

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

Los requisitos para la aplicación de la subsanación voluntaria en los procedimientos administrativos sancionadores en los últimos años.

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

Autor:

Max Gabriel Gutarra Alburqueque

Asesor:

Christian Guzmán Napurí

Lima, 2023

Informe de Similitud

Yo, CHRISTIAN GUZMAN NAPURI, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo Académico titulado “Los requisitos para la aplicación de la subsanación voluntaria en los procedimientos administrativos sancionadores en los últimos años”, del autor(a) MAX GABRIEL GUTARRA ALBURQUEQUE, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 28%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 04/12/2023.

- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo Académico, y no se advierten indicios de plagio.

- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 21 de febrero del 2024

<u>GUZMAN NAPURI, CHRISTIAN</u>	
DNI: 10004102	Firma:
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-9929-0068	

RESUMEN

La Subsanación Voluntaria es un eximente de responsabilidad diferente a los demás que se estipulan en la LPAG, pues no se evidencia una ruptura en el nexo causal como en los otros. De esta manera, esta diferenciación y el poco desarrollo que existe en la norma común respecto a esta figura eximente, ha suscitado un gran debate sobre cuál es la finalidad y lo que se entiende por Subsanación Voluntaria.

Es así que, esta problemática se extiende hacia los requisitos o elementos propios de la subsanación, tales como el cese, la reversión y la voluntariedad, los cuales han sido abordados de forma indistinta por las Entidades Estatales, entre ellas los organismos reguladores, los cuales tergiversan la aplicación de estos elementos e imponen mayores requisitos que, muchas veces, tornan imposible la aplicación de este eximente.

Sobre el particular, se propone que en la norma común se profundice y se desarrolle los requisitos para la aplicación de la subsanación ya que, de esta manera, se homogenizará la forma en como se aborda este eximente de responsabilidad en los PAS correspondientes a las diferentes entidades Estatales. Asimismo, no podemos quedarnos en la obsoleta concepción de infracciones que se configuraban por un solo incumplimiento u acción; por el contrario, se debe abordar específica y diferenciada la aplicación de la subsanación para conductas que se configuren por varios incumplimientos.

Palabras clave: subsanar, cese, reversión, voluntariedad.

ABSTRACT

The Voluntary Correction is an exoneration of responsibility that is different from the others stipulated in the LPAG, due to there is no evidence of a break in the causal link as occur in the others. In this way, this differentiation and the little development that exists in the common standard regarding this exoneration figure, has sparked a great debate about what the purpose is and what is understood by Voluntary Correction.

This is how the last discussion extends to the requirements or elements of correction such as cessation, reversion and voluntariness, which have been addressed differentially by state entities. Specifically, it is the regulatory organizations that distort the application of these elements and impose greater requirements that, many times, make imposible the application of this exoneration.

In this regard, it is proposed that the common standard deepen and develop the requirements for the application of the correction because, in this way, the approach to this exoneration will be homogenized in the state entities' PAS. Likewise, we can not remain with the obsolete conception of infractions that were formed by an only non-compliance or action. On the contrary, the application of correction must be addressed in a specific and differentiated way for behaviors that are constituted by several non-compliances.

Keywords: *correction, cessation, reversion, voluntariness.*

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
I. Presupuestos para la aplicación de la subsanación voluntaria.....	2
1.1 Que es la subsanación voluntaria y su relación con la responsive regulación.....	2
1.2 El cese y la reversión de efectos.....	7
1.3 los presupuestos de la subsanación como atenuantes de responsabilidad en los PAS.....	23
II. La voluntariedad como requisito para la Subsanación.....	27
2.1 ¿Que se entiende por voluntariedad?.....	27
2.2 ¿Cómo es que se aplica la voluntariedad para aceptar la subsanación de una conducta en el OSIPTEL?.....	32
III. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	39
IV. BIBLIOGRAFÍA.....	42

INTRODUCCIÓN

La figura de la subsanación voluntaria es una de las herramientas que se le otorga al administrado para que pueda corregir sus incumplimientos y con esto se le exima de responsabilidad, es parte de la corriente de la regulación responsiva que se ha ido extendiendo en el ordenamiento jurídico del derecho administrativo. No obstante, la aplicación de esta figura hace ya casi una década a la actualidad, ha ido variando y las entidades estatales la aplican indistintamente, tratando de darle contenido a lo que sucintamente se aborda en el artículo 257 de la LPAG, en su apartado apartado f.

De esta manera, el presente trabajo, en su primera sección, tiene como finalidad abordar el tratamiento de la subsanación voluntaria a lo largo de esta década y analizar si es que las entidades estatales están aplicando de manera correcta el concepto, la naturaleza y finalidad de este eximente de responsabilidad; o, por el contrario, están tergiversando la figura e imponiendo mayores requisitos en su normativa especial que la propia norma común no hace.

Para satisfacer este cometido, recogeremos la opinión de diversos autores respecto a la subsanación voluntaria y analizaremos a fondo la normativa sectorial y especial de algunos organismos reguladores y algunas entidades que han abordado esta figura en sus PAS y dan contenido a la aplicación de este eximente de responsabilidad.

Ya vista la problemática en el primer capítulo, respecto al propio concepto de la subsanación y sus requisitos del cese de la conducta y la reversión de los efectos desplegados, creemos que se le agrega uno más referido al adjetivo que se le evoca a este eximente.

De esta manera, en el segundo capítulo desarrollaremos el por qué a nuestro parecer la voluntariedad no converge con la acción de subsanar enfocado como eximente, esto debido a que el propio concepto del adjetivo hace referencia a la acción que por propia iniciativa la realiza alguien, sin esperar nada a cambio ni una retribución, pero es acaso que un administrado subsana su conducta sin esperar nada a cambio.

La respuesta es más que evidente, pues un administrado si subsana una conducta es porque busca que se le exima de responsabilidad y que se archive el PAS que está determinando su responsabilidad; por lo tanto, no podríamos decir que esta acción de subsanar pueda llegar a ser voluntaria, mucho menos desinteresada.

Ahora bien, si nos ponemos menos estrictos con el concepto de lo voluntario y llegamos a concertar que lo que busca esta figura es que el administrado realice la corrección de la conducta bajo su propia iniciativa, bajo su espontánea voluntad y no por obligación de un deber, observemos que en esto está inmerso un elemento muy subjetivo, pues se busca que el administrado debe denotar el deseo o la intención de corregir su conducta sin esperar una orden de la autoridad que le exija el cumplimiento de sus obligaciones.

No obstante, es acaso que las Entidades lo entienden así o están extendiendo el concepto de la voluntariedad, tergiversándolo, poniéndole requerimientos que el adjetivo no prevé; pues valgan verdades, este problema también se suscita de la norma común, ya que en esta al igual que lo referido al verbo de subsanar analizado en el capítulo uno, tampoco se desarrolla lo que se entiende por el adjetivo de “voluntaria”; entonces debemos recurrir al desarrollo jurisprudencial administrativo, a la doctrina y a las acepciones desarrolladas por la RAE, lo cual contrastaremos en el desarrollo de esta problemática.

III. Presupuestos para la aplicación de la subsanación voluntaria

1.1 Que es la subsanación voluntaria y su relación con la responsive regulación

Consideramos pertinente hacer un breve desarrollo del concepto de la Subsanación voluntaria y contextualizarla en nuestro ordenamiento. De esta manera debemos, primero, centrarnos en la potestad del Estado para castigar conductas que vayan en contra de lo establecido por nuestro ordenamiento jurídico. Es así que, tanto el derecho penal como el derecho administrativo sancionador dotan de herramientas al Estado para castigar conductas que se configuren en delitos o infracciones respectivamente.

Ahora, nos centraremos en el derecho administrativo sancionador, el cual en sus inicios tenía una estructura meramente punitiva, el cual estaba orientado a corregir los incumplimientos de los administrados con castigo, con un enfoque totalmente aflictivo, en donde el castigo tenía como fin enseñar a los afectados que no deberían volver a cometer dicha conducta infractora.

No obstante, hace casi ya tres décadas (desde 1992), se comenzó a elaborar una teoría que desarrollaba que el castigo no debería ser la orientación final para corregir las conductas, sino que se debería optar por un enfoque preventivo, en donde se le puedan dar herramientas al administrado para que ellos mismos se den cuenta de su incumplimiento y puedan tomar cartas en el asunto corrigiendo su error, conducta, omisión o cualquier elemento que configura una infracción.

De esta manera, bajo este doble enfoque, el preventivo y el punitivo, es que varios autores desarrollaron la teoría de los incentivos y el castigo, en donde por su lado, la Administración tendrá una variedad de mecanismos o medidas para incentivar el cumplimiento y prevenir las infracciones. Siendo entonces, si solo estas medidas fallan es que como ultima ratio, la Administración deberá activar las acciones más gravosas, como lo son las sanciones.

Los autores que propulsaron esta corriente de la regulación responsiva fueron Ayres y Braithwaite, quienes sostienen que la administración debe procurar buscar el cumplimiento de la norma de manera “escalonada”, en donde se va a tener una pirámide con una base que representará las medidas de persuasión;

y, gradualmente nos encontraríamos con medidas más “fuertes”, con lo que podríamos llegar a la cúspide representada por medidas restrictivas y punitivas como los son las sanciones, las cuales solo podrán ser usadas cuando las demás medidas fallen (1992, p.26).

Bajo esta teoría de la regulación responsiva, que por cierto llegó décadas después a nuestro continente y país, es que se dictó el Decreto Legislativo N° 1272, en donde se abordó la figura de la subsanación voluntaria como un eximente de responsabilidad y se sumó a la lista de los otros cinco eximentes que se regulaban en el artículo 257° del TUO de la LPAG.

A nuestro parecer, la inclusión de este nuevo eximente de responsabilidad trajo mucho desconcierto a los administrativistas de la época, lo que ocasionó posiciones encontradas en cuanto a la explicación de finalidad de esta figura, pues valgan verdades tiene una naturaleza muy distinta a la de las otras causas eximentes, puesto que en los demás se puede observar que hay una ruptura del nexo causal entre el hecho y la conducta; por el contrario, en la subsanación voluntaria, no se puede advertir esta ruptura, pues la conducta es típica, antijurídica y muchas veces hasta culpable, en donde el administrado es consciente de que sus incumplimientos u omisiones están proscritos en nuestro ordenamiento. Así lo desarrolla el profesor Juan Carlos Morón, cuando nos dice que este eximente tiene un carácter especial, debido a que no se determina en este la ausencia de tipicidad, antijuridicidad o capacidad del administrado para asumir la responsabilidad (2019, p.512)

Pero no solo la inclusión de este eximente en nuestro ordenamiento trajo sorpresa, sino que su aplicación ha generado mayor confusión, pues las diferentes entidades de nuestra Administración Pública a través de los años han aplicado esta figura de distinto modo, pues valgan verdades, el desarrollo del concepto que nos da nuestra norma común no es el más elaborado, sino que propicia distintas interpretaciones de lo que se debe entender por el término de subsanación voluntaria.

En consecuencia, en la LPAG se nos dice que este eximente se aplicará por parte del posible sancionado cuando subsane voluntariamente el acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, esto con anterioridad a

la notificación de la imputación de cargos; no obstante, como se puede advertir, no se desarrolla qué es lo que se debe entender por subsanación o cuáles son sus requisitos, pues a grandes rasgos solo podemos identificar el elemento de la voluntariedad, porque se le adhiere como adjetivo; y, el de oportunidad; es decir, cuando tiene que realizarse.

Es por esto, que diversos autores se aventuraron a plantear un concepto para este eximente, tales como Huapaya, Sánchez y Alejos, que en su muy interesante artículo plantean que la subsanación voluntaria es *“el supuesto en el cual el posible sancionado decide a propia iniciativa corregir la conducta, acto u omisión constitutivo de infracción administrativa antes de ser notificado con la imputación de cargos”* (2018, p.584). No obstante, bajo este concepto se genera un conflicto en la práctica, pues se habla de la corrección de la conducta, acto u omisión, en singular, pero que pasa si la infracción por la cual se va a sancionar está constituida por varias conductas, omisiones u acciones, pues no debemos dejar de lado que algunos reguladores como OSIPTEL, imponen sustanciosas multas por el incumplimiento de una norma; pero, esta conducta infractora está constituida por distintos incumplimientos de la empresa operadora, entonces para que subsane se le exige al administrado que corrija cada uno de sus incumplimientos.

Aunado a lo anterior, se plantea la exigencia de que se cesen todos los incumplimientos y se reviertan los efectos de cada uno; no obstante, se nos genera una pregunta sobre qué pasaría si se cesaron todos y cada uno de los incumplimientos, pero al tener diferentes naturalezas habrá algunos en los que se pueda revertir los efectos que desplegaron y en otros no, para estos casos se podría aplicar la subsanación o sería imposible hacerlo.

Todas estas interrogantes son las que se suscitan en la práctica y existe un fiero debate entre las Autoridades que sancionan y los Administrados que pretenden subsanar su conducta infractora, pues lo que se ha ocasionado con este eximente es que la Administración se mantenga reservada y estricta al momento de aplicar el eximente; y, por otro lado, tenemos al Administrado Infractor deseoso de que se le exima de responsabilidad por haber cumplido con subsanar, pero se sigue manteniendo la duda de cuando se debe considerar una conducta infractora subsanada.

Bajo este contexto, la autora Tessy Torres nos dice que la subsanación “está referida a cumplir con lo que se me obliga o dejar de hacer lo que se prohíbe. Es decir, es la conducta infractora la que se está involucrada en la subsanación y no la reparación de las consecuencias” (2018, p.94). Lo cual es justamente lo que propicia esa falta de desarrollo del concepto de subsanación en la norma, pues tal como la autora sostiene, en sentido estricto, el eximente se refiere meramente a la conducta, la acción u omisión, pero no se puede leer de la norma que haga referencia a las consecuencias o efectos. Entonces, la disyuntiva que se plantea es, si para subsanar basta con hacer lo que se obliga o dejar de hacer lo que se prohíbe, porque es que las Entidades están exigiendo que para la aplicación de este eximente se deban de revertir los efectos que desplegaron las acciones u omisiones que configuran la infracción.

Ahora bien, tampoco nos parece tan justo que para eximir de responsabilidad a un Administrado por haber realizado una conducta infractora, esta solo deje de hacer lo que configura incumplimiento y no se haga cargo de las consecuencias de sus actos, lo cual es hasta socialmente ineficiente, pues recordemos que las consecuencias de estas acciones infractores no las estaría asumiendo el propio actor sino terceros, debido a que bajo esta concepción tan permisiva de la subsanación voluntaria solo bastaría en que deje de hacer lo que configura la infracción.

Esta opinión va en concordancia con lo desarrollado por el Tribunal de SUSALUD, el cual en su precedente vinculante que se dio en sesión de Sala plena N° 011-2021, en donde adoptaron el acuerdo N° 005-2021, desarrollaron que existe una interpretación proadministrado afectado por la comisión de la infracción, por la cual en defensa de sus intereses particulares se *“indica que toda infracción tiene una causa y un efecto, por lo que está implícito en la ley que los efectos deben ser remediados y de no ser ello posible debe ser sancionada la conducta infractora; más aún si los afectados son objeto de protección por parte de las leyes sectoriales. Esta interpretación se encuentra más relacionada con el resarcimiento y el castigo.”* (2021, p.3)

Para ejemplificarlo, bajo esta concepción de la subsanación bastaría que una empresa que vierte residuos y contamina el mar, deje de hacerlo, pero que pasa con los peces que murieron o esa porción de mar contaminada, que pasaría con

los pescadores cercanos que subsistían de la pesca artesanal o la fauna costera que se vio afectada por esta contaminación, acaso es justo que la empresa infractora solo deje de hacer la conducta para que se le exima de responsabilidad. A nuestro parecer no es suficiente y debe dársele un desarrollo más extenso a esta figura, pero equilibrado, tarea que no están haciendo las Entidades que en muchas ocasiones se sobreextienden en el desarrollo de los requisitos para su aplicación.

Bajo este contexto, al ver que no existe un desarrollo normativo de la figura de la subsanación voluntaria, creemos necesario recurrir al Diccionario de la Real Lengua Española (RAE), el cual nos dice que el verbo “subsanan” es reparar o remediar un defecto; mientras que, el adjetivo “voluntario” hace referencia al compromiso que se toma por iniciativa propia, libremente, por lo que se actúa sin buscar algo a cambio.

En consecuencia, para la RAE subsanar no solo denota cesar una conducta, sino que va más allá del defecto, en este caso para el derecho administrativo, la conducta infractora, pues es el defecto propiciado por un administrado que rompe con lo estipulado en el ordenamiento jurídico. Entonces, si se pide remediar esta conducta, no creemos que se refiera solamente a dejar de hacer algo sino reparar el daño que se causó con la misma acción o incumplimiento.

En cuanto a lo voluntario, creemos que esto lo hace mucho más complicado aún, pues bajo el concepto de la RAE sería algo que se hace por motivación propia y desinteresadamente, sin buscar nada a cambio, lo cual no podríamos decir que se aplica para este eximente, pues los administrados si es que subsanan su conducta infractora es justamente para que no se les castigue, se les exima de responsabilidad, siendo que aquí ya existe un interés de por medio; por lo tanto, no sería aplicable la figura como tal.

En nuestra opinión, debería haberse evitado ponerle el adjetivo de voluntario y solo referirse a la subsanación como tal, pues es un apelativo que por su propia naturaleza conlleva a subjetividades, debido a que una de las problemáticas que se suscitan para esta figura es cuándo se va a considerar que un administrado subsanó la conducta voluntariamente o no, lo cual se desarrollará pertinentemente en el capítulo 2 de nuestro artículo.

Por otro lado, el autor César Neyra plantea que el precepto estipulado en el literal f del artículo 255 de la LPAG *“parte de la premisa de que existen obligaciones subsanables, pero no nos dice cuáles son y tampoco nos indica qué obligaciones son insubsanables”* (2018, p.341), lo cual a nuestro parecer es acertado y nosotros vamos un poco más allá de este razonamiento, en la medida que si se estipula esta figura como eximente es porque a priori se entiende que las conductas son pasibles de ser subsanadas; y, si existen excepciones a esta regla deberían estipularse cuales son las conductas que no se podrían subsanar, o, ¿es acaso que para el caso fortuito o fuerza mayor, se excluye por ejemplo a algún desastre natural que no podría configurar un eximente?, o para la incapacidad mental, ¿existen algunas incapacidades mentales que de la misma forma no constituyan un eximente?. Creo que la lógica es clara y si la autoridad pretendía poner excepciones a la regla, debería haberlas hecho por Ley dando pleno cumplimiento al Principio de Legalidad.

Como ya se pudo evidenciar, solamente dándole una contextualización e introducción a lo que se entiende por subsanación voluntaria, ya se hicieron notar muchos problemas que actualmente se debaten en la doctrina y en la práctica, en diversos procedimientos.

El tema no es para nada pacífico, por lo que nos proponemos esclarecer un poco el panorama en cuanto a los requisitos que abordan esta figura eximente y a continuación desarrollaremos los requisitos del cese y la reversión de los efectos; así analizaremos y calificaremos si es necesario que los administrados cumplan con estos para que se les aplique la subsanación de su conducta.

1.2 El cese y la reversión de efectos

De esta manera, tal como se señaló previamente, el artículo 257° de la LPAG nos dice lo siguiente:

“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.

(...)"

De la norma citada, se puede entender que este eximente para que pueda ser aplicado, el administrado debe subsanar de manera voluntaria el acto u omisión imputado, lo cual debe hacerse con anterioridad a la notificación de cargos.

En este sentido, tenemos ciertos requisitos que el administrado debe cumplir si es que pretende librarse de responsabilidad administrativa al haber cometido una infracción. El primer requisito responde al "qué" debe hacer, debiendo "subsanar" la omisión o acción que cometió; luego, tenemos el segundo requisito del "cómo", pues debe realizar esta subsanación por sí mismo o por propia iniciativa, voluntariamente; finalmente, tenemos la oportunidad en la que debe realizar la subsanación, esto es el "cuándo", que expresamente la norma nos dice que se debe dar antes de que la entidad administrativa le notifique la imputación de cargos; es decir, antes de que se inicie un procedimiento administrativo sancionador.

Si bien es cierto, el elemento de la oportunidad no ha generado mucho debate pues se ha concertado que necesariamente la subsanación voluntaria tiene que darse antes del inicio de un PAS, ya que la norma es clara en cuanto a este punto. Lo mismo no se podría decir en relación a lo que debe hacer el administrado y cómo debe hacerlo para que se le aplique este eximente, pues existen opiniones encontradas en relación a lo que se debe entender por "subsanar" y la "voluntariedad" de esta acción.

Este debate se genera debido a que las Entidades Estatales entienden que, por subsanación, los administrados deben cesar las acciones u omisiones constitutivas de infracción y revertir los efectos que se den a consecuencia del incumplimiento; mientras que, las posiciones a favor de los administrados

sostienen que subsanar no abarca las acciones de cesar y revertir, sino solamente la primera y lo que están haciendo las entidades es extender e ir mucho más allá de lo que la norma común regula. De esta manera, están recayendo en una sobrerregulación, requiriendo mayores exigencias en perjuicio de los administrados. En consecuencia, se hace evidente la tensión que se genera entre el administrado, quien buscará recortar los presupuestos para su aplicación; y, la autoridad, la cual querrá explayarse en los elementos constituyentes de la subsanación.

En esta misma línea aborda el debate el autor César Neyra Cruzado, en relación a la aplicación de la subsanación voluntaria en el ámbito de la protección del ambiente; y, nos dice que:

“(i) Por un lado, una interpretación pro empresa, en defensa de los intereses particulares, señala que la subsanación solo comprende el cese de la conducta infractora –ya sea que se trate de un hacer o no hacer–, mas no la de sus efectos sobre el ambiente; en la medida que la ley no establece expresamente la obligación del infractor de remediar los efectos de su conducta; es más, agregan, que vía reglamentación sectorial no podría establecerse la obligación de remediar los efectos ambientales de la conducta, toda vez que se estaría contraviniendo el carácter común de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

(ii) Por otro lado, una interpretación pro Estado, en defensa de los intereses públicos, indica que toda infracción fenomenológicamente tiene una causa y un efecto, por lo que está implícito en la ley que los efectos sobre el ambiente deben ser remediados; más aún si la flora, fauna y la salud de las personas –afectados con las conductas infractoras– son objeto de protección por parte de las leyes sectoriales y sobre todo por la Ley General del Ambiente.” (2020, p.81)

Para los autores Lucio Sánchez, Ramón Huapaya y Óscar Alejos, la Administración ha pretendido limitar la aplicación de este eximente, lo cual se ha materializado en el ejercicio de su función normativa, por la cual ha desarrollado a nivel reglamentario lo que se debe entender por “subsanación voluntaria” para efectos de los procedimientos sancionadores que tiene cada entidad a su cargo,

limitando en sobremanera los supuestos para aplicar este eximente en la práctica resolutive de sus competencias. De esta manera, los autores consideran que la decisión adoptada por nuestra Administración Pública ha sido ilegal y transgrede gravemente lo dispuesto en el artículo 255° del TUO de la Ley N° 27444 (2018, p.591).

En este sentido, en este capítulo abordaremos la polémica respecto al “qué” se tiene que hacer para subsanar; y, luego, en el siguiente capítulo desarrollaremos lo referente al “cómo”, relacionado al elemento de la voluntariedad.

Antes de entrar en este debate, reiteramos que el artículo 257° es bastante flojo en cuanto al desarrollo de lo que se debe entender por subsanación voluntaria, por lo que, a nuestra opinión, este ha sido el punto de partida para que existan interpretaciones diversas y puntos contrapuestos en cuanto a su aplicación en los procedimientos administrativos sancionadores. Por este motivo, es de suma importancia que se aplique una muy buena técnica legislativa al momento de redactar una norma, para que no pueda llegar a ser confusa o de pie a una estructura normativa de poca solidez en cuanto al mandato o sus requisitos.

Es así que, en vista de que en la norma no se desarrolla lo que se debe entender por “subsanar”, es pertinente volver acudir a la RAE para tener una idea conceptual del término, la cual nos dice en su segunda y tercera acepción que es “reparar o remediar un defecto” y “resarcir un daño”. De esta manera, debemos tener en cuenta que el daño que el administrado debe remediar o resarcir es uno que justamente este ha provocado con su conducta o incumplimientos, por lo que debe cesar sus omisiones o acciones.

“En el Diccionario de la Lengua Española subsanar tiene tres entradas: “1. Disculpar o excusar un desacierto o delito. 2. Reparar o remediar un defecto. 3. Resarcir un daño”. Es así como la primera acepción tiene un contenido social y jurídico, pues comprende los casos en que, por motivos político-criminales, la autoridad dicta una amnistía para ciertos infractores. Contrariamente, en la segunda y tercera entrada encontramos un contenido más factico, pues ante la presencia de un evento dañoso es necesario realizar acciones que cambien para mejor el

estado de las cosas. Es decir, vuelvan las cosas –en la medida de lo posible– al estado anterior al de la infracción.” (Neyra, 2018, p.82)

Asimismo, la pregunta que se nos viene a la mente es si necesariamente para remediar o resarcir un daño defecto solo basta con cesar la conducta, lo cual a manera de ejemplo tomaremos una actividad en donde se produzca una situación de perjuicio. Qué pasaría si de casualidad¹ alguien rompe la cerca del jardín de los vecinos, acaso para subsanar su acción solo se necesita que pare con la acción de ya no romper la cerca o necesariamente tendría que arreglar dicha cerca y dejarla como estaba en su estado anterior antes de malograrla. La lógica demanda que la segunda opción sería la más acertada y razonable, pues es sumamente injusto que alguien cometa un daño y solo cese su acción para luego pretender que no se le impute responsabilidad.

Por lo tanto, necesariamente los administrados que pretendan acogerse a este eximente deben procurar dejar en el estado anterior a su incumplimiento la situación. En consecuencia, si con sus acciones u omisiones cometen una infracción y afectan un bien jurídico protegido, no solo bastará que prueben que dejaron de realizar las acciones constituyentes de infracción, sino que, si estas desplegaron efectos, se deben revertir.

A nuestro parecer es un tema de justicia y sentido común, pues si alguien realiza una acción que afecta un bien jurídico, no solo bastará que deje de hacer esa acción. Sin bien es cierto la responsive regulation dota de varias herramientas a la administración pública para abordar los incumplimientos, esto no significa que la Administración Pública se deba volver más permisiva, sino que debe aplicar la razonabilidad para saber que herramienta usar en caso de afectaciones. Así, la autora Tessy Torres menciona que *la denominada regulación responsiva propone un tratamiento diferenciado que promueva el cumplimiento con estrategias progresivas que están a cargo de la administración.* (2018, p.101)

¹ Ojo que se pone de casualidad a manera de ejemplo, porque muchas veces los administrados saben que están incumpliendo y aun así lo hacen, hasta se podría decir que con Dolo, pero esta tema se desarrollará más adelante, el cual tiene un matiz muy subjetivo.

De esta manera, el hecho de que la norma no diga expresamente que la subsanación voluntaria involucra tanto el cese y la reversión de los efectos, no significa que se les debe permitir a los administrados que solo cesen la conducta y con esto basta, pues la norma no dice nada más respecto a la reversión. Esto al ser una consecuencia de los incumplimientos, se debe tener en cuenta que quien realiza una acción y si esta despliega efectos negativos, el responsable de la acción se debe hacer también responsable de los efectos; por lo tanto, los debe revertir.

Es el caso expreso del Reglamento General de Infracciones y Sanciones (RGIS) del OSIPTEL, en donde se estipula literalmente que la condición necesaria para subsanar es que se hayan revertido los efectos de la conducta, abarcando necesariamente que por subsanar se entiende el cese y la reversión de los efectos.

Artículo 5.- Eximentes de responsabilidad

Se consideran condiciones eximentes de responsabilidad administrativa las siguientes:

(...)

iv) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación del inicio del procedimiento administrativo sancionador, al que hace referencia el artículo 22.

Para tales efectos, deberá verificarse que la infracción haya cesado y que se hayan revertido los efectos derivados de la misma. Asimismo, la subsanación deberá haberse producido sin que haya mediado, por parte del OSIPTEL, requerimiento de subsanación o de cumplimiento de la obligación, expresamente consignado en carta o resolución.

(...)"

Es así que, de las diversas resoluciones que hemos podido analizar del OSIPTEL en materia de procedimientos sancionadores, los administrados invocan que se

está transgrediendo el artículo 255° de la LPAG, pues con este requisito de la reversión de los efectos para aplicar la subsanación se está imponiendo una regulación con condiciones menos favorables a los administrados. Sin embargo, OSIPTEL responde que no está implementando mayores requerimientos en cuanto a este eximente, sino que está desarrollando el concepto; de esta manera, habría tres supuestos para su aplicación:

1. Conductas que no despliegan efectos negativos, los cuales son pasibles de ser subsanadas solo con el cese.
2. Conductas que despliegan efectos negativos, los cuales son pasibles de ser subsanadas cesando el incumplimiento y efectuando la reversión de los efectos.
3. Conductas que despliegan efectos negativos irreversibles, lo que tiene como consecuencia que la conducta infractora sea insubsanable.

Bajo este desarrollo, el citado Organismo Regulador señala que dependiendo de la naturaleza del incumplimiento de determinada obligación y de la oportunidad en la que ocurra, existirán incumplimientos que para ser subsanados, requerirán no solo el cese de la conducta sino también la reversión de los efectos generados por la misma. Es así que, se puede notar el ánimo del regulador por fundamentar y analizar que incumplimiento es pasible de ser cesado y del cual se pueda revertir sus efectos, en cada caso concreto.

Este análisis lo podemos encontrar en la parte de las resoluciones de sanción de la Gerencia General, en donde se analizan todos y cada uno de los eximentes; además, se precisa que van a existir incumplimientos cuyos efectos resulten fáctica y jurídicamente irreversibles, lo que denota que la conducta no va a poder subsanarse, pero como repetimos, debe analizar en cada caso en concreto por qué esta conducta no sería pasible de ser subsanada y no se debería determinar a priori, en un listado, cuales no se les va aplicar el eximente, pues a nuestro parecer esto va en contra de lo que motivó al legislador a incluir este supuesto como eximente de responsabilidad administrativa.

En este contexto, sostenemos que siempre se debe buscar el punto medio cuando existen interpretaciones diversas, las entidades públicas pueden desarrollar el concepto en sus normativas especiales, pero siempre y cuando sigan el sentido de la norma común. No obstante, que pasa cuando los reguladores van más allá de la finalidad de una norma de la LPAG, que justamente es lo que se ha visto que está pasando en los reglamentos administrativos, en donde se estipula que existen a priori ciertas conductas insubsanables o que en ciertas conductas no se pueden revertir los efectos por lo que tampoco pueden subsanarse. A nuestra opinión, esto si es ir en contra de lo que busca la LPAG cuando quiso introducir un enfoque responsivo a la regulación a través del Decreto Legislativo 1272.

Tengamos en cuenta que, la finalidad de la norma común es que se exima de responsabilidad a los administrados que subsanen su conducta de manera voluntaria; es decir, se puede colegir que a priori se tiene que las conductas infractoras son subsanables; y, si en caso existiera alguna excepción esta se debe analizar en el caso en concreto y se debe justificar por qué no se le puede aplicar el eximente, lo cual responderá únicamente a la naturaleza de la conducta y no a justificaciones que se invente la autoridad administrativa para no aplicar el eximente y sancionar. De esta manera, lo que no se puede hacer es estipular conductas insubsanables a priori en un reglamento, yendo en contra de la norma común.

En este sentido, la subsanación voluntaria si bien es un eximente de responsabilidad atípico, su naturaleza y finalidad es darle la oportunidad a los administrados para que corrijan su conducta, cesen las acciones u omisiones constituyentes de infracción y si estas han desplegado efectos, que las reviertan si es posible hacerlo. De esta manera, la Administración Pública se evita la carga administrativa de disponer de onerosos recursos para iniciar y seguir un procedimiento administrativo sancionador, cuando un administrado pudo corregir su conducta y pudo dejar en el estado anterior a su incumplimiento la situación, pues ya no se necesita un reproche jurídico para este administrado bajo la lógica de la subsanación voluntaria. En consecuencia, *“no es objetivo de la Administración imponer sanciones cuantiosas a los administrados si ellos antes*

de la imputación han enmendado su error y se ha restablecido la legalidad”. (Huapaya, Sánchez y Alejos, 2018, p.598).

Sin embargo, a través de los años se ha podido identificar que los organismos estatales han tratado de aplicar la subsanación, reservándose la potestad para escoger que conductas se pueden subsanar y que conductas no, lo cual es un error y desnaturaliza este eximente de responsabilidad. Valgan verdades, habrá conductas que por su propia naturaleza no podrán subsanarse, en cuanto los efectos que han desplegado son imposibles de revertir, pero este análisis se debe hacer en cada caso concreto y la entidad a través de una razonable fundamentación debe explicar por qué no se puede subsanar la conducta y no a priori escoger que conductas no son pasibles de aplicárseles este eximente.

Es el caso del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras, en el cual se estipula expresamente que existen un conjunto de incumplimientos que no pueden ser objeto de subsanación, tal como se cita a continuación:

“Artículo 15.- Subsanación voluntaria de la infracción

(...)

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.*
- 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.”*

De esta norma, diversos autores han elevado su crítica por ser extensa en la mención de conductas no pasibles de ser subsanadas, las cuales protegen bienes jurídicos diferentes, tienen finalidades diferentes y no se ve ningún elemento en común entre los incumplimientos, entonces la pregunta es, en base a que el Organismo Regulador pudo sostener que esos incumplimientos no son subsanables, es acaso que se analizaron si es que se puede cesar y revertir los efectos; y, en caso de que no se puedan, se hizo el análisis correspondiente para fundamentar por qué no se puede aplicar este eximente.

Lo anterior, conlleva a la conclusión que en el caso de OSINERGMIN “se ha empleado la función normativa de este regulador para realizar precisiones a la aplicación de la eximente por subsanación voluntaria que no son previstos en la

LPAG, como consecuencia de ello, el administrado supervisado o infractor cuenta con menores garantías para acogerse a eximentes en el ámbito del procedimiento sancionador ante esta entidad.” (Huapaya, Sánchez y Alejos, 2018, p.595).

A nuestro parecer, estos elementos del cese y la reversión de los efectos se vuelven más sensibles en ciertos sectores, tal como el de recursos naturales y en donde el bien jurídico que se protege es el medio ambiente, pues habrán conductas que despliegan efectos que serán muy difíciles de revertir hasta imposibles, por lo que el debate se acrecienta en cuanto los administrados sostendrán que la LPAG no pide la reversión de los efectos, pero que pasa si una empresa petrolera contamina el mar por no usar el procedimiento adecuado para tratar sus residuos. Usando la razón, no creo que baste que deje de usar ese procedimiento inadecuado y cumpla con la normativa, pues los efectos de su inconducta ya se desplegaron, por lo que no sería razonable que se pretenda aplicar el eximente por subsanación voluntaria solo por el cese de la conducta infractora.

Por otro lado, las Entidades van mucho más allá de lo que la norma común estipula y se han detectado casos de reglamentos en donde pretendían aplicar la subsanación voluntaria dependiendo de la gravedad del daño y su calificación, por lo que estipulaban que no era aplicable este eximente para infracciones graves o muy graves y solo se podía para leves. Es el caso del Reglamento de Supervisión de la OEFA, en el cual se regulaba que:

“Artículo 15.- Sobre la subsanación y clasificación de los incumplimientos

15.1 De conformidad con lo establecido en el Literal f) del Artículo 255 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, si el administrado acredita la subsanación voluntaria del incumplimiento antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador, se dispondrá el archivo del expediente de supervisión en este extremo.

15.2 Los requerimientos efectuados por la Autoridad de Supervisión o el supervisor mediante los cuales disponga una actuación vinculada al incumplimiento de una obligación, acarrearán la pérdida del carácter voluntario de la referida actuación que acredite el administrado. Excepcionalmente, en caso el incumplimiento califique como leve y el administrado acredite antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador la corrección de la conducta requerida por la Autoridad de Supervisión o el supervisor, la autoridad correspondiente podrá disponer el archivo del expediente en este extremo." (el resaltado es nuestro)

Como nos podemos dar cuenta, aquí ya ni siquiera se analiza si es que la conducta puede ser pasible de reversión en los efectos que despliega, sino a priori se dice que no es aplicable para ciertas conductas tipificadas o calificadas como graves o muy graves, lo cual desnaturaliza aún más esta figura eximente de responsabilidad, en la medida que en la LPAG en ningún momento se menciona como presupuesto o requisito de aplicación la tipificación y calificación de la infracción. Si bien en la norma no lo dice explícitamente, se entiende con la jurisprudencia administrativa de la OEFA que esa era su visión de la aplicación de la subsanación voluntaria, independiente del problema con el elemento de voluntariedad del que está revestido esta norma, lo cual se analizará en la siguiente sección.

"En realidad, lo que se desprende del numeral 15.2 es que únicamente pueden subsanarse las infracciones leves, aunque incluso, por la redacción de este numeral, puede que se deniegue este eximente, pues quedará en la autoridad acoger este supuesto de forma excepcional. Por otro lado, este extremo del numeral 15.2 y el numeral 15.3– realizan una clasificación entre tipos de incumplimientos (o presuntas infracciones) leves o trascendentes que no plantea el artículo 255 del TUO de la Ley N° 27444. El criterio por el cual el Reglamento de Supervisión del OEFA realiza esta clasificación y limita el supuesto eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria únicamente a los incumplimientos leves carece de asidero legal." (Huapaya, Sánchez y Alejos, 2018, p.593)

Aunado a los problemas anteriores, tenemos la exigencia de la aplicación de estos requisitos (cese y reversión) a todas las conductas, acciones u omisiones en su conjunto, pues se ha pasado por alto que en distintos reglamentos administrativos que tipifican infracciones, ya no tenemos la acostumbrada constitución de una infracción por una sola omisión o por una sola acción, sino es que la infracción está configurada por dos hasta muchas más acciones de incumplimiento, en donde los reguladores están pidiendo que se cese y se revierta los efectos de cada uno de estos si es que el administrado pretende que se le aplique el eximente de subsanación voluntaria, tal como el desarrollo jurisprudencial administrativo que ha desarrollado el OSIPTEL en base a lo que su Consejo Directivo determina en la Resolución N° 032-2020-CD/OSIPTEL, como se cita a continuación:

“(…)

A efectos de evaluar la concurrencia de los requisitos establecidos para la aplicación del eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria, corresponde precisar que, tratándose de un PAS en el cual se evalúan varios casos constitutivos de una infracción, el cumplimiento de dichos requisitos deberá verificarse en la totalidad de los casos y no sólo en algunos de ellos.

En tal sentido, el cese de la conducta infractora así como la reversión de los efectos derivados de la infracción, debe verificarse respecto de todos los actos u omisiones por los que se atribuye responsabilidad a la empresa operadora. Por lo tanto, en el caso que respecto a algún acto u omisión constitutivo de la infracción no se verifique el cese de la conducta infractora o la reversión de los efectos derivados de dicha infracción, no corresponderá la aplicación del eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria.

(…)”

En base a ello, es que el OSIPTEL pide que se subsane, se cese y se reviertan los efectos de la totalidad de los incumplimientos o casos que constituyan la infracción; y, esto se entiende cuando estamos antes incumplimientos homogéneos o en línea por la cual se impone una sola multa. Por ejemplo, en el

Reglamento de Calidad de Atención a Usuarios del OSIPTEL, tenemos que incurre en infracción la empresa operadora que no entrega los tickets de arribo inmediatamente; entonces, si en una fiscalización se comprueba que la administrada en cuestión no entregó uno o mil tickets de arribo a sus usuarios, estaría recayendo en infracción al artículo 9° de la norma citada, por lo que todos esos incumplimientos se configuran en una sola infracción. De esta manera, es lógico que si la empresa operadora quiere acogerse al eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria, debe cesar y revertir los efectos de cada uno de sus incumplimientos (la no entrega de tickets en 50 casos por ejemplo)

No obstante, que pasaría si una infracción está constituida por dos o más conductas muy distintas entre sí; y, sumado a esto, se tiene que por las distintas naturalezas de los incumplimientos, algunos pueden cesarse y otros no, en algunos pueden revertirse sus efectos y en otros no. Acaso en estos casos es idóneo que se le dé el mismo tratamiento que el del supuesto anterior (incumplimientos homogéneos) en cuanto a la aplicación de la subsanación voluntaria.

A nuestro parecer, la norma debería entrar en más detalle y desarrollar un tratamiento distinto para estos casos en concreto, pues con el desarrollo que le están dando los reguladores, la figura de la subsanación voluntaria se está convirtiendo en un sueño difícil de cumplir por parte de los administrados. Si ya inicialmente era complicado cesar la conducta, luego revertir sus efectos si es que se desplegaron; ahora se tiene que hacer un listado de la naturaleza de cada incumplimiento y determinar si todos son pasibles de cesar y revertir, para realizarlo en cada uno, de lo contrario no se podría subsanar la conducta.

A modo de ejemplo, nos parece pertinente traer a colación un tipo infractor que está muy en boga en el sector de las telecomunicaciones y nos parece curioso el tratamiento que se le da a la figura de la subsanación voluntaria para estos casos. De esta manera, en la Norma de las Condiciones de Uso de los Servicios

Públicos de Telecomunicaciones, en su numeral 2.8² del Anexo 5 de esta norma, se desarrolla la “Contratación de servicio móviles a través de los distintos canales”. En esta norma, tenemos una variedad de obligaciones que las empresas operadoras deben de cumplir, entre las más emblemáticas tenemos:

1. En su segundo párrafo, tenemos la obligación de realizar las contrataciones de servicio solo por los canales expresamente estipulados en la norma, por lo que está prohibida la venta ambulatoria o en la calle.
2. En el punto 2 del segundo párrafo, se tiene la obligación de identificar a las partes que intervienen en la contratación del servicio, tanto al vendedor como al comprador. Esta identificación se realiza a través de la verificación biométrica de huella dactilar contrastada con la base de RENIEC o una base alterna.

² **Normas de las Condiciones de Uso**

2.8. Contratación de servicios móviles a través de los distintos canales

La empresa operadora es responsable de todo el proceso de contratación del servicio que provea, que comprende la identificación y el registro de los abonados que contratan sus servicios, independientemente del canal o medio de atención o comercialización.

La contratación del servicio público móvil se realiza en: i) los centros de atención, ii) en la dirección específica del punto de venta previamente reportado al OSIPTEL, iii) mediante el canal telefónico, iv) de forma virtual, v) en la dirección indicada por el solicitante del servicio, o vi) excepcionalmente en ferias itinerantes, aplicando las siguientes disposiciones:

1. Los puntos de venta pueden ser gestionados por la empresa operadora o distribuidor autorizado.

2. La persona natural, nacional o extranjera, que interviene en cada contratación del servicio, sea el personal del centro de atención, punto de venta o feria itinerante, valida su identidad mediante verificación biométrica de huella dactilar contrastada con la base de datos de RENIEC o una base de datos alterna, previo a cada contratación. Esta disposición también aplica para el personal que realiza entrega a domicilio (delivery) del SIM Card y participa en el proceso de contratación y activación del servicio.

3. En el caso de distribuidores solo se puede contratar el servicio ante aquellos que se encuentren previamente autorizados por la empresa operadora y reportados al OSIPTEL y en el punto de venta con dirección específica registrada conforme al presente punto.

La empresa operadora otorga al distribuidor autorizado, así como al punto de venta habilitado para realizar las contrataciones, y al personal que depende del distribuidor y participa directamente en la contratación del servicio, un código único que identifique por separado a cada uno de ellos.

La empresa operadora debe remitir al OSIPTEL el registro de distribuidores autorizados, el cual contiene:

a) Nombres y apellidos o razón social del distribuidor, tipo y número de documento de identidad del distribuidor y el código único del distribuidor.

b) Código único de cada punto de venta del distribuidor, fecha de inicio de operaciones de cada punto de venta, dirección específica de cada punto de venta del distribuidor en los cuales éste se encuentra habilitado por la empresa operadora a realizar la contratación del servicio, con el detalle del distrito, provincia, departamento y ubicación georreferenciada.

*c) Nombres, apellidos, tipo y número de documento de identidad del personal del distribuidor que interviene en la contratación, el código único que identifica a cada personal y el distribuidor al que pertenece.
(...)”*

3. En el penúltimo párrafo, se tiene la obligación de identificar y registrar al distribuidor que interviene en la contratación.

Es así que, respecto a la norma en cuestión hemos identificado las obligaciones más relevantes; no obstante, tenemos muchas más. En este contexto, si una empresa operadora (administrada) incumple una o más de estas obligaciones estaría recayendo en una sola infracción, que suele tener una sanción sumamente cuantiosa y que se ha agravado más con la modificatoria a la Ley de Funciones y Facultades del OSIPTEL³, en donde se ha incrementado el margen máximo de UITs para cada calificación de la infracción (leve, grave, muy grave).

En consecuencia, si una empresa operadora realiza 10 contrataciones en la vía pública, no realiza la verificación biométrica en 10 contrataciones a sus vendedores, no realiza la verificación biométrica en 10 contrataciones más a los compradores; y, en un caso no registra e identifica adecuadamente al distribuidor que participó en la contratación, estaría recayendo en una sola infracción que con la calificación que hace OSIPTEL en aplicación de su Metodología para el Cálculo de la Multa, se configuraría en una infracción muy grave. Para esto, si es que la empresa operadora quisiera corregir sus conductas antes de la imputación de cargos para acogerse al eximente de subsanación voluntaria, simplemente no puede, debido a que los incumplimientos al ser diferentes y tener naturaleza distintas, también tiene tratamientos distintos en cuanto al cese y la reversión de los efectos que despliegan, en tanto que:

- Para la venta ambulatoria: se puede cesar la conducta, pero no se pueden revertir los efectos.
- Para la falta de verificación biométrica: no se puede cesar la conducta, no se pueden revertir los efectos

³

LDFF

“Artículo 25.- Calificación de infracciones y niveles de multa

25.1 Las infracciones administrativas serán calificadas como muy graves, graves y leves, de acuerdo a los criterios contenidos en las normas sobre infracciones y sanciones que OSIPTEL haya emitido o emita. Los límites máximos de las multas correspondientes serán los siguientes:

Infracción	Multa
Leve	100 UIT
Grave	500 UIT
Muy grave	1000 UIT"

Las multas que se establezcan no podrán exceder el 10% (diez por ciento) de los ingresos brutos del infractor percibidos durante el ejercicio anterior al acto de supervisión.

(...)

- Para la falta de registro e identificación del distribuidor: se puede cesar la conducta, pero no se puede revertir los efectos.

En conclusión, creemos que para estos casos, se debe profundizar más en la figura de la subsanación, pues cada vez se torna más en una figura imposible de satisfacer por parte de los administrados, siendo que solo queda su aplicación para infracciones simples, que solo se configuran para un solo incumplimiento, o infracciones de tipificación y calificación leve, lo cual desnaturaliza la finalidad de este eximente, que es que el administrado tenga la oportunidad de corregir su conducta antes de que se active todo el aparato sancionador de la administración pública.

No obstante, sino se da la oportunidad a los administrados para hacerlo, por no ser posibles las conductas de cese, no ser posibles los efectos de estas conductas de revertirse o buscarse que se corrijan todos y cada uno de los incumplimientos, a pesar que tengan naturaleza totalmente distinta, entonces la pregunta es para que está o para qué sirve la subsanación voluntaria, sería mejor que se aborde solo como una atenuante de responsabilidad, como se hacía antes de manera muy restringida de parte de las Entidades, mas no como un eximente imposible de satisfacer.

1.3 los presupuestos de la subsanación como atenuantes de responsabilidad en los PAS

Por otro lado, nos pareció muy peculiar que en el artículo 257° del TUO de la LPAG, en el numeral 2 que aborda las condiciones atenuantes de responsabilidad, se le dé la potestad a las Entidades Estatales para que puedan establecer a través de sus normas especiales que tipo de atenuantes aplicar y justamente el OSIPTEL tomó los presupuestos de la subsanación y los abordó como atenuantes de forma independiente.

La diferencia es que estos presupuestos ya no deberán regirse por la oportunidad de hacerse hasta antes de la notificación de la imputación de cargos, sino que pueden realizar en el transcurso del PAS pero antes de la resolución que sanciona. Asimismo, al aplicarse de forma independiente el cese y la reversión, es perfectamente posible que una conducta se cese, pero no se reviertan sus efectos, por lo que se le aplicará como atenuante el primer

presupuesto y ya no el segundo; también podría pasar al revés, en donde no se cesen los incumplimientos, pero si se reviertan sus efectos, lo cual es muy poco probable.

Además, se debe recordar que con anterioridad al Decreto Legislativo 1272, la subsanación voluntaria era acogida como un atenuante de responsabilidad en diferentes reglamentos sectoriales. *“Como se puede apreciar, para que pueda operar dicho atenuante de responsabilidad administrativa, el citado reglamento –hace más de diez años– ya establecía que, entre otros, el administrado debía remediar los efectos de su conducta en el ambiente, es decir, no bastaba que el administrado cese la acción u omisión constitutiva de infracción.”* (Neyra, 2020, p.80). De esta manera, podemos advertir que la finalidad del legislador fue darle mayor importancia a la figura de la subsanación voluntaria y elevarla a la posición de un eximente de responsabilidad; y, algunas normas sectoriales, dejaron como atenuantes sus requisitos del cese y reversión de efectos, como es el caso del OSIPTEL.

Sin perjuicio de lo anterior, lo que hemos podido notar en la normativa sectorial de telecomunicaciones es que el regulador no se pone de acuerdo en lo que desarrolla para la aplicación o no de la subsanación voluntaria y lo que analiza en la parte de atenuantes para el cese y la reversión, pues tengamos en cuenta que al ser dichos atenuantes requisitos del eximente en cuestión, lo que se desarrolle en cada apartado deben comulgar, siendo el único punto diferenciador la oportunidad en la que se realiza la actuación del administrado, pues si cesa los incumplimientos y revierte los efectos de la conducta antes de la notificación de cargos, se le deberá aplicar el eximente, pero si lo hace después de estos, solo se podrá aplicar los requisitos por separado pero como atenuantes de responsabilidad.

No obstante, para algunas conductas, hemos podido identificar que el Regulador no va en sintonía de lo que determina para el eximente que lo que desarrolla para sus atenuantes; siendo que, por ejemplo, para la conducta de no presentar los formatos de información que su Norma de Requerimientos de Información Periódica (NRIP) exige; y, por la cual se impone sanciones al no remitirse información o remitir información incompleta, estipulado en el artículo 7° de su

Reglamento General de Infracciones y Sanciones (RGIS). Desarrolla en cuanto al eximente lo siguiente:

- Cuando la empresa operadora no cumple con remitir todos los formatos en el marco de la NRIP, se analiza que respecto al cese, la empresa operadora aun no remite la totalidad de los formatos para cada periodo, por lo que no ha cesado la conducta hasta la fecha. Con respecto a la reversión de los efectos se le dice, en caso la empresa operadora hubiese remitido la información faltante, que esto no podría considerarse como factible de reversión, pues el daño que generó el no entregar la información en los plazos establecidos afecta la función supervisora del OSIPTEL.
- Por otro lado, cuando la empresa operadora cumple con remitir todos los formatos fuera de plazo (habiendo incumplido ya la norma), no se analizan los eximentes de responsabilidad ni los atenuantes en el Informe Final de Instrucción, pero no se le sanciona y en su lugar se le impone una medida correctiva, esto en base del análisis que se hace por el principio de Razonabilidad-necesidad.
- No obstante, cuando se desarrolla lo referido a los atenuantes, en cuanto al cese, se estipula que esta conducta sí es pasible de ser cesada, pero que no es posible revertir todo efecto negativo derivado de las infracciones, toda vez que los incumplimientos por no remitir los formatos de información, se traducen en que el Regulador no pueda disponer oportunamente de información trascendental, con lo cual se le está impidiendo del normal ejercicio de sus funciones reguladora, normativa, supervisora, fiscalizadora y de sanción, trayendo como consecuencia una afectación a la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones.

Entonces se puede cesar la conducta, pero no revertir, por qué entonces no se sanciona a las empresas operadoras que presentan información fuera de los plazos establecidos, si lo que se analiza en la reversión de efectos denota

que el solo hecho de presentar la información fuera de plazo ya genera una vulneración a las funciones del regulador y afecta las prestaciones de los servicios. Asimismo, no consideramos suficiente que para justificar que una conducta despliegue efectos no reversibles, basta que se sustente que afecta un bien jurídico, pues lo que se tiene que argumentar es el por qué se considera que estos efectos son irreversibles,

A nuestro parecer, lo que hace el regulador es decir que no se pueden revertir los efectos para no aplicar la figura de la subsanación, pues siempre un incumplimiento va a generar afectaciones, mucho más si estos incumplimientos giran en torno de la prestación de servicios. Entonces, si solo nos basamos en que no se puede revertir una conducta por la afectación que produce, pues ninguna conducta va a poder subsanarse; además, como ya mencionamos, no nos parece suficiente el desarrollo de por qué son irreversibles los efectos que genera el incumplimiento de presentar información fuera del plazo.

Por otro lado, llama la atención como es que el Regulador no aplica la figura de la subsanación voluntaria por no poderse revertir los efectos que despliegan los incumplimientos, pero no sanciona si es que el administrado cumple con cesarlos antes del inicio del PAS, sino dicta una medida correctiva haciendo el análisis bajo el Principio de Razonabilidad.

Lo anterior denota la falta de ánimo que pueden tener los Reguladores para aplicar este eximente y no son del todo responsables, sino que ante lo endeble de lo estipulado en la norma común, los funcionarios públicos evitarán enmarañarse en problemas en caso la Contraloría pregunte porque en el procedimiento sancionador en concreto se eximió de responsabilidad al administrado, siendo lo más conservador aplicar dicho eximente a solo reducidos casos, que curiosamente son casos de poca cuantía en la sanción, en donde las infracciones han sido calificadas como leves, volviéndose a desnaturalizar de esta forma a la figura de la subsanación voluntaria.

II. La voluntariedad como requisito para la Subsanación.

2.1 ¿Que se entiende por voluntariedad?

Siguiendo la línea de lo anteriormente explicado, la RAE nos dice que como adjetivo se dice de lo voluntario al acto que nace de la voluntad y no por fuerza o necesidades extrañas a aquella; es decir, que la acción debe tener su génesis en la capacidad humana para decidir con libertad lo que se desea y lo que no.

Entonces, para contextualizar, será voluntaria la subsanación toda vez que el administrado que comete la conducta infractora tenga la motivación y la decisión de corregir su conducta por propia iniciativa, sin esperar que alguien lo conlleve a subsanar.

El profesor Morón Urbina por su parte nos dice que la acción de subsanar no debe provenir de algún mandato de la autoridad, lo cual se puede configurar en una medida correctiva o algún otro acto administrativo similar (2019, p.513).

De este modo, para que la subsanación sea voluntaria no tiene que haber un requerimiento o mandato por parte de la autoridad administrativa para que el administrado corrija su conducta, cese sus acciones u omisiones y revierta los efectos que estos desplegaron. No obstante, debemos tener en claro que comunicaciones de la administración se deben considerar mandatos que puedan llegar a romper la voluntariedad, debido a que las Entidades sostienen que cualquier comunicación que indique el incumplimiento de las obligaciones de un administrado, darían pie a que no se configure con posterioridad la subsanación debido a que ya no sería voluntaria, pero esto no es acertado.

Tengamos en cuenta, que la finalidad de este eximente es darle la oportunidad a los administrados para que corrijan su conducta infractora bajo sus propios medios; no obstante, nos hemos podido dar cuenta que las Entidades buscan constantemente “romper la voluntariedad” bajo sus propios términos, siendo suficiente para estas una mera comunicación donde se le diga al administrado que se encuentra en incumplimiento, lo cual va en contra de la finalidad de la norma, pues en esta no se ha estipulado o consignado como eximente a la subsanación voluntaria para que nunca se pueda aplicar o para que las Entidades busquen algún motivo para no aplicarla, rompiendo la voluntariedad

con diversas acciones como una fiscalización de monitoreo por ejemplo, lo cual no es idóneo.

Si existe esta figura como eximente, a nuestro parecer debería dejársele la oportunidad a los administrados que puedan cumplir con cesar la conducta y revertir los efectos en caso los haya, pero así no lo entienden las autoridades, pues constantemente están inmersos en una carrera en contra de los administrados en donde la meta es el inicio del PAS, por lo que si comunican u ordenan el cumplimiento de las obligaciones o la corrección de la conducta ya dejarían fuera de esta carrera a su contrincante para que pueda subsanar, olvidándose de esta manera las reglas de la responsive regulación y el doble enfoque que debe caracterizar a la regulación, uno preventivo y otro sancionador; dejando de lado de paso la propia finalidad de la figura de la subsanación:

“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” (Zumaeta, 2021, p.8).

Pero qué pasa si es que la intención de la Entidades es cortar con la voluntariedad para que no se pueda aplicar la subsanación, se podría decir que se está cumpliendo con este enfoque de la regulación responsiva, ¿la administración estaría usando todas las herramientas que tiene a su disposición para el cumplimiento de las normas?; o, por otro lado, estaría forzando el camino a una investigación de responsabilidad para una posterior sanción; es decir, se deja de lado la codiciada zanahoria, el premio, y solo se pretendería usar el garrote, el castigo.

Estos son los incentivos perversos que genera que a la figura de la subsanación se le haya puesto como adjetivo y requisito a la voluntariedad, pues por un lado no queda claro lo que las Entidades entienden por voluntario, abriéndose una gama muy amplia de interpretaciones; y, por otro lado, se genera el efecto adverso de que existe el eximente para que justamente sea aplicado, pero como no se desea su aplicación se ataca un requisito, lo voluntario.

De esta manera, nos ponemos en varios supuestos que merecen la pena ser esclarecidos y que pueden enfocar lo que se debería entenderse por voluntario para este eximente de responsabilidad:

Escenario 1: El administrado incumple la normativa y recae en una conducta infractora, se da cuenta de ello y comienza a adoptar las medidas necesarias y realizar acciones para corregir su conducta y poder subsanarla, en la medida que pueda cesar y revertir los efectos; no obstante, en ese transcurso, le llega una carta de la Entidad, diciéndole que han detectado incumplimientos y demanda que cese las acciones que configuran la infracción.

De este supuesto, se nos suscitan varias disyuntivas, las cuales mencionaremos a continuación:

- Si el administrado ha tomado cartas en el asunto para corregir su conducta, es acaso que esto no demuestra su voluntad para subsanar.
- Cuál sería el objetivo de la comunicación de la Entidad al demandar la corrección de la conducta, tengamos en cuenta que el administrado ya ha realizado el hecho infractor, por lo que nos parece inoficioso una comunicación para el cumplimiento de las obligaciones.
- Bajo este contexto, también se debe tener en cuenta que, pese a que corrigió su conducta el administrado, se le iniciará un PAS; entonces, cual es la finalidad de la comunicación, a nuestro parecer solo tiene como objetivo romper con la voluntariedad para no aplicarse el eximente de subsanación.

- De esta manera, consideremos que existe una oportunidad para realizar la subsanación que es hasta antes de la imputación de cargos; entonces, porque no dejarle la oportunidad al administrado que corrija su conducta si pese a la comunicación que exige el cumplimiento se va a iniciar el PAS.
- Desde nuestro punto de vista, el elemento de la oportunidad es suficiente como factor determinante en el tiempo para observar la aplicación del eximente; no obstante, pareciera que las entidades toman la voluntariedad como otro factor de oportunidad, pues hasta cuando la rompen ya no se aplica el eximente. Entonces, estamos ante una carrera de qué es primero, si bien es cierto se tiene la oportunidad de subsanar porque así lo estipula la norma, se tiene también la incertidumbre de esperar que se imputen los cargos o que se comunique el pedido de corrección de la conducta para que ya no pueda el administrado acogerse al eximente.

Escenario 2: El administrado que incumple la normativa, corrige su conducta antes de la imputación de cargos, pero la administración poco después de haber corregido le remite una comunicación exigiendo el cumplimiento.

De este supuesto se suscitan algunas observaciones:

- La Administración muchas veces sostiene que ha roto la voluntariedad, en la medida que el administrado tiene la carga de la prueba para demostrar que ha cumplido con sus obligaciones y ha corregido su conducta y no ha demostrado medios probatorios, lo cual no es exacto, pues estos medios probatorios pueden ser presentados cuando se inicie el PAS para que se aplique la subsanación, recordemos que, el hecho de la corrección de la conducta no implica que no se inicie un procedimiento sancionador, sino que igualmente se iniciará pero por aplicación del eximente se archivará.

Sin perjuicio de lo anterior, vale la pena mencionar que existen bienes jurídicos que por su trascendencia o por el perjuicio que se le esté ocasionando, no pueden ser pasibles a la espera de que el administrado corrija su conducta, cese sus acciones de incumplimiento y revierta los efectos, por lo que la administración tomará cartas en el asunto y dictará medidas específicas, como una medida cautelar o una medida correctiva. Es decir, bajo estas medidas la Administración expide un mandato para que el administrado cumpla con sus obligaciones, por lo que a nuestra consideración esto sí rompe con la voluntariedad, pues no se trata de una comunicación común en donde se le observa al administrado su incumplimiento, sino que ya estamos hablando de una exigencia que se concreta en un acto administrativo expedido por la autoridad administrativa. A pesar de ello, consideramos que las Entidades confunden este requisito en la aplicación del eximente, como veremos más adelante en un caso analizado en el sector de regulación del OSIPTEL.

En consecuencia, bajo lo visto en este apartado, uno de los problemas que trae el requisito de lo voluntario es que las autoridades administrativas están siendo muy restrictivas en cuanto a su determinación, pues conciben que con cualquier observación, comunicación, carta o mandato, ya se estaría rompiendo la voluntariedad; por lo tanto, ya no se podría aplicar el eximente.

En este contexto, las entidades para romper esta voluntariedad de los administrados mandaban cualquier requerimiento o carta recordándole al administrado que se encontraba en incumplimiento, lo cual no era lo idóneo. De esta manera, para que se rompa la voluntariedad, consideramos que la Entidad expresamente debe emitir un mandato exigiendo el cumplimiento, pero no puede constituir en ruptura de la voluntariedad cualquier carta de recordatorio o la propia inspección que se les hacía a los administrados.

“Si bien la norma no da mayores alcances respecto a este requisito, considero debe tenerse en cuenta que dicho requerimiento debe ser preciso, claro y expreso; a fin de evitar que cualquier tipo de comunicación que tenga la Administración con el administrado pueda ser asimilado como un requerimiento y se pretenda romper la voluntariedad que exige la norma.” (Lino, 2019, p.23)

Para ejemplificar, traemos a colación un caso que nos grafica esta disyuntiva de lo que debe considerarse voluntariedad. Es el caso que se suscita en una Resolución de la SBS N° 00030-2022, en donde la autoridad manifiesta que la conducta no habría sido subsanada en la medida que la subsanación fue propiciada con ocasión de una observación previa realizada por la Superintendencia, mientras que el Banco-Administrado refiere que en ningún lado de la norma se hace referencia a que la voluntariedad se rompe por una mera observación de la autoridad administrativa.

A nuestro parecer, lo que sostiene el banco es cierto, la voluntariedad no se puede romper solo con una observación, miramiento, aviso o advertencia de la autoridad, sino que para romper este requisito del eximente, la administración necesariamente tiene que emitir un mandato en donde expresamente indique que la conducta infractora sea corregida y que con esa comunicación se está rompiendo con la voluntariedad, pues la actuación de la autoridad no puede ser tan discrecional en la aplicación de este eximente, ya que como vimos genera un incentivo perverso de propiciar una carrera entre el administrado y la administración, en cuanto se busca romper la voluntariedad antes que se corrija la conducta por iniciativa propia.

Por otro lado, existen autores que sostienen que es necesario precisar el carácter voluntario de la subsanación para de esta forma evitar los incentivos perversos, pero por parte de los administrados, pues existirán infractores que solo corregirán su conducta únicamente cuando la administración detecte su incumplimiento (Neyra, 2018), lo cual es muy cierto, pero esto no puede usarse como una espada de doble filo para que la administración con cualquier observación pueda romper el carácter voluntario de una acción de subsanar que un administrado tuvo la intención de corregir.

2.2 ¿Cómo es que se aplica la voluntariedad para aceptar la subsanación de una conducta en el OSIPTEL?

Para graficar el poco entendimiento de este requisito por parte de las Entidades y las interpretaciones contradictorias que realizan los órganos instructores, los cuales son los que tienen el primer acercamiento para el análisis de si se aplica o no el eximente de responsabilidad en el caso en concreto, pues recordemos

que son los órganos instructores los que imputan los cargos e inician los procedimientos administrativos sancionadores, es que abordaremos lo que se consigna en algunos informes finales de instrucción del Órgano Instructor del OSIPTEL respecto a la subsanación voluntaria.

Se debe recordar que es el organismo instructor es el que realiza el primer análisis de si en un caso se va a aplicar o no algún eximente de responsabilidad; y, de los organismos hemos podido notar que el OSIPTEL es el que analiza de forma más extensa este requisito en sus Informes Finales de Instrucción (IFI); no obstante, se puede notar la incertidumbre respecto a este requisito pues se contradicen en algunos informes que expiden.

Debemos iniciar diciendo que, cuando recién se incluyó el eximente de responsabilidad de subsanación voluntaria, en el 2017 con el Decreto Legislativo 1272, OSIPTEL para alinearse a lo que estipulaba la LPAG (norma común desde esa modificación), incluyó también a la subsanación en los eximentes de responsabilidad recogidos en el artículo 5° de su Reglamento General de Infracciones y Sanciones, a través de la modificación que le hizo a esta norma por el artículo primero de la Resolución de Consejo Directivo N° 056-2017-CD-OSIPTEL, por la cual se estipulo que:

“Artículo 5.- Eximentes de responsabilidad

Se consideran condiciones eximentes de responsabilidad administrativas los siguientes:

(...)

iv) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación del inicio del procedimiento administrativo sancionador, al que hace referencia el artículo 22.

*Para tales efectos, deberá verificarse que la infracción haya cesado y que se hayan revertido los efectos derivados de la misma. Asimismo, **la subsanación deberá haberse producido sin que haya mediado, por parte del OSIPTEL, requerimiento de subsanación o de cumplimiento de la obligación, expresamente consignado en carta o resolución.**”*

(El resaltado es nuestro)

Tal como se puede observar, el OSIPTEL aborda el requisito de la voluntariedad de la subsanación en el último párrafo de su numeral iv del artículo 5° del RGIS, en donde expresamente nos dice que se aplicará este eximente si es que no se ha producido un requerimiento de subsanación o de cumplimiento de obligación, a lo que se plantea la siguiente pregunta: ¿acaso basta con un requerimiento para romper la voluntariedad?, pues esto es una petición de una acción que se considera necesaria por parte de la autoridad, pero es muy distinto a un mandato de cumplimiento o una resolución, en la cual se exige que se cumpla con una obligación .

A nuestra consideración un simple requerimiento no era suficiente para romper con la voluntariedad; no obstante, OSIPTEL por medio de cartas observaba incumplimientos y determinaba en los IFIS que con esta comunicación la subsanación por parte de la empresa operadora ya no era voluntaria, lo cual era poco razonable y de esto se dieron cuenta con el avanzar de los años, siendo que por razonabilidad coincidieron en que debería ser una mandato por resolución en la que se exija la subsanación o el cumplimiento de la obligación para que se rompa con este requisito.

Por otro lado, se sostenía que si una empresa estaba en incumplimiento o había recaído en una conducta infractora, bastaba que el Regulador realice una fiscalización, así sea de monitoreo, y haga observaciones para no darle la oportunidad de subsanar, pues se rompía con ese elemento subjetivo de la voluntad de la empresa operadora para corregir su conducta, lo cual consideramos inapropiado, toda vez que no se podría sostener que con una mera observación el administrado pierde la voluntad para que por propia iniciativa corrija su conducta. No obstante, siguiendo el criterio mencionado en el anterior párrafo, OSIPTEL consideró que no era suficiente para romper con este elemento volitivo.

Sin embargo, en un IFI reciente se pudo observar un análisis muy curioso que la Dirección de Fiscalización e Instrucción (DFI) realizó respecto al elemento de la voluntariedad. Es así que, en el IFI N° 00215-DFI/2021, en el análisis de la subsanación voluntaria la DFI sostiene que:

“De igual manera, este órgano instructor considera que no se ha presentado la voluntariedad en las acciones desplegadas por la empresa operadora, toda vez que éstas se derivan de una orden emitida a través de una Medida Correctiva impuesta a través de la Resolución N° 00293-2019-GG/OSIPTEL, razón por la cual no cabe pronunciarse sobre los otros requisitos que deben concurrir para la aplicación de la eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria.”

Por lo anterior, creemos que existe un error en el razonamiento del Regulador, toda vez que está confundiendo en qué momento se debe analizar la voluntariedad de la empresa operadora. Para contextualizar, en ese Informe se está analizando la responsabilidad de un administrado por incumplir el mandato de una medida correctiva impuesta por la Resolución de Gerencia General N° 00293-2019-GG/OSIPTEL, en relación a devoluciones que las empresas operadoras tienen que realizar por interrupciones de servicio, esto a fin de que no exista un enriquecimiento ilícito y las operadoras cobren por un servicio que no han brindado.

Es así que, la empresa operadora en este caso al no haber cumplido con el mandato de acreditar las devoluciones en el plazo establecido, tiene la opción de subsanar su conducta infractora y acreditar que hizo tales devoluciones hasta antes del inicio del PAS; no obstante, el Regulador nos dice que no es posible la subsanación porque las acciones desplegadas por la empresa derivan de una orden emitida, lo cual es falso por las siguientes razones:

1. La Entidad tiene que determinar que la medida correctiva se dictó en base a un hecho principal que es que no se efectuaron las devoluciones, el incumplimiento a la medida correctiva se analiza en un PAS totalmente diferente, que si bien es cierto proviene o es a causa del primer incumplimiento, son procedimientos distintos. Mientras que en uno se sanciona por no cumplir con las devoluciones, obligación estipulada en el artículo 45° del TUO de las Condiciones de Uso, en el presente caso se recomienda sancionar por incumplir lo dispuesto en una medida correctiva, esto es por la obligación contenida en el artículo 25° del RGIS.

2. En este sentido, no es posible que se rompa la voluntariedad si es que la empresa operadora corrige su conducta que justamente proviene por el incumplimiento de la medida correctiva, por lo que perfectamente para subsanar puede cumplir con lo que dice esta medida correctiva.
3. El Órgano Instructor se está confundiendo y considera que por el solo hecho de mencionar una medida correctiva es suficiente para romper la voluntariedad, lo cual no es exacto, puesto que se debe identificar cuando es que se dicta este mandato, recordemos que debe ser antes del inicio del procedimiento sancionador. En el presente caso, no se ha dictado la medida correctiva antes del inicio del PAS, sino que el caso mismo se trata del cumplimiento de la medida correctiva.
4. Sería diferente si es que, para el incumplimiento de la medida correctiva en cuestión, se dictaba otra medida correctiva (lo cual es ilógico) o se dictaba una medida cautelar antes del inicio del PAS. Por lo tanto, se debe tener en cuenta que estos mandatos en las cuales se exige el cumplimiento de la obligación o la subsanación de la conducta tienen que hacerse antes del inicio del PAS para que puedan romper la voluntad del administrado de corregir su propia conducta. De esta manera, la medida correctiva o cautelar tendrían que ser impuestas por el organismo fiscalizador, en el marco de las potestades que son recogidas en su Reglamento General de Fiscalización.

Por otro lado, de manera contradictoria al razonamiento que usa para la no aplicación de la subsanación en cuanto a la voluntariedad por encontramos dentro de un mandato impuesto por una medida correctiva, la DFI sostiene lo siguiente en su Informe de Fiscalización N° 00320-DFI/SDF/2023:

“ (...)

26. *De lo mencionado en el párrafo anterior, el teléfono N° 73835984 instalado en el centro poblado La Alberca, para el cual TELEFÓNICA remitió fotografías con fecha posterior al plazo concedido, se considera el hecho que **la empresa remitió la referida información sin que medie exhortación por parte de la DFI, por lo que,***

corresponde señalar que se ha producido la subsanación voluntaria por parte de la citada empresa, para este extremo.

(...)

46. *Conforme a la información del cuadro N° 07, para la localidad de La Alberca, la empresa operadora remitió fuera de plazo las fotografías que acreditan el cumplimiento de este apartado. Dicho esto, **es menester resaltar que para la entrega de la información no media alguna exhortación adicional a la estipulada en la MC, los medios fotográficos acreditan el cumplimiento de la obligación y, actualmente, la conducta fue detectada en un procedimiento de verificación de cumplimiento de la MC. Considerando estos hechos, corresponde aplicar la Subsanación Voluntaria sobre este apartado***

(...)"

De esta manera, la contradicción es evidente, puesto que en ambos casos estamos dentro de las obligaciones impuestas por una medida correctiva; y, mientras que en el primer caso la DFI determina que no se puede aplicar la subsanación voluntaria porque se ha impuesto las obligaciones por una medida correctiva; en el segundo caso, se dice que se ha cumplido fuera del plazo con lo consignado en la medida correctiva, por lo que se configura el eximente por subsanación al no haber mediado ninguna exhortación, pero es acaso que no nos encontramos por obligaciones impuestas por una MC. Al parecer el órgano de fiscalización e instrucción tiene confusión respecto a la aplicación de este eximente y su elemento de la voluntariedad.

En consecuencia, es muy difícil en los PAS saber cuándo una Entidad considera que se está rompiendo con la voluntariedad; y, al igual que para los requisitos del cese y la reversión de los efectos; es necesario que, se profundice y homogenice estos elementos en la norma.

III. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. La subsanación voluntaria recogida como eximente de responsabilidad en la LPAG, no ha sido muy bien desarrollada. Si bien es cierto, menciona las condiciones para subsanar, como que se haga voluntariamente y antes de la notificación de imputación de cargos, igualmente existe un arduo debate de ideas contrapuestas entre los administrados y las autoridades administrativas en relación a lo que se debe entender por subsanar.
2. Respecto a la exigencia de diversas entidades que para subsanar una conducta se debe cesar y revertir los efectos, estamos de acuerdo que por lógica jurídica y razonabilidad estos presupuestos deben darse, pero la administración pública debe motivar su decisión de no aplicar este eximente de responsabilidad en cada una de sus resoluciones (en cada caso en concreto) y no a priori limitar a través de su función normativa, en sus reglamentos, que ciertas conductas infractoras son insubsanables porque tienen efectos irreversibles o porque son infracciones tipificadas como graves o muy graves.
3. Es necesario que lo que se desarrolle en los reglamentos especiales debe comulgar con la finalidad de la figura de la subsanación voluntaria, la responsive regulation y lo que la norma común regula, pues no es alentador observar que la mayoría de conductas infractoras que tipifican los órganos reguladores, despliegan efectos que son irreversibles y no se motive en la resolución expedida por qué tienen esa naturaleza.
4. La problemática se acrecienta con nuevas conductas infractoras que están compuestas por dos o más incumplimientos que tienen diferente naturaleza, por lo que las Entidades exigen que se cese y se revierta los efectos en todos estos incumplimientos, los cuales muchas veces, por no decir todos, despliegan efectos irreversibles.
5. Bajo este contexto, lo que se propone para esta problemática es que se profundice en la norma común que es lo que se debe entender por

subsanción y sus requisitos del cese y la reversión de los efectos, para que de esta forma se homogenice lo que las normas sectoriales desarrollen en lo referente a este eximente de voluntad.

6. El propio adjetivo de voluntario no converge con la acción de subsanar, en el sentido que para que una acción sea voluntaria debe hacerse por propia iniciativa del accionante y sin esperar nada a cambio; no obstante, un administrado realiza la corrección de su conducta para que no se le impute responsabilidad por sus incumplimientos.
7. Asimismo, al igual que el concepto de subsanción, el concepto de lo que se debe entender por voluntario en el ámbito de la subsanción no está establecido en la LPAG ni en alguna norma sectorial, por lo que las entidades se otorgan discrecionalidad desmedida para requerir la voluntariedad de la subsanción, muchas veces exigiendo elementos que van en contra de la propia finalidad de la norma.
8. La aplicación de la subsanción se ha convertido en una carrera en el derecho administrativo sancionador debido al elemento de la voluntariedad, pues antes del inicio del PAS, los administrados tienen que corregir su conducta, pero sin haber recibido alguna comunicación que le pida el cumplimiento de sus obligaciones o la subsanción de la conducta; mientras que por el lado de las autoridades están al acecho para romper esta voluntariedad y no aplicar el eximente de responsabilidad.
9. Las entidades están equivocando la posibilidad de romper la voluntariedad de la subsanción de los administrados, pues sostiene que esto se puede hacer con cualquier comunicación, observación o fiscalización; no obstante, lo anterior no es suficiente, sino que necesariamente el mandato de la administración tiene que estar expresamente estipulado en una resolución; y, en ella se debe colegir que con ese acto administrativo se rompe la voluntariedad por lo que las acciones posteriores que realice el administrado no configurarían una subsanción de la conducta.

10. Algunos reguladores como el OSIPTEL, confunden la figura de la voluntariedad y esto se ve reflejado en lo contradictorio de sus pronunciamientos, pues en un informe sostiene que en el marco del cumplimiento de una medida correctiva no se podría subsanar el incumplimiento pues se rompe la voluntariedad por la medida; mientras que, en otro informe sostiene que en el marco del cumplimiento de una medida correctiva, la empresa operadora ha podido cumplir con su obligación fuera del plazo por lo que se configura la subsanación voluntaria.

11. En consecuencia, se recomienda también para este elemento-requisito de la voluntariedad, un desarrollo normativo con el fin de homogenizar el concepto y que las diferentes Entidades puedan evaluar este requisito teniendo en cuenta la finalidad de la subsanación voluntaria.



IV. BIBLIOGRAFÍA

1. Acuerdo N° 005 de 2021 [Tribunal de la Superintendencia Nacional de Salud]. Por el cual se establece el Precedente administrativo sobre la Subsanación voluntaria de Infracciones en SUSALUD como eximente de responsabilidad. 08 de octubre de 2021.
2. Ayres, I. y Braithwaite, J. (1992). *Responsive Regulation. Transcending the Derregulation Debate*. Oxford: Oxford University Press.
3. Calle, J. P. y Roca, J. (10 de agosto de 2017). *¿Qué es la fiscalización bajo el enfoque de cumplimiento normativo, de prevención y de gestión del riesgo?* Editorial Enfoque Derecho. <https://www.enfoquederecho.com/2017/08/10/que-es-la-fiscalizacion-bajo-el-enfoque-de-cumplimiento-normativo-de-prevencion-y-de-gestion-del-riesgo/>
4. Chimoy, J. D. y Contreras, J. F. (2021). *Efectos de la aplicación de la subsanación voluntaria en la estrategia de cumplimiento normativo de SUNAFIL*. [Trabajo de investigación para optar por el grado académico de magíster en Derecho Administrativo Económico, Universidad del Pacífico]. <https://repositorio.up.edu.pe/handle/11354/3390>
5. Huapaya, R., Sánchez, L. y Alejos, O. (2018). El eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria en la Ley del Procedimiento Administrativo General del Perú. En Vignolo, O., Morón, J. C., Francia, L., Danós, J., Maraví, M., Villegas, P., Zegarra, D., Schiavi, P., Gamio, P., Huapaya, R., Cárcamo, R. et al., *El derecho administrativo como instrumento al servicio del ciudadano*. Memorias del VIII Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Lima, Perú: Palestra.
6. Lino, A. (2019). *La subsanación voluntaria como condición eximente de responsabilidad administrativa en la Ley de Procedimiento Administrativo General*. [Trabajo académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno, Pontificia Universidad Católica del Perú]. <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/16284>
7. Morón, J. C. (2019). *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General: Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
8. Neyra, C. (2020). La subsanación voluntaria en los procedimientos administrativos sancionadores iniciados por infracciones ambientales detectadas en los sectores extractivos y productivos. *Revista Derecho & Sociedad*, Vol. 2 (54), 79-93. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/22435>

9. Neyra, 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. *Revista Derecho PUCP*, (80), 333-360. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/19959>
10. OSIPTEL (2023). Expediente N° 00036-2023-GG-DFI/PAS. *Informe Final de Instrucción* (N° 00163-DFI/2023).
11. OSIPTEL (2023). Expediente N° 00196-2023-DFI. *Informe de Supervisión* (N° 00320-DFI/SDF/2023).
12. OSIPTEL (2023). Expediente N° 00026-2023-GG-DFI/PAS. *Informe Final de Instrucción* (N° 000145-DFI/2023).
13. OSIPTEL (2021). Expediente N° 00215-DFI/2021. *Informe Final de Instrucción* (N° 00215-DFI/2021).
14. Resolución de Consejo Directivo N° 172 de 2022 [OSIPTEL]. Por la cual se establece la Norma de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones. 08 de octubre de 2022.
15. Resolución N° 00030 de 2022 [Superintendencia de Banca, Seguros y AFP-SBS]. Por la cual se declara infundado el recurso de apelación interpuesto por el Banco Falabella contra la Resolución SBS N° 2192-2021. 07 de enero de 2022.
16. Resolución de Consejo Directivo N° 087 de 2013 [OSIPTEL]. Por la cual se establece el Reglamento General de Infracciones y Sanciones. 20 de junio de 2013.
17. Torres, T. (2019). ¡Sálvese quien pueda! la elusión de la subsanación voluntaria como eximente de punición por parte de la administración. *THEMIS. Revista de Derecho*, (74), 91-105.
18. Zumaeta, I. (2021). *La subsanación voluntaria como eximente de responsabilidad bajo el amparo de la Ley del Procedimiento Administrativo General: primacía de la ley*. [Trabajo académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica del Perú]. <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio//handle/20.500.12404/22128>