadas por órganos distintos de la Intervención General y sin sometimiento a estas reglas formales [arg. arts. 14.c) y 15.d) LGSub].

⁴⁵Al margen de lo previsto en las Leyes, el art. 6.2 de la Circular interna del Banco de España sobre Procedimientos de Supervisión establece que el inicio de la inspección, que debe acordar formalmente el Director General de Supervisión, se debe comunicar a la entidad “con una sucinta mención del alcance inicialmente previsto y el nombre del encargado de la inspección”. Pero esta previsión es algo incongruente con el conjunto de la regulación, sobre todo con el hecho de los bancos están sometidos a una inspección permanente. Vid. M. IZQUIERDO CARRASCO, “La inspección del Banco de España sobre las entidades de crédito”, en S. MUÑOZ MACHADO (Dir.), *Derecho de la regulación económica. X. Banca*, Iustel, en prensa, epígrafe VII.3.

caso de la inspección laboral⁴⁶ o de la desarrollada por la Agencia Estatal de Protección de Datos⁴⁷. Y más profunda, aunque tampoco plena, es la procedimentalización de la inspección de la defensa de la competencia⁴⁸.

En definitiva, es cierto que el legislador ha sometido parcialmente algunas inspecciones a formalidades especiales y severas, y hasta puede decirse que las ha procedimentalizado en algunos sectores. Pero, además de la relatividad de esta procedimentalización, se trata de excepciones legales que no niegan que con carácter general la inspección no tiene por qué estar ni está sometida a los principios y reglas de un procedimiento administrativo en sentido estricto.

5. Naturalmente, nada de lo sostenido sobre la no necesaria procedimentalización de la inspección está reñido con reconocer su sometimiento a ciertas reglas formales, algunas

⁴⁶Según la LITSS, “las actuaciones comprobatorias no se dilatarán por espacio de más de nueve meses, salvo que la dilación sea imputable al sujeto a inspección; y, asimismo, no se podrán interrumpir por más de tres meses” (art. 14.2). Pero este límite tiene una relevancia reducida puesto que de seguido se aclara que “las comprobaciones efectuadas en una actuación inspectora tendrán el carácter de antecedente para las sucesivas”.

⁴⁷En la LOPD hay una lacónica alusión a la inspección de la que en absoluto se desprende su procedimentalización. Pero en su Reglamento (aprobado por RD 1720/2007) se introdujo algún elemento en dirección contraria. Por lo pronto, sólo se contempla inspección en el seno de las que llama “actuaciones previas” y para ellas establece una duración máxima de doce meses cuya superación comporta su caducidad (art. 122.4). Por otra parte, si no dan lugar a la incoación de un procedimiento sancionador, se prevé su terminación por una resolución formal de archivo del Director de la Agencia (art. 126.1). Aun así, no puede descartarse la posibilidad de inspecciones esporádicas al margen de estas “actuaciones previas”. Además, incluso en las “actuaciones previas” no hay realmente un procedimiento y ni surgen los derechos ordinarios del interesado en un procedimiento cualquiera ni, menos todavía, los del imputado en el sancionador. Por otra parte, esa singular caducidad de las actuaciones previas no impedirá practicar nuevas inspecciones ni iniciar más tarde un procedimiento sancionador. Vid. M. REBOLLO PUIG, “El procedimiento sancionador y las actuaciones previas ante la Agencia Española de Protección de Datos”, FERNÁNDEZ SALMERÓN (Coord.), *La potestad sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos*, Thomson/Aranzadi y AEPD, Madrid, 2008, pp. 317-318.

⁴⁸En la legislación europea, desde luego la Comisión ejerce “sus poderes de investigación ... antes de incoar el procedimiento” (art. 2.3 Reglamento 2004/773/CE) y puede recabar información al margen de cualquier otra actuación (art. 18 Reglamento 1/2003), así como entrevistar a personas (art. 19). Ahora bien, para pasar de ahí (acceder a locales, a documentos..., en suma, para hacer visitas de inspección) si es necesario un acuerdo de la Comisión que indique el objeto y la finalidad de la inspección, la fecha de inicio y las multas posibles por no someterse a la inspección, así como de la posibilidad de recurrir esta decisión (art. 20.4); y los agentes a los que se confíen estas actuaciones deben presentar un mandamiento escrito con estas indicaciones antes de ejercer sus poderes (art. 20.3). En la LDC y su Reglamento, también se impone a los inspectores para ejercer sus potestades la “previa presentación de una autorización escrita del Director de Investigación que indique el objeto y la finalidad de la inspección, los sujetos investigados, los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección, la fecha en que la inspección vaya a practicarse y el alcance de la misma”, así como las sanciones por obstrucción (art. 13.3 RDC). Vid. J. C. LAGUNA DE PAZ, “Las potestades administrativas de investigación...”, pp. 56 a 58; y J. GUILLÉN CARAMÉS, *Régimen jurídico de la inspección en Derecho de la competencia*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 237 a 239, 258 a 260. Pero, incluso así, pese a las formalidades y límites que entraña y pese a que puede verse en todo esto un atisbo del derecho a conocer la acusación, ni siquiera impide inspecciones sin previo aviso ni entraña su conversión en un verdadero procedimiento. Si acaso, la inspección puede desarrollarse en el seno de la información reservada que cabe acordar ante noticias de posible infracción (art. 49.2 LDC), pero tampoco ello la convierte en un procedimiento en sentido estricto, como aclara J. E. SORIANO GARCÍA, *Derecho público de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 431.

impuestas por el legislador sectorial y otras de carácter general o incluso derivadas de la Constitución y los derechos fundamentales. Además de que en algún ámbito se ha impuesto el previo aviso⁴⁹, se han consagrado mecanismos para que el inspeccionado pueda **contradecir los análisis** realizados por la Administración⁵⁰. Además, se impone la **motivación de los requerimientos** de la inspección⁵¹, aunque haya quedado en una exigencia débil⁵² y casi ilusoria cuando se trata de requerimientos verbales. Y, por último, se ha aceptado excepcionalmente un eventual y relativo **adelanto a las diligencias de inspección de algunos derechos constitucionales** formales que, en principio, sólo regirían en el procedimiento sancionador. Este adelanto se ha admitido alguna vez respecto al derecho a no autoinculparse, que nos ocupará luego, y al derecho a la asistencia letrada para las actuaciones realizadas en la información previa

⁴⁹Por ejemplo, art. 14 de la Ley 49/2007 de infracciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de discapacitados.

⁵⁰La regulación de referencia sobre análisis de productos es la que contiene en el RD 1945/1983 en el que se prevé como sistema general un análisis inicial, otro contradictorio y, finalmente, otro dirimente, los dos últimos con participación del inspeccionado. Vid. M. REBOLLO PUIG y M. IZQUIERDO CARRASCO, *Manual de la Inspección de consumo*, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1998, pp. 167 a 170. Numerosas normas se remiten a este RD y otras establecen su propia regulación pero en términos similares, con alguna adaptación al sector (p. ej., art. 36 del Reglamento de metales preciosos, RD 197/1988). En el fondo, a la misma idea de introducir la intervención del interesado y permitir la contradicción responden las regulaciones de las pruebas de análisis de las sustancias ingeridas por las personas y, en cualquier caso, así lo exigen los tribunales. En la STC 145/1987, respecto a las pruebas de alcoholemia, se dice que “es necesario que en su práctica se cumplan las garantías formales establecidas ..., especialmente el conocimiento del interesado a través de la oportuna información de su derecho a un segundo examen alcoholímetro realizado en términos técnicamente inobjetables”. La Sala de lo Militar del TS lo exige para dar por probado el consumo de drogas; incluso impone que se advierta al inspeccionado de su derecho a solicitar un contraanálisis y, de lo contrario, niega el valor de prueba; p. ej., sentencias de 21 de febrero de 2011 y de 2 y 8 de marzo de 2010 (contencioso-disciplinario 96/2010, 204/33/2009 y 204/14/2009).

⁵¹Es una previsión habitual; p. ej, dice el art. 49 del Reglamento de Defensa de los Consumidores de Madrid (Decreto 152/2001) que “... la Inspección de Consumo podrá efectuar *motivadamente* requerimientos a los interesado en relación con el contenido de la inspección”. Aunque nada se diga, el TS exige la motivación. Se lee, por ejemplo, en su sentencia de 16 de julio de 2012 (Ar. 7887), relativa a un requerimiento de información sobre cajas de seguridad de un banco: “... todo requerimiento de información debe estar debidamente justificado. Es cierto que la LGT de 2003 y el vigente art. 55 del (RGIT) no dicen nada sobre el particular. No obstante, la doctrina de esta Sala ha sido clara al respecto. Como decíamos en nuestra sentencia de 12 de marzo de 2009 (Ar. 1692), el requerimiento de información debe estar motivado; aún más, ha de cumplir con la previsión de individualización que el tipo de información demandada exige, debiendo concurrir una justificación específica y suficiente que lo fundamente, según afirmamos en la sentencia de 12 de enero de 2003” (Ar. 8895). Asimismo, STS de 21 de junio de 2012 (Ar. 7488).

⁵²Así, dijo ya la STS de 16 de octubre de 1999 (Ar. 8641): basta citar las normas que facultan el requerimiento pero no hay que “explicitar los motivos mediatos y el fin concreto que pretende lograr una vez conseguidos tales datos, pues ello significaría tanto como descubrir la estrategia que guía el quehacer de la inspección...”. Y ello se reitera en SSTs de 3 de noviembre de 2011 (Ar. 1842 de 2012, rec. casación 2117/2009), 21 de junio de 2012 (Ar. 7488) y 5 de julio de 2102 (Ar. 7738), exigiendo como máximo, junto con la simple cita del precepto en que se ampara, la afirmación de la trascendencia de la información, ello frecuentemente con el argumento discutible de que el requerimiento de inspección no es un acto limitativo de derechos, sino que establece una obligación de hacer.

al procedimiento sancionador⁵³; pero igualmente podría extenderse a cualesquiera diligencias de inspección en que se partiera de una sospecha de infracción. Con todo, esta anticipación de los derechos fundamentales del procedimiento sancionador a la inspección es absolutamente excepcional, como se explicará luego al analizar el derecho a no autoinculparse.

VI. Los secretos y otros límites a la inspección derivados de derechos constitucionales

1. Hay además límites a las potestades de inspección que derivan de su confrontación con ciertos derechos fundamentales; límites al legislador, en cuanto a su establecimiento de deberes para con la inspección y en cuanto a la atribución de las potestades de inspección; y límites a la Administración en el ejercicio de esas potestades que rigen, claro está, aunque la ley atributiva de las potestades no los hayan mencionado de modo que su superación convertirá en ilícita la inspección aunque aparentemente haya permanecido dentro del marco legal⁵⁴. Como los derechos fundamentales no son absolutos, tampoco lo son los límites que imponen a las potestades de inspección. O sea que las potestades de la inspección no desaparecen cada vez que se topan con un derecho fundamental ni éstos alzan un obstáculo infranqueable. Ni siquiera se encuentra normalmente un contenido esencial de estos derechos fundamentales que quede siempre al resguardo de las potestades de inspección. Más bien sólo suponen un **reforzamiento de la necesidad de habilitación legal y de las exigencias del principio de proporcionalidad**. Ello produce cierta frustración porque no es claro qué añaden a las exigencias generales de los principios de legalidad y de proporcionalidad que, como ya hemos visto, rigen toda la actuación de la inspección, incluso cuando no están en juego los derechos fundamentales⁵⁵. Lo más que puede llegar a decirse es que la afectación de un derecho fundamental convierte la mera

⁵³Lo ejemplifica la STS, Sala de lo Militar, de 21 de febrero de 2011 (contencioso-disciplinario 96/2010). Se detectaron restos de cannabis en la orina de un guardia civil; en unas actuaciones previas al pliego de cargos se citó a declarar a éste que asistió con letrado; se aceptó su presencia, pero no que formulara preguntas. Según el TS se debieron permitirse esas preguntas “pues aun no existiendo acto formal de imputación disciplinaria, el sentido del interrogatorio ... estaba dirigido a obtener el reconocimiento de tres episodios de consumo”.

⁵⁴Algunas leyes reguladoras de la inspección se refieren a ellos más o menos completa y detalladamente. Lo más normal es que las leyes reguladoras de la inspección sólo se refieran a la inviolabilidad del domicilio. En otros casos hay una alusión genérica; p. ej., Ley 43/2010 del Servicio Postal Universal, enumera las potestades de inspección y añade “... sin perjuicio de los derechos constitucionales reconocidos”. Y en algún caso, como, en el de la LGT y la LITSS, hay alusiones más concretas a la intimidad o a alguno de los secretos (el profesional, el estadístico, el del protocolo notarial...) relacionados con derechos fundamentales. Pero lo hagan o no, o lo hagan incompletamente, todos constriñen por igual a todas las inspecciones administrativas y a todas sus potestades.

⁵⁵De hecho, por ejemplo, aunque se parte de que los derechos a la intimidad y a la protección de los datos personales sólo los tienen las personas físicas y no las jurídicas (vid. E. GUICHOT, *Datos personales y Administración pública*, Thomson/Civitas, Madrid, 2005, pp. 120 a 125 y 186 a 188), los resultados frente a las potestades de inspección son prácticamente idénticos para unas y otras.

necesidad de habilitación legal en verdadera reserva de ley y que la proporcionalidad ha de ponerse en relación con un fin de relevancia constitucional (“bienes constitucionalmente protegidos”). Pero a la postre tal conexión con algún fin o valor constitucional se exige tan flexiblemente que siempre se acaba encontrando y la proporcionalidad se impone tan laxamente a la ley que entraña poco más que la prohibición de arbitrariedad⁵⁶. Lo que sí es cierto es que este reforzamiento del principio de proporcionalidad refuerza también la justificación de la **diversidad de las regulaciones legales** porque cada ley resuelve las tensiones entre un concreto derecho fundamental (p. ej. la intimidad) y las necesidades y valores implicados en cada una de las distintas ramas de la inspección (sanidad, comercio...). Pero las diferencias legales obedecen de otra parte a un mero juicio de oportunidad del legislador de suerte que, en realidad, muchas normas establecen **límites a la inspección que no reclama ningún derecho fundamental** y que son fruto de una opción legislativa de restringir más unas inspecciones que otras. Con todo, la distinción es difícil porque en ocasiones es casi inescindible el límite que el legislador ha establecido como fruto de la proporcionalidad que reclama el respeto a un derecho fundamental y el que simplemente ha juzgado oportuno.

A muchos de los límites con los que chocan las potestades de inspección se suelen aludir como **secretos** (secreto de las comunicaciones, profesional, comercial, bancario, estadístico...). Pero cada uno de ellos tiene un fundamento y un sentido distinto. Incluso bajo la misma denominación de **secreto profesional** hay realidades muy heterogéneas pues son consecuencia de derechos fundamentales distintos o de ninguno de ellos, fruto de una libre decisión legal, lo cual, claro está, condiciona por completo su mayor o menor resistencia frente a las potestades de inspección. Así, por ejemplo, los secretos de periodistas, de médicos o de abogados entroncan, según ahora se verá, con derechos fundamentales diferentes con régimen distinto; pero es que el secreto de otros profesionales puede no tener asidero en ningún derecho constitucional y, en consecuencia, quedar al albur de las potestades de inspección según lo que decidan las leyes⁵⁷,

⁵⁶Como explica J. BARNÉS VÁZQUEZ, “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, Cuadernos de Derecho Público, nº 5 (1998), p. 29, una ley sólo es desproporcionada “si resulta absoluta, radical y manifiestamente inútil, excesiva o desequilibrada”. Sobre la contención del TC a la hora de aplicar este principio a las leyes, vid. M. CARLÓN RUIZ, “El principio de proporcionalidad”, en J. A. SANTAMARÍA PASTOR (Dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 226-227.

⁵⁷Es ilustrativa la fórmula abierta del art. 85.3.3º LMV: “En la medida que sea necesario para el eficaz ejercicio por la Comisión de sus funciones de supervisión e inspección, las personas o entidades que presten cualquier tipo de servicio profesional a las personas comprendidas en los párrafos anteriores están obligadas a facilitar cuantos datos e informaciones les sean requeridos por ésta, de conformidad con lo dispuesto, en su caso, en la normativa específica que regule su profesión o actividad”.

como sucede, con los auditores de cuentas, los agentes de la propiedad inmobiliaria o los detectives⁵⁸. Por eso, la perspectiva correcta es la de abordar los límites que comporta cada derecho fundamental⁵⁹.

Muy diversos derechos fundamentales son susceptibles de alzar excepcionalmente algún límite a las potestades de inspección, aunque a veces se trate de supuestos casi de laboratorio⁶⁰. Pero sólo pasaremos revista a los de más relevancia.

2. Por lo pronto, el **derecho de propiedad** puede condicionar las potestades de

⁵⁸El art. 25 del TR de la Ley de Auditoría de Cuentas (R. Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio) consagra su deber de secreto: "... estarán obligados a mantener el deber de secreto de cuanta información conozcan en el ejercicio de su actividad, no pudiendo hacer uso de la misma para finalidades distintas de la de la propia auditoría". Pero, como resulta conforme con la naturaleza de su función, tienen un secreto profesional muy permeable: 1º) No se les exime del "deber denunciar contemplado en el art. 262 LECrim". 2º) Se permite el acceso a su documentación por parte del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas en el ejercicio de sus funciones de control, así como del Banco de España, la CNMV, la Dirección General de Seguros a los efectos del ejercicio de las competencias relativas a las entidades sujetas a supervisión y control, en los casos especialmente graves, de acuerdo con lo establecido en la disposición final 1ª, y siempre que no hubieran podido obtener de tales entidades la documentación concreta. Ello se completa con otras leyes sectoriales; p. ej., con la LMV [art. 85.2.h), n) 1º y 4], de la que se deduce que los auditores no tienen ningún secreto para la CNMV. 3º) Incluso al margen de estas previsiones legales el TS entiende que el secreto profesional de los auditores de cuentas es insuficiente para negarse a dar información a la Administración Tributaria (STS 7 de junio de 2003, Ar. 4014, entre otras). En cuanto a los agentes de la propiedad, varias SSTs, entre ellas tres de 3 de febrero de 2001 (Ar. 250, 252 y 252), rechazan que tengan un secreto profesional que quepa oponer a los requerimientos de la inspección tributaria. Por lo que concierne a los detectives, el art. 3.3 de la Ley de Seguridad Privada dice que el personal de seguridad "tendrá prohibido comunicar a terceros cualquier información que conozcan en el ejercicio de sus funciones sobre sus clientes, personas relacionadas con estos, así como los bienes y efectos que custodien". Pero, como dispone el art. 14.1 del Reglamento de esa Ley, "deberán comunicar a dichas Fuerzas y Cuerpos cualesquiera circunstancias e información relevante para la prevención, el mantenimiento o el restablecimiento de la seguridad ciudadana, así como los hechos delictivos...". Y la STS de 19 de febrero de 2008 (Ar. 1743) negó que los detectives privados tengan secreto profesional frente a las autoridades de seguridad ciudadana.

⁵⁹Por ello no creo que se les pueda presentar a todos como manifestaciones de un mismo principio de confidencialidad, tanto en lo que suponen de limitación de las potestades públicas de acceso a información como en lo que entrañan de restricción a los ciudadanos para conocer la información de la que ya dispone la Administración. Así, J. C. LAGUNA DE PAZ, "Principio de confidencialidad", en J. A. SANTAMARÍA PASTOR (Dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 1207 a 1218, o J. M. MICHAVIDA NÚÑEZ, "El derecho al secreto profesional y el artículo 24 de la Constitución. Una visión unitaria de la institución", en *Estudios sobre la Constitución Española...*, II, pp. 1416 y ss.. Los diversos supuestos de confidencialidad no constituyen un principio sino que son excepciones heterogéneas por razones diversas a lo que sí constituye un principio de publicidad y transparencia. Vid. F. SAINZ MORENO, "Secreto y transparencia", en *Estudios para la reforma de la Administración...*, sobre todo pp. 175-176.

⁶⁰Incluso, p. ej., la libertad ideológica y religiosa porque prohíbe obligar a declarar sobre la ideología, religión o creencias (art. 16.2 CE) y porque podría dar sustento al secreto de los eclesiásticos, también invocable frente a la inspección; o la libertad de información en tanto que se conecta con el secreto profesional de los periodistas [art. 20.1.d)] que asimismo limita las potestades de inspección; o la libertad ambulatoria (art. 17.1 CE) pues, como también vimos, alguna potestad inspectora puede suponer una modalidad de privación de libertad, como la que se produce por el traslado a una comisaría para la identificación de personas que hayan cometido una infracción administrativa; etc. Hasta cabe recordar que el art. 24.2 CE prevé que la ley regule la exención del deber de declarar por razón de parentesco que también podría alegarse frente a las potestades de inspección administrativa. Asimismo, el derecho a la propia imagen choca con alguna forma de inspección; vid. X. ARZOZ SANTISTEBAN, *Videovigilancia...*, pp. 163 a 179; etc.

inspección, no tanto por impedir o restringir su ejercicio⁶¹, como por conferir en algún caso derecho a indemnización (infra) y por limitar la difusión de los datos obtenidos. Esto último sucede respecto al **secreto comercial e industrial**. Aquí nos encontramos con uno de esos secretos aludidos y en este caso puede considerarse concreción del derecho de propiedad (o caso de la libertad de empresa)⁶². En general, las normas reguladoras de las distintas inspecciones no consideran que el secreto comercial o industrial, ni siquiera aunque tenga la máxima protección que se brinda a la propiedad industrial, sea un obstáculo que impida conocerlo. Lejos de ello, en algunos casos se declara expresamente lo contrario⁶³. Pero esto no obsta para reconocer que el acceso a este secreto afecta al derecho de propiedad, y, por tanto, obliga a reforzar la exigencia de habilitación legal y de proporcionalidad, así como a extremar las cautelas para preservar el secreto y que no trascienda al conocimiento de otros sujetos, como se verá luego.

3. Pero los derechos que más frecuentemente entran en tensión con las potestades de inspección son los del art. 18 CE; o sea, la intimidad y otros que, aunque distintos y autónomos, también protegen un cierto ámbito de privacidad. El **derecho a la intimidad** personal y familiar (art. 18.1 CE), que es el que más ampliamente entra en conflicto con las potestades de inspección, ofrece un ejemplo paradigmático de lo dicho sobre la relatividad de los derechos fundamentales y la forma de resolver sus tensiones con la inspección. Además de haberse optado por un concepto reducido de intimidad⁶⁴, no existe, ni aun para lo que se incluya en ese concepto

⁶¹Si acaso, podría verse un límite de este tipo en las previsiones legales que extienden las garantías propias del domicilio o a otros locales. Pero, además de que entiendo que ello es fruto de una decisión del legislador al margen de lo exigido por cualquier derecho fundamental, parece que lo que persiguen es proteger un interés en la privacidad más que un interés patrimonial, como luego se explicará.

⁶²J. VIDA FERNÁNDEZ, “Publicidad y confidencialidad...”, p. 883, pone de relieve cómo en la protección del secreto comercial hay también un interés general en el mantenimiento de las condiciones de competencia.

⁶³Por ejemplo, art. 6.4 del RD 1801/2003, de 26 de diciembre, de Seguridad general de los productos: “Los productores y los distribuidores ... deberán facilitar toda la información pertinente que se les demande, *incluida aquélla que pudiera estar protegida por el secreto comercial e industrial ...*”. Lo mismo se deduce de toda la legislación de defensa de la competencia en la que, como veremos, se parte de que hay que dar la información requerida incluso aunque incluya secretos comerciales e industriales y sólo se compensa con las restricciones a la difusión de la información obtenida por la inspección (infra...). E igual régimen se establece en el art. 21.1.e) del RD 1254/1999 de control de riesgos de accidentes graves para los “secretos comerciales e industriales, con inclusión de la propiedad intelectual y de la propiedad industrial”.

⁶⁴Vid. E. BUENO GALLARDO, *La configuración constitucional del derecho a la intimidad...*, cit. En cuanto a la concepción estricta del derecho a la intimidad acogido mayoritariamente por el TC, pp. 175 y ss.; sobre todo, pp. 215-216. Lo mismo para el TS en pp. 216 y ss. Todo ello, explica la autora, frente a una concepción más amplia dominante en el TEDH al aplicar el derecho al respeto de la vida privada y familiar del art. 8.1 CEDH, pp. 230 y ss., que va mucho más allá de lo que podríamos considerar “lo más recóndito del yo” e incluye “no sólo el círculo interno en el que el individuo puede vivir su vida personal como él mismo elija, sino que se extiende a las relaciones con el mundo exterior y puede incluir actividades negociales y profesionales”. Esta Profesora propone una interpretación amplia (con la consecuencia práctica más relevante de la inclusión en el contenido de la intimidad

estricto, aspecto alguno que no sea susceptible de afectación por los poderes públicos⁶⁵ y, en especial, por las potestades de inspección⁶⁶. Para el legislador, a la hora de atribuir potestades de inspección, parece que el derecho a la intimidad no comporta más dique que el del respeto al principio de proporcionalidad⁶⁷ y éste, a su vez, exigido tan timoratamente que entraña poco o nada más que la interdicción de la arbitrariedad⁶⁸. Y para la Administración, a la hora de ejercer tales potestades, se acepta que no viola este derecho, aunque solicite datos que pertenezcan a la esfera más íntima, si tienen relevancia para el fin público perseguido y si se han respetado las exigencias de proporcionalidad y los requisitos establecidos por la ley⁶⁹.

de las relaciones económicas y patrimoniales), aunque añadiendo de inmediato que no todos los datos serían igualmente íntimos y que la distinta intensidad o “calidad” de la intimidad se valoraría, junto con otros elementos, para juzgar la proporcionalidad de las intromisiones de la inspección (pp. 693 y ss.; y 740 y ss.).

⁶⁵Ibidem, sobre todo pp. 638- 639. Allí afirma que “no existe intimidad alguna que no sea susceptible de afectación por los poderes públicos”, aunque entre en el ámbito más privado (en la intimidad de “calidad máxima”); ni siquiera el contenido esencial del derecho lo veda. Porque, a fin de cuentas, el contenido esencial del derecho a la intimidad es sólo “la prohibición de intromisiones o cesiones desproporcionadas en el ámbito de la intimidad constitucionalmente protegido” (pp. 659 y 662 a 665). Así hasta afirmar que no hay colisión entre el derecho a la intimidad y el deber de contribuir (pp. 750-751) y, supongo, cualquier otro deber cuya observancia se inspeccione.

⁶⁶Ello salvo que expresamente se haya establecido. Entre los raros ejemplos de ello, art. 30.3 del Reglamento de Inspección de los Servicios Sociales de Andalucía (Decreto 396/2008): “El deber de colaboración con la labor inspectora en ningún caso podrá afectar al derecho a la intimidad de las personas usuarias de las entidades, servicios y centros de servicios sociales inspeccionados, ni a la confidencialidad de sus datos de carácter personal”. Pero nótese que lo que aquí se respeta sin limitaciones de ningún género, aunque sean proporcionadas, es la intimidad de personas distintas del inspeccionado.

Aunque no se trata de inspección, es destacable cómo garantiza la intimidad sin posibles restricciones supuestamente proporcionadas la Ley 12/ 1989 de Función Estadística Pública: “En todo caso, serán de aportación voluntaria y, en consecuencia, sólo podrán recogerse previo consentimiento expreso de los interesados los datos susceptibles de revelar el origen étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o ideológicas y, en general, cuantas circunstancias puedan afectar a la intimidad personal o familiar” (art. 11.2).

⁶⁷Y es que, a fin de cuentas, el contenido esencial del derecho parece no significar otra cosa que el respeto de la proporcionalidad en las afectaciones a la intimidad. BUENO GALLARDO insiste en decir que el respeto al principio de proporcionalidad no es lo único incluido en el contenido esencial del derecho a la intimidad (pp. 673 y ss.). Pero, a la postre, los otros elementos que incluye en tal contenido esencial no son nada más que consecuencias del principio de legalidad y del principio de proporcionalidad en sentido amplio. Como el principio de legalidad no afecta, claro está, al propio legislador, resulta que éste está sólo limitado por el principio de proporcionalidad.

⁶⁸Es elocuente el F. 9 de la STC 142/1993: “La eventual limitación del derecho a la intimidad es constitucionalmente legítima siempre que se encuentre suficientemente justificada en la tutela de otros intereses por la norma fundamental y no exija sacrificios de aquél que resulten desproporcionados a la finalidad perseguida. Esta argumentación se enlaza con la que se basa en la interdicción de la arbitrariedad del art. 9.3 CE, si bien ha de aclararse que el juicio de arbitrariedad respecto al legislador sólo aparecería si la norma impugnada careciera de <<toda explicación racional>> (STC 108/1996, F. 18), sin que sea pertinente un análisis a fondo de todas las motivaciones... La norma no carece de finalidad ni ésta puede considerarse en modo alguno de irracional, en ello se agota el enjuiciamiento de su posible arbitrariedad...”.

⁶⁹Se citan como fundamentos de esta doctrina el art. 17.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (que sólo prohíbe las “injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada...”) y el art. 8.1 de la Ley Orgánica de protección del honor, la intimidad y la propia imagen (que salva todas las intromisiones “autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley...”). Queda esto plasmado con especial claridad en la STS de 17

4. Algo similar sucede con el derecho a la **protección de datos personales**⁷⁰: si bien se ha acogido un concepto amplio de dato personal más allá del inicial acotamiento del art. 18.4 CE⁷¹, tampoco este derecho excluye definitivamente ningún dato de ningún fichero de las potestades y del conocimiento de la inspección⁷². Aunque como punto de partida ese derecho hace depender del consentimiento del afectado la cesión de sus datos personales a terceros, incluidos los servicios administrativos de inspección, basta que una ley establezca lo contrario⁷³.

de septiembre de 2009 (Ar. 831 de 2010). Por eso E. BUENO GALLARDO, *idem*, p. 753, concluye que el derecho a la intimidad, no ya su contenido esencial, sino el derecho en su conjunto, “puede definirse como la prohibición de intromisiones o cesiones *ilegítimas* en el ámbito de la intimidad...” (p. 753). Así que sólo vulneran este derecho las actuaciones inspectoras ilegales (incluidas las desproporcionadas) que serían inconstitucionales siempre (salvo que el vicio sea de incompetencia, p. 801) y no habría más actuaciones inconstitucionales que las ilegales.

⁷⁰Ello sin perjuicio de reconocer que se ha configurado finalmente como un derecho fundamental autónomo y distinto de la intimidad que, además, tienen por objeto datos personales no necesariamente íntimos. Vid. M. FERNÁNDEZ SALMERÓN, *La protección de datos personales en las Administraciones públicas*, Thomson/Civitas, Madrid, 2003, pp. 51 a 83; y E. GUICHOT, *Datos personales...*, pp. 115 a 168.

⁷¹E. GUICHOT, *Datos personales...*, pp. 143 a 147, 152-153 y 209 a 224, de modo que, pese a la literalidad del art. 18.4 CE, se incluyen multitud de datos que en sí mismos no reflejan la personalidad y sin referencia alguna a su tratamiento informático. A lo sumo, cabe mantener, y así lo hace GUICHOT (p. 147), que la mayor conexión del dato con la personalidad (los “datos sensibles”) será un elemento a considerar para el juicio de proporcionalidad.

⁷²En realidad, el derecho a la protección de datos personales es susceptible de afectar a las potestades administrativas de inspección en muy diversos aspectos. Cada una de las facultades que lo integran (respecto a la recogida de los datos, su tratamiento, su calidad y seguridad, acceso, rectificación, cancelación...) sería susceptible, en principio, de condicionar y restringir las potestades de inspección. Lo refleja bien la LOPD. Desde la posibilidad de crear ficheros por y para la inspección (art. 20 LOPD) hasta cada uno de los derechos de los afectados por los datos almacenados en ellos. Vid. M. FERNÁNDEZ SALMERÓN, *La protección de datos...*, *cit.*, pp. 131 a 161 y 275 y ss.; y E. GUICHOT, *Datos personales...*, *cit.*, pp. 169 y ss., 225 y ss., y 385 y ss. Pero lo que ahora nos importa es sólo la facultad del titular del derecho del art. 18.4 CE de impedir la comunicación de sus datos personales almacenados en un fichero, público o privado, a un tercero (arts. 11 y 21 LOPD), en concreto, a la Administración y, más específicamente, a la inspección que los recabe en ejercicio de las potestades que tenga conferidas. Con todo, aclaremos que las demás facultades que este derecho entraña tampoco suponen al cabo impedimentos notables al ejercicio de las potestades de inspección. Y ello porque la propia LOPD, con buen criterio, además de admitir todo género de excepciones legales para casi todos los aspectos del derecho [arts. 5.5, 6.1 y 4, 7.3, 11.2.a)...], establece o permite singularidades cuando aparece la Administración en cualquiera de las posiciones reguladas en esta Ley [arts. 6.2, 11.2.e), 20 a 24]. Desde luego, la exigencia de consentimiento del afectado para recoger y tratar sus datos personales se esfuma ante las potestades de inspección (art. 6.2 LOPD).

⁷³Si se trata de conocer datos de ficheros de titularidad privada, basta que cualquier ley lo prevea para que haya que suministrar los datos almacenados a la inspección sin consentimiento del afectado y sin comunicarle siquiera que se ha hecho [arts. 11.2.a) y 27.2 LOPD]. Si se trata de ficheros de titularidad pública, aunque se parte de una prohibición general de cesión de datos (art. 21.1 LOPD), caben también las excepciones establecidas por las leyes, además de que de la misma LOPD establece ya notables matizaciones. Sobre la amplia remisión a las leyes, vid. críticamente E. GUICHOT, *Datos personales...*, pp. 327 a 332. En cuanto a las excepciones establecidas en la misma LOPD, debe notarse al menos que la prohibición general de comunicación de datos del art. 21 LOPD viene referida a la que se realiza entre distintas Administraciones, no entre órganos de una misma Administración, y que además se circunscribe a los casos en que se vayan a utilizar “para el ejercicio de competencias diferentes o de competencias que versen sobre materias distintas”, de modo que, aun tras la anulación por STC 292/2000 de parte del art. 21 LOPD, las posibilidades de cesiones interadministrativas de datos son relativamente amplias. Al respecto, M. FERNÁNDEZ SALMERÓN, *La protección de datos...*, *cit.*, pp. 231 y ss.

Las leyes pueden hacer previsiones de este género con bastante libertad pues su sometimiento al principio de proporcionalidad es laxo⁷⁴. Pueden hacerlo y lo han hecho con bastante amplitud⁷⁵. Y, tras esa atribución, la Administración, respetando las condiciones establecidas por la ley y la proporcionalidad, podrá recabar los datos personales sin vulneración del derecho fundamental. Así que, otra vez, lo que hay es sólo, además de una potenciación de la proporcionalidad, un especie de refuerzo del principio de legalidad, refuerzo en cuya virtud ya no se satisface con la mera atribución de la potestad inspectora de requerir información o documentos o de acceder directamente a ella sino que exige complementariamente una concreta previsión legal de acceso a los datos personales protegidos. Con todo, no es poca cosa y, aunque hay numerosas previsiones legales en esta dirección, también hay muchas inspecciones que tienen vedado el acceso a muchos ficheros y datos personales, salvo, claro está, consentimiento del afectado.

5. En el contexto de los dos anteriores derechos hay que situar varios de los tradicionales secretos. En primer lugar al denominado **secreto bancario**⁷⁶ que, al menos hoy, sólo subsiste

⁷⁴Al igual que ya se ha dicho respecto a la intimidad, este sometimiento de la ley al principio de proporcionalidad acaba por significar poco más que la prohibición de arbitrariedad. E. GUICHOT, *Datos personales...*, cit., p. 139, dice en el mismo sentido que se trata de “un control de lo manifiestamente inidóneo, innecesario o desproporcionado”. De hecho, como explica en pp. 149-150 y 153-154, “las leyes tienden, más bien, a excepcionar ... sin una mayor precisión acerca de los casos y supuestos” en que no es necesario el consentimiento.

⁷⁵V. gr., art. 85.3.4º LMV: “... el acceso a las informaciones y datos requeridos por la CNMV en el ejercicio de sus funciones de inspección y supervisión se encuentra amparada por el art. 11.2.a) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Los datos accedidos únicamente se emplearán para el ejercicio de las mencionadas potestades en los términos previstos en esta Ley”. En similares términos, art. 43.bis. 1 bis LDIEC. Más restrictivo parece el art. 9.2 LITSS que sólo se refiere a la transmisión de “datos de carácter personal objeto de tratamiento automatizado sin necesidad de consentimiento del afectado” respecto de los que tengan las entidades gestoras y colaboradoras y los servicios comunes de la Seguridad Social. El ejemplo más destacable y amplio es el del art. 94.5 LGT que se ocupa conjuntamente de los ficheros públicos y privados: “La cesión de datos de carácter personal que se deba efectuar a la Administración tributaria conforme a lo dispuesto en el artículo anterior (que se ocupa del deber de información tanto de personas públicas como privadas), en los apartados anteriores de este artículo (que se ocupa específicamente del deber de información y colaboración de las autoridades públicas) o en otra norma de rango legal, no requerirá el consentimiento del afectado. En este ámbito no será de aplicación lo dispuesto en el apartado 1 del art. 21 LOPD”. En algún caso, las leyes, al mismo tiempo que consagran la excepción a la necesidad de consentimiento, subrayan las exigencias de proporcionalidad. Así, según el art. 41 de la Ley 33/2011 General de Salud Pública, “las Administraciones sanitarias no precisarán obtener el consentimiento de las personas afectadas para el tratamiento de datos personales relacionados con la salud, así como su cesión a otras Administraciones públicas sanitarias, cuando ello sea *estrictamente necesario* para la tutela de la salud de la población” y “las personas públicas o privadas cederán a la autoridad sanitaria, cuando así se les requiera, los datos de carácter personal que resulten *imprescindibles* para la toma de decisiones en salud pública, de conformidad con lo establecido en la LOPD”.

⁷⁶Lo consagra la disposición adicional primera de la LDIEC según la cual las entidades sometidas a su régimen “están obligadas a guardar reserva de las informaciones relativas a los saldos, posiciones, transacciones y demás operaciones de sus clientes sin que las mismas puedan ser comunicadas a terceros u objeto de divulgación”. Además establece que su incumplimiento es infracción grave. Pero la misma disposición exceptúa “las informaciones respecto de las cuales ... las leyes permitan su comunicación ... o que, en su caso, les sean requeridas o hayan de remitir a las respectivas autoridades de supervisión...”.

como manifestación del derecho a la intimidad (en su caso, también del de protección de los datos personales) y, por tanto, con su régimen permeable a las potestades de inspección administrativa, como, además, proclaman ya expresamente varias normas⁷⁷. Igual fundamento y similar régimen tiene el secreto de muchos profesionales⁷⁸ y, en especial, el **secreto médico** y de otros sanitarios: no es un derecho de los profesionales sanitarios (para ellos es un deber; art. 43.2 de la Ley 33/2011 General de Salud Pública) sino de los pacientes como concreción de sus derechos a la intimidad y, en su caso, a la protección de sus datos personales⁷⁹. Por eso, como pasa siempre con esos derechos, puede ceder si así lo establece una ley ante las necesidades de la Administración, aunque en este caso la proporcionalidad, dado que se afecta a aspectos muy

⁷⁷No es sólo que algunas leyes consagren la potestad inspectora de acceso a las cuentas bancarias [p. ej., el art. 46.1.d) LGSub permite “el libre acceso a información de las cuentas bancarias en las entidades financieras donde se pueda haber efectuado el cobro de las subvenciones o con cargo a las cuales se puedan haber realizado las disposiciones de los fondos”], sino que incluso algunas proclaman, tras otorgar las más amplias potestades para pedir información a bancos y entidades similares, que el incumplimiento de los deberes “no podrá ampararse en el secreto bancario”. Así, art. 11.2 de la LITSS y art. 93.3 LGT. Tal secreto afecta a las relaciones entre banco y cliente y otros particulares, pero no es infranqueable para los poderes inspectores. Lo que sucede es que en algún caso sí que podría chocar el suministro de información bancaria con el derecho a la intimidad o con la protección de datos personales, conflicto que se ha resuelto ampliamente en favor de las potestades de inspección. Sobre ello se pronunció el TC en sus sentencias 110/1984, 76/1990 y 195/1994 y hay ya una amplia jurisprudencia del TS. Especialmente ilustrativa es la STS de 29 de marzo de 1999 (Ar. 3573) que contiene una completa evolución del secreto bancario frente a las potestades de inspección tributaria poniendo de relieve cómo la Ley 50/1977 “terminó con el llamado secreto bancario (prohibición de investigar las cuentas corrientes acreedoras a la vista) que había constituido uno de los mayores obstáculos en la tarea comprobadora e investigadora de la Inspección de Hacienda” y cómo ello se sustituyó simplemente por un procedimiento especialmente garantista, pero sólo para las informaciones más directamente relacionadas con la intimidad. También son de interés las SSTS de 29 de julio de 1983 (Ar. 4005), 24 de septiembre de 1985 (Ar. 4876) y, entre las más recientes, las de 5 y 19 de julio de 2012 (Ar. 7738 y 7965). Además, cuando quien alega el derecho a la intimidad es el banco requerido, el TS afirma que “carece dicha entidad de legitimación para invocar su violación”, lo que sólo podrían hacer los titulares de la intimidad (sentencias de 9 de febrero de 1993, Ar. 2100, y 27 de noviembre de 1999, Ar. 9604).

⁷⁸Por eso es acertado el planteamiento de la LGT en la que, refiriéndose en general a todos los profesionales no funcionarios (aunque con exclusión implícita de los que prestan “asesoramiento y defensa”, a los que se refiere de forma separada), dice que su obligación de informar a la Administración tributaria “no alcanzará a los datos privados no patrimoniales que conozcan por razón del ejercicio de su actividad cuya revelación atente contra el honor o la intimidad personal o familiar” (art. 93.5). Se ve aquí que los secretos profesionales sólo son oponibles a la inspección tributaria -y lo mismos podríamos decir de cualquier otra inspección administrativa- en tanto queden cubiertos por tal derecho fundamental de sus clientes sin que el mero deber de secreto, aunque esté consagrado por sus normas deontológicas o incluso por ley, constituya freno a las potestades inspectoras. Incluso así, el precepto es equívoco porque, en realidad, como sabemos, ni aunque sí esté en juego el derecho a la intimidad del cliente, el secreto de los profesionales constituye un reducto al abrigo de las potestades de inspección. A lo sumo, lo que ese art. 93.5 LGT significa es que, si lo que está en juego son los intereses públicos de que ese ocupa esta Ley, el derecho a la intimidad de los clientes sí permite invocar con éxito el secreto profesional, al menos cuando lo que se le requiere son “datos privados no patrimoniales”. Pero nada permite extrapolar esa solución a, por ejemplo, la inspección sanitaria si está en juego la salud pública.

⁷⁹Así se desprende de toda la configuración legal que establece el deber de los profesionales y servicios sanitarios de respetar la intimidad del paciente y el derecho “a la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso”. De hecho, el art. 7 de la Ley de Autonomía del Paciente establece que “toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud” bajo el rubro “derecho a la intimidad”.

sensibles, llevará a que las potestades de inspección sólo lo puedan restringir ante el peligro de intereses públicos especialmente valiosos, como es la salud pública⁸⁰. Y, en principio, lo mismo habría que decir del **secreto estadístico** pues su fundamento se encuentra, como explica la Exposición de Motivos de la Ley 12/1989 de la Función Pública Estatal, en los derechos a la intimidad y a la protección de datos personales. Pero la Ley ha optado por dar al secreto estadístico un ámbito mayor que el de esos derechos para abarcar a todos los datos personales, incluso los de personas jurídicas⁸¹, y por hacerlo absoluto, es decir, resistente a cualquier necesidad de interés público, por imperiosa que resulte, y sea cual sea la inspección actuante, como incluso alguna ley se encarga de recordar [arts. 93.3.b) LGT y 9.3 LITSS].

6. Por completo distinto es el **secreto de las comunicaciones** (art. 18.3 CE). En principio, parece que este derecho sí que constituye un reducto inaccesible a la inspección administrativa dado que el TC sólo ha admitido la intervención de las comunicaciones ante indicios de

⁸⁰El mismo art. 7 de la Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente que consagra la confidencialidad de los datos referentes a la salud de cada persona aclara que “nadie puede acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley”. O sea, que cualquier ley puede establecer potestades de inspección que permitan tal acceso. La misma Ley, en su art. 16, admite, tras recordar el respeto a la LOPD, que “el personal sanitario debidamente acreditado que ejerza funciones de inspección ... tiene acceso a las historias clínicas en el cumplimiento de sus funciones...”. Por su parte, el art. 41 de la Ley General de Salud Pública dispone que “las Administraciones sanitarias no precisarán obtener el consentimiento de las personas afectadas para el tratamiento de datos personales relacionados con la salud, así como su cesión a otras Administraciones públicas sanitarias cuando ello sea estrictamente necesario para la tutela de la salud de la población”. Correlativamente establece el deber de las personas públicas y privadas de ceder a las autoridades sanitarias “los datos de carácter personal que resulten imprescindibles para la toma de decisiones en salud pública”, aunque por lo general no habrá identificación personal del paciente y quede asegurado el anonimato (art. 16.3 Ley 41/2002). También parece que el secreto médico y la intimidad que protege cede ante el interés público en la averiguación y castigo de delitos. Nótese que el art. 262.3ª LECrim no exige a los médicos del deber de denunciar los delitos que conozcan por razón de su profesión; tampoco los arts. 416 y 417 los dispensa de declarar como testigos. Vid. S. MUÑOZ MACHADO, “El secreto médico”, *RAP*, nº 79 (1976), pp. 139 y ss. Pero otros intereses públicos no se han considerado suficientes para que ceda el secreto profesional de los sanitarios. Sobre los supuestos en que se alegaba el interés fiscal o tributario, véase la STS 6 de marzo de 1989 (Ar. 2177) que anuló el reglamento que imponía que las facturas de los médicos indicaran la operación realizada por vulnerar la intimidad. También es de interés la STS de 2 de julio de 1991 (Ar. 6219). Ni siquiera la Ley 7/2006 sobre dopaje elimina el secreto médico; en concreto, los médicos sólo pueden informar de los tratamientos a que estén sometidos los deportistas si estos consienten (arts. 5.4 y 7.1). Y, por otro lado, el art. 11.2 LITSS dice que “... la obligación de los profesionales de facilitar información no alcanza a aquellos datos confidenciales a que hubiera accedido ... con ocasión de prestaciones o atenciones sanitarias, salvo conformidad previa y expresa de los interesados”.

⁸¹Así se desprende de su art. 13 que considera datos personales todos los referentes a personas físicas o jurídicas ya sea hayan obtenido de los mismos afectados o de otras fuentes y sea cual sea su contenido (aunque no afecten a la intimidad) siempre que permitan, aun indirectamente, identificar al sujeto al que se refieren. Estos datos sólo se pueden ceder a otros órganos para la elaboración de estadísticas y, aun así, con estrictos requisitos (art. 15); y es oponible “frente a todas las Administraciones y organismos públicos” (art. 16). Distinto es que no se incluyan en los datos personales y, por tanto, sí puedan darse a las inspecciones, los meros “directorios que no contengan más datos que las simples relaciones de establecimientos, empresas, explotaciones u organismos de cualquier clase, en cuanto aludan a su denominación, emplazamiento, actividad y el intervalo de tamaño al que pertenecen” (art. 16).

responsabilidad por la comisión de delitos de cierta gravedad, no de ilícitos administrativos⁸². No es ya que le haga falta una resolución judicial, sino que parece que ésta nunca se dará para las inspecciones administrativas⁸³. Pero hay que aclarar que este derecho tiene un ámbito material muy estrecho de modo que la inspección administrativa sí puede afectar a ciertas comunicaciones sin incidir sobre este derecho. Es así porque el derecho del art. 18.3 CE sólo protege las comunicaciones que se estén produciendo, con exclusión de las ya finalizadas (STC 123/2002); y porque, aunque cubre, además de los mensajes, a la identidad de los interlocutores o corresponsales, su momento y duración (STEDH de 2 de agosto de 1984 y STC 114/1984), no alcanza a los paquetes. Por tanto quedan al margen de este derecho la correspondencia postal o electrónica o las conversaciones pretéritas y archivadas⁸⁴, así como el envío de objetos (STC 281/2006)⁸⁵. Todo esto, en su caso, será protegido por el derecho a la intimidad o por algún otro

⁸²Lo ejemplifica la STC 136/2006 que rechazó la intervención de las comunicaciones ante la sospecha de fraude en una ayuda abonada con fondos europeos por no constar que, atendiendo a su cuantía, pudiera ser delito y no mero ilícito administrativo.

⁸³Por ello quizás algunas leyes sobre inspecciones administrativas parecen aludirlo como un límite absoluto. A esto puede entenderse que se refieren el art. 93.4.a) LGT y el art. 9.3 LITSS cuando excluyen del deber de colaboración de los funcionarios públicos con la inspección los supuestos en que “sea aplicable el secreto del contenido de la correspondencia”, aunque el término no es del todo correcto.

Aun así, no creo que pueda descartarse por completo que en algún caso sea proporcionado que la inspección afecte al secreto de las comunicaciones, incluso aunque no haya remotamente un delito, cuando algún interés público lo justifique. Por un lado, es de destacar que con control judicial sí se permite a la Administración penitenciaria la intervención de las comunicaciones de los internos (art. 51 LOGP; y SSTC 175/2000 y 169/2003). Por otro lado, nótese que el art. 33.2 LGTel no cierra los casos en que los operadores estarán obligados a interceptar las comunicaciones a los casos de delito (conforme al art. 579 LECrim), sino que se refiere también a los supuestos que puede hacerlo el Centro Nacional de Inteligencia y a “los previstos en otras normas con rango de ley orgánica”. Además de esta previsión abierta, debe notarse que la posibilidad de que el Centro Nacional de Inteligencia pida y obtenga autorización judicial para interceptar comunicaciones no está constreñida ni por la Ley Orgánica 2/2002 ni por la Ley ordinaria 11/2002 a los supuestos de averiguación de delitos ni es ésa su misión esencial.

⁸⁴Así cabe salvar, por ejemplo, la potestad de requerir los registros telefónicos reconocida a la CNMV y el deber de poner a su disposición, cuando ésta lo considere preciso, “las conversaciones telefónicas de índole comercial que hayan sido gravadas con el consentimiento previo del cliente o inversor” (art. 85.2 LMC). También por referirse a comunicaciones terminadas, podría quedar al margen del art. 18.3 CE la potestad, establecida por la Ley 25/2007, de requerir a los operadores de servicios y explotadores de redes públicas de comunicaciones los datos generados en el ámbito de su actividad durante al menos el último año que sean necesarios para rastrear e identificar el origen y destino de las comunicaciones. Por referirse a comunicaciones terminadas cabría entender que no rige el art. 18.3 CE. Pero lo cierto es que esa Ley 25/2007 sólo admite requerir tal información con autorización judicial y únicamente para la investigación de “delitos graves”, no meros ilícitos administrativos. Tal vez pueda verse en ello una libre opción del legislador para otorgar una protección de la intimidad más allá de lo que impone estrictamente el art. 18.1 CE, una protección que consiste en otorgar a datos simplemente íntimos las garantías más estrictas previstas en la CE sólo para el secreto de las comunicaciones.

⁸⁵Y esto es suficiente para dejar al margen del secreto de las comunicaciones el art. 6.3 de la Ley 43/2010 del Servicio Postal según el cual “el personal de la Comisión Nacional del Sector Postal que desempeñe funciones de inspección postal ... podrá intervenir los envíos postales ... cuando existan sospechas fundadas de que contienen un objeto prohibido o que no se ajusten al contenido declarado en su sobre o cubierta, siempre que sea preceptiva su previa declaración”, intervención que queda circunscrita al “reconocimiento externo, visual o mediante máquinas

derecho (v.gr., confidencialidad de las relaciones con abogados), pero no por el secreto de las comunicaciones. Por tanto, aunque se exija habilitación legal y proporcionalidad, no será necesaria la resolución judicial.

7. Terminemos el elenco de derechos del art. 18 CE con la **inviolabilidad del domicilio** que, aunque no veda el acceso de la inspección a los domicilios, sí que entraña, además de un reforzamiento de los principios de legalidad y proporcionalidad, la necesidad de contar, a falta de consentimiento del titular, con una resolución judicial, que puede obtenerse con carácter preventivo, esto es, sin que todavía conste la oposición del administrado pero haya riesgo de ello (art. 8.6.3º LJCA). Sin pretender abordar aquí el completo alcance de este derecho fundamental frente a la inspección⁸⁶, digamos al menos que, incluso partiendo de un concepto amplio y de su matizada extensión a las personas jurídicas⁸⁷, en algún caso las leyes reguladoras de la inspección han establecido una protección similar para otros lugares que no son domicilio⁸⁸. Lo que hay en

y no afectará en ningún caso al secreto e inviolabilidad de los envíos postales”. En la misma línea, su art. 6.4 deja a salvo “las facultades reconocidas legalmente a determinados funcionarios en el marco del ejercicio de sus funciones de inspección, como las sanitarias, aduaneras, de prevención del blanqueo de dinero o de seguridad o cualquiera otras establecidas en la normativa sectorial, con el fin de detectar la presencia de productos prohibidos”. Todo esto no vulnera el secreto de las comunicaciones porque sólo afecta a los objetos, no a los mensajes.

⁸⁶Lo ha hecho con gran acierto S. FERNÁNDEZ RAMOS, *La actividad administrativa inspectora...*, cit., pp. 274 a 310. Para el derecho europeo, A. GARCÍA URETA, *La potestad inspectora en el Derecho Comunitario. Fundamentos, sectores de actuación y límites*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 404 a 418.

⁸⁷SSTC 137/1985, 144/1987, 64/1998 y 69/1999. Guste mucho o poco esa ampliación de este derecho a las personas jurídicas, lo que no cabe de ninguna forma es que las leyes pretendan excluirla, como en algún caso han hecho. Así, art. 5.1 LITSS: “Si el centro sometido a inspección coincidiese con el *domicilio de la persona física* afectada, deberán obtener su expreso consentimiento o, en su defecto, la oportuna autorización judicial”. Asimismo, el art. 79.1.a) de la Ley 8/2003 de Sanidad Animal dice que “si la inspección se practicara en el *domicilio de la persona física* afectada, deberá obtener su expreso consentimiento o, en su defecto, la preceptiva autorización judicial...”. También hay vestigios de lo mismo en la legislación autonómica; así, art. 47 del Reglamento de Defensa de los Consumidores de Madrid (Decreto 152/2001). Pero, pese a lo que dicen estas normas, iguales requisitos han de cumplirse para acceder al domicilio de las personas jurídicas.

⁸⁸Así sucede en la legislación de defensa de la competencia, tanto en la de la UE [art. 21 Reglamento (CE) 1/2003] como, seguramente por influencia directa de ésta, en la española (art. 40 LDC). Vid. L. SALAMERO TEIXIDÓ, “La autorización judicial de entrada como requisito de las inspecciones acordadas por la Comisión Nacional de la Competencia”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 38 (2011), pp. 351 a 353; J. GUILLÉN CARAMÉS, *Régimen jurídico...*, pp. 210 a 220; y J. M. TRAYTER JIMÉNEZ, *La defensa de las empresas frente a las sanciones de la Administración europea*, Bosch, Barcelona, 1988, pp. 139 y ss. Pero también hay previsiones similares en otros sectores. Por ejemplo, el art. 31.3 del Reglamento de la inspección de los servicios sociales de Andalucía (Decreto 396/2008) dice: “En los casos en que se impida la inspección de un centro o servicio por falta de consentimiento de la persona titular, se solicitará la pertinente autorización judicial de entrada”. También art. 80.2 de la Ley 7/2006 de Protección Ambiental de Aragón y art. 100 de la Ley Forestal de Madrid, en la redacción dada por Ley 3/2007, que impone la autorización judicial para la entrada en cualquier propiedad privada. Además, esta ampliación se da no sólo para la inspección. Téngase en cuenta, por ejemplo, que el art. 51 LEF (tras la redacción que le dio la Ley 53/2002) que, además, expresa claramente que se trata de una protección que supera la del domicilio: “A los efectos de lo dispuesto en el art. 91.2 LOPJ y 8.5 LJCA, únicamente tendrán la consideración de lugares cuyo acceso depende del consentimiento del titular ..., además del domicilio de las personas físicas y jurídicas en los términos del art. 18.2 CE, los locales cerrados sin acceso al público”.

tales hipótesis no es una ampliación legal del concepto constitucional de domicilio o del correspondiente derecho fundamental sino un nuevo límite a las potestades de inspección (quizás para proteger la intimidad más allá del domicilio o simplemente la propiedad⁸⁹) introducido libremente por el legislador sectorial que, si acaso, funciona de manera semejante al que deriva del art. 18.2 CE. Pero, además de que no tendrá la naturaleza ni la protección de un derecho fundamental, esta restricción a las potestades de inspección sólo existe allí donde esté establecida por ley (arg. art. 117.4 CE)⁹⁰ que igualmente puede suprimirla. Mayoritariamente, las leyes no han hecho esta ampliación y, por tanto, es erróneo, aunque frecuente, que las correspondientes inspecciones pidan autorización judicial para entrar en lugares que de ninguna forma son domicilios Y algo similar cabe decir ante las leyes que para la entrada en domicilios exigen precisamente un consentimiento *expreso* del titular⁹¹.

8. Fundamento diferente, al margen ya del art. 18 CE, tiene la **confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente** que, entre otras cosas, conduce a que las potestades de inspección hayan de respetar el **secreto de los abogados**. Esto complementa los derechos

⁸⁹Entiende que lo que se protege en estos casos es la propiedad F. PASCUA MATEO, “Las entradas administrativas en inmuebles de propiedad privada”, en L. MARTÍN REBOLLO (Dir.), *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, pp. 919-920. También en la misma obra colectiva F. LÓPEZ MENUDO, en su sugerente estudio expresivamente titulado “La intervención del juez para la defensa del domicilio ¿y también de la propiedad?”, pp. 1869 y ss., lo que plantea es si lo que late en las ampliaciones de autorización judicial es la tutela de la propiedad. En la misma dirección, L. SALAMERO TEIXIDÓ, “La autorización judicial...”, cit., pp. 347 y 354. Creo, más bien, que lo que el legislador sectorial pretende de ordinario en los casos en que exige autorización judicial para el acceso a lugares que no son domicilios es proteger la intimidad o, más ampliamente, la privacidad. Esa es, desde luego, la justificación de las previsiones comunitarias similares, sobre todo la que rige en la inspección de defensa de la competencia del art. 21 del Reglamento 1/2003; y, por tanto, la que late en el art. 40 LDC. Creo que lo mismo subyace en los otros preceptos que igualmente han ampliado el requisito de la autorización judicial y lo que da sentido a la delimitación que hacen de los locales para los que establecen esta garantía adicional y lo que puede evitar que se desborde y frivolicé aun más la intervención judicial. En esta línea, S. FERNÁNDEZ RAMOS, *La actividad...*, p. 288, aunque apuntando que en algunos casos pudieran estar presentes otros valores constitucionales, como la libertad de empresa.

⁹⁰Implícito está en lo que afirmamos que el art. 91.2 LOPJ (y lo mismo hay que decir del art. 8.6.1º LJCA) no amplía de por sí los lugares para los que el acceso por la Administración requiere autorización sino que simplemente es una norma que establece qué órgano judicial es el competente para otorgarla cuando alguna otra ley la exija pese a no tratarse de un domicilio. En contra, J. BARCELONA LLOP, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Universidad de Cantabria, Santander, 1995, pp. 530-531, aunque limitándolo a los casos de ejecución de actos y dejando fuera los de inspección. Vid. sobre todo F. LÓPEZ MENUDO, “La intervención...”, pp. 1876, 1901-1902 y 1905, que además sintetiza las distintas posiciones doctrinales y jurisprudenciales a este respecto.

⁹¹Aunque hay alguna opinión contraria (J. AMENÓS ÁLAMO, *La inspección urbanística...*, p. 178), en general basta el consentimiento tácito como acepta el art. 551 LECrim o el art. 172.5 RGITrib: se considera que “prestan su conformidad a la entrada y reconocimiento cuando ejecuten los actos normalmente necesarios que dependan de ellos para que las actuaciones puedan llevarse a cabo”. La STC 209/2007 acepta la suficiencia del consentimiento tácito. Pero algunas leyes reguladoras de inspecciones administrativas exigen el consentimiento expreso. P. ej., art. 12.a) de la Ley 32/2007 de Cuidado de los Animales: “... deberá obtener su consentimiento *expreso* o, en su defecto, la preceptiva autorización judicial previa”. Igualmente, entre otros, art. 5.1 LITSS.

fundamentales a la asistencia letrada y a la defensa⁹², y es ello lo que explica que la CE haya aludido al secreto profesional en su art. 24.2. Aquella confidencialidad impide que los poderes públicos accedan a esas comunicaciones: no ya es que la inspección no pueda exigir del abogado que le informe de las comunicaciones con su cliente, sino que tampoco puede pedírselo al cliente ni acceder a la correspondencia o a las conversaciones entre ambos o a los documentos que deriven directamente de esa relación⁹³. Beneficia por igual a personas físicas y jurídicas, y erige una de las barreras más sólidas frente a las potestades de inspección, y que se alza incluso aunque la inspección no vaya a tener repercusiones sancionadoras sino de otro género. Cuestión distinta es que se excluya a las relaciones de las empresas con sus abogados asalariados⁹⁴ o a aquellas otras entabladas por completo al margen de los derechos de defensa⁹⁵. Diferente es también que sea posible establecer mecanismos para evitar que la mera invocación de esta confidencialidad sirva de pretexto para hurtar a la inspección documentos que, en realidad, no están cubiertos por

⁹²Por ello hay que afirmar que se trata de un derecho del cliente, no del abogado; para el abogado es una obligación con su cliente y un deber público por su función institucional. No comparto de ninguna manera la tesis de STC 183/1994 según la cual “... ese supuesto derecho (derecho al secreto profesional) solamente es invocable por el abogado defensor que sería, en su caso, el titular del derecho, y no el demandante (cliente del abogado) sobre el cual únicamente produce efectos meramente reflejos y carece de legitimación para pedir amparo de un derecho fundamental que el es ajeno”. Entiendo que es al contrario: el abogado tiene un deber; el cliente un derecho, el de defensa, que incluye comunicarse con su abogado sin intromisiones y sin la posibilidad de que trascienda. El deber de secreto del abogado constriñe todas las actuaciones y relaciones del abogado, ya sea con sujetos privados distintos de su defendido o con los poderes públicos; y en cuanto a estos se proyecta no sólo en el orden penal (aunque tiene en él especiales consecuencias: dispensa del deber de denunciar delitos y de declarar; arts. 263 y 416 LECrim) sino en todos los órdenes jurisdiccionales y administrativos, incluida, desde luego, cualquier inspección. Lo expresa bien el art. 542.3 LOPJ y lo reconoce la jurisprudencia. Así, ya la STC 108/1984, admitiendo que los abogados conforme al art. 24.2 CE no tienen el deber de informar de lo que conozcan por razón de su profesión, añadía: “Evidentemente y *a fortiori*, tampoco existe el deber de declarar a la Administración sobre estos hechos”.

⁹³Por ello el TJUE incluye en esta confidencialidad hasta a los documentos en poder del cliente e incluso confeccionados por él pero que tienen su origen en sus relaciones con su abogado. Vid. A. GARCÍA URETA, *La potestad inspectora en el Derecho...*, pp. 395-396. Con mayor razón prohíbe la intervención de las comunicaciones entre abogado y cliente, donde se superpone al secreto de las comunicaciones. No obstante, se admite la intervención de la comunicación de los presos con sus abogados si se trata de supuestos de terrorismo por orden judicial (art. 51.2 LOGP; SSTC 183/1994 y 58/1998). Pero esto, claro está, queda extramuros de la pura inspección administrativa.

⁹⁴Así lo ha venido haciendo el TJUE que, aunque con algunas vacilaciones, suele constreñir el secreto a las relaciones con los abogados “independientes”, “no ligados al cliente por un vínculo salarial”. Vid. A. GARCÍA URETA, *La potestad inspectora en el Derecho...*, pp. 394-395; y J. GUILLÉN CARAMÉS, *Régimen jurídico...*, pp. 202-203. Pero creo difícil admitir esta limitación en el Derecho español.

⁹⁵Como explica J. GUILLÉN CARAMÉS, *Régimen jurídico...*, pp. 201-202, el TJUE circunscribe esta confidencialidad a las comunicaciones producidas “en el marco y con los fines del derecho de defensa”, aunque eso no supone limitarla a la producida tras el inicio de un procedimiento sino que incluye también la “anterior que tenga un vínculo de conexión con el procedimiento en cuestión”.

ella y que, incluso, en tanto se resuelva sobre ello, deban entregarse los documentos⁹⁶. En sentido contrario, parece lógico que el mismo régimen se extienda a otras profesiones que a ciertos efectos realizan una función de asesoramiento jurídico y defensa similar a la de los abogados⁹⁷.

9. Los derechos fundamentales que hemos analizado tienen una segunda vertiente: si pese a todo se ha permitido que la inspección penetre en los ámbitos de privacidad y de secreto que aquellos resguardan, la Administración ha de garantizar que la información obtenida no trascienda ni se utilice más allá de lo necesario; o sea, si ciertos intereses generales llevaron a que el particular compartiera con la inspección sus secretos, desde ese momento la Administración debe guardar también el secreto. Esto supone que la Administración debe dar un **trato confidencial a los documentos e información obtenidos**. Tiene ello tres consecuencias:

a) En primer lugar, comporta **excepciones al acceso de los expedientes** y archivos administrativos para que los particulares no conozcan el secreto con lo que se limita, de una parte, la posibilidad de que los interesados en un procedimiento vean el expediente⁹⁸ y, de otra,

⁹⁶A este respecto rige en el Derecho europeo de la competencia un sistema, construido por el TJUE, en el que corresponde a la empresa probar que el documento requerido se encuentra amparado por esta confidencialidad y que en principio no impide que los inspectores se lleven el documento en un sobre lacrado a la espera de la resolución jurisdiccional del conflicto. Vid. A. GARCÍA URETA, *La potestad inspectora en el Derecho ...*, pp. 397-398; J. M. BAÑO LEÓN, *Potestades administrativas...*, p. 203; L. CASES PALLARÉS, *Derecho Administrativo de defensa de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 115. En el Derecho español de la competencia, sin embargo, se viene aceptando que la inspección conozca los documentos y que, tras ello, si efectivamente comprueba que están afectados por la confidencialidad de las relaciones entre abogado y cliente, los devuelva y elimine del expediente; vid. J. GUILLÉN CARAMÉS, *Régimen jurídico...*, pp. 207 a 210.

⁹⁷Tanto el 11.2 LITSS como el art. 93.5 LGT no se refieren precisamente a los abogados sino a quienes hayan tenido información como consecuencia de la “prestación de servicios profesionales de asesoramiento o defensa”, lo cual podría incluir a graduados sociales, asesores fiscales, etc. Por el contrario, otras leyes, como la Ley de Prevención del Blanqueo de Capitales, reconocen específica y rotundamente el secreto de los abogados (art. 22). En cualquier caso, no debe extenderse a los notarios. Su posición es por completo distinta de la de los abogados como distinta es su función esencial, la de la fe pública; incluso su régimen se aproxima en parte al de los funcionarios y tiene, además, unos deberes amplios de colaboración con diversas ramas de la Administración, especialmente con la tributaria. Todo ello inclina por negar que su secreto profesional dé cobijo a un límite a las potestades administrativas de inspección; menos todavía que pueda tener anclaje en el derecho fundamental de defensa o en alguno de los del art. 24.2 CE. Cosa distinta es que si se reconozca como límite a las potestades de inspección el secreto del protocolo notarial (así, art. 9.3 LITSS) y, aun así, el art. 93.4.c) LGT lo constriñe a los testamentos e instrumentos relativos a cuestiones matrimoniales, salvo el régimen económico. Y diferente es también que en algún caso, tanto para otros aspectos de su función de fe pública como para la de asesoramiento, el derecho a la intimidad de sus clientes sí que pueda cubrir parte de las informaciones que la inspección les requiera. Pero ello, como nos consta, no comporta un límite infranqueable sino la necesidad de habilitación legal y de respeto al principio de proporcionalidad. Todo estos aspectos son analizados por M^a P. ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, *El ejercicio privado de la fe pública notarial*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 144 a 146, 175-176 y 191-192.

⁹⁸El art. 84.1 LRJAP excluye de la vista del expediente en el trámite de audiencia a los interesados “las informaciones y datos a que se refiere el art. 37.5” y allí se alude a “los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial”. Aunque esa alusión es acertada no lo es que no la haya también a otros aspectos confidenciales, que están contemplados en otros apartados del art. 37 LRJAP. Hay otras normas específicas en la

el acceso público a los archivos y registros administrativos⁹⁹.

misma línea; ej., art. 6.4 in fine RD 1801/2003: "La información amparada por el secreto comercial e industrial no será divulgada ni destinada a otra finalidad distinta a la que justifica su recepción". Pero incluso admitido así, en nuestro Derecho no siempre se prevén vías para que el afectado imponga que se excluyan de la vista de otros interesados los documentos confidenciales. En la legislación europea de defensa de la competencia sí está regulado con detalle. Sobre todo en el art. 16 del Reglamento 2004/773, en el que se prevén solicitudes de confidencialidad, versiones de los documentos en los que se excluyan los elementos confidenciales, indicaciones a las partes sobre las informaciones suprimidas... y una presunción de que, si el interesado no dice ni pide nada, los documentos no contienen información confidencial. Vid. A. GARCÍA URETA, *La potestad inspectora en el Derecho Comunitario*, pp. 399 a 404. Algo similar hay en nuestro Derecho en el art. 20 del Reglamento de Defensa de la Competencia. También hay otras previsiones específicas; por ejemplo, en la disposición adicional 4ª LGTel (vid. J. VIDA FERNÁNDEZ, "Publicidad y confidencialidad...", pp. 885 y ss.); en el art. 7 del Reglamento de residuos tóxicos (RD 833/1988): "Los productores y gestores ... podrán formular a la Administración petición de confidencialidad respecto ... de la información que aportan. La Administración accederá a lo solicitado, salvo que existan razones suficientes para denegar la petición, en cuyo supuesto la resolución habrá de fundamentarse motivadamente"; más lacónicamente, art. 54.4 de la Ley canaria 7/2011 de actividades clasificadas y espectáculos públicos: "Las personas titulares de actividades o instalaciones que proporcionen información a la Administración inspectora pueden invocar el carácter confidencial de la misma en los aspectos relativos a los procesos fabriles y a cualesquiera otros cuya confidencialidad esté reconocida legalmente". Pero no hay una regulación general que sería oportuna. Aunque no se refiera propiamente a los datos obtenidos por la inspección, es orientador el art. 30 del RD 1131/1988 según el cual "el titular del proyecto ... podrá indicar qué parte de la información contenida en la Evaluación de Impacto Ambiental considera de trascendencia comercial o industrial ... y para la que reivindica la confidencialidad..." y la Administración "decidirá sobre "la información que... esté exceptuada del secreto comercial o industrial y sobre la amparada por la confidencialidad".

Además también debe garantizarse que los documentos confidenciales no lleguen al conocimiento de las partes en el contencioso-administrativo, como explica y analiza J. M. BAÑO LEÓN, *Potestades...*, pp. 211 a 214. La actual LJCA sólo prevé que se excluyan del expediente remitido al juez "los documentos clasificados como secretos oficiales" (art. 48.6). En realidad, estos otros documentos con datos confidenciales de una persona privada deben ser enviados al juez y éste debe poder conocerlos, igual que los conoció el órgano administrativo. Quienes no deben acceder a ellos -o sólo deben acceder a las versiones con exclusión de los datos confidenciales- son las partes, por lo menos respecto de los documentos que tampoco pudieron conocer en vía administrativa. Sí aborda la cuestión el art. 90.5 LMV: "Las autoridades judiciales que reciban de la CNMV información de carácter reservado vendrán obligadas a adoptar las medidas pertinentes que garanticen la reserva durante la sustanciación del proceso de que se trate". También art. 75.2.e) TR de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados. Y lo que falta en la LJCA es algún mecanismo que permita al interesado pedir que se niegue a los otros litigantes la vista de tales documentos. Sirven de referencia los arts. 232 LOPJ y 226 y 229 LECrim.

Un remedio complementario, aunque me temo que poco eficaz, es imponer un deber de secreto a las partes que hayan accedido a estos documentos confidenciales (v. gr., art. 43 LDC).

⁹⁹Por amplias que sean, se trata de excepciones porque la transparencia y publicidad de la Administración exige que la regla general sea el acceso a los documentos elaborados u obtenidos por la inspección. Incluso cabe sostener que, en tanto que la inspección investiga la existencia de riesgos que afectan a los ciudadanos en general (riesgos sanitarios, ambientales ... o hasta riesgos financieros de las entidades a las que confían sus ahorros y su futuro económico), el deber de transparencia y la posibilidad de acceso a la información administrativa debe reforzarse. En alguna medida, lo refleja la Ley 27/2006 de acceso a la información ambiental. La regulación general se encuentra actualmente en el art. 37 LRJAP del que ahora sólo nos interesa recordar que, aunque no se circunscribe, desde luego, a los datos obtenidos por las inspecciones administrativas, también afecta a estos y que veda el acceso público a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad [apartado 2, que se corresponde con los arts. 18.1 y 105.b) CE que ya preveía limitaciones "en lo que afecte a la intimidad de las personas"] y los nominativos aunque no contengan datos íntimos (lo que aproximadamente se puede asimilar con los amparados por el derecho a la protección de datos personales) incorporados a procedimientos sancionadores o disciplinarios (apartado 3), lo que puede acabar siendo el caso de muchos documentos conseguidos o elaborados por los servicios de inspección, así como los relativos al secreto comercial o industrial [apartado 5.d)]. Estos mismos están excluidos de su ámbito por la Ley 37/2007 de reutilización de la información del sector público (art.3.3). Los demás documentos obtenidos o elaborados por la inspección sí son de acceso público en las condiciones generales. Este art. 37 LRJAP será derogado por la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, cuyo Proyecto (BOCG; Congreso de los Diputados, serie A de 7 de septiembre de 2012) se encuentra en tramitación.

b) En segundo lugar, entraña el deber de **secreto de los inspectores**, deber que, además de estar establecido con carácter general (art. 53.12 EBEP), recuerdan y refuerzan obsesivamente la mayoría de las normas de inspección¹⁰⁰, que incluso les eximen del deber de declarar como testigos en procesos penales¹⁰¹ y que se respalda con penas y sanciones¹⁰². Y

En lo que ahora más nos interesa, se establece que el derecho de acceso a la información pública podrá ser restringido cuando “suponga un perjuicio para: ... h) Los intereses económicos y comerciales... j) El secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial...”. Asimismo prevé restricciones para la protección de datos personales que van desde una prohibición absoluta de acceso cuando se trate de los datos más sensibles a una ponderación caso por caso de los intereses en conflicto. Por lo demás, la ya aludida Ley 27/2006 también impone límites al acceso a la información ambiental si “puede afectar negativamente ... d) A la confidencialidad de datos de carácter comercial e industrial, cuando dicha confidencialidad esté prevista en una norma con rango de Ley o en normativa comunitaria, a fin de proteger intereses económicos legítimos, incluido el interés público de mantener la confidencialidad estadística y el secreto fiscal”; e) A los derechos de propiedad intelectual e industrial; f) Al carácter confidencial de los datos personales...”. Incluso el RD 1254/1999 sobre control de riesgos de accidentes graves que se refiere como límite a la información pública de los datos a “los secretos comerciales e industriales, con inclusión de la propiedad intelectual e industrial” (art. 21). También es muy ilustrativa la regulación relativa a alimentos. En especial, el art. 7 del Reglamento (CE) 882/2004, sobre controles de alimentos, piensos, salud y bienestar de los animales, que precisamente bajo el rubro contradictorio de “transparencia y confidencialidad” pone de relieve la tensión entre el interés por informar al público del resultado de las inspecciones y el de observar el necesario secreto para respetar los derechos de los afectados.

¹⁰⁰P. ej., art. 25.3 Ley 21/2003 de Seguridad Aérea: “El personal que desempeñe, participe o haya desempeñado o participado en funciones relacionadas con la inspección aeronáutica está obligada a guardar el debido secreto respecto de los hechos, datos, informaciones, origen de posibles denuncias o antecedentes que conocieran en relación con el ejercicio de sus funciones. Los obligados por el deber de secreto no podrán divulgar, comunicar o difundir dicha información y sólo podrán prestar declaración cuando expresamente hayan sido autorizados para ello por la Agencia Estatal de Seguridad Aérea”; art. 12.2 LITSS: los inspectores de trabajo “vendrán obligados a observar el secreto y a no revelar, aun después de haber dejado el servicio, los datos, informes o antecedentes de que puedan haber tenido conocimiento en el desempeño de sus funciones, salvo para la investigación y persecución de delitos públicos, en el marco legalmente establecido para la colaboración con la Administración laboral, la de la Seguridad Social, la tributaria, la de lucha contra el fraude en sus distintas clases, y a la de colaboración con comisiones parlamentarias de investigación...”; etc. Algunas leyes presentan conjuntamente este deber de secreto de los inspectores y el de la Administración de no utilizar la información conseguida con una finalidad distinta. Así, el art. 90 LMV regula bajo el rubro “secreto profesional” no sólo el deber del personal sino la prohibición para la CNMV de transmitir a terceros la información salvo las excepciones que se señalan. No es erróneo porque son las dos caras de una misma moneda.

¹⁰¹El art. 417 LECrim exime del deber de declarar como testigos a los funcionarios “cuando no pudieran hacerlo sin violar el secreto que por razón de sus cargos estuvieran obligados a guardar o cuando, procediendo en virtud de obediencia debida, no fueren autorizados por su superior jerárquico para prestar la declaración que se les pide”. Es esto lo que parecen haber tenido en cuenta algunas leyes al prever específicamente la necesidad de autorización superior. Dice, por ejemplo, el art. 90.3 LMV: “Todas las personas que desempeñen o hayan desempeñado una actividad para la CNMV y hayan tenido conocimiento de datos de carácter reservado están obligadas a guardar secreto... Estas personas no podrán prestar declaración, ni publicar, comunicar, exhibir datos o documentos reservados, ni siquiera después de haber cesado en el servicio, salvo expreso permiso otorgado por el órgano competente de la CNMV. Si dicho permiso no fuera concedido, la persona afectada mantendrá el secreto y quedará exenta de la responsabilidad que de ello emane”. En parecidos términos, art. 90.1 de la Ley 10/2010 de Prevención del Blanqueo de Capitales; art. 75.1.1º TR de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados...

¹⁰²El EBEP tipifica como falta muy grave su transgresión [art. 95.2.e)]. También puede constituir en determinadas circunstancias delito (sobre todo, art. 417.1 CPen: “La autoridad o funcionario público que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados...”). Además, diversas normas reguladoras de la inspección aluden a estas responsabilidades disciplinarias y penales o incluso llegan a tipificar específicamente como infracción la transgresión de este deber de secreto. Vid.

c) Por último, conduce a establecer **restricciones al uso administrativo de la información conseguida por cada inspección** a la que ahora nos referiremos.

Importa destacar que este trato confidencial por parte de la Administración y sus tres consecuencias enunciadas forman también parte del correspondiente derecho fundamental¹⁰³. Ello, a su vez, conduce a afirmar que sólo cabrán excepciones en virtud de habilitación legal y respetando de nuevo el principio de proporcionalidad. O sea, que lo que estos derechos imponen a este respecto no es una prohibición absoluta de que los secretos revelados a la inspección trasciendan para otros usos; tampoco que la información obtenida no tenga más uso que el que originariamente la justificó; pero sólo será constitucional que la información alcanzada por una inspección salga de su ámbito y destino inicial en tanto que esté previsto por ley y sea proporcionado para algún interés público diferente del que permitió su conocimiento.

De esas tres consecuencias del deber de confidencialidad nos interesa doblemente la tercera, la que reduce el uso administrativo de la información obtenida por cada inspección, porque, al mismo tiempo que limita la salida de información desde la inspección que la ha logrado hacía fuera, también, a la inversa, limita la entrada de información porque **restringe la potestad de cada rama de la inspección administrativa de recabar datos de otras**. Aun así, en las leyes hay a este respecto soluciones de muy distinta intensidad. La opción más radical es la del art. 40.5 LDC: “Los datos e informaciones obtenidos sólo podrán ser utilizados para las finalidades previstas en esta Ley”¹⁰⁴. Algo más moderada es la LGT que, aun partiendo de la

L. MARTÍN REBOLLO, “Régimen de responsabilidad del inspector de consumo como funcionario en los ámbitos civil, penal y disciplinario. Referencia al deber de sigilo”, en *La inspección de consumo en el contexto de la actuación administrativa*, Gobierno Vasco, Vitoria, 1992, pp. 99 a 103.

¹⁰³Con acierto E. GUICHOT, *Datos personales...*, pp. 151-152 llega a decir que, ya que se permite conseguir datos personales sin consentimiento del afectado, la sustancia del derecho es “el necesario destino exclusivo de las informaciones personales para finalidades conocidas y determinadas”. La idea la desarrolla convincentemente E. BUENO GALLARDO, *La configuración ...*, p. 659, que conforma el contenido esencial del derecho a la intimidad, entre otros elementos, con “la previsión del deber de sigilo de cuantos tuvieren conocimiento de la información recabada” pues sin tal “se estaría estableciendo una intromisión manifiestamente desproporcionada” (p. 659, y lo corrobora con la jurisprudencia del TC en pp. 744 a 750). Y de otra parte explica que la previsión legal de la cesión de datos íntimos será contraria al derecho si no es estrictamente necesaria y proporcionada para la realización de un contravalor constitucional (p. 719).

¹⁰⁴Sólo permite que fluya la información obtenida por la Comisión Nacional de la Competencia hacia las otras autoridades de defensa de la competencia, como establece el art. 18 LDC. Esta solución viene inspirada por una regla similar del Derecho europeo de la competencia (art. 12 Reglamento 1/2003) que, además, es interpretada restrictivamente como demostró, precisamente en un caso relacionado con España, la STJUE de 12 de julio de 1992, asunto C-67/91, Asociación de la Banca Española. Vid. J. C. LAGUNA DE PAZ, “Las potestades administrativas de investigación...”, p. 41. La norma, sin embargo, no rige en sentido contrario. Lejos de ello se establece exactamente la regla opuesta, esto es, que las otras Administraciones sí que vienen obligadas a dar toda la información de que dispongan a la CNC, lo que está consagra rotundamente el art. 39.1 LDC y, más específicamente, para “los reguladores sectoriales”, el art. 17.2.a) LDC.

prohibición general de cesión de los datos de la inspección tributaria¹⁰⁵, admite diez excepciones, alguna de las cuales permite, aunque con cuentagotas, transferir su información a otras inspecciones¹⁰⁶. Otras leyes establecen soluciones similares¹⁰⁷ o excepciones más amplias¹⁰⁸ y algunas optan casi por la solución contraria¹⁰⁹. Siempre que se respete el mínimo exigido por los

¹⁰⁵Proclama incluso como un derecho de los obligados tributarios el “carácter reservado de los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración tributaria, que sólo podrán ser utilizados para la aplicación de los tributos o recursos cuya gestión tenga encomendada y para la imposición de sanciones, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros, salvo en los casos previstos en las Leyes” [art. 34.1.i)]; y correlativamente establece que “los datos ... obtenidos por la Administración tributaria ... en el desempeño de sus funciones (incluida la de inspección) tienen carácter reservado y sólo podrán ser utilizados para la efectiva aplicación de los tributos ... sin que puedan ser cedidos o comunicados...” (art. 95.1).

¹⁰⁶Fundamentalmente la relativa a la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social y servicios comunes de la Seguridad Social, las que sirvan a la lucha contra el fraude en la obtención de subvenciones y las de colaboración con los órganos específicos de lucha contra el blanqueo de dinero. Las demás excepciones se refieren fundamentalmente a la colaboración con órganos parlamentarios o judiciales. Salvo esas excepciones, sólo puede ceder sus datos a otros órganos administrativos “previa autorización de los obligados tributarios a que se refieran los datos suministrados” [art. 95.1.k)]. Con razón entiende E. BUENO GALLARDO, *La configuración constitucional...*, pp. 729-730, que este art. 95 LGT “resulta excesivamente restrictivo” y hasta apunta que pudiera ser inconstitucional en tanto que otros derechos y bienes constitucionales pueden reclamar la utilización de los datos con los que cuenta la Administración tributaria sin que este artículo permita acceder a ellos.

¹⁰⁷Por ejemplo, art. 75. 2 y 3 del TR de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados; asimismo, Ley 21/2003 de Seguridad Aérea: su art. 18 establece como regla general que los datos obtenidos sólo pueden ser utilizados para los fines específicos y un amplio “deber de reserva”; y el art. 19.1 enumera los pocos casos en que pueden ser cedidos a otros órganos públicos.

¹⁰⁸Así, el art. 90.4 LMV enumera hasta quince excepciones, entre ellas en favor del Banco de España, la Dirección General de Seguros, los órganos encargados de prevenir el blanqueo de dinero, la Administración tributaria (previa autorización indelegable del Ministro de Economía), etc.

¹⁰⁹Es decir, por establecer que los datos obtenidos pueden o hasta deben ser transmitidos, incluso *motu proprio*, a otros servicios administrativos. Un buen ejemplo, ofrece el art. 33.5 LOTT: “Si en su actuación, el personal de los Servicios de Inspección del Transporte Terrestre descubriere hechos que pudiesen ser constitutivos de infracción de la normativa reguladora de otros sectores, especialmente en lo referente al ámbito laboral, fiscal y de seguridad vial, lo pondrá en conocimiento de los órganos competente en función de la materia de que se trate”. También art. 10.3 del Reglamento de inspección de comercio y consumo de Valencia, Decreto 114/2012: “Si en el ejercicio de sus funciones la inspección detectase irregularidades ante las que deban actuar otros órganos de la Administración, se deberán remitir a éstos las actuaciones practicadas”; art. 19.2.f) del RD 1254/1999 sobre control de riesgo de accidentes graves: “Cuando de los informes de inspección se desprendan datos de interés relevante para otras áreas de actuación administrativa, en materia de riesgos para la salud humana, seguridad y salud laboral, seguridad y calidad industrial, ordenación del territorio y urbanismo, medio ambiente o puertos, los órganos competentes de las CCAA remitirán copia de tales informes a las respectivas autoridades ... a fin de que puedan adoptar las medidas pertinentes”; etc. Sorprendente es la Ley antidopaje: aunque establece el deber de secreto y que los datos obtenidos “sólo podrán utilizarse para los fines de control de dopaje”, añade que también pueden servir para la denuncia de cualquier infracción administrativa (arts. 34.2 y 35.2). No es muy distinto el art. 48.1 de la LGSub: “... Los datos, informes, o antecedentes obtenidos en el ejercicio de dicho control sólo podrán ser utilizados para los fines asignados al mismo fin, servir de fundamento para la exigencia de reintegro y, en su caso, para poner en conocimiento de los órganos competentes los hechos que puedan ser constitutivos de infracción administrativa, responsabilidad contable o penal”. Según el apartado 2 el personal controlador lo pondrá en conocimiento de la IGAE y será ésta la que lo remita al órgano competente para imponer sanciones “fiscales, laborales, de Seguridad Social o de defensa de la competencia”, como dice B. SESMA SÁNCHEZ, “El control financiero”, ..., p. 549.

derechos fundamentales afectados, no cabe hacer reparos a esta diversidad. Pero sí es criticable que las previsiones de unas leyes prohibiendo que la información obtenida se ceda choquen con las de otras estableciendo la potestad inspectora de recabar información de las demás inspecciones¹¹⁰.

10. Hay un último derecho fundamental, muy distinto de los anteriores, que eventualmente podría fundar otro reducto de resistencia frente a las potestades de inspección: el **derecho a no declarar contra sí mismo** y a no confesarse culpable (art. 24.2 CE). Hoy se acepta que tal derecho rige en el procedimiento administrativo sancionador, al igual que en el proceso penal¹¹¹. Pero lo que aquí nos incumbe es si rige frente a la inspección cuando todavía no se ha incoado un procedimiento sancionador. Hay que partir de una respuesta general negativa por la sencilla razón de que, si no rige en los procedimientos administrativos encaminados al ejercicio

¹¹⁰Por no salirnos de los ejemplos vistos, según la LDC los órganos encargados de su aplicación podrían recabar datos de las Administraciones tributarias (art. 39.1), pero en la LGT no se permite que éstas cedan sus datos a la CNC. Y viceversa: el art. 94.1 LGT parece permitir que la inspección tributaria exija a todos los organismos administrativos, sin excluir ninguno y tampoco a la CNC, los datos con trascendencia tributaria con que cuenten pero, como hemos visto, el art. 40.5 LDC no permite cederlos para ningún fin distinto del de esa ley, tampoco para la aplicación de los tributos. Los ejemplos son numerosos. Así, pese a que como hemos visto la CNMV o la CNC pueden pedir todo, si por ejemplo, se dirigiesen a la Intervención General de la Administración del Estado para que les dé la información que obre en la base de datos sobre subvenciones, la Intervención denegará la información conforme al art. 20.4 LGSUB que sólo admite la cesión de la información contenida en esa base de datos para la persecución de fraudes en la obtención de ayudas públicas, para la prevención del blanqueo de dinero y para la colaboración con la Administración tributaria y de la Seguridad Social (art. 20.4 LGSUB).

En general, parece que cada ley reguladora de una inspección tiende a darle todos los poderes para conseguir los datos de otra y, al mismo tiempo, a negar que ella dé los propios a las demás. Y no siempre es fácil determinar si debe prevalecer la norma que quiere que fluya la información o la que establece lo contrario, la que abre puertas o la que las cierra. Es el legislador el que, ponderando los intereses en juego, debe optar por una u otra solución; pero da la impresión de que su juicio es voluble y que está demasiado condicionado por la visión parcial de los órganos administrativos que hayan intervenido en la elaboración del anteproyecto. Una solución a estas contradicciones ofrece el art. 49 Ley 10/2010 de Prevención del Blanqueo de Capitales: establece el “carácter reservado” de toda la información de que dispone la Comisión de Prevención de Blanqueo de Capitales y la prohibición general de su cesión con limitadísimas excepciones, pero admite que le puedan requerir información las autoridades administrativas “en virtud de ... normas con rango de ley” debiendo invocar “expresamente el precepto legal que habilite la petición de información” y obligándose al mismo deber de secreto estricto del personal de la Comisión.

¹¹¹Así es incontrovertible en España donde incluso se ha afirmado con razón, pese a algunas declaraciones contrarias del TC nunca explicadas, que rige en iguales términos que en el proceso penal. Vid. L. ALARCÓN SOTOMAYOR, *El procedimiento administrativo sancionador...*, p. 186. Y así acabó por aceptarlo el TEDU y, por influencia de éste, el TJUE, pese a que hubo más dudas y resistencia inicial. Son muy interesantes las conclusiones del Abogado General Marco Darmon presentadas el 18 de mayo e 1989 en los asuntos Orkem y Solvay. Por una parte, recuerda que, pese a las propuestas que hubo para que se recogiera expresamente este derecho en la regulación del procedimiento de defensa de la competencia, se optó deliberadamente por excluirlo. Por otra parte, tras pasar revista a los distintos Derechos de los Estados miembros, no consideró que se dedujera un principio común. Al contrario, observó que sólo en España regía indudablemente el derecho a no declarar contra sí mismo en los procedimientos administrativos sancionadores y, en menor medida y con excepciones, en Alemania.

de potestades no sancionadoras¹¹², no hay razón para que impere en la actuación previa de la inspección que, si acaso, es su antecámara. Por tanto, hay que afirmar que el derecho a no autoinculparse no exime de los deberes de información para con la inspección¹¹³.

Sin embargo, se aceptan por los tribunales ciertas matizaciones. Aunque las formulan de diferente forma, lo que late en todas ellas es lo que alguna vez ha dicho el TJUE: hay que evitar que el derecho “quede irremediamente dañado en los procedimientos de investigación previa”¹¹⁴. Y es eso lo que en ocasiones ha llevado a reconocer el derecho a no autoinculparse a quien, aunque todavía no ha sido acusado porque ni siquiera ha empezado un procedimiento punitivo, es ya, según puede decirse aproximativamente, un “*imputado inminente*”¹¹⁵.

¹¹²Esto es indudable, aunque no se suele recalcar. Si el derecho a no declarar contra sí mismo no rige en un proceso civil en el que, por ejemplo, se ventile si un particular debe a otro una cantidad, ¿por qué haría de regir en un procedimiento administrativo sobre reintegro de subvenciones o sobre liquidaciones tributarias? Por ninguna razón. Lo mismo hay que mantener, por supuesto, ante un procedimiento para decidir si se retira del mercado un producto, si se cierra una industria, si se demuele una construcción, si se interviene una entidad de crédito, si se revoca una autorización... Cuando nada de esto se imponga en virtud de una potestad sancionadora, no habrá razón alguna para que se pueda invocar el derecho a no declarar contra uno mismo en el procedimiento correspondiente. Lo expresa bien la STJUE de 10 de noviembre de 1993, *Otto B.V.* Asunto C-60/92, apartado 16: “Tratándose ... de un procedimiento que afecta exclusivamente a relaciones privadas entre particulares y que no puede dar lugar directa o indirectamente a que una autoridad pública imponga una sanción, el Derecho comunitario no impone que se reconozca a una parte la facultad de no dar respuestas por las que se vea obligada a admitir la existencia de una infracción de las normas sobre la competencia. En efecto, esta garantía está destinada esencialmente a proteger al particular contra las medidas de investigación ordenadas por la autoridad pública para que admita la existencia de comportamientos que le expongan a sanciones penales o administrativas”.

¹¹³La exposición más completa y correcta es la de L. ALARCÓN SOTOMAYOR, *El procedimiento administrativo sancionador...*, pp 202 y ss. En p. 207 ya afirma: “La regla general es que el derecho a no declarar contra sí mismo no rige en la inspección administrativa”. En las páginas siguientes demuestra que ésta es la solución acertada (pp. 215 y 217) y la que se desprende en general de la jurisprudencia constitucional (pp. 216 y 219) y ordinaria (p. 208) española, de la del TEDH (pp. 209-210 y 221-222) y hasta de la del TJUE (pp. 205 y 223), pese a que hay opiniones doctrinales más o menos contrarias que extienden con mayor o menor amplitud y con unas u otras consecuencias el derecho a no autoinculparse a la inspección (pp. 212 y 214). Entre ellas cabe destacar aquí la de E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas Thomson Reuters, Madrid, II, 10ª ed., 2011, p. 202; y la de R. PARADA VÁZQUEZ, “Estudio preliminar” a la obra de . LOZANO CUTANDA, *La extinción de las sanciones administrativas*, Marcial Pons, Madrid, 1990, p. 16.

¹¹⁴STJUE de 18 de octubre de 1989, *Orkem*, asunto 374/87: “Si bien es cierto que el derecho de defensa debe ser respetado en los procedimientos administrativos que pueden dar lugar a una sanción, *ha de evitarse al mismo tiempo que el mencionado derecho quede irremediamente dañado en los procedimientos de investigación previa*, que pueden tener un carácter determinante para la constitución de pruebas... Por consiguiente, si bien algunas manifestaciones del derecho de defensa afectan únicamente a los procedimientos contradictorios que siguen a una comunicación de los cargos imputados, otras deben ser respetadas en la fase de investigación previa”.

¹¹⁵Esta idea del “imputado inminente” o del “imputado material”, aunque todavía no haya sido acusado formalmente, se refleja sobre todo en cierta jurisprudencia del TEDH, como recoge L. ALARCÓN SOTOMAYOR, *ibídem*, pp. 222 a 224. Pero es también la que subyace en ciertos pronunciamientos del TC y del TS, como explica la misma profesora en pp. 225 a 227, que extienden el derecho al “imputado o a quien pueda adquirir tal condición”, a aquél “sobre el que recae o puede recaer la imputación”, a quien “pueda razonablemente terminar siéndolo”... Así mismo es la que puede dar sustento a la jurisprudencia del TJUE cuando reconoce el derecho en la investigación preliminar a los procedimientos sancionadores en materia de defensa de la competencia.

En esta extensión del derecho a no autoinculparse a momentos anteriores al procedimiento sancionador, que se da también en el orden penal, hay un fondo acertado. Pero no es claro si este criterio del imputado inminente consigue acotar con justicia los sujetos y los supuestos que se benefician del derecho pues deja fuera a aquéllos imputados potenciales contra los que la Administración no tiene todavía sospechas pero cuyas respuestas veraces serán indefectiblemente autoincriminatorias. Además genera un cúmulo de incertidumbres porque no se sabe muy bien quién es o desde cuándo existe ese imputado inminente ni a qué le faculta tal derecho ni qué prohíbe a la Administración. De la jurisprudencia de todos los órdenes, que se debate en dudas y siempre con el telón de fondo de no reconocer un derecho que arruine potestades de inspección que se consideran indispensables para asegurar los intereses generales¹¹⁶, sólo cabe deducir una tendencia general restrictiva. Ello sirviéndose, según los casos, de distintos argumentos¹¹⁷. Si acaso, lo que puede observarse, aun dentro de un casuismo

¹¹⁶Así, invocan para negar la aplicación del derecho como justificación la eficacia administrativa: “sin la colaboración del contribuyente y la aportación por éste de datos personales de alcance económico, la labor inspectora resultaría prácticamente imposible...”, dice por ejemplo la STC 76/1990; si se reconociera el derecho en las investigaciones previas se “obstaculizaría en la práctica de modo insostenible la regulación efectiva por razones de interés público”. En igual sentido el TJUE arguye que hay que “preservar el efecto útil” de las potestades de inspección otorgadas a la Comisión.

¹¹⁷Unas veces se dice que el derecho no rige cuando entre las respuestas a los requerimientos de la inspección y una futura imputación no haya un “vínculo concreto suficiente” sino una conexión hipotética o remota; en otras ocasiones se entiende que el derecho sólo prohíbe las preguntas cuya respuesta suponga directamente una confesión de culpabilidad, o casi, pero no las que versen sobre circunstancias objetivas aunque puedan contribuir a la inculpación. Así lo acepta el TJUE (desde sus sentencias Orkem y Solvay, procede a analizar cada pregunta y sólo considera ilícitas las directamente incriminatorias pero no las que, dice, se refieren a hechos objetivos.) y a veces la misma idea encuentra reflejo en el TC. En esta dirección se mueve destacadamente la STC 197/1995. Afirma que al pedir al propietario del vehículo que identifique al conductor no se le conmina “a declarar sobre la supuesta infracción de tráfico, sino simplemente a comunicar a la Administración el nombre del conductor del vehículo, de modo que, aunque concurren en una misma persona las circunstancias del conductor y propietario del vehículo, a éste no se le impone el deber ni de efectuar declaración alguna sobre la infracción ni de autoinculparse de la misma...”; y después: “... no se compele al propietario del vehículo a emitir una declaración admitiendo su culpabilidad ... sino a exigir su colaboración...”; de forma que “no supone ... la emisión de una declaración que exteriorice el contenido inculpatario...”. Critica agudamente esta sentencia M. CASINO RUBIO, *La increíble historia del deber de identificar al conductor infractor*, Civitas, Madrid, 2010, pp. 56 a 67. En verdad, es difícil, y puede resultar formalista y artificioso, establecer el límite entre las preguntas que llevarían a una confesión y aquellas otras que suministran datos próximos pero que pueden ser concluyentes o, al menos, dar indicios o pruebas circunstanciales que, combinados con otros, llevarán a la conclusión de la comisión de una infracción. Además, debe observarse que el art. 24 CE no ampara sólo la facultad de no confesarse culpable sino también la de no declarar contra sí mismo, que es algo más amplia y podría incluir estas informaciones no directamente inculpatorias. También vaga e imprecisamente se acude a la distinción entre la información solicitada a un sujeto en su condición de sospechoso y la que se le pide, al margen de ello, por ser propietario, obligado tributario, entidad de crédito, prestadora de un servicio... de modo que el derecho se reconoce en el primer caso pero no en el segundo. La STS de 26 de mayo de 2010 ofrece un buen ejemplo de cómo se combina este argumento con el anterior para excluir la aplicación del derecho. Ante una sanción a Endesa basada únicamente en la información que dio a requerimiento de la Administración, se alegaba que se le obligó a declarar contra sí mismo y sin advertirle la imputación que se pretendía. Pero el TS, aunque admite “una cierta tensión entre las exigencias de la información ... y el derecho constitucional a no declarar...”, entiende que no se vulneró el derecho porque lo que se le solicitaron fueron “datos objetivos”, “información de unos hechos objetivos sobre su actividad y la situación de las redes” y porque se le

del que es difícil extraer conclusiones generales, es la tendencia a aceptar la vigencia del derecho en la información previa a los procedimientos sancionadores¹¹⁸ y a negarla en las actuaciones ordinarias inspectoras que no parten de un indicio de infracción. Pero siempre con muchas reticencias. Tantas que, ante un supuesto tan significativo como el del deber de identificar al conductor de un vehículo en el momento de la infracción impuesto al propietario, todo vestigio del derecho parece haberse esfumado¹¹⁹.

Sí podemos, al menos, hacer tres aclaraciones complementarias que, por lo menos, sirven para acotar los problemas: 1º) Este derecho a no autoinculparse sólo se proyecta sobre las declaraciones pero no afecta a otro tipo de diligencias, aunque requieran colaboración del imputado, como la entrega de documentos preexistentes, el acceso a ellos o a lugares, cacheos, análisis, toma de muestras, etc¹²⁰. Por tanto, en la medida en que se anticipe a la inspección sólo afectará a la potestad de solicitar información al mismo inspeccionado, no a ninguna de las demás. 2º) Este derecho no impide hacer preguntas al imputado, siempre que no se le obligue a

pidieron como prestadora de un servicio esencial, como suministradora de energía.

¹¹⁸Sobre todo si se abre o prolonga innecesariamente como un ardid para hacer sin garantías lo que en el procedimiento se haría con ellas. Vid. M. REBOLLO PUIG, “Actuaciones previas al procedimiento...”, pp. 525-526.

¹¹⁹Lo ha estudiado magistralmente M. CASINO RUBIO, *La increíble historia...*, sobre todo, pp. 56 a 98. A la vista de las sentencias del TC y del TEDH, con argumentos en cada caso distintos y nada pacíficos (de hecho, en la STEDH Weh c. Austria de 8 de abril de 2004, sobre el deber de identificar al conductor, y que es capital para todo este tema, se adoptó por cuatro votos contra tres, que formularon un voto particular que en principio resulta más convincente), lo único seguro al final es que el propietario puede ser compelido a identificarse a sí mismo y que, si no lo hace, puede ser sancionado por incumplimiento de ese deber. Pero ¿no es él un imputado inminente? ¿no se le está obligando, incluso con sanciones, a declarar contra sí mismo?

¹²⁰Por eso, el TEDH excluye las muestras de aliento, saliva, sangre, orina, tejido corporal, pruebas radiológicas... y en general de todo lo que “exista con independencia de la voluntad del sospechoso”. Vid. L. ALARCÓN SOTOMAYOR, *El procedimiento...*, p. 235. Así lo aclaró ya la STC 103/1985 respecto a la prueba de alcoholemia con la que “no se obliga ... a emitir una declaración ... sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia...”; igualmente la STC 76/1990 dice: “... cuando el contribuyente aporta o exhibe los documentos contables pertinentes no está haciendo una manifestación de voluntad ni emite una declaración que exteriorice un contenido...”; y la STC 161/1997: el sometimiento a una prueba de alcoholemia “no constituye en rigor una declaración o testimonio por lo que no puede suponer vulneración alguna de los derechos a no declarar, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable”. Todo ello se reitera en el F. 3 de la STC 142/2009. Esto se corresponde bien con su origen en el Derecho norteamericano en la famosa quinta enmienda, habiendo declarado el TS de los Estados Unidos que no se puede invocar para negar la presentación de documentos. La misma restricción rige en Alemania y en el Derecho europeo de la competencia; vid. J. M. BAÑO LEÓN, *Potestades administrativas...*, pp. 195-196. Además se corresponde con la misma denominación del derecho en nuestra Constitución (derecho a no *declarar*, a no *confesarse culpable*) y en Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.3.g): “toda persona acusada de un delito tendrá derecho ... a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”. Y por eso creo equívoco que se hable de “derecho a no contribuir a la propia incriminación” (v. gr., STEDH de 23 de febrero de 1993, Funke contra Francia). Respecto a la distinción entre exhibición de documentos y suministro de información, es acertado S. FERNÁNDEZ RAMOS, *La actividad...*, pp. 319-320. Sin embargo, considera que el derecho ampara la negativa a presentar documentos incriminatorios que no sean de obligatoria llevanza. Yo creo que la presentación de estos documentos también queda excluida del derecho.

responder verazmente. Por tanto, aunque se traslade a la inspección, no obstará a dirigir requerimientos de información, incluso aunque la respuesta pudiera llegar a ser autoinculpatória, si contestarlos es voluntario¹²¹. 3º) Aunque este derecho impide asimilar el silencio o la respuesta falsa a la prueba de cargo para sancionar, no excluye tal asimilación a otros efectos no punitivos (arg. art. 307 LEC) ni, aun dentro de estos, destierra por completo que, en combinación con otros elementos, contribuya a formar la convicción de culpabilidad¹²².

VII. Valor probatorio de la información obtenida por la inspección

1. Ya expusimos que la inspección, salvo excepciones, no se realiza en un procedimiento administrativo ni respetando sus principios y que ni siquiera se acomoda a las reglas sobre la realización de la prueba en el procedimiento. También explicamos que nada cabe objetar a esta forma de actuar inquisitiva. A lo que sí podría llevar esta premisa es a negar a la información obtenida por ella el valor de prueba en los verdaderos procedimientos administrativos posteriores que en su caso se tramitaran. Serviría para decidir sobre su incoación y para preparar el acto de iniciación, si acaso para justificar medidas provisionales; pero no como prueba¹²³. Sin embargo, el art. 137.3 LRJAP consagra con carácter general el **valor probatorio** de los “documentos públicos” en que consten los hechos constatados por los funcionarios inspectores a los que se reconozca la “condición de autoridad”. Y si esto lo acepta ese precepto para el procedimiento sancionador como prueba de cargo, con mayor razón hay que aceptarlo para todo lo demás. Y

¹²¹Esto es lo que salva de la crítica, por ejemplo, las solicitudes de información que en materia de defensa de la competencia la Comisión puede dirigir así como las entrevistas que puede realizar, en virtud de los arts. 18.2 y 19 del Reglamento (CE) 1/2003 y del art. 3 del Reglamento 2004/773, puesto que el inspeccionado puede libremente rehusar; pero si el requerido opta por contestar debe ajustarse a la verdad y, en caso contrario, puede ser sancionado conforme al art. 23.1.a) del Reglamento 1/2003. Esto es también lo que, naturalmente, deja a salvo las preguntas hechas al imputado o al imputado inminente si se le advierte de su derecho a no declarar contra sí mismo (al igual que exige el art. 520.2 LECrim) y que es lo que con frecuencia exige el TS respecto a los interrogatorios hechos en la información previa a procedimientos sancionadores.

¹²²Se acepta que el silencio o “la futilidad del relato alternativo del acusado” pueden servir “como elementos de corroboración de los indicios a partir de los cuales se infiere la culpabilidad” (STC 300/2005 y antes STC 202/2000; en igual línea STEDH de 8 de febrero de 1996, John Murray c. Reino Unido, y de 2 de mayo de 2002, Condrón c. Reino Unido). Vid. M. CASINO RUBIO, *La increíble...*, pp. 196 y ss.; y “Presunción legal de culpabilidad *versus* prueba indiciaria de la autoría en las infracciones de tráfico”, *RAP*, nº 182 (2010), pp. 107 a 112.

¹²³De hecho, es eso lo que los tribunales mantienen para las actuaciones realizadas en la información previa: como en esta fase no rigen las garantías de un procedimiento, las diligencias allí practicadas no son pruebas, y para tener tal valor, salvo que las acepte el sujeto al que perjudican, han de repetirse en el procedimiento con las formalidades propias de éste. Vid. M. REBOLLO PUIG, “Actuaciones previas...”, pp. 522 a 525. Ello salvo que se trate de la práctica de prueba anticipada o preconstituida ante el peligro de su irreproductividad. Sobre ello, vid. L. ALARCÓN SOTOMAYOR, *El procedimiento administrativo...*, pp. 385 a 387 que además aclara que “en raras ocasiones, un acta de inspección ... incorporará una prueba anticipada”.

no se trata sólo de esto, que cubre a las actas de inspección y documentos similares, sino de algo más amplio que siempre se admite aunque no haya una expresa proclamación legal: también los documentos que haya conseguido por cualquier medio la inspección, las respuestas escritas, las muestras tomadas, etc., pasan al procedimiento posterior como prueba, sin necesidad de su repetición o ratificación, pese a que todo se hizo sin respetar ni los más elementales requisitos exigidos a la práctica de prueba. Debe aclararse que afirmar este valor probatorio no significa darle una presunción de veracidad¹²⁴: no comporta, por tanto, dar a los documentos beneficiados un valor probatorio privilegiado sino sólo reconocer que, pese a no haberse practicado en el procedimiento ni respetando sus reglas sobre la prueba, se incorporan al procedimiento como prueba sin necesidad de ratificación ni de ninguna otra actuación complementaria. Pero se incorporan como una prueba más que, en consecuencia, se valorará libremente; por eso dice este art. 137.3 que ese valor es “sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados”. Es incluso menos que lo que el art. 319.1 *in fine* LEC establece, a falta de otra previsión legal, para los documentos administrativos: “... los hechos ... que consten en los referidos documentos se tendrán por ciertos ... salvo que otros medios de prueba desvirtúen la certeza de los documentado”. Ahora bien, ese mero reconocimiento de simple valor probatorio no es baladí; de hecho, se le niega en el proceso penal donde las actas de inspección, como los atestados policiales, se asimilan a denuncias (art. 297 LECrim), y donde las respuestas y demás documentación confeccionada con anterioridad, si no son aceptados, habrán de repetirse con todas las garantías. Aquí se admite que son ya una prueba y, por tanto, cuando sean incriminatorios, permitirán destruir la presunción de inocencia¹²⁵. Se comprende entonces que el art. 137.3 LRJPA rodee de requisitos este valor¹²⁶.

¹²⁴Lo explica L. ALARCÓN SOTOMAYOR, *El procedimiento...*, pp. 419 a 421. En la misma línea, T. CANO CAMPOS, *Presunciones y valoración legal de la prueba en el Derecho Administrativo sancionador*, Thomson Civitas, Madrid, 2008, pp. 146 a 156. Sin embargo, no es infrecuente que no se distinga nítidamente entre valor probatorio y presunción de veracidad, ya sea por aumentar el significado de aquél o por disminuir el de ésta. Vid. C. BARRERO RODRÍGUEZ, *La prueba en el procedimiento administrativo*, Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2ª ed., 2003, pp. 349-350; V. AGUADO i CUDOLÁ, voz “Presunción de certeza de denuncias y actas de inspección”, en B. LOZANO CUTANDA (Dir.), *Comentarios a la Ley del Ruido*, Thomson/Civitas, Madrid, 2004, pp. 666 y ss.; G. GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, “El principio de presunción de inocencia”, en J. A. SANTAMARÍA PASTOR (Dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, cit., pp. 365 a 378; J. F. ALENZA GARCÍA, voz “Potestad de inspección”, cit., p. 1895; M. GÓMEZ TOMILLO e I. SANZ RUBIALES, *Derecho Administrativo sancionador. Parte general*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2ª ed., 2010, pp. 816 a 819, y D. BLANQUER, *Hechos, ficciones...*, p. 249.

¹²⁵L. ALARCÓN SOTOMAYOR, *El procedimiento...*, pp. 436-437.

¹²⁶Vid. V. AGUADO i CUDOLÁ, voz “Presunción de certeza...”, pp. 673 a 678; y T. CANO CAMPOS, *Presunciones...*, pp. 117 y ss. Con todo, no puede dejar de advertirse que numerosas sentencias admiten el valor probatorio sin que se den los requisitos exigidos por el art. 137.3 LRJAP (incluso por empleado privados) y sin que

2. Numerosas leyes sectoriales van más lejos y no se limitan a admitir ese puro valor de prueba sino que proclaman, con unas u otras expresiones, la **presunción de veracidad** de las actas de inspección o denuncias de los inspectores; incluso aunque no tengan condición de autoridad sino de agentes de la autoridad¹²⁷. Aun así, se admite siempre la posibilidad de aportar o solicitar y practicar pruebas contrarias que eventualmente podrían convencer a quien esté llamado a resolver. Se trata, por tanto, de reglas legales sobre valoración de la prueba¹²⁸; excepciones al sistema general de libre valoración de la prueba semejantes a la ya aludida del art. 319.2 LEC. Reglas, por lo demás, que no llegan a dar a las actas de inspección un valor absoluto ni niegan que hayan de ser valoradas conjuntamente con las demás pruebas¹²⁹. Así entendida, la presunción de veracidad no es inconstitucional. No sería contraria a la presunción de inocencia ni siquiera aunque lleve a sancionar con la sola base del acta de inspección y aunque haya alguna prueba contraria si ésta no convence al órgano administrativo o al juez contencioso-administrativo¹³⁰. Menos aún chocaría con la presunción de inocencia si se trata de utilizar las actas como prueba en procedimientos no sancionadores. Sólo comporta una excepción al sistema general puro de libre valoración de la prueba. Pero como este sistema no viene impuesto por la CE ni la excepción supone una arbitrariedad¹³¹, nada cabe objetar¹³².

ninguna norma lo haya previsto. Vid. A. BUENO ARMIJO, “En especial, el valor probatorio de las actas de inspección y de los atestados policiales”, en la obra con M. REBOLLO PUIG, M. IZQUIERDO CARRASCO y L. ALARCÓN SOTOMAYOR, *Derecho Administrativo...*, pp. 732 a 735.

¹²⁷A veces, hasta sin la condición de funcionario. Vid. M. LÓPEZ BENÍTEZ, *Las denominaciones de origen*, Cedecs, Barcelona, 1996, p. 173.

¹²⁸Vid. C. BARRERO RODRÍGUEZ, *La prueba...*, pp. 352-353; y T. CANO CAMPOS, “Presunción de veracidad (y principio de libre valoración de la prueba)”, en J. A. SANTAMARÍA PASTOR (Dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, p. 1079. Sobre la necesidad de norma con rango de ley, vid. D. BLANQUER, *Hechos, ficciones...*, pp. 255 a 258.

¹²⁹Lo destaca acertadamente T. CANO CAMPOS, “Presunción de veracidad...”, pp. 1095 a 1102.

¹³⁰Así lo entendió el TC en su sentencia 76/1990, confirmada por otras posteriores, aunque con argumentos contradictorios. Vid. críticamente C. BARRERO RODRÍGUEZ, *La prueba...*, p. 348 y, más detenidamente, L. ALARCÓN SOTOMAYOR, *El procedimiento administrativo...*, pp. 422 a 444, que, además, mantiene que la presunción de certeza sí vulnera la presunción de inocencia. Menos críticamente V. AGUADO i CUDOLÁ, *La presunción de certeza en el Derecho Administrativo sancionador*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 181-182.

¹³¹Al contrario, es razonable. T. CANO CAMPOS, *Presunción de veracidad...*, p. 1080: la presunción de veracidad constituye “la positivización de la máxima de experiencia que, en otro caso, el juzgador aplicaría en virtud del principio de libre valoración de la prueba...”; y lo pormenoriza en pp. 1082 a 1093. Incluso lo reconoce, pese a sus críticas a la imposición legal de la presunción de veracidad, L. ALARCÓN SOTOMAYOR, *El procedimiento...*, p. 444: aun sin presunción de veracidad, “lo habitual será que, conforme a criterios racionales de valoración o al simple sentido común, se conviertan en las pruebas más fiables o verosímiles del procedimiento ... por la cualificación de los funcionarios ..., por el desinterés personal y la objetividad que les caracteriza, por las graves responsabilidades en que incurren en caso de que falseen la realidad...”. Centrados más en la justificación

VIII. Remedios frente a las actuaciones inspectoras ilegales

1. Si la inspección impone ilegalmente a un sujeto un deber de información o de colaboración de cualquier género cabrá su impugnación por los medios generales. Así ante un requerimiento escrito el requerido podrá interponer los **recursos administrativos y contencioso-administrativos** que procedan, incluso, en su caso, los específicos para la protección de los derechos fundamentales. A este respecto, no se han planteado especiales dificultades por considerar que se trate de actos de trámite. También cabrá instar su **suspensión** y, en principio, tal petición producirá los efectos ordinarios y se resolverá de acuerdo con las reglas generales. Entretanto, el requerimiento será ejecutivo y ejecutorio de suerte que su desatención acarreará las consecuencias previstas, desde la posibilidad de ejecución forzosa hasta la sanción por obstrucción a la inspección. Pero, por otra parte, cabrá también impugnar por las mismas razones los actos de ejecución forzosa del requerimiento (p. ej, las multas coercitivas) o las sanciones por obstrucción a la inspección. La situación es más difícil cuando, como sucede frecuentemente, según ya se apuntó, los requerimientos son verbales e imponen deberes de hacer de cumplimiento inmediato, pudiendo ser también inmediata la coacción administrativa. Y más aún cuando se trata de potestades que permiten sin más actuar a la inspección (entrar en locales, acceder a documentos, tomar muestras, etc.) y el uso directo de la fuerza. Para tales supuestos cabrá en su caso el **recurso contra la vía de hecho** con el potestativo requerimiento previo (art. 30 LJCA) y con el régimen especial de medidas cautelares del art. 136 LJCA. Lo que no es recurrible es el

por la dificultad de probar de otra forma determinados hechos, lo que me parece insuficiente, D. BLANQUER, *Hechos...*, pp. 251 a 254, y A. HUERGO LORA, *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 430 a 433.

¹³²Cosa distinta es que la presunción de veracidad se mal interprete y se le dé más alcance que el que aquí le reconocemos, como a veces hace alguna sentencia. Vid. A. BUENO ARMIJO, “En especial, el valor probatorio...”, pp. 742 y ss. En tal caso sí podría ser contraria a la presunción de inocencia e incluso, ya hasta en procedimientos no sancionadores, al derecho de defensa y, en particular, al derecho a la prueba si, convirtiéndola en una presunción casi indestructible, sirviera para rechazar toda petición de pruebas contrarias o para negarles sistemáticamente capacidad para desvirtuar la presunción.

Distinta es también la posibilidad de considerar que estas reglas sectoriales -al menos las contenidas en leyes autonómicas- que dan presunción de veracidad incluso a las actas y denuncias de los agentes de la autoridad son contrarias a una norma básica como la del art. 137.3 LRJAP. Pero los tribunales no se han planteado esta cuestión. Parecen partir de que el art. 137.3 LRJAP establece sólo un mínimo (el valor probatorio de las actas de inspección realizadas por funcionarios con condición de autoridad) y que otras leyes pueden añadir más (un superior valor probatorio incluso de las actas hechas por agentes de la autoridad). En esa línea, L. ALARCÓN SOTOMAYOR, *El procedimiento administrativo...*, p. 420. Parcialmente en contra M. REBOLLO PUIG y M. IZQUIERDO CARRASCO, *Manual de la inspección de consumo...*, p. 165.

acta de inspección, al menos en tanto que se limite a reflejar hechos¹³³.

2. Lo anterior es insuficiente por diversas razones: porque la solución llegará normalmente cuando la Administración ya ha conseguido la información, porque puede que la actuación inspectora no sea ilegal pero sí lo sea alguno de los usos de la información obtenida, porque la actuación puede haberse dirigido contra terceros sin que el inspeccionado lo sepa, porque será muy inconveniente para el inspeccionado decir que no contesta para no autoinculparse, etc. Pero esos remedios deben completarse al menos con estas tres ideas:

a) La información obtenida por la inspección, aunque no haya sido impugnada su actuación ni declarada ilegal, incluso aunque no sea en sí ilegal, no podrá constituir prueba en el subsiguiente procedimiento cuando sea esto lo ilegal; en particular, cuando sea ese uso lo que vulnera un derecho fundamental. Partiendo de la regla general de que la información obtenida en la inspección pasa como verdadera prueba a los procedimientos subsiguientes, se trata de admitir una excepción en virtud de la doctrina de la **prueba ilícita**¹³⁴. Conforme a ella, la Administración no podrá basar su resolución posterior en esa información y, si lo hace, esa resolución deberá ser anulada¹³⁵. Esta idea tiene la ventaja adicional de permitir distinguir según el procedimiento ulterior de que se trate; por ejemplo, la declaración autoinculpatoria obtenida coactivamente del imputado inminente por la inspección no deberá ser usada como prueba en un procedimiento sancionador pero sí en otro encaminado al restablecimiento de la legalidad¹³⁶.

¹³³Cosa distinta es que el acta sea el medio para adoptar o notificar medidas provisionales, requerimientos u otras resoluciones. Incluso así, como explica S. FERNÁNDEZ RAMOS, *La actividad...*, p. 587, “el objeto de la impugnación no es el acta de inspección ... sino, en su caso, los actos en ella contenidos o plasmados”.

¹³⁴Vid. L. ALARCÓN SOTOMAYOR, *El procedimiento...*, pp. 356 a 362.

¹³⁵Ello salvo que haya otras pruebas independientes que den sustento fáctico a la resolución. Por ejemplo, la STS de 30 de septiembre de 2009 (Ar. 946 de 2010) parte de que la inspección hizo requerimientos de información a bancos sin cumplir los requisitos legales pero no anula la resolución porque “existieron otras pruebas que conducían a la misma conclusión de que la venta se había efectuado por cantidad muy superior a la consignada...”. Asimismo en STS de 19 de julio de 2012 (Ar. 7965) se lee que “la invalidez de un acto de prueba no tiene por qué contagiar a otras pruebas independientes del mismo procedimiento ni impide, por tanto, la posible práctica de una nueva liquidación sobre la base de las pruebas que deben ser conservadas, si estas últimas fueran suficientes para ello”. También para la STS de 27 de febrero de 1993 (Ar. 2518) la prueba ilícita no invalida la sanción si ésta se fundamenta en otra lícita e independiente.

¹³⁶Esto permite que la declaración autoinculpatoria obtenida en un procedimiento no sancionador (o en un proceso civil) bajo coacción sea válida, pero no pueda utilizarse en un procedimiento sancionador (como explica J. M. BAÑO LEÓN, *Potestades administrativas...*, p. 200, siguiendo la STJUE de 10 de noviembre de 1993, Otto B.V. (C-60/92). Esto sólo supondría un simple límite al traspaso de documentos de un expediente a otro (en contra de lo que, v. gr., establece el art. 210.2 LGT). También se acomoda a lo aceptado por el TJUE, por ejemplo, respecto a los documentos que comprometen la confidencialidad de las relaciones entre abogado y cliente: se pueden conseguir coactivamente, aunque luego no se puedan utilizar como prueba Vid. J. GUILLÉN CARAMÉS, *Régimen jurídico...*, p. 209; y J. M. BAÑO LEÓN, *Potestades...*, p. 204.

Además, la distinción entre actuación ilegal de la inspección y actuación legal pero con obtención de información no utilizable a ciertos efectos, simplifica la actuación inspectora que podrá desenvolverse con sencillez sin perjuicio de que sus resultados tengan un valor limitado.

b) Frente a la pretensión sancionadora podrá ocasionalmente argüirse con éxito la **falta de antijuridicidad de la obstrucción a la inspección**: será típica pero no antijurídica la negativa a dejar entrar en un local que tenga la condición constitucional de domicilio si no hay autorización judicial, la negativa a dar documentos si afectan desproporcionadamente a la intimidad, la falta de respuesta cuando resultaría autoincriminatoria, etc. En esos casos deberá apreciarse la misma exigente que consagra el art. 20.7 CP: “El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”.

c) En algunos casos, la **actuación ilegal de la inspección podrá ser constitutiva de delito**. Muchos son los delitos en que pueden incurrir los inspectores al sobrepasar los límites a que está sometida su actuación: así el del art. 198 CP que pena a la autoridad o funcionario que, fuera de los casos permitidos por la ley, descubre secretos o vulnera la intimidad o se apodera de cartas o mensajes de correo electrónico o utiliza datos reservados de carácter personal...; el del art. 204 CP que tipifica la conducta de las autoridades y funcionarios que, fuera de los casos permitidos por la ley, entraren o se mantuvieren contra la voluntad de su titular en morada ajena, domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional, oficina, establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de las horas de apertura; los de los arts. 534 y 535 CP de nuevo para las autoridades y funcionarios que entren en un domicilio sin consentimiento del morador o registren los papeles o documentos sin libre consentimiento de su dueño o que, con ocasión del registro lícito, cometa cualquier vejación injusta o daño innecesario, o intercepte cualquier clase de correspondencia¹³⁷; etc. Por supuesto, hay además la posibilidad de que el inspector, al excederse en sus funciones, realice conductas tipificadas como **infracción administrativa**. No sólo las generales faltas disciplinarias sino en algunos casos infracciones

¹³⁷Es de destacar que en los arts. 198 y 204 se tipifica esas conductas de las autoridades y funcionarios cuando no medie “causa legal por delito”. Mientras que en los arts. 534 y 535 CP se tipifican las conductas “mediando causa por delito”. B. DEL ROSAL BLASCO, en M. COBO DEL ROSAL, *Compendio de Derecho Penal español (parte especial)*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 983-984, sostiene que los dos primeros artículos son de aplicación cuando el funcionario actúa “como un simple particular” y los dos últimos cuando lo hace “en el ejercicio de sus funciones públicas”, aunque extralimitándose. Tal vez sea eso lo que explique la duplicidad del CP. Pero evidentemente el CP no ha tenido en cuenta que los inspectores administrativos pueden acceder muchas veces a los documentos y lugares a que estos artículos se refieren aunque no investiguen ningún delito porque las leyes les dan potestad para ello. Así, la regulación del CP es insatisfactoria. Parece que cuando los inspectores se excedan en sus actuaciones meramente administrativas merecerán las penas más graves de los arts. 198 y 204 CP que cuando se excedan “mediando causa por delito”, lo que parece irracional.

específicamente previstas en la respectiva ley sectorial¹³⁸.

IX. En particular, remedios frente a la iniciativa inspectora arbitraria y frente a la inactividad de la inspección. Referencia a la planificación y a la posición del denunciante

1. Hasta ahora nos hemos ocupado de las potestades de la inspección, de las consecuencias ordinarias de su ejercicio, de sus límites y de las consecuencias de su superación. Pero conviene completar el panorama con una serie de aspectos conectados entre sí ¿Tiene la Administración el deber de inspeccionar? ¿a quién o a qué? ¿puede elegir libremente las inspecciones que emprende y las que omite?

Puede partirse de aceptar que la Administración tiene un **deber genérico de inspeccionar** aquellas actividades para las que las leyes le han otorgado potestades de inspección y de reacción ante incumplimientos¹³⁹. Son potestades funcionales de modo que se confieren para su ejercicio efectivo¹⁴⁰. Frecuentemente las normas se expresan de forma que dejan claro que inspeccionar es un deber para la Administración y hasta en algún caso lo configuran como servicio mínimo obligatorio [p. ej., art. 26.1.a) LRBRL respecto al “control de alimentos y bebidas”] o prevén posibilidades de subrogación de una Administración ante la inactividad inspectora de otra. Todo ello se refuerza en ocasiones por imperativo del Derecho europeo cuyas normas ordenan a los Estados miembros inspeccionar el cumplimiento de los deberes que impone a sujetos privados para, en su caso, reaccionar con sanciones eficaces y disuasorias.

2. Incluso reconocido un deber genérico de inspeccionar por parte de la Administración a la que se le haya confiado esa función, no le cabe inspeccionar todo permanentemente a todos. Y, ante ello, la determinación del número y periodicidad de las inspecciones es, en principio, **discrecional**, como discrecional es también decidir los medios humanos y materiales adscritos a cada rama de la inspección. Lo mismo hay que afirmar en principio de la elección de las

¹³⁸p. ej., el art. 23.6 del Estatuto de Consumidores de la Región de Murcia prevé sanciones para el inspector que actúe desproporcionadamente.

¹³⁹J. BERMEJO VERA, “La Administración inspectora”, cit., p. 53; A. GARCÍA URETA, *La potestad inspectora de las Administraciones...*, pp. 33 a 35; y S. FERNÁNDEZ RAMOS, *La actividad...*, p. 58. En la STC 76/1990 se lee que la CE impone “la ordenación y despliegue de una eficaz actuación de inspección y comprobación” como exigencia de “un sistema tributario justo”. Naturalmente lo mismo cabe decir de las inspecciones para asegurar la protección de la salud, la seguridad de las personas, la protección del medio ambiente, del patrimonio histórico ... y de otros valores cuya tutela confía la CE a la actuación de los poderes públicos.

¹⁴⁰Vid. sobre todo M. GÓMEZ PUENTE, *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, Elcano, 2ª ed., 2000, pp. 84 a 90.

actividades inspeccionadas en cada caso concreto¹⁴¹. En teoría, esta discrecionalidad, que permite incluir criterios de oportunidad y establecer prioridades y estrategias para aplicar con la máxima eficiencia recursos limitados, tiene aspectos beneficiosos¹⁴². Pero también tiene riesgos graves que importa reducir¹⁴³. En parte se aminoran reconociendo una cierta autonomía técnica y funcional de los inspectores y potenciando la relevancia directa de sus actuaciones¹⁴⁴, aunque tampoco esto puede llevarse hasta el extremo pues supondría descoordinación y, a la postre, ineficacia y nuevos peligros, pues no reduce la discrecionalidad sino que la reparte. Lo que conviene es disminuir parcial y prudentemente la discrecionalidad para evitar que sea fuente de abusos y de ineficacia. Naturalmente que esta discrecionalidad, como las demás, no es ilimitada. Sobre todo la constriñen los principios generales. Además de la interdicción de la arbitrariedad, el de igualdad debe orientar la selección de las actividades y sujetos inspeccionados; y,

¹⁴¹J. BERMEJO VERA, “La Administración inspectora”, cit., p. 54, dice que las potestades de inspección son “discrecionales desde el punto de vista de su puesta en marcha”. Esto se mantiene muy claramente por el TJUE respecto a las investigaciones de defensa de la competencia, como explica J. C. LAGUNA DE PAZ, “Las potestades administrativas de investigación...”, pp. 39-40. J. ESTEVE PARDO, “La deconstrucción y previsible recomposición del modelo de autorización administrativa”, en A. NOGUEIRA LÓPEZ (Dir.), *La termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, p. 36, aclara que ni siquiera la existencia de una comunicación previa obliga a la Administración a girar inspección pues es “una opción discrecional suya el desplegar o no la actividad inspectora”.

¹⁴²Oportunamente recuerda R. RIVERO ORTEGA, *El Estado...*, pp. 195, lo que decía la Exposición de Motivos del RD de 1872 sobre inspectores de Hacienda: “La inspección, para que produzca sus efectos, ha de ser un acto siempre esperado y nunca previsto, que llega, sorprende, corrige y desaparece para reaparecer de nuevo al cabo del tiempo...”. En esa línea RIVERO defiende que la potestad de inspección debe ser discrecional “en cuanto al cuándo y al dónde de su ejercicio”.

¹⁴³M. GÓMEZ PUENTE, *La inactividad...*, pp. 93-94; y, aunque no refiriéndose concretamente a las potestades de inspección, A. HUERGO LORA, “La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos”, RAP, nº 137 (1995), pp. 190-191. A. NIETO, *Corrupción en la España democrática*, Ariel, Barcelona, 1997, p. 231, explica así la insuficiencia que atribuye a los inspectores: “Por lo pronto, sólo actúan cuando se lo ordena su superior, lo que significa que, si desde arriba se pretende ocultar algún caso, sencillamente no se les llama; y en segundo término, los resultados de su investigación son meramente informativos, es decir, que ellos se limitan a elevar su informe a la superioridad y ésta puede archivarlo sin más, por graves que sean las denuncias”.

¹⁴⁴Modelo de ello es la regulación de la Inspección de Trabajo. De una parte, se consagra expresamente que “gozarán de plena autonomía técnica y funcional y se les garantizará su independencia frente a cualquier influencia exterior indebida”; de otra, tienen entre otras competencias las de iniciar ellos mismos los procedimientos sancionadores y liquidatorios por débitos a la Seguridad Social (arts. 6 y 7 LITSS). Con todo, no dejan de producirse ciertas interferencias: además de la que refleja la STC 182/1990, de 15 de noviembre, sobre sanción a un Inspector de Trabajo por no levantar acta en contra del criterio de su superior, es reveladora la noticia publica el 20 de abril de 2009 en un periódico con este titular: “Trabajo indulta a los hospitales y clínicas privadas”. El supuesto indulto consiste en que, según el periódico, “los inspectores de trabajo tienen prohibido realizar inspecciones en los cientos de hospitales y clínicas privadas” según se les comunicó “a través de una circular enviada por el director general” tras una sentencia que condenó a “medio centenar de médicos de una clínica privada por falsear su relación laboral con la empresa”. En el extremo opuesto, tal vez puedan situarse a los inspectores del Banco de España. Vid. M. IZQUIERDO CARRASCO, “La supervisión pública de las entidades bancarias”, cit., pp. 212 a 214, y del mismo autor “La inspección del Banco de España sobre las entidades de crédito”, en prensa, apartado IV.3.

completando al anterior, el principio de proporcionalidad que justificará inspecciones más frecuentes a los que, por cualquier causa, presenten mayor riesgo de incumplimiento o de incumplimientos más lesivos. Pero, aun apurando el juego de los principios generales, de la desviación de poder y demás límites generales a cualquier discrecionalidad, todo ello conduce en nuestro ámbito a resultados muy modestos y frustrantes. Frente a esta situación caben al menos tres tipos de restricciones adicionales a la discrecionalidad:

a) Cabe, como han hecho algunas normas, imponer criterios objetivos en cuya virtud todos serán objeto al menos de una inspección para cada cierto tiempo¹⁴⁵. Y hasta cabe eliminar por completo la discrecionalidad si se selecciona a los sujetos inspeccionados por sorteo¹⁴⁶.

b) Más frecuentemente las normas prevé **planes de inspección** a los que tienen que someterse su realización. El supuesto más conocido e importante es el de los planes de inspección tributaria (arts. 116 LGT y 170 RGIT), pero existen en otros muchos sectores¹⁴⁷, a veces impuesto por la Unión Europea y en ocasiones de confección y ejecución interadministrativa y finalidad coordinadora. La elección misma que haga el plan es, claro está, discrecional por lo que, en realidad, supone adelantar la discrecionalidad a una fase anterior, elevarla a un plano superior y racionalizarla, más que eliminarla. Muchas son las cuestiones que suscitan estos planes de inspección, desde su naturaleza y publicidad hasta su impugnabilidad¹⁴⁸. Pero lo que en este momento nos interesa es determinar en qué medida vinculan efectivamente

¹⁴⁵Por ejemplo, el RD 1028/2011 dice que “los controles se realizarán, al menos, dos veces por trimestre en todos los establecimientos autorizados que sacrifiquen 200 cerdos o más semanalmente...”; en el RD 1254/1999, sobre control de riegos de accidentes graves, se impone una inspección *in situ* como mínimo cada doce meses; en el Decreto 833/1975 de protección de la atmósfera su art. 68 ordena la inspección de las instalaciones potencialmente contaminantes “por lo menos una vez al año y siempre que se haya presentado denuncia fundamentada o se presuma que la contaminación pueda ser excesiva...”; en el Reglamento de notarías se prevén inspecciones cada dos años, además de cuando haya indicios de anomalías, Vid. M. P. ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, *El ejercicio privado...*, p. 359. A. GARCÍA URETA, *La potestad inspectora de las ...*, pp. 129-130 cita otros ejemplos de normas españolas y europeas que establecen porcentajes mínimos de inspección.

¹⁴⁶Así se establece para los controles de dopaje de los deportistas en el art. 67 del RD 641/2009.

¹⁴⁷Por ejemplo, el art. 15 de la Ley 17/2011 de Seguridad Alimentaria y Nutrición establece el Plan Nacional de Control Oficial de la Cadena Alimentaria, y su art. 18 prevé un informe anual realizado por la Administración del Estado para su remisión a la Comisión Europea y a las Cortes; el art. 44.2.g) de la Ley de Prevención del Blanqueo de Capitales establece que “Plan Anual de Inspección de los sujetos obligados, que tendrá carácter reservado”; art. 35.2 LOTT: “Se perseguirá el aumento de la eficacia de la función inspectora a través de la elaboración periódica de planes de inspección que darán a las actuaciones inspectoras un carácter sistemático y determinarán las líneas generales directrices de las operaciones de control...”; etc. También hay numerosísimas previsiones similares en la legislación autonómicas: arts. 50 y 51 del Reglamento de Defensa de los Consumidores de Madrid (Decreto 152/2001); art. 29 de la Ley andaluza de la Calidad Agroalimentaria; art. 22 del Reglamento de Inspección de los Servicios Sociales de Andalucía (Decreto 396/2008); etc.

¹⁴⁸Vid. sobre todo A. GARCÍA URETA, *La potestad inspectora de las ...*, pp. 93 y ss.

a las inspecciones posteriores. Algunas leyes abordan directamente esta cuestión. Así, el art. 47.1 de la Ley de Prevención del Blanqueo de Capitales habla de “plan anual *orientativo* ... sin perjuicio de que ... puedan adoptarse motivadamente la realización de actuaciones inspectoras adicionales”. Aclara además que “el Servicio Ejecutivo ... informará motivadamente a la Comisión ...con carácter anual de las actuaciones que, incluidas en el Plan del ejercicio anterior, no hayan podido, en su caso, realizarse”. Así, pues, ni el plan excluye la posibilidad de inspecciones no previstas en él ni comporta un deber inexorable de realizar todas las previstas. A lo sumo, obliga a justificar y motivar especialmente las desviaciones que, en cualquier caso, no acarrearán por sí solas consecuencias jurídicas invalidantes para las actuaciones no planificadas ni darán un derecho a exigir las previstas en el plan. Si acaso, en algún supuesto extremo, a falta de cualquier explicación, la realización de una inspección no planificada podría presentar indicios de discriminación y arbitrariedad. Esta razonable solución deducida de la concreta Ley aludida es la que en general cabe admitir y la que, con unos u otros matices, se deduce también de la jurisprudencia que sobre todo se ha enfrentado con la planificación tributaria. Ello, sumado al carácter reservado de muchos de los planes de inspección y a la jurisprudencia que niega la posibilidad de recurrir autónomamente la inclusión en un plan de inspección y la iniciación de la inspección (por todas, SSTs de 9 de febrero y 15 de octubre de 2012, Ar. 3875 y 9674), hace que la planificación de la inspección, al cabo, aporte escasos límites efectivos a la discrecionalidad en la selección de los inspeccionados.

c) Una tercera vía es la de convertir en obligatoria una actuación inspectora cuando haya **denuncias**, al menos si provienen de interesados. Esta vía se conecta con las dos anteriores pues puede reforzar y verse reforzada por la existencia de normas o de planes que imponen inspecciones concretas. Pero puede actuar independientemente y compeler a inspecciones no programadas. Es más, las normas que prevén planes de inspección suelen dejar abierta la posibilidad de inspecciones no planificadas precisamente ante el supuesto de denuncias. Incluso en algún caso establecen que la denuncia convierte en obligatoria la actuación inspectora¹⁴⁹. Aun así es difícil articular medios para imponer a la Administración la realización de la inspección.

¹⁴⁹Dice, por ejemplo, el art. 144 del Reglamento de Seguridad Privada: “Aparte del desarrollo de los planes de inspección que tengan establecidos, cuando recibieren denuncias sobre irregularidades cometidas por empresas o personal de seguridad ..., los servicios policiales de inspección y control procederán a la comprobación de los hechos denunciados...”. En otros términos, también es sugerente la fórmula que acoge, por ejemplo, el art. 35.1 LOTT: “La función inspectora podrá ser ejercitada de oficio o como consecuencia de petición fundada de los usuarios o de sus asociaciones, así como de las empresas o asociaciones del sector del transporte”. Nótese que, aunque no impone un deber de inspeccionar, no habla de denuncias sino de peticiones de sujetos a los que cabe presumir un interés legítimo individual o colectivo.

Aunque es diferente, conviene traer aquí la cuestión de si el denunciante puede exigir de la Administración el inicio de un procedimiento sancionador. En general, los tribunales no niegan la posibilidad de que el denunciante tenga un interés legítimo que le dé tal facultad, pero lo aceptan tan restrictivamente que sólo muy rara vez detectan ese interés legítimo¹⁵⁰. El caso de las potestades inspectoras es distinto. Realmente nadie obtiene nada por el mero hecho de que la Administración inspeccione. Desde ese punto de vista, será aún más difícil encontrar un interés legítimo para exigir la actuación inspectora. En lo que alguien puede tener interés es en que la Administración sancione, no en que inspeccione. Esto, si acaso, será un paso previo. Sin embargo, hay matices que pueden orientar en la línea contraria. Sobre todo por el hecho de que, como se ha reiterado aquí, la inspección no es sólo un instrumento para el ejercicio de la potestad sancionadora sino de otras muchas de restablecimiento de la legalidad; y, respecto a ello, será más fácil encontrar un interés legítimo. Lo habrá, no propiamente en que se inspeccione, sino en que se acuerde el cierre de un establecimiento, el cese de una actividad, etc.; pero, en tanto que ello requiera inspección previa, podrá compeler a ella. Por otra parte, debe notarse que el TS, con una discutible jurisprudencia, ha querido paliar su restrictiva doctrina sobre el interés legítimo en el ejercicio de la potestad sancionadora sobre jueces con un sucedáneo que precisamente consiste en reconocer, a cambio, que los afectados sí pueden exigir una investigación de la actividad denunciada¹⁵¹.

3. Súmese a todo lo anterior que tampoco es fácil articular cauces procesales ni siquiera para combatir la más total inactividad inspectora en todo un sector. Tampoco es fácil combatir la concreta omisión de una inspección, incluso aunque sea de las obligadas por una norma o prevista por un plan. En concreto, un **recurso por inactividad** será normalmente inviable dados los términos estrechos con que está concebido en el art. 29 LJCA, entre otras cosas porque aquí no se trata de exigir “una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas”. Tal vez cabría pensar en algún caso extremo en el respaldo penal si pudiera estarse ante una prevaricación por omisión o, aun más excepcionalmente, una omisión del deber de perseguir

¹⁵⁰Sintetiza muy bien la situación, además de tener aportaciones valiosas, H. GOSÁLBEZ PEQUEÑO, “Los interesados en el ejercicio de la potestad sancionadora y los denunciantes de las infracciones administrativas (¿tutela judicial efectiva de las víctimas en la última jurisprudencia contencioso-administrativa?)”, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y R. ALONSO GARCÍA (Coords.), *Administración y justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2012, I, pp. 1389 a 1436.

¹⁵¹La he estudiado en “Ejercicio obligado o facultativo de la potestad sancionadora”, en la obra con M. IZQUIERDO CARRASCO, L. ALARCÓN SOTOMAYOR y A. BUENO ARMIJO, *Derecho Administrativo sancionador*, cit., pp. 509 a 513. Si esta jurisprudencia se extendiera, cabría sostener que los denunciantes interesados pueden exigir actuaciones inspectoras, aunque no es ésa su auténtica pretensión ni aspiración.

delitos, todo lo cual arroja un resultado muy pobre que debería solventarse dando mayor amplitud al recurso por inactividad. Sólo en el Derecho europeo el **recurso por incumplimiento** permite a los pocos sujetos que tienen legitimación para interponerlo condenar a los Estados miembros que no realicen suficiente y eficazmente las inspecciones a que estén obligados por normas comunitarias¹⁵². Pero, esto, claro está, no supone una solución para el común de los ciudadanos ni para los muchos supuestos en que las inspecciones no vienen impuestas por la UE.

No más sólida es la situación de quien pretenda impugnar una inspección por considerarla arbitraria o expresión de un trato discriminatorio. Entre otras razones porque la misma decisión de emprender una concreta inspección es difícilmente impugnabile, incluso en los casos en los excepcionales casos en que se formaliza, por ser considerada un acto de trámite no cualificado y porque los tribunales rechazan la igualdad en la ilegalidad¹⁵³.

X. Responsabilidad patrimonial por la actividad y por la inactividad inspectora

1. El punto de partida es que los inspeccionados y los terceros compelidos a colaborar con la inspección tienen el **deber jurídico de soportar el perjuicio que les irroge el ejercicio lícito de las potestades de inspección**, ya derive de la toma de muestras, del tiempo empleado por los trabajadores, de los desplazamientos, de un supuesto desprestigio...¹⁵⁴. Sin embargo, algunas normas han señalado excepciones. Por ejemplo, no es extraño que se prevea que las muestras tomadas por la inspección deban ser satisfechas en todo caso¹⁵⁵ o, al menos, si se

¹⁵²Es verdaderamente ilustrativa la STJUE de 22 de diciembre de 2008, Comisión contra España, Asunto C-187/07, que, tras analizar el número y la calidad de las inspecciones efectuadas, los escasos inspectores, su poca capacidad de sorpresa y de ejercer su autoridad, concluye en “la falta de eficacia del sistema nacional de control e inspección del ejercicio de la pesca” y condena a España por “no destinar los medios humanos necesarios para el control y la inspección del ejercicio de la pesca”.

¹⁵³SSTC 37/1982, 1/1990, 27/2001, etc. Si, como explica A. HUERGO LORA, “La desigualdad...”, pp. 192 a 194, la impugnación de una sanción basada en que no se han reprimido conductas idénticas de otros sujetos no es acogida por los tribunales, menos posibilidades aún tendrá el ataque a una inspección por razones similares.

¹⁵⁴J. AMENÓS ALAMO, *La inspección...*, p. 243, dice que “constituye una carga social inindemnizable”. Algunas normas lo explicitan: el art. 33.2 LGTel aclara que los operadores están obligados a realizar las interceptaciones que procedan y que “deberán adoptar a su costa” las medidas pertinentes; el art. 52 Ley de Sanidad Vegetal dice que las personas inspeccionadas estarán obligadas a “permitir que se practique la oportuna prueba o toma de muestras gratuita de los productos o mercancías en las cantidades estrictamente necesarias”; etc. Además, la STS de 11 de junio de 1990 confirmó la sanción por negarse a dar las muestras si no se le abonaban en el acto.

¹⁵⁵Art. 48.3 Ley andaluza 13/2003 de defensa de los consumidores: “La Administración pagará el valor de coste de los bienes objeto de la toma de muestras. En caso de que los bienes no presenten irregularidades, la Administración podrá disponer de los mismos para su cesión a aquellas entidades benéficas que lo soliciten”.

comprueba su plena legalidad¹⁵⁶. Acaso lata en estas excepciones la idea de que en algunos casos la carga que pueda llegar a suponer la inspección sea tan gravosa que haga desproporcionado el sacrificio económico exigido a quien cumple la legalidad; y acaso, yendo algo más lejos, cabría suscitar si, incluso sin previsión legal, en algún supuesto extremo, pese a la legalidad del deber impuesto por o para con la inspección, pudiera dar derecho a indemnización¹⁵⁷.

2. Por el contrario, puede aceptarse que **si la inspección impone ilegalmente deberes** con repercusión económica, podrá comprometer normalmente la responsabilidad patrimonial de la Administración. Ya no habrá el deber jurídico de soportar la lesión causada sin fundamento legal y, si se dan los demás requisitos, surgirá el derecho a la indemnización. Lo mismo cabe decir si lo que sucede es que **la inspección no respeta su deber de secreto**¹⁵⁸. Si acaso, la cuestionable doctrina del margen de tolerancia pueda encontrar aquí terreno propicio para su aplicación y limitar los supuestos de responsabilidad a solo los casos en que haya una actuación inspectora más claramente ilegal. Naturalmente, cuestión diferente, que ya no corresponde analizar aquí, es la de la responsabilidad por las medidas administrativas tomadas como consecuencia de las inspecciones (p. ej., un cierre cautelar), lo que ya no es responsabilidad por la inspección ni siquiera en el caso de esas medidas hayan sido tomadas por los inspectores.

3. Pero la cuestión estelar es la de si la Administración incurre en **responsabilidad por**

¹⁵⁶Vid. M. REBOLLO PUIG y M. IZQUIERDO CARRASCO, *Manual de la inspección...*, pp. 150-151. P. ej., dice el art. 24.1.d) del Estatuto de los Consumidores de Murcia que “la toma de muestras se indemnizará con el valor de coste, incluidos los gravámenes, salvo que se detectara infracción de la presente Ley, en cuyo caso deberá exigirse al responsable el pago de los gastos ocasionados, incluidos los de análisis y ensayo...”. El art. 58 del Reglamento madrileño de protección de los consumidores (Decreto 152/2001) incluye algún matiz de interés: “La inspección actuante deberá abonar ... el precio de venta de los ejemplares de las muestras ... excepto cuando la inspección se realice en establecimientos mayoristas en que el abono se realizará únicamente a instancia del inspeccionado y por el valor del bien en la fase de comercialización que corresponda ... Excepcionalmente el pago podrá diferirse ... Si se tratara de productos sujetos a inmovilización u otras medidas provisionales ... no se abonarán las muestras recogidas”. Según el art. 5.3 de la Ley 17/1985 de objetos elaborados con metales preciosos, en caso de “ensayos de tipo destructivo” se debe proceder “al pago pertinente en el caso de que el objeto analizado cumpla las prescripciones legales”. En el art. 34 del Reglamento de esta Ley (RD 197/1988) se establece que con carácter general que el laboratorio “devolverá a los interesados los restos de los ensayos verificados y resarcirá a los mismos, en su caso, del deterioro del objeto, cuando éste disminuya apreciablemente su valor de mercado”; y si se ha procedido a “ensayos que inutilicen la pieza ... y si del análisis resultase que el objeto ... cumpliera las disposiciones legales y reglamentarias, el laboratorio vendrá obligado a efectuar el pago pertinente de acuerdo con el valor de facturación del objeto”. Destacable es también el art. 33.4 LOTT: se puede obligar al transportista a desplazarse 30 Kms hasta los lugares de control y a facilitar las operaciones de pesaje y verificación “corriendo los gastos de éstas ... por cuenta del denunciado, si se acredita la infracción, y, en caso contrario, de la Administración actuante”.

¹⁵⁷Podrían ser de aplicación las muy sugerentes ideas de J. M. BAÑO LEÓN, “El contenido esencial de la propiedad en el contexto del Derecho europeo”, *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, Zaragoza, 2008, vol. 2, pp. 1787 y 1792-1793.

¹⁵⁸Sobre el supuesto de responsabilidad declarado por el TJUE por no haber guardado el secreto de la identidad del denunciante, vid. J. GUILLÉN CARAMÉS, *Régimen...*, pp. 193-194, y J. M. BAÑO LEÓN, *Potestades...*, pp. 205 a 207.

los daños originados por las actividades inspeccionadas. La regulación actual y la evolución doctrinal y jurisprudencial sobre responsabilidad patrimonial de la Administración obliga a pronunciarse sobre cualquiera de sus aplicaciones con inseguridad y prudencia. Más todavía cuando se trata de la culpa *in omittendo* e *in vigilando*. Y los problemas se agravan cuando se trata precisamente de los daños causados por sujetos sometidos a la inspección¹⁵⁹. Las sentencias ofrecen soluciones casuísticas que buscan la justicia del caso, pero no ofrecen una guía clara para deducir una doctrina general¹⁶⁰. Si acaso se observa una tendencia restrictiva pero resolviendo cada supuesto con argumentos diversos. Pese a ello y al riesgo que entraña este atrevimiento, intentaré esbozar las líneas generales por las que creo que deben discurrir las soluciones.

Para empezar hay que afirmar que sería sencillamente absurdo afirmar la responsabilidad administrativa por el simple hecho de que una actividad privada sometida a inspección haya causado un daño. Ni tiene sentido admitir tal responsabilidad ante un funcionamiento normal de la inspección ni ese daño pone necesariamente de manifiesto un funcionamiento deficiente de la inspección. Cabe que la inspección esté razonablemente dotada y funcione conforme a estándares apropiados de eficacia y que, sin embargo, no descubra ilegalidades potencialmente dañosas porque, pese a ello, no puede vigilarlo todo. Además de infundado legalmente, hacer responsable a la Administración de tales daños, dada la extensión actual de su inspección, conduciría a convertirla en una aseguradora universal y a un sistema injusto y económicamente insostenible que, a la postre, obligaría a replegar la actividad inspectora.

Así que, como máximo, cabe plantear la responsabilidad de la Administración ante daños causados por las actividades inspeccionadas si hubo mal funcionamiento de la inspección y esto, a su vez, dio lugar a que no se adoptaran las medidas oportunas para el restablecimiento de la legalidad. Este planteamiento exige distinguir entre el normal y el anormal funcionamiento de la inspección, a establecer una especie de estándar del funcionamiento correcto de la inspección o, por mejor decir, de cada inspección. Sin aspirar a mayores concreciones, aquí imposibles, la frontera podría delinearse sobre la base de lo que antes hemos expuesto respecto de los casos en

¹⁵⁹Plantea bien los factores y especiales dificultades R. RIVERO ORTEGA, *El Estado...*, pp. 225 a 230.

¹⁶⁰Vid. V. AGUADO i CUDOLÁ y A. C. NETTEL BARRERA, “La responsabilidad patrimonial por inactividad de la Administración”, en T. QUINTANA LÓPEZ (Dir.) y A. CASARES MARCOS (Coord.), *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, Tirano lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 301 a 307; y para un sector concreto, en la misma obra, M. FUERTES, “¿Ha de responder también la Administración de las pérdidas financieras?”, pp. 949 y ss. Específicamente sobre el interesante supuesto de responsabilidad por los ruidos de sujetos privados, vid. F. LÓPEZ MENUDO, E. GUICHOT REINA y J. A. CARRILLO DONAIRE, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 107 y ss. Vid. también J. AMENÓS ALAMO, *La inspección...*, pp. 245 a 248.

que es o deviene obligatoria la inspección cuando hay normas que la imponen con cierta periodicidad o están previstas por planes o ha habido denuncias, sobre todo de interesados. Con esa premisa, cabría proponer que si en estos casos no se inspeccionó y un particular sufrió un daño la Administración debe indemnizarle. La idea es tentadora porque, además de tener algún fundamento material, serviría para paliar los insuficientes cauces que, como explicamos, ofrece nuestro ordenamiento para exigir las inspecciones obligatorias¹⁶¹. Pero no creo que esta solución tenga real fundamento ni solucione razonable y justamente todos los supuestos. Además de que el defecto puede estar, no en que no se inspeccionara, sino en que, pese a ello no se detectaran ilegalidades, esa solución no es satisfactoria fundamentalmente porque el mal funcionamiento de la inspección no permite afirmar en todos los casos que sea la causa del daño.

Llegados a este punto, hay que distinguir al menos tres supuestos según el tipo de actividad inspeccionada: a) inspección de los propios servicios públicos, incluida la de sus bienes, la de los usuarios integrados en los correspondientes establecimientos, tales como alumnos, internos en un hospital, reclusos, etc.; b) inspección sobre un particular que en virtud de contrato u otro título realiza actividades de servicio público o, en general, propias de una Administración; y c) la inspección de actividades puramente privadas simplemente sometidas a inspección y otras potestades administrativas de limitación, incluso aunque se desarrollen en lugares de dominio público. En el primer caso, podrá afirmarse de ordinario, conforme a los criterios generales de imputación y causalidad, la responsabilidad de la Administración pues se tratará de un daño causado por el mal funcionamiento del servicio público gestionado por la Administración. El segundo caso es controvertido pero, según creo, lo que se desprende de nuestro ordenamiento, y lo más razonable, es que la Administración no responda por su defectuosa inspección sino sólo si el daño es “consecuencia inmediata y directa” de una orden suya o de alguna otra decisión irresistible, siendo responsable el gestor privado en todos los demás supuestos (arg. art. 214 TRLCSP)¹⁶². Con mayor razón, esa misma línea ha de inspirar la

¹⁶¹De hecho, la doctrina ha sucumbido con frecuencia a esta tentación. Vid. L. MARTÍN REBOLLO, “Medio ambiente y responsabilidad de la Administración”, *REDA*, nº 20 (1976); M. GÓMEZ PUENTE, *La inactividad...*, p. 863; G. FERNÁNDEZ FARRERES, “Industria”, en S. MARTÍN-RETORTILLO (Dir.), *Derecho Administrativo económico*, La Ley, Madrid, 1991, II, pp. 451-452; M. P. ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, *El ejercicio...*, pp. 400-401; etc.

¹⁶²Cosa distinta es si ese gestor privado debe responder conforme a las reglas de responsabilidad de Derecho Administrativo y si la competencia para resolver sobre ello deba ser administrativa y contencioso-administrativa, aspectos que aquí no nos corresponde abordar. Con todo, es muy interesante la tesis de M. BELADÍEZ ROJO, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 196 y ss., que sí admite una responsabilidad administrativa fundada en que el daño se haya producido como consecuencia del anormal funcionamiento del servicio de inspección, no del servicio público concedido.

solución general del tercer tipo de casos, que son los que aquí principalmente nos interesan.

Tratándose de daños causados por un particular en el desarrollo de una actividad puramente privada, la regla general debe ser que la Administración no responda porque el deficiente funcionamiento de su inspección no es causa ni concausa adecuada ni eficiente. Lo será exclusivamente la actividad privada. Decir lo contrario es retorcer el concepto de causa. Además frecuentemente llevará a soluciones injustas, máxime si de hecho, pese a que teóricamente se hable de solidaridad y de acciones de regreso, libera al sujeto privado de pagar la indemnización y la hace recaer sobre la colectividad. Sólo en algún caso excepcional podrá sostenerse que la deficiente inspección ha sido concausa. Más que ella, la apariencia errónea que crea en todos los sujetos -en el inspeccionado o en los que se relacionan con él- de que la actividad privada se desarrollaba correctamente. Esa apariencia y la confianza que genera sí puede ser determinante en algún caso de los comportamientos privados y, por ende, del daño.

Fuera de tales supuestos, la responsabilidad administrativa por mal funcionamiento de la inspección sería una responsabilidad por hecho de otro, del inspeccionado. He sostenido que debe admitirse este género de responsabilidad administrativa, siempre que se base en una conducta antijurídica y culpable de la Administración: no es que esa conducta sea la causa o la concausa del daño -aunque, torturando el concepto de causa, sea lo que normalmente se dice, huyendo de explicaciones más certeras pero embarazosas- sino el título justificador de una responsabilidad por hecho ajeno¹⁶³. Añado que concretamente esta responsabilidad administrativa por hecho ajeno puede surgir ante el deficiente funcionamiento de la inspección y la falta de reacción administrativa frente a actividades privadas potencialmente dañosas. Pero ello en casos excepcionales pues ni la Administración crea el riesgo ni se beneficia con la actividad privada ni se convierte en garante de todas las actividades privadas por el mero hecho de estar sometidas a su inspección. Ante ello, la responsabilidad de la Administración por el daño causado por una actividad sometida a su inspección debe quedar limitada a los supuestos en que no sólo haya mal funcionamiento sino dolo o negligencia grave, como sería el caso de la inactividad administrativa contumaz pese a las denuncias y solicitudes de actuación frente a comportamientos privados ilegales evidentemente dañosos y sólo en los casos en que tenga potestades suficientes para prever y evitar el daño¹⁶⁴.

¹⁶³“Servicios públicos concedidos y responsabilidad de la Administración: imputación o responsabilidad por hecho de otro”, *Poder judicial* (2ª época), n° 20 (1990), pp. 47 a 51.

¹⁶⁴En la misma línea, S. FERNÁNDEZ RAMOS, *La actividad...*, pp. 599 a 602.