

La subsanación voluntaria y el reconocimiento de responsabilidad en el derecho administrativo sancionador peruano: análisis crítico y propuestas para no frustrar los objetivos de la regulación

José Alonzo Jiménez Alemán*

Resumen

El presente artículo tiene por objeto advertir una inconsistencia en la aplicación del Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General que enfrenta, de una parte, a los supuestos de subsanación voluntaria y reconocimiento de responsabilidad, como causas eximente y atenuante de responsabilidad, respectivamente; y, de otra, a los principios de razonabilidad y proporcionalidad (parámetros indispensables en el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración). Además de las críticas a las causas eximente y atenuante de responsabilidad,

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en el programa de Derecho de los Sectores Regulados de la Universidad Carlos III de Madrid. Actualmente se desempeña como Especialista Legal Senior del Banco Central. El presente trabajo ha recibido los aportes de Adriana Romo, Jorge Espinoza y Gonzalo Valdez. Las opiniones y reflexiones del autor no representan la posición institucional de la entidad en la que presta servicios.

se advierte que su aplicación a casos concretos en ordenamientos sectoriales contravendría el principio de razonabilidad y proporcionalidad, pues incentivaría comportamientos oportunistas, como sería beneficiarse del beneficio ilícito producto del incumplimiento. Para graficar esta situación desarrollamos el régimen del encaje bancario a cargo del Banco Central de Reserva del Perú. En este contexto, resaltamos la existencia de una antinomia jurídica de tipo irresoluble, pues estamos frente a la colisión de normas de un mismo cuerpo legal, que vaciaría los incentivos para el cumplimiento de la normativa sectorial y, por ende, podría frustrar los objetivos trazados por el Banco Central con el uso de esta herramienta de política monetaria. Para solucionar esta situación, se desarrollan métodos interpretativos trabajados por la doctrina y el propio Tribunal Constitucional; el más apropiado para resolver este caso en concreto es la interpretación abrogante. Para dicho efecto, se utiliza la asignación de jerarquías axiológicas a las normas bajo conflicto a la luz de los principios involucrados. El resultado de este ejercicio interpretativo es la inaplicación de las causas eximente y atenuante de responsabilidad, en tanto se considera que el principio de razonabilidad y proporcionalidad desarrollados en el TUO de la LPAG ostentan una jerarquía axiológica superior. Este resultado no involucra que en otros ordenamientos sectoriales sea perfectamente aplicable la eximente o atenuante de responsabilidad.

Palabras clave: Eximente de responsabilidad, atenuante de responsabilidad, antinomia, interpretación abrogante, principio de razonabilidad, principio de proporcionalidad.

Abstract

This article aims to make a warn of an inconsistency in the application of the Administrative Procedure Act that faces, on the one hand, the assumptions of voluntary correction and recognition of responsibility, as exonerating and mitigating causes of responsibility, respectively; and, on the other, the principles of reasonableness and proportionality (essential parameters in the exercise of administration's sanctioning power). In addition to the criticisms against this institution, it is noted that their application in specific cases would collide with the principle of reasonableness, since it would encourage opportunistic behavior, such as benefiting from the illicit benefit resulting from non-compliance with the rule until it is detected, or before it. To illustrate this situation, we will develop the legal reserve regime in charge of the Central Reserve Bank of Peru. In this context, we highlight the existence of an unsolvable legal antinomy, since we are faced with the collision of articles of the same legal body. To solve this situation, interpretive methods are developed, worked by the doctrine and the Tribunal Constitucional

itself, the abrogating interpretation being the most appropriate to solve the case, using for this purpose the assignment of axiological hierarchies to the rules under conflict in light of the principles involved. The result of this interpretive exercise is the inapplication of the excusing and mitigating causes of responsibility, as it is considered that the principle of reasonableness and proportionality developed in the TUO of the LPAG have a higher axiological hierarchy. This result does not impede the application of this reward institutions in other specific regulations.

Key words: Liability waiver, liability mitigating, antinomy, abrogating interpretation, principle of reasonableness, principle of proportionality.

1. Introducción

El procedimiento administrativo común es uno de los ejes de una buena administración, pues aporta eficiencia y predictibilidad a las actuaciones de la administración pública. Hoy en día, nos sigue pareciendo adecuado el objetivo unificador del actual Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo 004-2019-JUS (en adelante, TUO de la LPAG), pues se ha puesto un freno específico a la arbitrariedad con que actuaba la administración pública.

No obstante, hemos advertido que los cambios realizados en la LPAG, mediante el Decreto Legislativo 1272, además de ratificar su función "unificadora", han incrementado algunos derechos, garantías y beneficios a favor del administrado, tales como el régimen de eximentes y de atenuantes de responsabilidad. Nos referimos en particular a la subsanación voluntaria (eximente de responsabilidad), y al reconocimiento de responsabilidad (atenuante de responsabilidad) que son objeto del presente artículo.

Particularmente esta entrega tiene por objeto evidenciar una situación muy particular en la aplicación en las causas eximentes y atenuantes de responsabilidad indicadas. Se trata de una situación en la que la aplicación de la normativa especial, y determinados principios del TUO de la LPAG colisionan con dos supuestos de eximente y atenuante de responsabilidad. Esto plantea una problemática interpretativa en la que abordaremos instituciones jurídicas (principios, antinomias y herramientas, como la interpretación abrogante) para su solución. No es nuestra intención realizar una crítica al régimen común del procedimiento administrativo, y menos aún al alcance que se le ha dado en Perú, sino más bien "salvar" algunas inconsistencias que podrían generarse.

2. El rol rector del TUO de la LPAG y la incorporación de la subsanación voluntaria y el reconocimiento de responsabilidad

No queremos explayarnos sobre el rol rector del TUO de la LPAG, pues se ha escrito bastante sobre el particular (Ochoa, 2011). Como se sabe, en su texto original, la LPAG establecía que la ley ostenta un carácter rector en materia de derechos y garantías a favor del administrado en el marco de los procedimientos sancionadores. Con el actual TUO de la LPAG se traslada este rol a la totalidad de la ley, pues se exige que los procedimientos especiales establezcan un tratamiento no menos favorable que el previsto en el TUO de la LPAG.

Sin perjuicio de ello, se han advertido procedimientos sancionadores especiales que vienen alejándose del rol rector y unificador del TUO de la LPAG, especialmente aquellos que son dirigidos por organismos como OSIPTEL, OEFA, OSINERGMIN (Huapaya, Shimabukuro y Alejos, 2019). A pesar de estar de acuerdo con la esencia de las críticas, hemos advertido que en muchos casos la aplicación de las reglas comunes pueda desnaturalizar el ejercicio de la potestad punitiva de las entidades.

Ahora bien, lo que nos interesa analizar son los artículos 257.1.f y el 257.2.a, cuyo antecedente fue el artículo 236-A de la LPAG (incorporado por el Decreto Legislativo 1029). Este artículo solo reconocía dos supuestos de atenuación de responsabilidad, sin asignarles una consecuencia determinada:

1. La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de imputación de cargos (cuya redacción es idéntica al actual artículo 257.1 literal f).
2. El error inducido por la administración por un acto o disposición administrativa, confusa e ilegal.

El Decreto Legislativo 1272 crea las causas eximentes de responsabilidad, lo cual nos parece un acierto, vista la estructura y naturaleza de la responsabilidad sancionadora. No obstante, incorpora algunos discutibles supuestos y consecuencias. Nos referimos especialmente a la subsanación voluntaria —como causa eximente de responsabilidad— y a asignarle al reconocimiento de responsabilidad una atenuación del 50% del valor de la multa.

2.1. Críticas a la subsanación voluntaria como causa eximente de responsabilidad

A nuestro juicio, la primera crítica es el carácter antitécnico de la causa eximente de responsabilidad, lo que genera grandes vacíos a su aplicación. Como se ha dicho (Morón, 2017, pp. 503-518), este supuesto no está vinculado a la antijuricidad de la conducta o culpabilidad del sujeto infractor, sino más bien a un aspecto de política represiva, a fin de “premiar” el incumplimiento.¹ De hecho, la fórmula inicial del Decreto Legislativo 1029 nos pareció correcta, pues representaba una medida proporcional a la actuación del administrado, que solo merecía un desarrollo en cada procedimiento especial.

Esta fue la lógica con que, en el ámbito del procedimiento tributario, por ejemplo, se regula desde hace años la subsanación voluntaria como causa de atenuación, lo que se gradúa en función del tipo de infracción (usualmente las menores graves, vinculadas a obligaciones de información o declaración). Es decir, en caso el administrado corrija su conducta y se ponga a derecho antes de ser detectado, corresponde el otorgamiento de un premio: reducción de hasta el 90% de la sanción. Es una práctica institucionalizada en el ámbito tributario que merece ser analizada en el entorno de procedimientos administrativos comunes.

En segundo lugar, advertimos que el enfoque con que la doctrina mayoritaria viene apoyando esta causa eximente de responsabilidad es el de la regulación responsiva, es decir, en el sentido de fomentar o preferir los mecanismos que favorezcan el cumplimiento de la norma. No obstante, debemos alejarnos de esta posición, pues el enfoque propuesto (a nuestro juicio) es propio de una actividad de fiscalización, cuyo objetivo —efectivamente— es promover el cumplimiento de la norma, antes del inicio de procedimientos sancionadores. Se trata de sensibilizar antes de reprimir. Sobre el particular, Tirado (2011) ha descrito la actividad de fiscalización como la potestad administrativa destinada a garantizar la adecuación permanente de las actividades

1 Una interesante reflexión sobre el particular es que, en la concepción moderna del delito, este se define como una acción típica, antijurídica, culpable y punible. Precisamente el último elemento llama la atención para el caso bajo análisis, pues puede plantearse que la subsanación voluntaria o el reconocimiento de responsabilidad constituyen condiciones que limitarían la intervención administrativo sancionadora como una condición de punibilidad. Esto es, con el objeto de alcanzar objetivos de política represiva, el legislador puede añadir ciertas condiciones que deben concurrir para que un hecho pueda castigarse. En el derecho penal las condiciones de punibilidad se han clasificado en dos: (i) excusas absolutorias, usualmente vinculadas a situaciones subjetivas (como es el caso del hurto entre cónyuges); y (ii) condiciones objetivas de punibilidad que afectan la relevancia de la afectación al interés jurídico protegido (el hurto de un bien cuyo valor no sobrepasa la remuneración mínima vital). Es un enfoque que puede aportar al fundamento de la normativa vigente, aunque lamentablemente ya se hayan calificado como eximentes y atenuantes de responsabilidad.

sujetas a control a lo dispuesto por la ley (pp. 253-255).

El propio TUO de la LPAG organiza la actividad de fiscalización en función de tres finalidades: (i) asegurar el cumplimiento de las normas u obligaciones, para prevenir incumplimientos, bajo un enfoque de riesgo; (ii) revertir el incumplimiento de las mismas; y (iii) cautelar bienes jurídicos y asegurar derechos de las personas. Como señala Maraví (2020), no es el objetivo de la fiscalización sancionar, sino la adecuación de la actuación de los administrados al ordenamiento jurídico. Se trata de comunicar y advertir antes de sancionar.²

Otro es el escenario con la potestad sancionadora, pues se trata de una atribución que —por naturaleza— no está vinculada a promover el cumplimiento normativo al caso en concreto, sino más bien a disuadir a los particulares a su cumplimiento por medio del uso de medidas sancionadoras. La potestad sancionadora es el último eslabón de estímulos para el cumplimiento normativo, esto es, después de la aprobación de las normas, sensibilización e incluso en el marco de una fiscalización que ofrece oportunidades para reconducir nuestra actuación conforme a derecho.

La tercera crítica es que el carácter subsanable de la conducta se extiende hasta antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador, es decir, aún después de que el órgano fiscalizador e instructor hayan tomado conocimiento de la conducta infractora. Lo más razonable, como en el ámbito tributario, hubiese sido que la oportunidad se restrinja hasta antes de que el incumplimiento sea detectado por el órgano encargado de la fiscalización (y a partir de ello, generarse una gradualidad progresiva, como plantea el Código Tributario).

En cuarto lugar, se dice que el objetivo de la subsanación voluntaria es promover el cumplimiento de la norma, pues se estaría prefiriendo que el administrado reconduzca su conducta antes de imponerle una sanción después de haberse puesto a derecho. Sobre el particular, debemos señalar que esta visión estaría reduciendo a cero la utilidad social de la sanción (propia de las teorías relativas a la pena desarrolladas en el Derecho Penal), pues se estaría anulando el efecto disuasivo de la sanción, consagrado así por su finalidad preventiva (que en Derecho Penal se denomina "prevención general" y "prevención especial" [Villavicencio, 2017, pp. 24-27] y es de recibo por la jurisprudencia comparada³ y doctrina especializada [García-Gómez, 2007] [Baca,

2 Casación 4165-2017-LIMA publicada el 2 de julio de 2019 en el diario oficial *El Peruano*.

3 La Corte Suprema chilena ha señalado que "() la sanción administrativa tiene principalmente una finalidad preventivo-represora, con ella se persigue el desaliento de futuras conductas ilícitas similares, se busca reprimir

2009]). Es decir, la norma en sí misma no estaría motivando al administrado a actuar conforme a derecho, pues se le permitiría infringirla con la condición de corregir esta actuación antes de que se inicie el procedimiento sancionador.

Una vez cometida la infracción, la finalidad preventivo-disuasiva de la sanción se ha frustrado, pues el sujeto no se motivó por las consecuencias legalmente previstas por el incumplimiento de la norma. En este escenario es que aparece la finalidad represiva, que también es leída como una forma de reforzar el contenido de la prohibición legalmente establecida. Se relativiza el impacto de la norma en la conducta de los sujetos. Lejos de estimular el cumplimiento de la norma, lo que genera son comportamientos oportunistas a fin de aprovechar las ventajas inmediatas de incumplirla (que explicaremos con más detalle).

Finalmente, hemos advertido que no todas las infracciones pueden ser subsanadas —en el sentido de reparar o remediar el incumplimiento del administrado—, lo cual ha sido bien descrito en el sector ambiental (Zúñiga, 2020). Esto se debe a que muchos incumplimientos no pueden ser subsanados por la propia naturaleza de las infracciones, pues en muchos casos estamos frente a infracciones que se consuman en un momento específico (infracciones instantáneas), cuyos efectos suelen ser irreversibles.

Para finalizar este acápite, queremos dejar sentada nuestra posición de promover un cambio del TUO de la LPAG, en el sentido de reconsiderar el supuesto explicado como una situación atenuante, y exigir que cada entidad realice una ponderación de dicha conducta. En caso contrario, se aplicaría una gradualidad supletoria.

2.2. Críticas a la asignación de una gradualidad del 50% de la multa por reconocimiento de responsabilidad

Sobre este supuesto de atenuación debemos señalar que nuestra crítica únicamente se circunscribe a la gradualidad asignada. Morón (2017) señala que la finalidad de este atenuante es evitar el complejo tránsito del procedimiento administrativo sancionador y los costos hora-hombre que conlleva determinar la existencia de la responsabilidad administrativa del presunto infractor que se encuentra presto a admitir su responsabilidad, (pp. 514-518). De hecho, la justificación

la conducta contraria a derecho y restablecer el orden jurídico previamente quebrantado por la acción del transgresor”. Fallo del 15 de septiembre de 2010. Rol 4.922-2010, considerando 6. En el mismo sentido, se pueden ver las sentencias de 29 de octubre de 2010, causa Rol 9.0782009, considerando 9 y, de la misma fecha, la causa Rol 2.090-2010, considerando 9.

propuesta es válida siempre que el reconocimiento de responsabilidad suponga el ahorro de costos para la administración; sin embargo, no parece adecuado asignarle el 50% como reducción de la sanción pecuniaria, pues generaría el mismo efecto que en el caso de la subsanación voluntaria. Nos explicamos a continuación.

La reducción del 50% de la multa es la oportunidad perfecta para vaciar de contenido el régimen jurídico aplicable al administrado, pues en muchos casos resultaría más beneficioso cometer la infracción antes que actuar conforme a derecho. Imaginemos que abrir un local comercial sin licencia supone una infracción equivalente a 10 y las ganancias diarias ascienden a 50. Con este mecanismo, se soportaría una sanción de 5 si se reconoce la responsabilidad.

Por otro lado, la norma no establece hasta qué fase del procedimiento sancionador el administrado puede acogerse a la causa de atenuación,⁴ por lo cual debe realizarse una interpretación finalística de la norma. Recuérdese que el objetivo era evitar los altos costos en la tramitación de los procedimientos sancionadores. En ese orden de ideas, sería un despropósito brindar esa oportunidad hasta antes de la notificación de la resolución final de primera instancia. En ese sentido, para evitar los costos del procedimiento, lo que correspondía era otorgar un plazo perentorio después de notificado el inicio del procedimiento sancionador (en principio, no debería exceder de diez días hábiles) (Cano, 2016). Otorgar un plazo mayor o dilatar este plazo sería promover conductas oportunistas que buscarían maximizar el beneficio ilícito que vienen obteniendo.

En esa misma línea, atenuar la responsabilidad considerando únicamente los costos que evitaría la administración por la tramitación del procedimiento sancionador es un criterio que solo sería aplicable a regímenes donde las multas no son muy altas (infracciones de tránsito, tributarias en algunos casos) (Buades, 2019; Cano, 2016). Así pues, en sectores donde las multas son importantes y los sujetos infractores gozan de un patrimonio considerable, siempre resultaría óptimo continuar con el procedimiento e imponer una sanción y, por ende, pierde peso el argumento de atenuar responsabilidad para evitar los costes de tramitación.

4 Para cubrir este vacío, una entidad pública como el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) ha establecido escalas para la aplicación del reconocimiento en su Resolución de Consejo Directivo 17-2017: 50% de reducción si se presenta desde el inicio hasta los descargos y 30% de reducción si se presentan los descargos hasta la resolución final.

2.3. Consecuencia común del reconocimiento de ambos supuestos: comportamientos oportunistas

En este caso, el comportamiento oportunista está asociado a una característica o supuesto no observado por el legislador al momento de reconocer alguno de los dos supuestos (subsanción voluntaria y reconocimiento de comisión de infracción), que (incluso) puede ser considerado como “no querido”, pues faculta al administrado a incumplir la norma y ponderar los beneficios que generaría utilizando la eximente o atenuante de responsabilidad. En ambos casos la finalidad preventivo-disuasiva de la sanción se frustra, pues se reduce el estímulo a actuar conforme a derecho en tanto se valida la conducta al momento de premiar de esa forma el arrepentimiento.

Los particulares somos conscientes de que estas prerrogativas ingresan a nuestro elenco de herramientas procedimentales que pueden ser alegadas en el marco de cualquier procedimiento administrativo sancionador. En este escenario, estamos facultados a realizar una especie de arbitraje regulatorio en tanto podemos optar por: (i) cumplir la norma, (ii) incumplirla, pero subsanarla antes de que se inicie el procedimiento sancionador, o (iii) incumplirla y reconocer la responsabilidad en el momento que más le convenga. Todos estos comportamientos permitidos por el ordenamiento jurídico vigente generan actuaciones oportunistas no deseadas por el sistema jurídico.

Bajo un análisis económico simplificado, cada empresa o persona natural estaría en la condición de determinar los beneficios ilícitos en cada oportunidad:

1. En el primer escenario puede ser detectado, pero subsana su actuación antes de que se inicie el procedimiento administrativo sancionador, acogiéndose así a una causa eximente de responsabilidad.⁵
2. En el segundo escenario, es detectado y, como consecuencia de ello, se le inicia el procedimiento administrativo sancionador, pero se acoge al atenuante de responsabilidad y obtiene la reducción del 50% de la sanción pecuniaria, lo que debe restar del beneficio ilícito obtenido hasta ese momento.

En este punto podemos adelantar que esta actuación contravendría directamente la *ratio legis* de los principios que regulan la actuación administrativa, pues se estaría permitiendo que la

⁵ Una variable que afecta este supuesto es si la infracción cometida es subsanable o no. Como mencionamos en el presente artículo, existen infracciones que por su propia naturaleza no pueden ser subsanables como aquellas que agotan sus efectos en un determinado momento.

comisión de la infracción sea más ventajosa para el infractor que cumplir el marco jurídico. Nos referimos al principio de razonabilidad del Título Preliminar del TUO de la LPAG, al principio de razonabilidad en materia sancionadora⁶ y, en términos generales, al principio de proporcionalidad.⁷ En ese sentido, podemos adelantar una potencial colisión en la aplicación del artículo 257, en los extremos comentados, y los principios enumerados, que más adelante abordaremos.

3. Regulación sectorial donde la aplicación del artículo 257 obstruye el cumplimiento de su finalidad: régimen legal del encaje

Los requerimientos de encaje se definen como las reservas de activos líquidos que los intermediarios financieros están obligados a mantener bajo la forma de efectivo en sus bóvedas o como depósitos en el Banco Central. Dichos fondos no pueden ser utilizados por los agentes financieros en el giro de préstamos o en algún tipo de inversión que genere rentabilidad. El encaje es aplicado principalmente a las entidades financieras y se calcula como un porcentaje de sus obligaciones (depósitos o pasivos) (Carrera y Córdor, 2011). Es preciso indicar que los fondos “encajados” son debidamente remunerados por el Banco Central.

El rol del encaje ha cambiado sustancialmente a lo largo del tiempo y su aplicación varía entre países. Inicialmente, dicho requerimiento asumía un papel prudencial o de seguro, aunque esta posición ha sido largamente superada (León y Quispe, 2010). Actualmente, el encaje es utilizado como una herramienta complementaria para la implementación de la política monetaria, incluso bajo un enfoque macroprudencial, a fin de controlar altos in-flujos de capitales (León y Quispe, 2010).

El régimen jurídico del encaje se sustenta en una habilitación de la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú⁸ y la Ley de Bancos,⁹ y se desarrolla a través de circulares emitidas por el propio Banco Central. Actualmente se encuentra vigente la Circular 010-2020-BCRP del 30 de marzo de 2020. La norma establece la composición de los fondos de encaje, el periodo, el encaje mínimo legal y encaje adicional, las obligaciones sujetas a encaje. Asimismo, se establece

6 Numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG.

7 Extensamente trabajado por la jurisprudencia constitucional, cuyo fundamento legal expreso es el último párrafo del artículo 200 de la Constitución Política del Perú.

8 Artículos 53 al 57 del Decreto Ley 26123, Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú.

9 Artículos 161 a 166 de la Ley Nº 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.

un régimen especial para situaciones particulares, y se aclaran las obligaciones no sujetas a encaje. Las principales obligaciones que establece este régimen son (i) mantener los requerimientos de encaje exigidos y (ii) la entrega de información.

El tema que nos interesa comentar en el presente artículo son las infracciones y sanciones, cuya aplicación (en algunos casos) no es consistente con la aplicación de la subsanación voluntaria (como causa eximente de responsabilidad) ni con el reconocimiento de responsabilidad (como causa de atenuación de responsabilidad y reducción del 50% de la multa). Nos explicamos a continuación.

Como podrá advertir el lector, las sanciones por déficit de encaje se calculan precisamente por el monto dejado de encajar, es decir, el faltante del monto mínimo que debió encontrarse inmovilizado en la caja de la entidad financiera o depositado en una cuenta en el Banco Central, pero que fue destinado a otros usos. Como puede suponerse, este dinero no puede ser colocado o destinado a actividades de intermediación financiera. Específicamente el artículo 17 establece:

Artículo 17. Sanciones por déficit de encaje

Sobre el monto del déficit que se registre se aplicará una tasa básica de multa equivalente a 1.5 veces la tasa de interés activa de mercado en moneda nacional- (TAMN) promedio del período de encaje.

La tasa básica de multa será adicionada en un punto porcentual por cada período de encaje en que persista el déficit.

Para determinar la tasa progresiva acumulada por los déficits en moneda nacional se computará adicionalmente los déficits sucesivos en moneda extranjera.

Superado el déficit de encaje, la tasa que se hubiese acumulado en virtud de lo señalado en los dos párrafos anteriores se utilizará para penar el siguiente déficit en el que se incurra, a menos que hubieran transcurrido tres períodos sucesivos no deficitarios de encaje, caso en el cual registrá nuevamente la tasa básica.

Sin perjuicio de la complejidad que supone para un abogado realizar los cálculos específicos, resulta clave entender la determinación de la sanción prevista en el citado artículo 17 y el beneficio ilícito derivado de incurrir en déficit de encaje. Para ello, se debe considerar el mayor ingreso financiero que puede obtener el infractor respecto del que obtendría si, cumpliendo con las normas, no tuviera déficit de encaje.

A fin de esclarecer la forma en que se calcula el monto de la sanción, relacionada directamente con el beneficio ilícito que se deriva del incumplimiento del encaje, podemos apreciar que el déficit de encaje es uno de los parámetros para el cálculo del beneficio ilícito, pues constituye la suma de dinero no encajada (reservada) o indebidamente utilizada. Por su parte, la tasa del rendimiento alternativo al encaje (el promedio de una colocación en el mercado) está vinculada a una (casi) segura utilización de los fondos en la intermediación financiera, lo que constituye

otro componente principal de la fórmula.

En ese sentido, por ejemplo, en caso de que una entidad bancaria haya incurrido en un déficit de encaje por un millón de soles por el periodo actual (enero 2020¹⁰), lo que correspondería es realizar el siguiente cálculo:

- Déficit de encaje: S/ 1'000,000.00
- TAMN aplicable: 14.30% anual efectivo
- Tasa de interés multa aplicable: 21.45% anual efectivo (factor 31 días 0.16875)
- Multa aplicable: S/ 16,875

El cálculo realizado representa el potencial beneficio ilícito obtenido, que estima un parámetro razonable de ganancia como la TAMN en el encaje de moneda nacional y la TAMEX en caso se trata de encaje en moneda extranjera. En este escenario, tanto la subsanación voluntaria como el reconocimiento de responsabilidad desvirtuarían el régimen sancionador aplicable en materia de encaje, pues eliminarían el impacto que se desea en la conducta de los administrados, es decir, desincentivar este tipo de inconductas a partir de la eliminación de cualquier ventaja (beneficio ilícito) que pueda obtener por ello.

Por otro lado, si bien la entidad bancaria puede ponerse a derecho en el siguiente período de encaje, la infracción ya se habría consumado y causado los efectos que se pretenden evitar en la política monetaria. Es decir, no cabría la subsanación pues los efectos de la conducta se agotaron en el periodo de encaje en que se imputa el incumplimiento, en tanto ya se habría beneficiado de su actuación (por ejemplo, colocando esos fondos en inversiones mucho más rentables) y —sobre todo— frustrando los objetivos de política monetaria del Banco Central.

Como indicamos líneas arriba, con el régimen vigente de eximentes y atenuantes, estaríamos frente a una conducta permitida por el ordenamiento jurídico que generaría un comportamiento no deseado por la regulación sectorial, pues se estaría consintiendo la obtención del beneficio ilícito y obviando el perjuicio a los objetivos que persigue el Banco Central. Esto significa frustrar los objetivos trazados por el instituto emisor mediante el uso del encaje bancario y, por ende, obstruir la implementación de la política monetaria. Imagínese periodos en que se tiene por objetivo incentivar el crédito en moneda nacional y se eleve el encaje bancario para la colocación

10 Se realice la consulta al 31 de enero de 2020 en el portal de la SBS, lo cual consta en el siguiente enlace: <https://www.sbs.gob.pe/app/pp/EstadisticasSAEEPportal/Paginas/TIActivaMercado.aspx?tip=B>

de préstamos hipotecarios en dólares, y esto no sea acatado por las entidades sujetas a encaje.

Claramente, estaríamos frente a una contradicción directa del principio de razonabilidad y proporcionalidad, pues se permitiría que la comisión de la conducta sancionable sea mucho más ventajosa para el infractor que cumplir la regulación vigente, sumada a la frustración de la finalidad perseguida con esa intervención.

4. Análisis de la antinomia detectada y propuesta de solución (interpretación abrogante)

Como indicaba Castán Cobeñas (1946), en su interesante texto sobre la "actividad modificativa o correctora en la interpretación e investigación del derecho", por muy sabias y equitativas que queramos suponer a las leyes, estas adolecen de imperfecciones. El juzgador (o intérprete) tiene la misión y el deber de cerciorarse de la existencia y validez de la norma que ha de ser base de la decisión, así como de su sentido y alcance (mediante la interpretación) y de su aplicabilidad al caso controvertido. No puede desentenderse del examen y crítica de aquellas deficiencias, ni renunciar al ejercicio de una cierta y limitada acción correctora y perfeccionadora de la ley.

El autor explica que existen casos en que una norma entra en contradicción con otra de vigencia simultánea (antinomia), y es cuando la función correctora del derecho debe encenderse para establecer un sano equilibrio entre dos intereses antagónicos: por un lado, la seguridad jurídica y, por otro, la movilidad y adaptabilidad del derecho a las circunstancias de cada momento y cada caso (Castán, 1946).

2.1. Breve referencia sobre el concepto de antinomias

De acuerdo a Bobbio (1989, p. 189) una antinomia jurídica puede ser definida como una "situación en que dos normas incompatibles entre sí, que pertenecen a un mismo ordenamiento, tienen un mismo ámbito de validez". Por su parte, Guastini (2014, p. 253) la define como una situación en que dos normas establecen consecuencias jurídicas incompatibles para el mismo supuesto de hecho. En la doctrina nacional, Lara Márquez (2009, pp. 7-9) la define como aquella situación de incompatibilidad por la cual dos normas se excluyen mutuamente, al reclamar cada una en exclusividad para sí el ámbito objeto de regulación de manera tal que la aplicación de una de las normas conflictivas niega la aplicación de la otra y viceversa, no pudiendo aplicarse simultáneamente.

El Tribunal Constitucional peruano, en la sentencia recaída en el expediente 047-2004-AI/TC, mantiene la definición propuesta por Lara Márquez, denominándola "síndrome de incompatibilidad". El último intérprete de la Constitución establece tres supuestos de antinomia:

1. Que las normas afectadas por el síndrome de incompatibilidad pertenezcan a un mismo ordenamiento o que se encuentren adscritas a órdenes distintos, pero sujetas a relaciones de coordinación o subordinación (como el caso de una norma nacional y un precepto emanado del derecho internacional público).
2. Que las normas afectadas por el síndrome de incompatibilidad tengan el mismo ámbito de validez (temporal,¹¹ espacial,¹² personal¹³ o material¹⁴).
3. Que las normas afectadas por el síndrome de incompatibilidad pertenezcan, en principio, a la misma categoría normativa, es decir, tengan homóloga equivalencia jerárquica.

Los problemas de incompatibilidad o descoordinación normativa se pueden dar en tres grados:

1. Incompatibilidad absoluta (o total-total). Se da cuando ninguna de las dos normas puede ser aplicada a ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con la otra.
2. Incompatibilidad unilateral (o total-parcial). Se da cuando una de las dos normas no puede ser aplicada a ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con la otra, mientras que la norma restante puede, en alguna circunstancia, ser aplicada sin entrar en conflicto con la primera.
3. Incompatibilidad eventual (o parcial-parcial). Se da cuando cada una de las dos normas está en conflicto con la otra en algún caso de aplicación y no lo está en algún otro; se da, por tanto, en este caso, superposición solo parcial del campo de aplicación de las dos normas. (Tarello, 2013, pp. 146-153)

El Tribunal Constitucional peruano ha incorporado una clasificación similar a través de tres categorías de conflictos: (i) bilaterales-unilaterales, (ii) totales-parciales y (iii) necesarios y posibles, lo cual genera una serie de combinaciones y exclusiones que no son objeto del presente trabajo.¹⁵

11 El ámbito temporal se refiere al lapso dentro del cual se encuentran vigentes las normas.

12 El ámbito espacial se refiere al territorio dentro del cual rigen las normas (local, regional, nacional o supranacional).

13 El ámbito personal se refiere a los estatus, roles y situaciones jurídicas que las normas asignan a los individuos. Tales los casos de nacionales o extranjeros, ciudadanos y pobladores del Estado, civiles y militares, funcionarios, servidores, usuarios, consumidores, vecinos, etc.

14 El ámbito material se refiere a la conducta descrita como exigible al destinatario de la norma.

15 De acuerdo a la clasificación planteada por el Tribunal Constitucional, se pueden plantear las siguientes combinaciones: (i) conflictos bilaterales, necesarios y totales; (ii) conflictos bilaterales, necesarios y parciales;

3.1. Criterios para superar las antinomias

Dada la tendencia de todo ordenamiento jurídico a constituirse en sistema, la presencia de antinomias es un defecto que el intérprete debe corregir, para lo cual se deberá inaplicar una de las dos normas. Para este fin, la doctrina y la jurisprudencia han elaborado criterios para superar estas situaciones, que son principalmente aplicable a las de tipo soluble (también denominadas "aparentes"), dejando un criterio más discrecional para las de tipo insolubles (denominadas "reales") (Lara, 2009). Tres son las reglas básicas:

1. Criterio cronológico: no requiere mayor precisión, pues constituye un presupuesto básico de nuestro ordenamiento que la ley posterior deroga la ley anterior.
2. Criterio jerárquico: por este criterio prevalece la norma jerárquicamente superior, lo cual está vinculado a la fuerza de ley activa y pasiva que cada norma ostenta de acuerdo a su naturaleza.
3. Criterio de la especialidad: en caso se trate de un conflicto entre una norma general y una especial, debe preferirse esta última. Se ha dicho que el paso de la regla general a la especial corresponde a un proceso natural de diferenciación de las categorías; que la ley especial debe prevalecer porque aquella representa un momento que no se puede eliminar en el desarrollo de un ordenamiento. Bloquear la ley especial ante la ley general sería detener este desarrollo (Bobbio, 1999, pp. 195-196).

Por su parte, Castán Cobeñas (1946, pp. 693-694) plantea otros criterios, como el principio de conciliación histórica y el de interpretación abrogante. Con el primero se trata de privilegiar aquella que tenga el mayor grado de evolución jurídica, tomando en cuenta que no es de suponer que el legislador se proponga un retroceso. El segundo criterio plantea que cuando una contradicción es irreductible, por ser principales y de igual importancia las disposiciones antagónicas, el intérprete ha de tener por no escrita aquella que representa una desviación de los principios generales.

Puede darse el caso, advierte Bobbio (1999, pp. 196-201), de una antinomia entre dos normas contemporáneas del mismo nivel, ambas generales. Se comprende que en este caso los criterios principales no podrían ayudar, pues se estaría frente a una antinomia del tipo irresoluble (como

(iii) conflictos bilaterales, parciales y necesarios respecto a una de las normas en conflicto y posibles respecto a la otra; (iv) conflictos bilaterales, parciales y solo posibles respecto a las dos normas en conflicto; (v) conflictos unilaterales, parciales y posibles. Se indica que expresamente en la sentencia que no caben los conflictos bilaterales, totales y posibles, ni tampoco los conflictos unilaterales, parciales y necesarios.

ocurre en el caso que planteamos en el presente artículo). Estaríamos frente a las denominadas antinomias reales, cuya solución no tiene criterios exactamente definidos por la doctrina o jurisprudencia, lo que merecerá un desarrollo en el siguiente acápite.

Es importante concluir esta parte indicando que el problema derivado de las antinomias se produce en el ámbito de la aplicación de las normas, eligiendo una e inaplicando la otra. Por lo tanto, su solución estará a cargo del operador jurídico, es decir, una persona que carece de facultades legislativas, por lo que no se puede hablar propiamente de derogación de la norma antinómica. Este ejercicio no supone la derogación de la norma derrotada, al punto que otro organismo o entidad resolutoria, en otro caso, puede elegir la norma antes derrotada y posponer o inaplicar la que inicialmente fuera vencedora. Por lo tanto, cada solución en una antinomia vale solo para una controversia particular, de modo que nadie puede prever la solución del mismo conflicto en otra controversia futura (Lara, 2009, pp. 14-18).

3.1. Las antinomias reales o irresolubles y la interpretación abrogante

Enneccerus (1946, pp. 228-229) advierte que ha de permitirse la limitación de la ley (restricción) cuando esta quiere abarcar y abarca un círculo total de casos, pero surge uno que, si bien cae dentro de la regla, tiene características tales que hacen que esta resulte completamente inadecuada y acaso hasta irrazonable para el caso. De este modo, si el legislador hubiera conocido este caso y pensado en las consecuencias, seguramente no lo habría incluido en el ámbito de la regla.

En el caso de concurrencia de normas, la operación correctora es denominada "interpretación abrogante", y tiene por objeto conciliar fuentes legales (igualmente legítimas), aunque contradictorias. Para ello, se plantean formas de conciliación como la sistemática o histórica. Si la antinomia fuera del todo irresoluble, lo que corresponde es adoptar el texto que más armonía tenga con los principios generales de la legislación (Guastini, 1999, p. 170).

Para Bobbio (1999, pp. 196-201) no existe un criterio válido para resolver este tipo de antinomias, por lo cual en caso de un conflicto en que no se pueda aplicar ninguno de los tres criterios clásicos, su solución debe confiarse a la libertad del intérprete. En este punto se puede decir que estamos frente a un verdadero y propio poder discrecional del intérprete. En este escenario, el operador jurídico tiene tres posibilidades: inaplicar una de las normas, inaplicar las dos o conservar las dos.

La doctrina mayoritaria opta por la primera alternativa, en virtud de la cual la operación que

cumple el juez o el jurista es la interpretación abrogante (Lara, 2009, pp. 23-31). Como indicamos, estamos frente a una abrogación en sentido impropio, porque si quien interpreta es el jurista, este no tiene poder normativo y, por consiguiente, no tiene ningún poder abrogativo (el jurista sugiere soluciones a los jueces y eventualmente también al legislador). Diferente es el caso del juez, quien tiene el poder de no aplicar la norma que considera incompatible en el caso concreto.

En este caso, al no ser aplicables los tres criterios básicos de la solución de antinomias, Lara Márquez (2009, pp. 23-31) recoge tres propuestas, que transcribimos a continuación:

1. Haciendo prevalecer la norma favorable antes que la odiosa. Este criterio fue recogido por el Tribunal Constitucional para el ámbito sancionador.
2. Haciendo prevalecer la norma imperativa antes que la permisiva.
3. Librando la elección a la discrecionalidad del juzgador. No se trata de elegir la norma de forma arbitraria, sino por medio de una motivación adecuada, sobre la base de una valoración comparativa a la luz de los principios generales del ordenamiento y de los intereses, que tutelan las normas en conflicto, lo que incluso puede importar una conciliación a través de una modificación parcial.

Guastini (2014, pp. 208-209) desarrolla un criterio de mucha utilidad: la creación de jerarquías axiológicas, vinculadas a un orden en función de la relevancia de los valores en cada ordenamiento. A partir de este criterio, el intérprete atribuye a una de ellas un valor superior al valor de otra. Se trata de realizar un juicio de valor comparativo entre las normas en conflicto. Tal juicio de valor puede ser tácito o expreso; un modo típico de instaurar una jerarquía axiológica entre dos normas es atribuir a una de ellas el valor de principio. En ese sentido, los principios fundamentales de una determinada materia están axiológicamente supraordenados a las relativas normas de detalle.

A nuestro criterio, se trata de analizar la situación en concreto antes de elegir una regla o método determinado; por ende, no es recomendable preferir (de plano) un criterio como el de la norma más favorable o la norma imperativa antes que la permisiva. En ese orden de ideas, concordamos con Bobbio (1999) en el sentido de que una antinomia irresoluble debe ser gestionada por medio de la elección de forma discrecional de una de las normas, a partir de fundamentos que tomen en consideración las circunstancias en concreto y giren en torno de principios generales del derecho, luego de una ponderación de los mismos. Esto es, debe establecer una jerarquía axiológica o prelación valorativa entre los principios involucrados para de esa forma elegir uno de ellos.

3.1. Aplicación al caso en concreto

La antinomia detectada en el presente caso se refiere a dos disposiciones del TUO de la LPAG: de un lado, el numeral 1.3 del artículo IV del Título Preliminar (principio de razonabilidad) y el artículo 248.3 (principio de razonabilidad en materia sancionadora); y, por otro, los artículos 257.1.f y 257.2.a, ya analizados. De acuerdo a los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional, la antinomia analizada sería del tipo conflicto bilateral- posible, pues el cumplimiento de cualquiera de la norma puede implicar irreversiblemente la violación de la otra.

Antes de abordar la solución de la antinomia, es preciso hacer una referencia al contenido de los principios antes indicados. En términos generales, los principios del TUO de la LPAG deben ser leídos como pilares y rectores para la creación e interpretación de las normas. Respecto del principio de razonabilidad recogido en el título preliminar se ha dicho que se trata de una pauta fundamental para producir actos de gravamen contra los administrados de manera justa y proporcional para el cumplimiento de una finalidad pública (Morón, 2017, pp. 87-88), lo que incluye la producción normativa de la administración pública. Por su parte, el principio de razonabilidad en materia sancionadora se ha leído como una directriz para el ejercicio de la potestad sancionadora que busca evitar los dos extremos agraviantes: infrapunición y exceso de punición. Respecto de la infrapunición, Morón (2017) ha indicado que se trata de una punición diminuta que implica afectar de manera ridícula al infractor, de modo que la sanción no llegue a ser disuasiva, sino más bien un costo que se pueda asumir en aras de obtener el beneficio ilegítimo que la conducta ilegal le pueda reparar. Los principios antes descritos no son otra cosa que la plasmación del principio de proporcionalidad¹⁶ en el ámbito del derecho administrativo sancionador, el cual opera claramente en dos planos diferenciados: normativo y aplicativo (Nieto, 2005, p. 351).

Como advertirá el lector, al caso en concreto no son aplicables los criterios básicos para la solución de antinomias, pues estamos frente al clásico caso donde la interpretación de dos disposiciones de un mismo cuerpo legal puede llegar a conclusiones contradictorias. Ambas disposiciones fueron incorporadas o reformuladas a partir del Decreto Legislativo 1272 (misma cronología), forman parte del régimen común del procedimiento administrativo (misma jerarquía) y ambas son consideradas especiales por la naturaleza rectora del TUO de la LPAG (misma especialidad).

16 Tribunal Constitucional, sentencia recaída en el expediente 2192-2004-AA/TC.

Para optar por una solución debe analizarse las particularidades del caso en concreto, y conocer si la *ratio legis* de las normas en conflicto permitirían una interpretación tal que el criterio de la norma más favorable para el administrado sea preferida (obviando las consecuencias), o más bien una interpretación que corrija la distorsión generada (beneficio ilícito) y aplique el principio de razonabilidad. A nuestro juicio, la interpretación conjunta de ambas normas debe llevarnos a la aplicación del principio de razonabilidad (o proporcionalidad a nivel constitucional), pues de lo contrario se contravendrían principios básicos y estructurales del ejercicio de la potestad sancionadora de la administración pública.

Nuestra propuesta al caso en concreto es solucionar la antinomia sin aplicar el artículo 257 del TUO de la LPAG (tanto para el caso de la subsanación voluntaria como para el reconocimiento de responsabilidad). Algunas de las razones que soportan esta decisión fueron adelantadas en las críticas al régimen de subsanación voluntaria y reconocimiento de responsabilidad, sin perjuicio de lo cual a continuación realizaremos un análisis más detallado de cada uno de los argumentos que soportarían esta interpretación:

1. En el caso bajo análisis, preferir la aplicación de la subsanación voluntaria o el reconocimiento de responsabilidad implica vaciar de contenido la finalidad preventivo-disuasoria de las sanciones, pues lo que se genera es un incentivo perverso a incumplir la norma por los beneficios ilícitos que se podrían generar a partir de un comportamiento oportunista. Como se ha indicado, desde el momento en que se permite infringir la norma, se frustra la finalidad preventivo-disuasoria de la sanción. Aunque hoy en día existen posiciones que cuestionan la legitimidad de esta finalidad, nadie puede discutir que la norma en sí misma, en el ámbito administrativo sancionador, constituye una motivación para actuar conforme a derecho,¹⁷ y cuando es aplicada constituye una motivación aún más consistente pues se conoce las consecuencias reales de una actuación ilegal, máxime en escenarios donde las multas son realmente importantes y los particulares presentan una madurez en términos de respeto a la ley.
2. El principio de razonabilidad y proporcionalidad en materia sancionadora establece como idea central generar un reproche proporcional a la infracción generada, es decir, exhorta a la administración pública a establecer la gravedad del desvalor, a fin de que la consecuencia sea equivalente. Atendiendo a ello, se establece una regla básica que consiste en que la

17 Es importante considerar que la finalidad preventivo-disuasoria de la sanción en un escenario como el de la regulación de encaje es totalmente pertinente, pues estamos frente a particulares que incluyen dentro de sus objetivos el cumplimiento normativo. En ese escenario, la norma en sí misma marca un estímulo.

comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción y de esa forma mantener la debida proporción entre los medios a emplear los fines públicos que debe tutelar. Para cumplir esta directriz, la propia norma establece como uno de los criterios para la graduación de la sanción que se considere el beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción, lo cual se puede determinar incluso al momento en que el administrado pretenda acogerse a los supuestos analizados del artículo 257.

3. Es claro que el principio de razonabilidad y proporcionalidad son directrices estructurales del procedimiento administrativo sancionador, así como una regla específica para la graduación de la sanción. En este contexto, las reglas sobre eximentes y atenuantes de responsabilidad analizadas, si bien es cierto son incorporadas sobre la base de justificaciones legítimas (impulsar el cumplimiento normativo y ahorrar costos a la administración), no constituyen pilares básicos en el ejercicio de la potestad punitiva de la administración pública. En ese orden de ideas, establecemos en el presente caso una jerarquía axiológica (Guastini, 2014, pp. 211-212), atribuyéndole al principio de razonabilidad y proporcionalidad un valor superior a los beneficios establecidos en el artículo 257 del TUO de la LPAG, en tanto principio fundamental en el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración pública.
4. En este contexto no puede afirmarse que el carácter común o rector del TUO de la LPAG queda sin contenido, pues la propuesta no consiste en no aplicar esta norma, sino más bien preferir la aplicación de principios estructurales, expresamente previstos en la norma, que entran en colisión con beneficios (eximente y atenuante) que no se encuentran en el mismo nivel valorativo.
5. La regulación de encaje tiene como objetivo la efectividad de la política monetaria, por ende, el régimen sancionador está pensado en crear los incentivos para su cumplimiento. En este sentido, un régimen que valide el incumplimiento de la regulación (mediante exenciones y atenuaciones de responsabilidad) frustra la eficacia real de las intervenciones del instituto emisor.
6. Si bien es cierto que la interpretación propuesta también vulnera el numeral 247.2 del TUO de la LPAG —pues se estaría aplicando un régimen jurídico menos favorable para el administrado—, consideramos que la justificable uniformidad garantista pretendida por el procedimiento administrativo común debe ceder frente a principios básicos como el de razonabilidad y proporcionalidad al caso en concreto. En esa línea, establecemos una jerarquía axiológica, en la que asignamos al principio de razonabilidad y proporcionalidad

un valor superior respecto de la uniformidad garantista del TUO de la LPAG.

7. El funcionario público que decida realizar una interpretación abrogante, debe tener claro que esta se materializará en el contexto de un procedimiento administrativo sancionador, que (seguramente) estará sujeto a un control mediante un recurso impugnativo o una nulidad de oficio, por ende, lo más importante es motivar la decisión. En esa línea, el artículo 259 de TUO de la LPAG tipifica el conjunto de faltas administrativas en que pueden incurrir los funcionarios públicos en la tramitación de procedimientos administrativos a su cargo. Las más relevantes para el presente trabajo son las siguientes: resolver sin motivación algún asunto sometido a su competencia e incurrir en ilegalidad manifiesta.
8. En este ámbito, el funcionario público no incurrirá en responsabilidad administrativa si realiza una debida motivación de su decisión, esto es, sobre la base de parámetros técnico-jurídicos como es la presencia de una antinomia al caso en concreto (institución desarrollada por el propio Tribunal Constitucional y extensamente por la teoría general del derecho, como hemos explicado), o la asignación de jerarquías axiológicas (una vez determinado que se trata de una antinomia de tipo irresoluble). Lógicamente si la decisión presenta una motivación aparente, inconsistente o defectuosa esta podrá ser revocada¹⁸ o declarada nula por el superior jerárquico, quien deberá determinar la presencia de una natural distinta interpretación del derecho, diferencia de opiniones¹⁹ o una ilegalidad manifiesta que justifique el inicio de un procedimiento administrativo disciplinario.²⁰

18 Tomamos prestado el término del ámbito procesal para hacer referencia a la situación en que el superior jerárquico toma un criterio distinto al órgano de primera instancia y decide modificar el fondo del asunto resuelto. Aunque esto forma parte de otra discusión, por la práctica administrativa y la lógica detrás de la institución procesal, consideramos que no en todos los casos debe proceder la nulidad de la resolución emitida en primera instancia, pues pueden existir casos de diferencia de opiniones o diferencia de interpretaciones que pueden llevar a resultados distintos, lo que no significa, por ejemplo, la existencia de un vicio de motivación.

19 En el ámbito de las auditorías de cumplimiento a cargo de la Contraloría General de la República se ha establecido este criterio al momento de establecer en qué medida las autoridades sujetas a la supervisión de este organismo han observado la normativa aplicable. Específicamente, el Manual de Auditoría de Cumplimiento, aprobado por Resolución de Contraloría 473-2014-CG (23 de octubre de 2014) establece como criterio para determinar la existencia de observaciones la denominada “diferencia de opinión”, que se produce en el ejercicio de una facultad discrecional, y consiste en un desencuentro entre la decisión de la autoridad y el criterio de la comisión auditora. En estos casos, el Manual establece que la comisión no debe cuestionar si tales decisiones fueron tomadas sobre la base de una consideración adecuada de los hechos en el momento oportuno. Asimismo, no debe observar las decisiones tomadas por los funcionarios por el solo hecho de tener una opinión distinta acerca de su naturaleza y circunstancias en que debieron ser adoptadas. Agrega que, al elaborar las desviaciones de cumplimiento, la comisión auditora no debe sustituir el juicio de los funcionarios de la entidad examinada por el suyo.

20 En la elaboración de esta reflexión agradezco el tiempo invertido por mi hermano, Marlon Jiménez, quien supo instruirme desde una perspectiva teórica y práctica sobre los riesgos a los que está sometido un funcionario público en este tipo de situaciones.

5. Conclusiones

Aunque discutibles, la subsanación voluntaria como causa eximente de responsabilidad y la reducción del 50% de la sanción pecuniaria por reconocimiento de responsabilidad forman parte de nuestro ordenamiento administrativo sancionador, y deben ser interpretados no solo como una directriz para la regulación sectorial, sino también como derechos del administrado, pues así lo ordena el régimen común del procedimiento administrativo. En el presente trabajo se han realizado algunas críticas a estos supuestos, principalmente vinculados a que contravendrían la estructura y finalidad de la potestad sancionadora de la administración pública.

Respecto de la subsanación voluntaria, la principal crítica es la generación de comportamientos oportunistas, debido al beneficio ilícito que podría obtenerse a partir de una simple ponderación de las variables. Asimismo, se advierte que en algunos ordenamientos sectoriales el argumento que sostiene su incorporación en el TUO de la LPAG (los costos de tramitación del procedimiento administrativo) no es consistente, pues la gravedad de los incumplimientos y la cuantía de las multas sí justificarían continuar su tramitación.

Por otro lado, se observó que la aplicación de ambos supuestos (en determinados casos) puede generar una flagrante contradicción con principios del TUO de la LPAG (razonabilidad) e incluso principios con rango constitucional (proporcionalidad). Se observó esta descoordinación en la aplicación del régimen sancionador del encaje bancario, precisamente en la infracción por déficit de encaje. En este caso se constató que el régimen de eximentes y atenuantes de responsabilidad estaría permitiendo que el administrado obtenga, total o parcialmente, los beneficios ilícitos producto de no encajar el monto exigido por la normativa vigente.

Ante la antinomia detectada, se realizaron algunas precisiones conceptuales, a fin de determinar con claridad las características del conflicto normativo, y de esa forma elegir el método interpretativo más adecuado para el caso en concreto. En este desarrollo, se ha podido advertir que se trata de un caso difícil²¹, pues estamos frente a una antinomia del tipo irresoluble, en tanto los métodos clásicos de solución de antinomias no son aplicables. (Dworkin, 1989, pp. 146 y ss.)

21 Desde una óptica positivista, un caso es difícil si existe incerteza, sea porque existen varias normas que determinan sentencias distintas (porque las normas son contradictorias) o porque no existe norma exactamente aplicable. En este tipo de casos se apela a la "discreción" para decidir el caso en uno u otro sentido. Para ver más recomendamos revisar (Dworkin, 1989, pp. 146 y ss.) y (Atienza, 2005, pp. 112-116). Los derechos en serio. Barcelona: Editorial Ariel, 1989, pp. 146 y ss; Atienza, Manuel. Las razones del derecho: Teorías de la argumentación jurídica. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 112-116.

y (Atienza, 2005, pp. 112-116)

Por este motivo, se deben ponderar todas las circunstancias del caso en concreto y aplicar los principios generales del derecho, a fin de brindar una solución que aporte a la coherente del ordenamiento jurídico.

En este escenario se opta por una interpretación abrogante, en el sentido de inaplicar el artículo 257 del TUO de la LPAG, y aplicar los principios de razonabilidad y proporcionalidad, a partir de los siguientes fundamentos:

1. La subsanación voluntaria y el reconocimiento de responsabilidad favorecen conductas oportunistas, pues permiten al administrado el quiebre de la norma y la obtención de beneficios ilícitos que la norma sectorial no consiente.
2. Se frustra la finalidad preventivo-disuasoria de la sanción, pues se faculta la contravención de la normativa, y se matizan las consecuencias del incumplimiento.
3. Se asigna una categoría axiológica superior a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, respecto de los artículos 257 y 247 del TUO de la LPAG.
4. Se compromete la efectividad de la regulación en materia de política monetaria.
5. La responsabilidad del funcionario público que decida realizar una interpretación abrogante dependerá del nivel de motivación. El régimen disciplinario del TUO de la LPAG no tipifica la interpretación abrogante como una inconducta, sino más bien situaciones vinculadas a la falta de motivación, lo que debe ser diferenciado de la diferencia de criterios, interpretación u opiniones dentro de la entidad.

Consideramos que los argumentos expuestos merecen ser meritados por los operadores jurídicos, más aún cuando la interpretación se trata de desentrañar el sentido de las normas a cada caso en concreto.

6. Bibliografía

- Atienza, M. (2005). *Las razones del derecho: Teorías de la argumentación jurídica*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Baca, V. (2009). El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, con especial mirada al caso peruano. *Revista Digital de Derecho Administrativo*. DOI 10.18601/21452946.n21.13

- Buades, J. (2019). Acerca del régimen de los supuestos beneficios por reconocimiento de responsabilidad y por pago anticipado voluntario de multas pecuniarias en la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común. *Diario La Ley*, N° 9509, Sección Tribuna.
- Bobbio, N. (1999). *Teoría General del Derecho*. Temis.
- Cano, T. (2016). El autismo del legislador: la nueva regulación de la potestad sancionadora de la administración. *Revista de Administración Pública*, 201, 25-68. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.201.02>
- Carrera, C. y Córdor, R. (2011). Los encajes bancarios: reseña internacional. *Revista de la Moneda* N° 148-7.
- Castán, J. (1946). La actividad modificativa o correctora en la interpretación e investigación del derecho. En: los "Anales de la Universidad de Murcia", edición separada. Publicaciones del Seminario de Derecho Privado.
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Ariel.
- Enneccerus, L. (1943). *Tratado de Derecho Civil*. Bosch.
- García-Gómez de Mercado, F. (2007). Sanciones administrativas. Garantías, derechos y recursos del presunto responsable. Comares.
- Guastini, R. (2014). *La sintaxis del Derecho*. Marcial Pons.
- Guastini, R. (1999). *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Gedisa.
- Huapaya, R.; Shimabukuro, N; Alejos, O. (2019). "Cinco afrentas al régimen sancionador común de la Ley del Procedimiento Administrativo General". *Actualidad Jurídica* N° 311.
- Lara Márquez, J. (2009). Las antinomias en el derecho: el caso de las leyes 29214 y 29215. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario* N° 48.
- León, D. y Quispe, Z. (2010). El encaje como instrumento no convencional de política monetaria. En *Revista de la Moneda* N° 143.
- Lumia, G. (1982). *Principios de teoría e ideología del derecho*. Debate.
- Maraví, M. (2020). La actividad de fiscalización en el TUO de la LPAG: revisión del marco legal de OSITRAN. *Forseti Revista de Derecho*. Año 8, número 11.
- Morón, J.C. (2017). Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444. *Gaceta Jurídica*.
- Nieto, A. (2005). *Derecho administrativo sancionador*. Tecnos.

- Ochoa, C. (2011). La aplicación de la Ley de Procedimiento administrativo: rectoría y supletoriedad. En D. Zegarra Valdivia y V. Baca (Coord.). *La Ley de Procedimiento Administrativo General. Diez años después*. Palestra editores.
- Tarello, G. (2013). *La interpretación de la Ley*. Palestra editores.
- Tirado, J.A. (2011). Reflexiones en torno a la potestad de inspección o fiscalización de la administración pública. En *Revista Derecho & Sociedad N° 37*, Lima.
- Villavicencio, F. (2017). *Derecho Penal Básico*. Fondo Editorial PUCP.
- Zúñiga, N. (2019). *No basta con pedir perdón: la interpretación de OEFA respecto a la causal de eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria*. Agnitio. <http://agnitio.pe/articulo/la-interpretacion-de-oefa-respecto-a-la-causal-de-eximente-de-responsabilidad-por-subsanacion-voluntaria/>