

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

**LA SUBSANACION VOLUNTARIA COMO EXIMENTE DE
RESPONSABILIDAD BAJO EL AMPARO DE LA LEY DEL
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL:
PRIMACIA DE LA LEY**

Trabajo académico para optar el título de Segunda Especialidad en
Derecho Administrativo

Autor:

Ivan Zumaeta Arévalo

Asesor:

Juan Carlos Morón Urbina

Lima, 2021

RESUMEN

La subsanación voluntaria de forma previa al inicio del procedimiento administrativo sancionador constituye un eximente de responsabilidad administrativa conforme a lo dispuesto en el Decreto Legislativo 1272, el cual trajo esta modificación a la Ley 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General. Asimismo, a través del mencionado Decreto Legislativo, se dispone que la Ley del Procedimiento Administrativo General pasa a tener la condición de Ley común, estableciendo para tal efecto la pauta normativa que debe regir toda actuación administrativa.

Sin embargo, como se puede apreciar en el presente trabajo, organismos reguladores como el OSINERGMIN han señalado a través de Resoluciones de Consejo Directivo, Reglamentos; entre otros, disposiciones que proponen un régimen diferente y menos beneficioso para el administrado, adaptando la institución de la subsanación voluntaria de una forma que vulneraría lo establecido en la Ley del Procedimiento Administrativo General, afectado de esta forma su carácter de Ley común, bajo un supuesto precepto de especialidad.

Sobre el particular, se propone que tanto los organismos reguladores como las demás instituciones y entidades de carácter administrativo establezcan una regla de carácter común respecto a la figura de la subsanación voluntaria, ello con el objetivo de buscar la uniformidad e integración del sistema jurídico, sin que ello vulnere las pautas básicas dispuestas por Ley.

ABSTRACT

The voluntary correction prior to the initiation of the administrative sanctioning procedure constitutes an exemption of administrative liability in accordance with the provisions of Legislative Decree 1272, which brought this amendment to Law 27444 - General Administrative Procedure Law. Likewise, through said Legislative Decree, it is provided that the General Administrative Procedure Law becomes a common Law, establishing for such purpose the normative guideline that must govern all administrative actions.

However, as can be seen in this work, regulatory agencies such as OSINERGMIN have indicated, through Resolutions of the Board of Directors, Regulations, among others, provisions that propose a different and less beneficial regime for the administered party, adapting the institution of voluntary rectification in a way that would violate the provisions of the General Administrative Procedure Law, thus affecting its status as a common Law, under an alleged precept of specialty.

In this regard, it is proposed that both the regulatory agencies and the other institutions and entities of an administrative nature establish a common rule regarding the figure of voluntary correction, with the purpose of seeking uniformity and integration of the legal system, without violating the basic guidelines established by Law.

INDICE

I. Introducción	4
II. La subsanación voluntaria como eximente de responsabilidad administrativa	5
2.1. Conceptualización de la subsanación voluntaria	5
2.2. Tipología de infracciones.....	6
2.3. Requisitos para su configuración	7
2.4. Subsanación voluntaria antes de la imputación de cargos: Teorías	8
III. Normas especiales a las que hace mención la Ley del Procedimiento Administrativo General: Reglamentos – Directivas - Lineamientos	10
IV. Primacía de la Ley frente a normas de rango inferior	10
4.1. Ley del Procedimiento Administrativo General como norma común: Jerarquía normativa	11
4.2. Jerarquía normativa	13
4.3. Principio de Especialidad.....	14
4.4. Dualidad: Ley Común - Especial	14
V. ¿Todo es subsanable?	15
5.1. Supuestos de condición insubsanables: Caso Osinergmin.....	15
5.2. El costo del incumplimiento y el incentivo de subsanación.....	18
5.3. Unificación del sistema jurídico: propuesta de solución.....	20
VI. Conclusiones	22
VII. Bibliografía	24

I. Introducción

El régimen de la subsanación voluntaria de la infracción de forma previa a la imputación de cargos como aquella condición eximente de responsabilidad administrativa, bajo el amparo de lo dispuesto por el Decreto Legislativo 1272 el cual modificó la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, ha significado una institución interpretada de forma singular y particular por cada órgano e institución que conforma la administración pública, siendo que muchas disposiciones de inferior rango han establecido sus reglas y excepciones de forma singular, vulnerando el carácter común de la Ley del Procedimiento Administrativo General y afectando la uniformidad del sistema jurídico.

En ese orden de ideas, Reglamentos, Resoluciones Directivas; entre otras, establecen condiciones menos beneficiosas para el administrado, disponiendo determinados supuestos de excepción a la figura de la subsanación voluntaria, considerando estos órganos que existen supuestos de carácter insubsanable que no están indicados y determinados por Ley; sino bajo un criterio de especialidad que rige la actividad de cada uno de estos. En ese sentido, autoridades como OSINERGMIN consideran que existen determinados supuestos que implicarían la existencia de una responsabilidad administrativa pese a que el administrado ha efectuado las actuaciones correctivas y reparadoras pertinentes en búsqueda de la subsanación de su conducta infractora.

En base a ello, y considerando la importancia de la modificación de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG) a través del Decreto Legislativo 1272, es que la administración debe establecer un criterio uniforme a fin de evitar que las normas que regulan los procesos de carácter especial no brinden condiciones menos favorables a las establecidas en la Ley. De lo contrario, estaríamos ante una evidente afectación de los derechos del administrado; así como frente a un criterio desuniforme que termina por vulnerar la predictibilidad y seguridad jurídica.

II. La subsanación voluntaria como eximente de responsabilidad administrativa

2.1. Conceptualización de la subsanación voluntaria

El literal f) numeral 1 del artículo 237 del Texto Único Ordenado de la LPAG (en adelante TUO)

“Artículo 257.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones

1.- Constituyen condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:

(...)

f) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 255.”

Renombrados autores en la rama del derecho administrativo coinciden en que la subsanación voluntaria tiene la naturaleza de una excusa absolutoria, que elimina uno de los componentes de evaluación de la responsabilidad administrativa, esto es, la punibilidad, en tanto la ejecución de esta acción reversiva tiene como consecuencia la eliminación del reproche jurídico, llámese sanción administrativa o medida correctiva tipificada en la norma sancionadora; configurándose así una conducta típica, antijurídica, culpable pero no punible.

En tal sentido, se dice que la finalidad que tiene esta causa eximente de responsabilidad es favorecer o fomentar el cumplimiento de la norma, promoviendo, tal como sostiene Morón Urbina (2017) la enmienda espontánea de los administrados conscientes y la evitación del gasto en recursos de la Administración Pública que implica el inicio de un procedimiento y la interposición de una sanción a una infracción ya resarcida.

A su vez, como eximente de responsabilidad se constituye como una limitante al ejercicio de la potestad sancionadora, por la prevalencia que se le otorga, en el sistema jurídico y en la política punitiva, a la acción reparadora espontánea del administrado, que previo al inicio del procedimiento administrativo sancionador

asume la responsabilidad y revierte la situación infractora (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2017, p. 47).

Así, la subsanación voluntaria consiste en una conducta, no solo que consista en un cese sino también en una reparación, que realiza el administrado ante la infracción y que, en el análisis de responsabilidad, excluye la última parte que se requiere para la imposición de la sanción, eximiéndolo así de la responsabilidad administrativa.

2.2. Tipología de infracciones

En lo que respecta al cese de la conducta infractora, es necesario establecer los alcances y tipología existentes en lo que respecta a las infracciones. En ese sentido, se considera que las infracciones pueden tipificarse de la siguiente forma (Danós Ordoñez, 2013):

- a) Infracciones instantáneas: Aquellas que se efectúan en un momento determinado. A su vez estas se pueden subdividir en los siguientes tipos:
 - i. Infracciones que producen una situación antijurídica de carácter duradero.
 - ii. Infracciones que ocasionan una situación antijurídica permanente en el tiempo desde el momento de su ocurrencia. A estas se les denomina también como *infracciones de estado*.
- b) Infracciones permanentes: Aquellas en donde la conducta se sigue efectuando por voluntad del administrado de forma permanente.
- c) Infracciones continuadas: En estos casos, existe una variedad (pluralidad) de infracciones cometidas por el administrado en base a un mismo ilícito. En ese caso, se puede verificar un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión.

2.3. Requisitos para su configuración

i) Elemento objetivo: Alcances de la conducta subsanaría

La subsanación no solo implica el cese de la conducta sino también la reversión y la reparación de la situación típica y antijurídica, que vulnera el ordenamiento. En tal sentido, afirma Macasi (2018) que la subsanación se producirá cuando el administrado adopte las acciones que reconduzcan a cumplir con las normas inicialmente incumplidas y, de ser el caso, también a remover las posibles consecuencias negativas devenidas de la comisión la infracción.

Por su parte, Morón Urbina (2020) señala que se deberá revertir los efectos dañinos producto de la comisión de la infracción, acción que dependerá de los alcances, efectos y daños producidos al bien jurídico protegido por la administración.

ii) Elemento temporal: Oportunidad de la Subsanación

La subsanación debe realizarse con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos, es decir, antes el inicio del procedimiento administrativo sancionador. La idea con esto es evitar que la administración deba iniciar las acciones que impliquen un movimiento de la administración pública en imputar los cargos pertinentes propios de un inicio de procedimiento sancionador.

Ahora bien, cabe efectuar la siguiente pregunta en este punto: ¿es indispensable que el administrado comunique a la administración sobre las acciones correctivas efectuadas, las que fueron destinadas a subsanar la conducta infractora? Pues bien, por un principio de buena fe, el administrado debería trasladar a la administración el material probatorio pertinente que permita identificar la corrección del hecho infractor, lo cual evite que la entidad tenga que movilizar el aparato estatal a fin de constatar y/o verificar por sus propios medios la acción subsanatoria, ya sea antes del inicio del procedimiento sancionador o en el transcurso del mismo; sin embargo, el hecho de que el administrado no haya notificado dicha situación a la administración no implica que esta última no se vea en la obligación de eximir de responsabilidad en caso el administrado demuestre en el transcurso del proceso que se ejecutaron las acciones correctivas pertinentes antes del inicio del procedimiento. Si bien este último supuesto no es el escenario ideal ya que atentaría relativamente a una de las características de la subsanación voluntaria (que es en sí, evitar que la administración

gaste horas hombre y que efectuó las averiguaciones pertinentes a fin de iniciar el procedimiento sancionador), la invocación normativa termina por beneficiar al administrado.

iii) Elemento subjetivo: Voluntariedad

Sobre este punto, Morón (2020) señala que es indispensable que el administrado efectúe las acciones correctivas de forma voluntaria, es decir, sin que provenga de mandato alguno por parte de la autoridad. La idea con este elemento es que el administrado por su cuenta propia, en un acto de determinación propia, sea el que tome la iniciativa en corregir su conducta infractora, evitando de esta forma que sea la administración la encargada de señalarle y/o sugerirle los actos a seguir.

En ese orden de ideas, en caso la entidad imponga una medida correctiva y/o emita alguna documentación (Informe de Instrucción) en donde se señale el hecho infractor en donde ordene al administrado proceder con la acción y/o omisión que implique la subsanación de la conducta, ya no será posible acreditar el elemento voluntario y no será efectiva la subsanación como un eximente de responsabilidad.

La idea con esta particularidad es una vez más, evitar que la administración deba movilizar el aparato estatal efectuando acciones que estén destinadas a perseguir al administrado en su accionar correctivo. A fin de cuentas, la figura de la subsanación voluntaria no busca causar una suerte de impunidad en favor de los administrados, sino que tiene como objetivo otorgar una suerte de incentivo para estos, por su propia cuenta, puedan corregir sus conductas sin que la administración este en constante vigilancia y fiscalización, ahorrando de esta manera tiempo y recursos estatales.

2.4. Subsanación voluntaria antes de la imputación de cargos: Teorías

La idea de una acción efectuada por parte del administrado que conlleve a un eximente de responsabilidad administrativa, pese a que este haya cometido una infracción a nivel normativo, ha despertado la curiosidad académica a fin de poder indagar cual sería la interpretación adecuada que permita concatenar este precepto jurídico a las demás normas del Derecho Administrativo, buscando la integración perfecta sin que este termine por considerarse como una tolerancia por parte de la administración ni como una arbitrariedad por parte de esta última ante una regla de difícil ejecución.

En ese sentido, la doctrina plantea las siguientes teorías que explicarían la naturaleza de la subsanación voluntaria (Neyra, 2020):

- a) En favor de la administración: Esta señala que toda conducta infractora es susceptible de sanción. El objetivo de ello es evitar actos de impunidad en favor de los administrados, incentivando de esta forma el cumplimiento normativo y previniendo así que existan otros infractores que comentan las mismas acciones en contra del ordenamiento.
- b) En favor del administrado responsable de la infracción: Con esta interpretación, se tendría como eximente de responsabilidad en base a la subsanación voluntaria como un acto de cese de la conducta infractora, dejando de lado los efectos que pudieron haber causado la mencionada acción. En ese orden de ideas, debido a que la ley no obliga al infractor a remediar los efectos de la conducta, no se podría sancionar ni siquiera a través de reglamentación ello en atención al carácter común de la Ley del Procedimiento Administrativo que más adelante comentaremos.
- c) En favor del administrado afectado por la comisión de la infracción: Contraria a la anterior interpretación, esta considera que los efectos deben ser remediados y que en caso no se pueda efectuar esta subsanación, la conducta deberá ser sancionada pese al cese de la misma. Esta interpretación encuentra asidero en los preceptos de resarcimiento y castigo que la administración debe velar para un correcto control y gestión de los administrados.

Efectivamente, esta última interpretación es la que muchos entes reguladores e instituciones públicas consideran que debe ser la correcta ya que, a su criterio, no basta con el cese de la conducta, sino que es necesario también revertir la situación que ha causado daño. Tanto es así que, en caso no se pueda contrarrestar los daños generados, que se consideraría que no es factible la subsanación voluntaria, pese al cese de la conducta infractora¹.

¹ SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD - ACUERDO N° 005-2021:

(...)

III. Normas especiales a las que hace mención la Ley del Procedimiento Administrativo General: Reglamentos – Directivas - Lineamientos

Debemos iniciar señalando que, la LPAG establece las fuentes del derecho administrativo en las que tendrá incidencia, en lo que respecta la actividad administrativa. Al respecto, es importante precisar que cada una de ellas, obedecen una jerarquía normativa que deberá ser tomada en cuenta para una adecuada aplicación de los preceptos del TUO de la LPAG.

Sobre el particular, se debe tener presente que las normas emitidas por la Autoridad Administrativa, son normas de rango inferior. Ahora bien, y citando a Guzman Napurí (2013): *“Todas estas normas, que son emitidas al interior de las entidades, poseen rango inferior al de los reglamentos y están subordinadas a los mismos, pero constituyen también fuentes del derecho administrativo, en tanto generadoras de efectos jurídicos generales”*.

Es necesario señalar que, como parte de la actividad administrativa, se encuentran facultadas a emitir normativa que sirva para complementar y proceder con el desarrollo de las Leyes de acuerdo a la especialidad. En otras palabras, es el instrumento jurídico de alcance general emitido por la Administración Pública (Guzmán Napurí, 2013)

Por otro lado, con el fin de regular la Administración Pública de manera interna, se emiten directivas para garantizar el correcto funcionamiento a nivel interno de la Autoridad Administrativa.

IV. Primacía de la Ley frente a normas de rango inferior

“15. Como ya se ha señalado, el Tribunal de SUSALUD asumió como suyo el criterio que sobre la subsanación voluntaria de infracciones estableció el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos–MINJUS: “no solo consiste en el cese de la conducta infractora sino que, cuando corresponda, la subsanación implica la reparación de las consecuencias o efectos dañinos al bien jurídico protegido derivados de la conducta infractora”; ello según se señala, con la finalidad de no generar impunidad y de evitar que el imputado se apropie del beneficio ilícitamente obtenido de la infracción.

16. Este criterio es el que ha venido adoptando el Tribunal de SUSALUD, en tanto lo identifica más próximo a la misión que tiene la institución de proteger los derechos en salud de las personas, al considerar que no resultan ser subsanables aquellos hechos que habiendo originado daño (daño resultante), este no resulta ser reparable; mientras que sí lo pueden ser aquellos hechos que originaron riesgo de daño (daño potencial), en tanto las medidas adoptadas garanticen que dicho riesgo se ha minimizado y más difícilmente, cuando las consecuencias y efectos del daño resultante han podido ser razonablemente reparados”.

4.1. Ley del Procedimiento Administrativo General como norma común: Jerarquía normativa

A lo largo del tiempo, el Derecho Administrativo Peruano ha experimentado una serie de modificaciones que han tenido especial incidencia en la actuación de las Autoridades Administrativas y, a la vez, de personas naturales y/o jurídicas que se encuentran en constante relación con las entidades públicas.

En ese contexto, es importante tener presente que la búsqueda de una norma que pueda englobar una serie de preceptos que sirvan como directriz para la actividad administrativa, tiene sus inicios en un proyecto elaborado por un Grupo de Trabajo perteneciente al Ministerio de Justicia (en adelante, MINJUS) cuyo objetivo fue analizar y plasmar un nuevo marco normativo que permita optimizar y agilizar los procedimientos administrativos, y adicionalmente, garantizar la correcta ejecución posterior, salvaguardando el derecho de los administrados. (Danós, 2018)

Es por ello que, este marco normativo debía tener un alcance lo suficientemente amplio para poder correlacionarse en armonía con todos los procedimientos administrativos, en cualquier nivel de la Administración Pública, sin importar la particularidad del sector.

Siguiendo esa línea, la transversalidad como norma común a toda actuación de la Autoridad Administrativa, toma especial relevancia para garantizar el correcto ejercicio de la potestad administrativa, y con ello evitar el menoscabo del derecho de los administrados, a través de un abuso de poder, que podría colocarlos en un grave estado de indefensión, pudiendo incluso tornarse irreversible de acuerdo a la gravedad del caso.

Sin embargo, llegados a este punto corresponde preguntarnos ¿por qué podría entrar en conflicto este nuevo marco normativo?, para dar respuesta a ello, debemos partir del verdadero análisis espectro del Derecho Administrativo en el Perú, esto quiere decir todo aquello que se encuentra inmerso en esta esfera, citando como ejemplo, el acto administrativo, los reglamentos, los lineamientos para la actividad de Fiscalización, entre otros.

En ese sentido, cabe mencionar que la actividad administrativa afronta escenarios particulares en los que amerita una especial regulación por la especialidad del sector, que obliga al jurista a establecer y encaminar el ordenamiento jurídico idóneo para el adecuado funcionamiento de la Autoridad Administrativa y sus normas, sin embargo, este no debe apartarse de las reglas del marco normativo común, a fin de garantizar la protección del derecho de los administrados.

Es por todo lo expuesto que, en el transcurso del 2016, el estudio del Grupo de Trabajo del MINJUS, materializó sus estudios en el Decreto Legislativo N° 1272, respecto de la LPAG, cuya piedra angular fue la optimización de los procedimientos administrativos, siendo esta transversal a cada nivel de la Administración Pública, garantizando de esta manera la adecuada relación Autoridad Administrativa-Administrado, buscando la eficiencia y eficacia para cada procedimiento administrativo.

Es así que, la derogación del carácter supletorio de esta frente a las demás normas sectoriales, siendo de obligatorio cumplimiento para los procedimientos de carácter especial todas las disposiciones establecidas en esta Ley:

“A diferencia del numeral 1° del artículo II del Título Preliminar de la versión original de la LPAG que hacía referencia al “procedimiento administrativo común desarrollados en las entidades”, el nuevo texto del mismo precepto suprime dicha referencia a un “procedimiento administrativo común” y la reemplaza estableciendo que a partir de la reforma debe entenderse que la LPAG “**contiene normas comunes para las actuaciones de la función administrativa del Estado**” que rigen respecto de todos los procedimientos administrativos incluyendo los procedimientos especiales. En otras palabras, los preceptos de la LPAG que establecen las normas comunes para los procedimientos que tramitan las entidades administrativas no constituyen reglas supletorias a las normas de los procedimientos administrativos especiales, porque conforme al dispositivo legal citado la administración pública está legalmente obligada a su cumplimiento”. (Danos, 2018)

4.2. Jerarquía normativa

En ese orden de ideas, es importante destacar que la LPAG no siempre tuvo un alcance con una amplitud transversal tal como se encuentra desarrollado en la actualidad, al respecto y de acuerdo a lo señalado por Danos Ordoñez: *“A diferencia del numeral 1º del artículo II del Título Preliminar de la versión original de la LPAG que hacía referencia al “procedimiento administrativo común desarrollados en las entidades”, el nuevo texto del mismo precepto suprime dicha referencia a un “procedimiento administrativo común” y la reemplaza estableciendo que **a partir de la reforma debe entenderse que la LPAG “contiene normas comunes para las actuaciones de la función administrativa del Estado” que rigen respecto de todos los procedimientos administrativos incluyendo los procedimientos especiales**”*

En atención a ello, la LPAG no debe ser interpretada como una norma aplicada únicamente para trazar el camino ante una ambigüedad u oscuridad que pueda presentarse, por el contrario, debe ser tomada como aquel lineamiento permanente para cada procedimiento administrativo, sea de carácter general o especial.

Asimismo, el tenor de la LPAG permitirá a los administrados poder tener la certeza que, a pesar de la singularidad de cada rubro que ha dado nacimiento a un procedimiento especial (y con ello, Actos Administrativos), se encuentran salvaguardados por los preceptos recogidos en la normativa del TUO de la LPAG.

Más aún, y conforme a lo establecido por Guzmán Napurí (2013): *“En consecuencia, el acto administrativo, de conformidad con lo establecido por la Ley, no puede infringir normas administrativas de carácter general provenientes de autoridad de igual, inferior o superior jerarquía, e incluso de la misma autoridad que dicte el acto. Las razones de este precepto tienen su origen, en primer lugar, en la construcción del principio de legalidad, en la necesidad de asegurar la seguridad jurídica de los administrados (...)”* En consecuencia, es importante enfatizar que la disposición como norma común a todos los procedimientos administrativos, también encuentra su razón de ser, en aras del principio de seguridad jurídica, que permitirá un adecuado funcionamiento en la sociedad.

4.3. Principio de Especialidad

Ahora bien, es necesario definir la esencia de un procedimiento administrativo especial, citando a Juan Carlos Morón Urbina²: *“La justificación de un procedimiento administrativo especial radica exclusivamente en la íntima relación que exista en una determinada materia sujeta al derecho administrativo y el procedimiento que debe seguirse para dilucidar las decisiones ejecutivas sobre la materia”*. En ese sentido, la doctrina y la experiencia, han detectado la existencia de singularidades que deben ser reguladas con normativas especiales que logren satisfacer los intereses del administrado, ello de acuerdo a derecho.

4.4. Dualidad: Ley Común - Especial

Debemos iniciar señalando que, el ordenamiento jurídico peruano en materia de Derecho Administrativo, tiene como finalidad poder agilizar los procedimientos administrativos para la ciudadanía en general, y a la vez, poder garantizar el derecho de cada administrado, logrando la eficiencia de la actividad administrativa.

Sin embargo, al haberse detectado la existencia de procedimientos administrativos especiales, de acuerdo a las necesidades de sectores particulares, es necesario que las normas contenidas en la LPAG deban estar presentes en el procedimiento de carácter general y particular.

Ahora bien, debemos señalar que, en virtud de la experiencia práctica y la casuística administrativa, existieron preocupaciones de la implementación de la LPAG a nivel municipal, ya que se evidenció un claro apartamiento de los preceptos administrativos. Siendo, así las cosas, esto generaba una clara transgresión al derecho del administrado, y la solución planteada fue, establecer garantías preferentemente a las disposiciones especiales, teniendo un alcance de mayor amplitud. (Danós Ordoñez, 2018).

² <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17298/17585>

En ese contexto, vale destacar que, a pesar de la particularidad de cada procedimiento administrativo especial, se deberá tener presente los lineamientos transversales contenidos en la LPAG

V. ¿Todo es subsanable?

5.1. Supuestos de condición insubsanables: Caso Osinergmin

OSINERGMIN

El Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – Osinergmin, en su momento contaba con la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS-CD de fecha 09 de marzo de 2017, a través del cual se dispuso el margen regulatorio aplicable a los administrados a su cargo referentes a los a las funciones de supervisión, fiscalización y sanción de dicho órgano regulador.

Sobre el particular el artículo 15° regulaba lo referente a la subsanación voluntaria, disponiendo en el numeral 1 que la *“subsanación voluntaria de la infracción solo constituye un eximente de responsabilidad cuando se verifique que los incumplimientos detectados fueron subsanados antes del inicio del procedimiento sancionador”*. Sin embargo, de forma posterior, en el numeral 3 del mismo articulado, señalaba una sería de supuestos de carácter insubsanable a criterio del órgano regulador, los mismos que no serían eximentes de responsabilidad pese a que el administrado haya efectuado las conductas pertinentes a fin de reparar la conducta infractora³.

³ **RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO N° 040-2017-OS-CD –Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin**

“Artículo 15.- Subsanación voluntaria

15.3. No son pasibles de subsanación:

- a) Aquellos incumplimientos relacionados con la generación de accidentes o daños.
- b) Aquellos incumplimientos de obligaciones sujetas a un plazo o momento determinado cuya ejecución posterior pudiese afectar la finalidad que persigue, o a usuarios o clientes libres que se encuentren bajo el ámbito de competencia de Osinergmin.
- c) Incumplimientos sobre reportes o informes de accidentes y/o situaciones de emergencia.
- d) Los incumplimientos que impliquen la obstaculización o el impedimento del ejercicio de la función supervisora y/o fiscalizadora de Osinergmin, así como el incumplimiento de las medidas administrativas.
- e) Incumplimientos relacionados a la presentación de información o documentación falsa.
- f) Incumplimientos de normas sobre uso del equipo de Sistema de Posicionamiento Global, obligaciones relativas al uso del Sistema de Control de Órdenes de Pedido (SCOP), o falta de registro y/o actualización de precios de venta de combustible en el Sistema Price de Osinergmin.

Como se puede apreciar, Osinergmin dispuso en aquella oportunidad determinados supuestos de hecho que no eran factibles de subsanación voluntaria, pese a que conforme ya se señaló, la LPAG en la medida de que tiene el rango de norma común y de carácter transversal para el ordenamiento jurídico; estaríamos ante un caso en el cual una Resolución emitida por un Consejo de un organismo regulador estaría establecido disposiciones que afectan la jerarquía normativa.

Sin perjuicio de ello, es curioso analizar cuáles son los supuestos de hecho que Osinergmin considera no son pasibles de sanción, ya que analizando brevemente la lista se puede apreciar ciertos incumplimientos que no tendría algún sentido ni justificación para no ser considerados dentro de tal grupo. Incumplimientos como lo referentes al uso de un Sistema de Posicionamiento Global, falta de registro en un Sistema de actualización de precios, incumplimientos relacionados a pesos netos de cilindros de GLP, parámetros de aire o emisión; y más aún, dejar a libre criterio estableciendo en reiteradas oportunidades que también podría ser “entre otros”.

Si bien se entiende que el objetivo de la entidad es desincentivar al máximo posible la comisión de estas infracciones las cuales, a su propio criterio, son hechos que revisten particularidad riesgo para la administración, se debe tener en cuenta la postura política que nuestro ordenamiento a nivel administrativo ha adoptado.

Es así que hasta a nivel Jurisdiccional se ha podido apreciar que los Jueces de los juzgados contenciosos administrativos han optado por otorgarle la primacía de rango legal pertinente a la LPAG por encima de estos reglamentos. Tal es el caso de la decisión tomada por el cual el Sexto Juzgado Contencioso Administrativo Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima, en la Resolución Nro 7 de fecha de 28 de

g) Incumplimientos relacionados con el expendio, abastecimiento, despacho, comercialización, suministro o entrega de Hidrocarburos u Otros Derivados a personas no autorizadas.

h) Incumplimientos relacionados con procedimientos o estándares de trabajo calificados como de alto riesgo, normas que establecen parámetros de medición, límites o tolerancias, tales como, normas de control de calidad, control metrológico, peso neto de cilindros de GLP, parámetros de aire o emisión, existencias, entre otros.

i) Los incumplimientos de indicadores verificados en procedimientos de supervisión muestral, salvo que se acredite el levantamiento de la infracción en todo el universo al que representan las muestras.

j) Incumplimientos relacionados con la obtención de autorizaciones exigibles para una actividad, que fueran obtenidas o regularizadas con posterioridad al inicio del procedimiento administrativo sancionador.

k) Los actos u omisiones que hubiesen generado la imposición de una medida correctiva, medida cautelar o mandato, por parte de Osinergmin, orientada al levantamiento del incumplimiento suscitado.

l) Otros que apruebe el Consejo Directivo”

agosto de 2019 consignada en el Expediente N° 04493-2019-0-1801-JR-CA-06, falla en favor del demandante (Compañía Minera Santa Luisa S.A.) en contra de Osinergmin debido a que la primera alega que había efectuado la subsanación voluntaria de un hecho infractor con anterioridad al inicio del procedimiento administrativo sancionador.

En aquella oportunidad, el juzgado determino que:

“5.8. (...), se advierte que la demandada debió emitir pronunciamiento sobre el escrito de subsanación y determinar si corresponde o no aplicar lo dispuesto en el literal f) del numeral 1 del artículo 253 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 al presente caso, toda vez que dicho artículo viene a ser la norma más favorable para la demandante que lo señalado en la citada Resolución N° 040-2017-OS/CD, teniendo en cuenta que el artículo 245° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 dispone: "245.2 Las disposiciones contenidas en el presente Capítulo se aplican con carácter supletorio a todos los 6 procedimientos establecidos en leyes especiales, incluyendo los tributarios, los que deben observar necesariamente los principios de la potestad sancionadora administrativa a que se refiere el artículo 246, así como la estructura y garantías previstas para el procedimiento administrativo sancionador. Los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados, que las previstas en este Capítulo (...). (el subrayado es nuestro).

Ahora bien, al parecer el órgano regulador termino acogiendo la posición mayoritaria en lo que respecta a la imposibilidad de disponer por su propia cuenta supuestos de hecho insubsanables, es que con fecha 14 de diciembre de 2021 a través de la Resolución de Consejo Directivo N°208-2020-OS/CD se aprueba un nuevo Reglamento de Fiscalización y Sanción, en donde se derogan y reformula los preceptos referentes a la subsanación voluntaria, estableciendo la obligatoriedad en la

conurrencia de tres supuestos: (i) una infracción pasible de subsanación; (ii) que exista voluntariedad; y (iii) que sea de forma oportuna⁴.

Por tanto, se puede apreciar que el órgano regulador ha adoptado la posición seguida por la doctrina, estableciendo los elementos configurativos de la subsanación voluntaria, requiriendo la concurrencia de estos tres, eliminando así los supuestos de hecho injustificados que en su momento se rigió para la actividad.

5.2. El costo del incumplimiento y el incentivo de subsanación

Como bien se indicó en un apartado anterior, la administración no tiene como misión causar un estado de impunidad frente a los administrados ya que tal situación no haría otra cosa que afectar la naturaleza del interés común como pilar del derecho administrativo, siendo que no es aceptable ni tolerable que un ordenamiento jurídico plantee tal supuesto afectaría de forma directa los fines de la sanción administrativa.

Sobre el particular, existe uniformidad respecto a cuáles son los alcances de la sanción, considerando que hay una búsqueda por parte de la administración en prevenir una conducta infractora, así como reprender una acción ilícita:

- a) **Carácter represivo:** Desde este punto de vista, la sanción tiene como objetivo reprimir las actuaciones de carácter ilegal por lo que su busca castigar a quien incurre en estos actos de acción y/o omisión, siendo este un *“mal infringido por la administración como consecuencia de una conducta ilegal”* (Mori, 2020).
- b) **Carácter preventivo:** En cuanto a este punto, la aplicación de una sanción busca que se prevenga de forma futura que los administrados incurran en alguna de estas conductas ilegales. Es así que la doctrina distingue dos tipos

⁴ **RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO N° 208-2020-OS-CD –Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin**
“Artículo 16.- Eximentes de responsabilidad administrativa
(...)

e) La subsanación voluntaria por parte del Agente Fiscalizado del acto u omisión imputado como constitutivos de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación del inicio del procedimiento administrativo sancionador. Para que se configure este eximente de responsabilidad, se requiere que concurren las tres condiciones: i) que la conducta infractora sea pasible de ser subsanada, ii) la voluntariedad de la subsanación y iii) la oportunidad de la subsanación.”

de supuestos preventivos: el primero llamado prevención general, destinado *“disuadir a los que intencionada o negligentemente están próximos a la infracción”*; y el segundo denominado prevención especial, por el cual se busca *“incentivar a que el sujeto infractor no vuelva a infringir nuevamente la norma”* (Torres, 2019).

Ahora bien, la figura de la subsanación voluntaria estaría íntimamente ligada a este carácter preventivo de la sanción, toda vez que lo que se busca con esta acción de carácter correctivo es que el administrado efectúe las medidas pertinentes para interrumpir y corregir las acciones de carácter ilícito que estarían afectando a la administración, sin que ello implique un movimiento por parte del aparato estatal, lo cual implique la utilización de horas de trabajo, uso de personal y gasto de recursos en efectuar las diligencias destinadas a que el administrado desista de su actuar ilícito.

Esta actuación de carácter preventivo estaría armonizada con los fines de la administración, los cuales buscan tutelar el bien común en base a disposiciones normativas orientadas a evitar acciones u omisiones de carácter ilegal por parte del administrado, siendo que de cierta manera se busca instruir con esta figura a que sea el propio administrado por su cuenta y costo que efectúe las medidas que lo sitúen acorde a derecho.

En ese sentido, la doctrina considera esta figura como una *“técnica de la excusa absoluta”*:

“Se trata de la aplicación de la llamada “técnica de las excusas absolutorias” en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, de la cual se ha dicho que debería tener mayor campo de aplicación a fin de limitar la discrecionalidad administrativa. Esta teoría privilegia el efectivo restablecimiento voluntario de la legalidad quebrantada por la infracción cometida. A diferencia de lo sostenido por algunos autores, (...) la subsanación voluntaria como eximente es perfectamente compatible con el fin preventivo de la sanción en tanto incentiva a que los sujetos corrijan su conducta y se adecuen a lo previsto en la respectiva normativa.” (Mori, 2020).

5.3. Unificación del sistema jurídico: propuesta de solución

Los intentos de los órganos reguladores y de la administración pública por regular situaciones de carácter especial en su búsqueda de dar mayor rango de protección al bien jurídico que tutelan no ha hecho otra cosa más que afectar desde una perspectiva general al carácter unitario del sistema jurídico, siendo que cada entidad estaría disponiendo e interpretando la subsanación voluntaria de forma subjetiva, basando su criterio de aplicación en atención a la particularidad del sector y de lo que la entidad considera como no subsanable.

Esta situación no es nada beneficiosa tanto para la administración como para el administrado, ello debido a que como bien ya se indicó, las entidades estatales cautelan el interés común en base a la protección de bienes jurídicos de singular relevancia para la comunidad, los mismos que se rigen por reglas de carácter uniforme a fin de causar un estado de seguridad jurídica para los administrados; así como de predictibilidad en la actuación de la administración. La existencia de reglas particulares las mismas que causan un estado de desorden y de desintegración en el ordenamiento afectan terriblemente las garantías mínimas que deben regir en el derecho administrativo, envolviendo a la administración en actos de carácter arbitrario y no concordantes a un estado de derecho.

De igual forma, para el caso del fin perseguido por la administración en la aplicación de una sanción, la existencia de reglas particulares otorgan al administrado una sensación de persecución por parte de la Estado, en donde no estaría resaltando el carácter preventivo sino más bien el represivo, irrumpiendo así el equilibrio que debe existir en ambos caracteres de la sanción, resaltando las características de un Estado recaudador a través de las multas interpuestas y no de uno que busque efectivamente aplicar las medidas de prevención general y especial pertinentes, buscando un correcto cumplimiento normativo en base a pautas de carácter común que sean uniformes frente a toda la administración.

En ese orden de ideas, no es factible que la administración prosiga en este sendero de carácter subjetivo, sino que busque sincronizar las disposiciones establecidas en la LPAG, disponiendo reglas comunes en la aplicación de la subsanación voluntaria,

las cuales puedan brindar la seguridad jurídica que los administrados necesitan, conforme ya se ha reiterado a lo largo de este trabajo.

Es así que, las reglas comunes de aplicación para que la subsanación voluntaria sea considerada un eximente de responsabilidad administrativa deben recaer en la concurrencia y aplicación de los elementos característicos de la misma:

- a) Resarcimiento
- b) Oportunidad
- c) Voluntariedad

Basta con que la administración señale que deben coexistir estos tres elementos para que sea de aplicación la subsanación voluntaria, no siendo necesario regular situaciones o hechos particulares, los mismos que deberán ser atendidos recién cuando se evalúe la pertinencia y concurrencia de los tres elementos, más no de forma previa regulando supuestos de hecho que para la administración sean consideradas situaciones de gran riesgo y/o acciones u omisiones que sean considerado pertinente desincentivar.

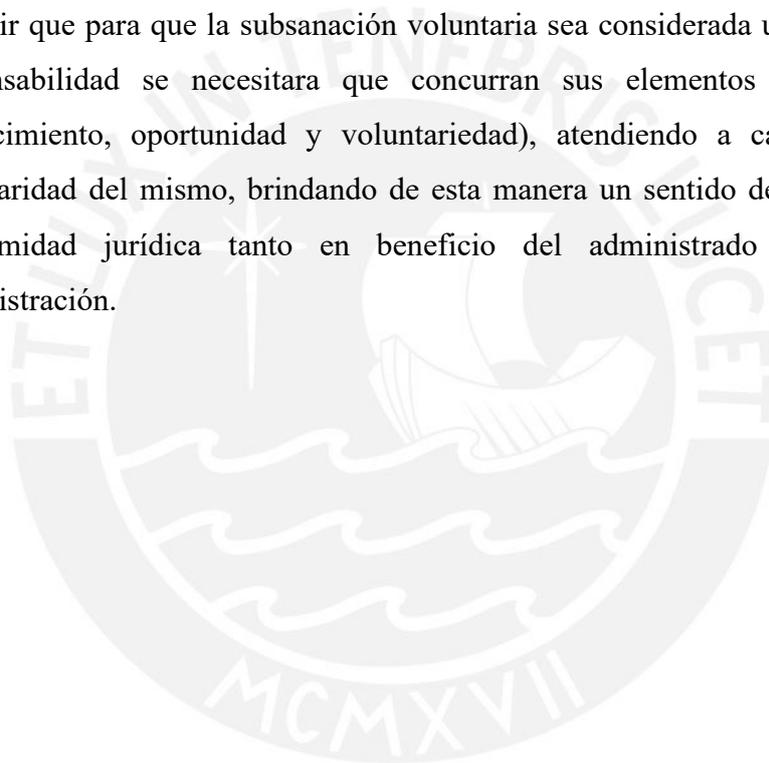
La unificación y aplicación de esta regla común es suficiente para que la administración pueda regular supuestos insubsanables en atención a la naturaleza de la infracción, siendo el punto de inflexión más resaltante el elemento resarcitorio, ello en atención de que existen ciertas infracciones que por su implicancia no son susceptibles de reparación. Es en este punto donde la administración a través de una debida motivación deberá sustentar los alcances del hecho ilícito y la imposibilidad de resarcimiento, descartando de esta manera la aplicación de la subsanación voluntaria y persistiendo la cautela y protección de bienes jurídicos protegidos, en base al interés común.

VI. Conclusiones

1. La subsanación voluntaria de forma previa a la notificación del inicio del procedimiento administra vio sancionador es un eximente de responsabilidad en nuestra legislación, para lo cual deben concurrir tres elementos: i) reparación, ii) oportunidad; y iii) voluntariedad.
2. A través del Decreto Legislativo 1272 se modificaron varios alcances de la Ley del Procedimiento Administrativo General; estando entre estas modificaciones lo referente al carácter común de esta Ley, lo cual implica que se estaría estableciendo una regla de carácter general aplicable a toda la administración pública, perdurando no solo un carácter supletorio sino uno de aplicación común.
3. Existen ciertos Reglamentos, Directivas y normas de carácter inferior que estarían proponiendo ciertos supuestos de hecho que vulnerarían la regla común establecida en la Ley del Procedimiento Administrativo General, ello al considerar determinadas situaciones de carácter no subsanable las cuales estarían causando una situación de menor beneficio para el administrado, ello en contra de lo dispuesto por la Ley.
4. Tal es el caso de autoridades como OSINERGMIN que han dispuesto en sus Reglamentos de Supervisión y Fiscalización, supuestos de carácter insubsanable, estableciendo ciertas situaciones que no serían consideradas eximentes de responsabilidad pese a que el administrado ejecute las acciones correctivas pertinentes.
5. Estas excepciones normativas no estarían correctamente sustentadas en un principio de especialidad, sino que más bien obedecen a un intento por parte de las entidades de la administración de regular acorde a las particularidades de su sector, estableciendo de forma arbitraria ciertas situaciones que, a criterio de las mismas, son actos de grave afectación que atentarían gravemente a los bienes jurídicos que supervisan.
6. El principio detrás de la figura de la subsanación voluntaria radica en una finalidad de carácter preventivo en concordancia con las características de la sanción, por

lo que se busca que los administrados corrijan sus conductas de forma voluntaria sin que ello implique movilizar el aparato estatal, estando de esta manera frente a una política de estado de carácter preventivo más no represivo, lo cual no es sinónimo de impunidad pese a que se puedan ejecutar conductas consideradas de carácter gravoso para la administración.

7. Se propone que tanto los órganos reguladores como las demás entidades que conforman la administración adapten sus marcos normativos y adecuen sus reglamentos y lineamientos a las disposiciones reguladas en la LPAG, ello en atención a su naturaleza de carácter común. Para tal efecto, bastará con determinar y exigir que para que la subsanación voluntaria sea considerada un eximente de responsabilidad se necesitara que concurren sus elementos característicos (resarcimiento, oportunidad y voluntariedad), atendiendo a cada caso a la singularidad del mismo, brindando de esta manera un sentido de integración y uniformidad jurídica tanto en beneficio del administrado como de la administración.



VII. Bibliografía

Baca Oneto, V. (2011) “La Prescripción de las Infracciones y su Clasificación en la Ley del Procedimiento Administrativo General (En Especial, Análisis de los Supuestos de Infracciones Permanentes y Continuadas)”, Derecho & Sociedad, Lima, número 37.

Buades, J. (2019). Acerca del régimen de los supuestos beneficios por reconocimiento de responsabilidad y por pago anticipado voluntario de multas pecuniarias en la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común. Diario La Ley, N° 9509, Sección Tribuna.

Caballero Sánchez, R. (2001). Las formas de extinción de responsabilidad administrativa. Revista de Derecho Administrativo "Justicia Administrativa" (Extraordinario).

Danós Ordoñez, J. (1995). Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública. Ius Et Veritas.

Danós Ordoñez, J. (2014). La extinción de las infracciones y sanciones administrativas. En Danós Ordonez, J. et. al (coords), Derecho Administrativo: Innovación, cambio y eficacia. Libro de ponencias del Sexto Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Lima: ECB Ediciones - Thomson Reuters.

Danós Ordoñez, Jorge (2018). Las razones de la reforma de la Ley de Procedimiento Administrativo peruana. De ley general a ley que también contiene las normas comunes para todas las actuaciones administrativas, publicado en: AAVV. Estudios de Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo Iberoamericano. Innovación y Reforma Libro homenaje al profesor Juan Carlos Cassagne. Juan Carlos Morón/Jorge Danós Ordóñez (Coordinadores), Gaceta Jurídica, Lima 2018, Tomo I, pg 220.

De Palma del Teso, Á. (2001). Las infracciones administrativas continuadas, las infracciones permanentes, las infracciones de estado y las infracciones de pluralidad de actos: distinción a efectos el cómputo del plazo de prescripción. Revista española de Derecho Administrativo.

Espinosa-Saldaña Barrera, E. (2016). Balance a casi quince años de la entrada en vigencia de la Ley del Procedimiento Administrativo General: lo avanzado y lo que podría mejorarse al respecto en el actual texto de esta norma. En Asociación Peruana de Derecho Administrativo (coord.), Derecho Administrativo: Hacia un Estado más confiable. Libro de Ponencias del VII Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Lima: ECB Ediciones - Thomson Reuters

Guzman Napurí, C (2013). Manuel del Procedimiento Administrativo General. Instituto Pacífico. Lima

Huapaya Tapia, R., Sánchez Povis, L., & Alejos Guzmán, O. (2018). El eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria en la Ley del Procedimiento Administrativo General del Perú. En Asociación Peruana de Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo como instrumento al servicio del ciudadano. Lima: Palestra Editores.

Macasi, J. (2018). La subsanación como eximente de responsabilidad en el régimen sancionador del OEFA. Recuperado el 11 de junio de 2021, de Prometheo CDA: <http://prometheo.pe/la-subsanacion-como-eximente-deresponsabilidad-en-el-regimen-sancionador-del-oeфа/>

Martínez Alfaro, A. (2017). La inclusión de la subsanación voluntaria como eximente de responsabilidad en la Ley del Procedimiento Administrativo General. Recuperado de <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/11793>

Ministerio de Justicia del Perú (2017). Guía práctica sobre el procedimiento administrativo sancionador. Actualizada con el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General', aprobada por el Ministerio de Justicia mediante la Resolución Directoral N° 002-2017-JUS/DGDOJ. Tercera Edición. Sitio web: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2017/07/MINJUS-DGDOJ-GUIA-DE-PROCEDIMIENTO-ADMINISTRATIVO-SANCIONADOR-2DA-EDICION.pdf>

Mori Torres, Natalia (2017). ¿Incentivo a la legalidad o impunidad? Acerca del eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria. En Derecho & Sociedad N° 49: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7792330>

Morón Urbina, J. (2016). La terminación convencional del procedimiento sancionador: la Administración concertadora en materia sancionadora. *Revista de Derecho Administrativo*.

Morón Urbina, J. (2020). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General* (15va ed.). Lima: Gaceta Jurídica.

Neyra Cruzado, C. (2018). Las condiciones eximentes de responsabilidad administrativa en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General y su incidencia en la legislación ambiental. *Derecho PUCP*

Neyra Cruzado, C. (2020). La subsanación voluntaria en los procedimientos administrativos sancionadores iniciados por infracciones ambientales detectadas en los sectores extractivos y productivos. *Revista Derecho & Sociedad*

Salinas Márquez, M. (2017). La actuación estatal y la pérdida de la voluntariedad para subsanar el incumplimiento. *Revista Athina*.

Tirado, J.A. (2011). Reflexiones en torno a la potestad de inspección o fiscalización de la administración pública. En *Revista Derecho & Sociedad* N° 37, Lima.

Tribunal de la Superintendencia Nacional de Salud (2021). Acuerdo N° 005-2021: Precedente administrativo sobre la Subsanación voluntaria de Infracciones en SUSALUD como eximente de responsabilidad.

Torres Sánchez, T (201). ¡Sálvese quien pueda! La elusión de la subsanación voluntaria como eximente de punición por parte de la Administración. En *Themis* N° 74. Lima.

Valverde, G. (2017). Breves comentarios a propósito de la aplicación de la subsanación voluntaria consagrada en el Artículo 236-A del Decreto Legislativo N° 1272. *Ius 360°*.

Zegarra, V. D., Baca, O. V. S., & Céspedes, Z. A. (2011). *La ley de procedimiento administrativo general. Diez años después: Libro de ponencias de las Jornadas por los 10 años de la Ley de Procedimiento Administrativo General*. Lima: Palestra.

Zúñiga Arbildo, Natalia (2019). No basta con pedir perdón: La interpretación de OEFA respecto a la causal de eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria. En *Agnitio*: <http://agnitio.pe/articulo/no-basta-con-pedir-perdon-la->

[interpretacion-de-oefa-respecto-a-la-causal-de-eximente-de-responsabilidad-por-subsanacion-voluntaria/](#)

