

La Terminación Convencional del Procedimiento Sancionador: la Administración concertada en materia sancionadora

Juan Carlos Moron Urbina¹

SUMARIO

1. Presentación del tema.- 2.- La Terminación convencional de los procedimientos administrativos como expresión de una administración concertada en reemplazo de la administración autoritaria.- 3. Los compromisos de cese como expresión de administración concertada de la potestad sancionadora.- 3.1. Concepto.- 3.2. Las características jurídicas de los compromisos de cese.- 4.- Las Principales expresiones de la regulación de los compromisos de cese en el derecho administrativo sancionador peruano.- 5.- El desuso de los compromisos de cese en los procedimientos sancionadores que lo regulan. La neofobia administrativa y otras sin razones.- 6.- Conclusiones.

PALABRAS CLAVE

Sanción Administrativa – Procedimiento administrativo sancionador – Compromiso de Cese – Terminación Convencional de Procedimiento Administrativo – Administración Concertada –

KEYWORDS

Administrative Penalty - administrative procedure - Commitment Termination - Termination of Administrative Procedure - Concerted Management -

RESUMEN

Una de las transformaciones más importantes del derecho administrativo contemporáneo es la apertura a la concertación con los agentes privados y no solo manifestarse de manera autoritaria y unilateral. Ello conlleva al desarrollo de los conciertos administrativos que aparecen en diversas materias y también en el ejercicio de la potestad sancionadora. Una de sus expresiones es el compromiso de cese por el cual un procedimiento administrativo sancionador puede concluir por medio del acuerdo entre el presunto infractor y la administración por el que se permite alcanzar los mismos fines pretendidos por la sanción administrativa pero de manera más eficiente y consistente en el tiempo, ahorrando recursos y abreviando plazos.

¹ Abogado por la Universidad San Martín de Porres. Maestría en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Directivo de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo y miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Catedrático en diversos cursos de derecho administrativo a nivel de pregrado y postgrado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad ESAN y Universidad de Piura. Es Socio del Estudio Ehecopar. JuanCarlos.moron@ehecopar.com.pe

ABSTRACT

One of the most important transformations of contemporary Administrative Law is open to cooperation with private actors and not just manifest authoritarian and unilaterally. This involves the development of administrative concerts that appear in various areas and in the exercise of sanctioning powers. One of its expressions is the commitment to cease by which an administrative penalty procedure could be concluded by the agreement between the alleged offender and administration which it obtain the same purpose intended by the administrative penalty but more efficiently and consistently in time, saving resources and shortening deadlines.

1. Presentación del tema

En nuestros países, con frecuencia oímos reclamos sobre la ineficacia de las sanciones administrativas. Se dice que las sanciones económicas no son recaudadas prontamente por no ser exigibles o porque los administrados no las dejan consentir. Que las sanciones impuestas son impugnadas ante el Poder Judicial ejerciendo un “inconveniente” derecho a la tutela judicial efectiva y luego anuladas por los jueces por “meros” defectos relativos al debido proceso. Se dice también que los jueces dictan medidas cautelares que suspenden sanciones administrativas porque no comprenden el “sacrosanto” interés público que la administración defiende o lo “trabajoso que es organizar conforme a ley un expediente sancionador”. Algunos –renunciando a su rol de abogados- sugieren modificar el régimen legal para prohibir las impugnaciones, para incrementar desproporcionadamente el quantum de las multas, para hacer ejecutiva la decisión administrativa sin importar lo que digan los jueces, para prohibir los procesos constitucionales o hacerlos de competencia de la Corte Suprema o Superior con el no disimulado propósito de dificultar su resolución pronta. Otros, exigen poner trabas para el acceso a la justicia de los sancionados (las muy ingeniosas garantías económicas, pagos previos, etc.). Por allá, los menos, pero más atrevidos plantean el carácter irrevisable de las decisiones administrativas, afirmando lo “técnico de su contenido”, la “impericia de los jueces para saber temas tan especializados” o aduciendo no comprender o desconocer –eso que los jueces consideran esencial- y que denominan proporcionalidad y razonabilidad para la determinación del quantum sancionador.

Estas ideas parten de una idea equivocada de la sanción administrativa, considerándola como una finalidad en sí misma, asumiendo que mientras más pronto se le aplique, mediando su imposición autoritaria el administrado enderezará su conducta manteniéndola dentro del ordenamiento. Pero eso no es así, porque desconoce que hay otras perspectivas que permiten alcanzar ese objetivo de manera más pronta y generar adhesiones en los administrados antes que resistencias y confrontación, con mayores ventajas. El presente ensayo pretende explorar una alternativa –no necesariamente nueva- pero si más eficiente para este problema. La administración concertada de las sanciones administrativas que de paso ponga fin a la virtual inflación de potestad sancionadora y de procedimientos sancionadores que sufren las entidades públicas y también los administrados.

2. La Terminación convencional de los procedimientos administrativos como expresión de una administración concertada en reemplazo de la administración autoritaria

Una de las transformaciones hacia fines del siglo pasado fue el establecimiento de nuevas formas de relación entre el Estado y el ciudadano, ya no basándose exclusivamente de la

relación de mando y obediencia o subordinación-sujeción, sino admitiendo el equilibrio de posibilidades mediante la participación, la necesidad de construir ahora esa relación sobre las bases de buena fe y confianza legítima, entendiendo que el interés público no puede estar al margen del interés de los administrados.

En ese contexto es identificable con nitidez la apertura actual a formas de actuación administrativa de naturaleza convencional con los administrados, pero de un modo previsible y controlado.² Es una nueva técnica de administrar: a través de convenios y no de imposiciones. Esta tendencia se sobrepone a la tradicional decisión unilateral adoptada en base a la legislación, de soluciones de conflictos dentro del molde de decisiones unilaterales del acto administrativo, en procedimientos regulados legalmente y dictados bajo cumplimiento cabal de requisitos previstos para ello; en los cuales a modo de compensación, únicamente se consagra en favor del administrado un régimen garantista, constituido por derechos de acción y de controversia, que pueden hacerse valer incluso ante los tribunales.

Precisamente esta línea en la transformación del Estado contemporáneo nos pone en la senda de una posible Administración Pública en la cual parte del ejercicio de su poder público sea concertado, y no exclusivamente unilateral ni expresión de pura autoridad, donde se entienda que no necesariamente la administración es titular de un interés diverso a los intereses de los ciudadanos en particular. Estamos superando el paradigma aquel de que es imposible para la Administración Pública transigir o, conciliar sus intereses, porque se transgrede el interés público que radica en el ejercicio unilateral del poder encomendado.

El profesor DELGADO PIQUERAS califica a esta modificación de la dogmática del derecho administrativo tradicional, como una ganancia doble: para el Estado de Derecho y para la eficacia de la Administración, del siguiente modo:

(...) Es una ganancia para el estado de derecho porque no instaura la autonomía negocial sin que exista previamente, sino que lo que hace precisamente es encauzar, someter el ejercicio negociado del poder administrativo a las garantías del procedimiento administrativo, intentando que sea posible la transparencia, el respeto de los derechos de los interesados en el procedimiento y, ulteriormente, el control.

En cuanto al aporte que esta renovación realiza a favor de la eficacia de la administración afirma que permite una toma de decisión más acertada, con mejor conocimiento de causa, a conocer los puntos de vista de los propios interesados, según lo que ellos están

² Respecto a esta transformación contemporánea pueden leerse con provecho el trabajo pionero de FERNANDEZ, Tomas-Ramón; "Administración Imperativa y Administración concertada en la vida económica", Ponencia presentada en las Jornadas sobre el nuevo derecho de la empresa celebradas en la Cámara de Comercio e Industria de Madrid del 18 al 22 de mayo de 1987, en incluido en su "Panorama del derecho administrativo al comienzo de su Tercera Centuria", Argentina, Editorial La Ley, 2002, p. 115. También el trabajo de HUERGO LORA, Alejandro; "Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas". Universidad de Oviedo, 1998, 469 pag. S.L. CIVITAS EDICIONES, Colección: Monografías; Civitas; PAREJO ALFONSO, Luciano; "La terminación convencional del procedimiento administrativo: naturaleza y características de una nueva figura en el derecho español". En: Derecho administrativo: obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff / coord. por Juan Carlos Cassagne, págs. 697-722; DE PALMA DEL TESO, A.; Los acuerdos procedimentales en el derecho administrativos; Tirant lo Blanch. Valencia, 2000.

dispuestos a asumir. Lo cual favorece que las decisiones acordadas una vez tomadas se puedan llevar a la práctica con menor resistencia, evitando la litigiosidad. En este orden de ideas encontramos lo que se ha denominado la administración concertada, presente en conciertos en materia de expropiaciones, zonificación y urbanismo, tributarios; la admisión y favorecimiento de acuerdos conciliatorios, transacción y mediación (autocompositivos) entre privados para concluir procedimientos trilaterales, y los casos de negociación y conciliación con la propia administración en materias patrimoniales (ej. En materia de contratos públicos).³

La aplicación de conciertos con los administrados no implica sustituir al interés general por la autonomía de la voluntad individual, sino precisamente adaptar ambas a la búsqueda más eficiente de la satisfacción del interés público. Como bien manifiesta DELGADO PIQUERAS:

(...) si el poder administrativo puede concretarse con el procedimiento en una resolución administrativa, en un contrato accesorio de aquella o en un acto negocial sustitutivo, quiere decirse que el poder administrativo puede encontrar distintas formas de manifestación, siendo sustancialmente el mismo. El que el poder público se traduzca en un módulo negocial implantado en el procedimiento no significa, pues, que el poder se convierta en poder privado. Los módulos negociales no son manifestaciones de autonomía privada sino medios de tutela de intereses públicos, que no agotan la potestad administrativa".⁴

En síntesis, no debe perderse de vista que estos conciertos de la Administración con los particulares constituyen una nueva forma de administrar intereses públicos, y no la sustitución de la decisión estatal, o en palabras de SUBRA, se trata esencialmente de un renunciamiento parcial "al procedimiento clásico de la intervención unilateral por vía reglamentaria para dar un mayor lugar a la concertación y al diálogo recurriendo, aún más, a los procedimientos contractuales".⁵

Esta transformación redefine los límites entre los derechos individuales y el grado de intrusión de la administración en su esfera que permiten incorporar la autocomposición de intereses en procedimientos históricamente sujetos solo a resolución autoritaria de la administración. De este modo, se buscan mayores posibilidades de satisfacción de intereses y de presteza para resolver sumariamente asuntos asumidos por el Estado regulador imprimiendo mayor celeridad a los procedimientos administrativos incorporando técnicas consensuales, dado que mediante ella podemos sustituir innumerables acciones administrativas, notificaciones, procesos y actuaciones, mediante la participación de los afectados, se pusieran en claro los verdaderos intereses de las partes, y se permitiera proponer fórmulas variadas para solucionar el diferendo antes que confiar en el criterio único del funcionario instructor. Los acuerdos o conciertos con los ciudadanos plantean una forma nueva de administrar asuntos públicos con una nueva legitimidad que le reporte adhesiones, compromisos y activismo de los privados.

³ Respecto a este fenómeno tuvimos ocasión de referirnos en "La Solución Alternativa de Controversias en sede administrativa" (de la imposición unilateral de la autoridad a la conciliación de intereses en asuntos administrativos). Derecho Procesal Administrativo, Volumen II. Editorial Rodhas, Lima, 2000, p. 113 y ss.

⁴ DELGADO PIQUERAS, Francisco; "La Terminación convencional del procedimiento Administrativo". Aranzadi Editorial, Pamplona, España, 1995, p. 69.

⁵ SUBRA DE BIEUSSES, Pierre; "El nuevo derecho administrativo", p.86. En: "Transformaciones del derecho público". Ediciones Ciudad Argentina, 1994. Buenos Aires.

Ahora, se busca conseguir vía pactos, el apoyo social que no permite un ordenamiento exclusivamente basado en la imperatividad de la autoridad y en los actos unilaterales. Como bien refiere SANCHEZ MORON existe una preferencia actual "(...)" por las formas de actuación administrativa de naturaleza negocial, convencional, acordada con los interesados. Una preferencia que está desplazando el interés dogmático desde el acto administrativo al procedimiento, como sede para la búsqueda de la solución no ya más correcta en derecho, no solo más favorable para el interés general, sino también más viable y aceptable por sus destinatarios"⁶

En suma, como bien afirman los maestros GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ, respecto a esta nueva estrategia de administrar:

En el fondo de este deseo late una intuición válida, que tiene su origen en una constatación igualmente exacta: la extraordinaria rigidez de un ordenamiento construido a la medida de una administración que manda y se impone. Esta rigidez no se sentido como una carga en tanto que la Administración ha reducido su actividad a la salvaguarda del orden público y al sostenimiento de unos pocos servicios públicos, de acuerdo con los más puros planteamientos del liberalismo del pasado siglo. Hoy, en cambio, una vez rotas las antiguas barreras entre el Estado y la sociedad y asumida por la Administración la tarea de conformar un orden social más justo, esa rigidez constituye una grave limitación. Mandar y sancionar a través de decisiones unilaterales y ejecutorias, sistema plenamente eficaz cuando se trata de imponer el orden y de asegurar el respeto a la Ley, es insuficiente, sin embargo, para polarizar las energías sociales en orden, a la consecución de los objetivos propuestos en los planes económicos. El acto unilateral asegura eficazmente la sumisión, pero es incapaz de suscitar el entusiasmo y el deseo de colaboración⁷

Nos encontramos pues frente a una transformación que es signo de nuestros tiempos en búsqueda de eficacia administrativa despegándose de las formar rituales ineficientes, pero siempre dentro de lo que corresponde a la administración: gestionar el interés público pero dentro de la ley y no contra ella. Por ello es clave tener presente que en todo caso "la terminación convencional es un instrumento para la mejor y más rápida satisfacción del interés público, pero no una vía para relajar el cumplimiento de la legalidad"⁸

El reto que aborda esta constatada transformación del derecho administrativo es aportar a la eficacia de la potestad sancionadora, las mas intrusiva y autoritaria de las atribuciones con que cuenta la Administración Publica. Es por ello que en esta sección del derecho administrativo prácticamente se asume –por principio- que es casi una exigencia natural que la determinación de la infracción y la aplicación de la sanción administrativa sean decididas de modo autoritario y unilateral⁹. Sin dejar de mencionar esa resistencia, no

⁶ SANCHEZ MORON, Miguel;" La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos" P.12. En: Colectivo "La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos en la Ley No. 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Publicas y del Procedimiento Administrativo Común", Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Pamplona, 1995.

⁷ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomas R.; Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Civitas Ediciones, S.L., Madrid 2000, Décima Edición, p. 668.

⁸ SANCHEZ MORON, Miguel; op. cit., p. 15.

⁹ Véase por todos ellos: GOMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo; Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica de Derecho Penal Administrativo. Segunda Edición, Aranzadi, Thomson Reuters. Navarra, España, 2010, p. 875.

podemos deber de constatar que el derecho administrativo sancionador especial se han visto influenciado por la tendencia a la administración concertada y por ello ha desarrollado figuras particulares incorporando acuerdos con los administrados/infractores tales como: el compromiso de cese, el acuerdo de exoneración de responsabilidad a cambio de información relevante para detectar infracciones mayores o complejas y el acuerdo transaccional sobre la sanción a aplicarse previa declaración de responsabilidad.

3. Los compromisos de cese como expresión de administración concertada de la potestad sancionadora

3.1. Concepto

Nos encontramos frente a una forma particular de conclusión de un procedimiento administrativo sancionador en curso sin determinación de responsabilidad administrativa ni aplicación de sanción por la celebración de un acuerdo vinculante propuesto por el instruido y aceptado por la administración por estimarla satisfactoria al interés público. Aquí, es rasgo importante es que la finalidad perseguida por el procedimiento administrativo (prevención general: inducir al comportamiento correcto al administrado y a la no reiteración de lo que se estima ilícito) también es alcanzada también mediante acuerdos con los administrados, pero de una forma más eficiente.

Para que el acuerdo sea eficiente es necesario que guarde cierto paralelismo con los correctivos que la administración pretende inducir al administrado con la prosecución completa del procedimiento sancionador. Por ello no puede caerse en el error de considerar que el compromiso de cese solo es un acuerdo para dejar de realizar una conducta continua considerada indebida o, inversamente, hacer algo que omitió y que constituye infracción. Su contenido esperado para ser aceptable al interés público debe ser más que ello.

En líneas generales, los acuerdos de cese planteados por los instruidos deben contener:

- i) Compromisos que resuelvan las causas de los problemas identificados por la administración graduados en función de la naturaleza de cada infracción; (ej. Obligaciones de comportamiento futuros, modificaciones de conductas o practicas)
- ii) Compromisos que puedan ser implementados públicamente de manera rápida y efectiva; y,
- iii) Compromisos cuyo cumplimiento puedan ser medibles, incluso mediante verificación externa. (obligación de entrega de información periódica, someterse a auditorias, etc.,)

Por ejemplo, en asuntos de prácticas contra la libre competencia, algunos de los compromisos comunes son: compromiso de modificación de prácticas comerciales, conclusión de determinados acuerdos, eliminación de cláusulas contractuales, compromisos de desinversión, abstención de intervención en algunas actividades o modos de intervención, compensación a terceros afectados, etc.¹⁰

¹⁰ GUZMAN ZAPATER, Clara y FORNELLS DE FRUTOS, Jordi; La terminación convencional en la Ley No. 15/2007 de Defensa de la Competencia a la luz de la Comunicación de la CNC"; p. 11 y ss. Serie Working Papers IE – Law School. 2013.

El objetivo perseguido por la terminación convencional del procedimiento sancionador es doble. Por un lado, se busca lograr mediante la propuesta de acuerdo un restablecimiento rápido y espontáneo (aunque inducido por la amenaza de una sanción administrativa) de la conducta debida de los presuntos infractores, la asunción de medidas para evitar o diluir su reiteración y hasta alcanzar los correctivos necesarios respecto a los posibles afectados por la conducta considerada infractora.

Y, por otro lado, la terminación convencional permite a las entidades, sin perder la autoridad que poseen para gestionar el interés público, cumplir con el principio de eficacia administrativa, alcanzando el mismo objetivo de la acción sancionadora con una menor utilización de los recursos de la administración (organización del expediente, carga probatoria, sustanciación de recursos administrativos, procesos judiciales de revisión, ejecución coactiva, etc.) reduciendo los trámites de instrucción, revisión y ejecución de la voluntad administrativa sancionadora y un acortamiento de los plazos de resolución.

Desde la perspectiva de los administrados la posibilidad de plantear acuerdo de cese en vez de litigar prolongadamente con la administración sancionadora le beneficia porque de su parte "(...) puede haber voluntad de corregir su conducta y de reparar el daño causado por parte del infractor, pero es muy posible que tal reparación resulte dificultada al verse envuelto en un expediente sancionador, por el desprestigio y la publicidad negativa que suele conllevar muchas veces. También es algo normal que al particular le convenga mantener unas relaciones fluidas y cordiales con la administración. Ni que decir tiene de ese interés cuando las relaciones son de carácter comercial. Tampoco resulta apetecible normalmente la impugnación judicial de la sanción recaída, por los gastos y pérdidas de esfuerzos que requiere"¹¹

Lo mismo sucede por parte de las autoridades dado que "(...) la demora de varios años que supone esperar a la resolución judicial del conflicto (periodo durante el cual la sanción puede estar en suspenso y en ningún caso puede considerarse firme) en nada contribuye a la eficacia en la aplicación de las políticas públicas. Ello sin mencionar la dificultad intrínseca de la elaboración del expediente sancionador con todas las garantías, aspecto tremendamente delicado que provoca que las sentencias revoquen el acto sancionador por defectos formales en la instrucción o la resolución a pesar de que en el fondo la conducta hubiera sido materialmente sancionable"¹². Con estos acuerdos, el principio de eficacia también se alcanza desde otra perspectiva porque los remedios que normalmente se imponen con las medidas correctivas, se verán implementadas más prontamente porque precisamente serán el centro de los compromisos de cese.

3.2. Las características jurídicas de los compromisos de cese.-

Dada la conversión de criterios que esta figura implica para el tradicional esquema sancionador administrativo nos interesa para su mejor comprensión caracterizarla a partir de algunos de sus elementos determinantes:

- **Es una forma válida de conclusión convencional del procedimiento administrativo.**- Nos encontramos frente a una forma jurídica válida de conclusión

¹¹ DELGADO PIQUERAS, Francisco; "La Terminación convencional del procedimiento Administrativo". Aranzadi Editorial, Pamplona, España, 1995, P. 222.

¹² DELGADO PIQUERAS, Francisco; op. cit., p. 222.

convencional de un procedimiento administrativo sancionador que se sustenta en que similar propósito es alcanzado mediante acuerdos que con la imposición unilateral del acto sanción. La sanción no es una finalidad per se, sino es un instrumento –el compromiso de cese es otro instrumento alternativo- que permite llegar al mismo objetivo pero de manera más inmediata y se asume que de manera sostenible en el tiempo. Por lo general, la conclusión del procedimiento sancionador no se concreta con la suscripción o aprobación del acuerdo de cese, sino cuando este se ejecuta a cabalidad; ya que mientras tanto el procedimiento sancionador está suspendido a condición de la ejecución del compromiso de cese.

- **La ley ha configurado el ejercicio de la potestad sancionadora de modo alternativo y no exclusivo.**- En los casos en que se admite esta forma de conclusión del procedimiento, la Ley configura el ejercicio de la potestad sancionadora de modo alternativo, de modo que frente a una determinada actuación particular contraria al ordenamiento, la Ley prevé el ejercicio de la potestad sancionadora o, alternativamente, la aceptación de compromisos. Es decir, el ordenamiento otorga a la administración la competencia discrecional para que, ante un supuesto de hecho (aún por determinarse) decida, en función de las circunstancias, la aplicación de técnicas unilaterales y constrictivas (sanciones, medidas correctivas, medidas cautelares y coactivas) o de técnicas bilaterales o voluntarias (acuerdos)¹³ Ambas son igualmente válidas.
- **La propuesta de compromiso de cese es una petición graciable que se agota con su ejercicio ante la autoridad.**- La propuesta de compromiso de cese constituye una petición de gracia hacia la administración instructora, quien teniendo competencia sancionadora apreciara la conveniencia o no de aceptar ese planteamiento. Por tanto el infractor carece de un derecho a que se acepte su compromiso de cese, aunque si posee el derecho a presentarse y al debido proceso para que el pedido sea evaluado y a que se negocie de buena fe.
- **La administración instructora posee competencia discrecional para valorar y decidir la aceptación o rechazo de la propuesta de compromiso de cese.**- La entidad posee una facultad discrecional para aprobar o desaprobar los Compromisos de cese propuestos por los infractores¹⁴, para negociar su alcance, hacer contrapropuestas o pedir cambios a la propuesta. Para decidirlo solo se sujeta a la ley y a su criterio ponderado. No necesita la conformidad o aceptación de terceros que pudieran haber sido afectados por la acción del instruido, aunque el compromiso de cese puede contener beneficios para ellos. Pero como sabemos, la discrecionalidad, no da cobertura a una decisión arbitraria sino que la propuesta de compromiso puede ser denegada con motivación suficiente. Por ejemplo, si el compromiso de cese no es capaz de solucionar los problemas identificados, no es medible, o no soluciona los efectos ocasionados. En igual sentido, este instrumento está abierto para quien actúa de buena fe y no puede servir de medio para obstruir o dilatar el ejercicio de la potestad sancionador, por lo que, dentro de la discrecionalidad se comprende que sea rechazado si se evidencia que quien lo presente pretende lo indicado (por

¹³ GOMEZ TOMILLO; Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo; op.cit., p. 875

¹⁴ Atributo reconocido por la Corte Suprema (Exp. 1964-2009-LIMA) Proceso contencioso administrativo promovido por El Pacifico Peruano Suiza Compañía de Seguros y Reaseguros contra el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual.

ejemplo, si el infractor ya hubiera sido incumplido un compromiso de cese anterior o hubiese obtenido algún otro beneficio similar.

- **El compromiso de cese hace concluir el procedimiento sin declaración de responsabilidad ni aplicación de sanción administrativa.**- El procedimiento sancionador acaba sin declaración de responsabilidad ni aplicación de sanción, lo que configura el principal incentivo para que el infractor se avenga a un acuerdo. Por tanto, no puede confundirse con un allanamiento al cargo o de culpa, sino precisamente es un medio de fomento para que el instruido asuma compromisos análogos a los derivados de la sanción administrativa pero sin imputársele responsabilidad.
- **La administración desiste de seguir adelante con el procedimiento sancionador y aplicar la pretensión de sanción que tenía.**- El acuerdo implica que la administración desiste de proseguir adelante con el procedimiento sancionador y por ende, de aplicar la eventual sanción (multa, inhabilitación, decomiso, etc.) que el ordenamiento prevé para la infracción que ha motivado el cargo cursado al administrado. Como no se tiene certidumbre de la responsabilidad ni que se aplicara alguna sanción, estamos ante una contingencia consideramos que no puede hablarse propiamente de una “condonación ex ante”¹⁵ de la sanción administrativa ni menos que se perjudique el erario público con un menor ingreso, en caso de tratarse de una sanción económica. En este mismo sentido, la pretensión indemnizatoria o de otro orden que terceros puedan tener frente al instruido pueden seguir haciéndose valer en la vía correspondiente.
- **El incumplimiento del acuerdo es una infracción nueva y más grave.**- Es el acuerdo consensual que concluye el procedimiento sancionador por lo que su incumplimiento acarrea una nueva y distinta –pero por razones obvias más grave– infracción administrativa.
- Finalmente, permitir la terminación convencional del procedimiento sancionador aporta a la eficacia del cumplimiento de las políticas públicas sectoriales en la medida que permite concluir el procedimiento sancionador rápidamente con bajo costo de recursos liberando recursos humanos y técnicos distraídos en la instrucción del procedimiento, defensa judicial, y ejecución coactiva para dedicarse a una mayor fiscalización, evitar la confrontación o prolongarla innecesariamente, evitar los riesgos inherentes a las dificultades probatorias, de anulación posterior en sede judicial e incumplimientos formales de garantías del procedimiento. Pero lo más importante, conduce a la posibilidad de obtener compromisos vinculantes de los administrados regulados que son más sostenibles en el largo plazo. ▽

4. Las principales expresiones de la regulación de los compromisos de cese en el derecho administrativo sancionador peruano

Bien podemos afirmar que la transformación contemporánea de la administración imperativa hacia la administración concertada no es reconocida por la praxis de nuestras entidades públicas, empoderadas con la acción unilateral, pero intimidadas frente a

¹⁵ Por el contrario GOMEZ TOMILLO; Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo; op.cit., p. 875, consideran que estamos frente a una peculiar y legítima condonación en trámite; sin esperar al acto definitivo de la previsible sanción

la posibilidad de concertar discrecionalmente con los administrados. Más aun, cuando la normativa especial abre espacios para actuar concertadamente, la organización administrativa le rehúye sin ejercerla o frustrándola deliberadamente. Es el caso de la apertura a la negociación y conciliación con los contratistas en caso de discrepancias sobre alcance, interpretación, validez de su contrato; el trato directo como fase necesaria en las expropiaciones; el trato directo con los afectados para llevar a cabo reasentamientos para ejecutar obras públicas, etc.

Pero algo particular sucede con los compromisos de cese entre la administración y administrados en el derecho administrativo peruano, porque se ha desarrollado –aunque no en la forma técnicamente satisfactoria como luego veremos– a nivel de derecho positivo. Nos encontramos frente a una institución que ha surgido en nuestro derecho administrativo en la regulación del procedimiento de libre competencia¹⁶ y se ha desarrollado particularmente en no pocos procedimientos de regulación económica en servicios públicos e infraestructura y en otros procedimientos sancionadores especiales. Podríamos decir que ha sido un desarrollo espontáneo, inspirado en el derecho comparado y sin una vocación preconcebida de generalizarlo.

A diferencia por ejemplo de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo alemana de 1976 (arts. 54 y ss.)¹⁷ o la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común española (art. 88)¹⁸, no fue incorporada ninguna base general para esta figura en la LPAG, aunque si se admitió la terminación convencional de procedimientos administrativos trilaterales mediante acuerdos entre particulares¹⁹. Y, por otro lado, posteriormente se incorporaría a este

¹⁶ La fuente originaria en materia sancionadora de libre competencia de esta forma especial de conclusión de procedimiento administrativo lo podemos revisar en diversa literatura especializada. Podemos recomendar revisar las investigaciones de GUZMAN ZAPATER, Clara y FORNELLS DE FRUTOS, Jordi; *La terminación convencional en la Ley No. 15/2007 de Defensa de la Competencia a la luz de la Comunicación de la CNC*; GUZMAN ZAPATER, Clara, *“La terminación convencional en la Ley No. 15/2007 e defensa de la competencia; experiencias y retos”*, Anuario ICO (2009), GHEUR, Charles y PETIT, Nicholas; *Alternative enforcement techniques, EC Competition law; Settlement, commitment and other instruments* (2009), entre otros.

¹⁷ “Artículo 54.- Admisibilidad del contrato de derecho público.- Una relación jurídica en el ámbito del derecho público puede ser establecida, modificada o anulada por contrato (contrato de derecho público), salvo que la normativa no disponga lo contrario. En particular, la autoridad puede, en lugar de dictar un acto administrativo, celebrar un contrato de derecho público con aquel que en lo demás sería el destinatario del acto administrativo”

¹⁸ “Artículo 88. Terminación convencional.-

1. Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin.

2. Los citados instrumentos deberán establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial, y el plazo de vigencia, debiendo publicarse o no según su naturaleza y las personas a las que estuvieran destinados.

3. Requerirán en todo caso la aprobación expresa del Consejo de Ministros, los acuerdos que versen sobre materias de la competencia directa de dicho órgano.

4. Los acuerdos que se suscriban no supondrán alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos ni de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios relativos al funcionamiento de los servicios públicos.

¹⁹ Artículo 228°.- Conciliación o transacción extrajudicial

En los casos en los que la Ley lo permita y antes de que se notifique la resolución final, la autoridad podrá aprobar acuerdos, pactos, convenios o contratos de los administrados que importen una transacción

ordenamiento general la posibilidad de atenuar el grado de sanción a aplicarse en caso de reconocimiento de la falta mediante la subsanación voluntaria del acto u omisión imputada con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos.²⁰

Acentuando esta tendencia, existe habilitación legal a las entidades públicas para que las entidades con competencia sancionadora puedan concluir los procedimientos iniciados mediante convenios con los instruidos en diversas materias administrativas. Como hemos anticipado ya, esta figura tiene su origen en el derecho administrativo sancionador de las prácticas contra la libre competencia. En efecto, desde el originario Decreto Legislativo No. 701²¹ ya encontrábamos la regulación de esta figura considerándolo como el planteamiento que dentro el plazo para contestar una denuncia el presunto responsable podía realizar ante la autoridad refiriéndose al cese de los hechos investigados o a la modificación de aspectos relacionados con ellos y en caso de aprobarla determinaba la suspensión del procedimiento sancionador.

Luego de alcanzar un desarrollo importante²² prosiguió su regulación en la vigente ley de la materia: Decreto Legislativo No. 1034, cuyo artículo 25 –modificado por el D. Leg. 1205, indica lo siguiente al respecto:

extrajudicial o conciliación, con el alcance, requisitos, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos poner fin al procedimiento administrativo y dejar sin efecto las resoluciones que se hubieren dictado en el procedimiento. El acuerdo podrá ser recogido en una resolución administrativa.

228.1 Los citados instrumentos deberán constar por escrito y establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes y el plazo de vigencia.

228.2 Al aprobar los acuerdos a que se refiere el numeral 228.1, la autoridad podrá continuar el procedimiento de oficio si del análisis de los hechos considera que podría estarse afectando intereses de terceros o la acción suscitada por la iniciación del procedimiento extrañase interés general.

²⁰ LPAG, Artículo 236 A, incorporado por la modificatoria introducida por el Decreto Legislativo No. 1029 publicado el 24.06.2008.

²¹ Decreto Legislativo 701

Artículo 20.- Dentro del plazo fijado para la contestación de la denuncia el presunto responsable podrá ofrecer un compromiso referido al cese de los hechos investigados o a la modificación de aspectos relacionados con ellos.

La Secretaría evaluará la propuesta y en caso de estimarla satisfactoria propondrá a la Comisión la suspensión del proceso administrativo, sugiriendo las medidas pertinentes con el objeto de verificar el cumplimiento del compromiso. La Comisión decide la aprobación o la denegatoria de la propuesta.

En caso de incumplimiento del compromiso, se reiniciará el procedimiento, de oficio o a petición de parte. Asimismo, la Comisión impondrá al denunciado una multa por incumplimiento.

“Sin perjuicio de lo establecido en el presente artículo, cualquier persona podrá, dentro de un procedimiento abierto por infracción a la presente ley, solicitar a la Secretaría Técnica que se le exonere de la responsabilidad que le corresponda a cambio de aportar pruebas que ayuden a identificar y acreditar la existencia de una práctica ilegal. De estimarse que los elementos de prueba ofrecidos son determinantes para sancionar a los responsables, la Secretaría podrá proponer, y la Comisión aceptar, la aprobación del ofrecimiento efectuado. Para ello la Secretaría cuenta con todas las facultades de negociación que fuesen necesarias para establecer los términos del ofrecimiento. El compromiso de exoneración de responsabilidad será suscrito por el interesado y el Secretario Técnico y podrá contener la obligación de guardar reserva sobre el origen de las pruebas aportadas si así lo hubiera acordado la Comisión y la naturaleza de las pruebas así lo permitiera. El incumplimiento de la obligación de reserva generará en el funcionario las responsabilidades administrativas y penales previstas para el caso de toda información declarada reservada por la Comisión. La suscripción del compromiso y el cumplimiento de lo acordado por parte del interesado lo exonera de toda responsabilidad en la práctica llevada a cabo, no pudiendo la Comisión ni ninguna otra autoridad seguirle o iniciarle procedimiento por los mismos hechos”.(Párrafo incorporado por el Artículo 12 del Decreto Legislativo N° 807, publicado el 18-04-96).

²² Algunos criterios interesantes para apreciar el desarrollo de esta figura los podemos encontrar en la Resolución 39-2005-INDECOPI/CLC del 11 de julio de 2005 y la Resolución 791-2001/TDC-INDECOPI.

Artículo 25.- Compromiso de Cese.-

25.1. Dentro del plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles contados desde la fecha de notificación de la imputación de cargos o resolución de inicio del procedimiento, los investigados podrán ofrecer, de manera individual o conjunta, un compromiso de cese referido a la terminación anticipada del procedimiento administrativo sancionador a cambio de implementar medidas correctivas eficaces para contrarrestar los efectos de la conducta infractora.

25.2. La solicitud de compromiso de cese se tramitará como cuestión incidental, siendo accesoria del expediente principal.

25.3. Para evaluar la propuesta de compromiso de cese, y en ejercicio de una facultad discrecional, la Secretaría Técnica tomará en consideración que los solicitantes ofrezcan medidas correctivas que permitan asegurar el restablecimiento del proceso competitivo, así como revertir los efectos lesivos de la conducta infractora. Adicionalmente, los solicitantes podrán ofrecer medidas complementarias que evidencien su propósito de enmienda.

25.4. La Secretaría Técnica evaluará el ofrecimiento en un plazo máximo de sesenta (60) días hábiles y, en caso de estimarlo satisfactorio, propondrá a la Comisión su aprobación sugiriendo las medidas pertinentes con el objeto de verificar el cumplimiento del compromiso de cese y los plazos de vigilancia que resulten aplicables. Para ello, la Secretaría Técnica cuenta con todas las facultades de negociación que fuesen necesarias para establecer los términos de la propuesta.

25.5. La Comisión decidirá la aprobación o denegatoria de la propuesta en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles de recibida la propuesta de la Secretaría Técnica, siendo su pronunciamiento inimpugnable debido a su naturaleza eminentemente discrecional. Con la aprobación de la propuesta, la Comisión emitirá una resolución dando por concluido el procedimiento administrativo sancionador únicamente respecto del imputado a quien se le hubiese aprobado el compromiso de cese, declarando su responsabilidad por las conductas materia del compromiso, y estableciendo las medidas correctivas que correspondan, así como los plazos de vigilancia aplicables.

25.6. De verificarse el cumplimiento oportuno de los compromisos asumidos, la Comisión declarará dicha situación mediante pronunciamiento escrito en un plazo máximo de sesenta (60) días hábiles desde el vencimiento del plazo de vigilancia correspondiente.

25.7. El incumplimiento del compromiso de cese constituirá una infracción autónoma y calificada como una infracción grave, por lo que la Comisión podrá imponer una multa de hasta mil (1 000) Unidades Impositivas Tributarias, siempre que dicha multa no supere el diez por ciento (10%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la decisión de la Comisión. Adicionalmente, la Comisión podrá ordenar la imposición de multas coercitivas para exigir el cumplimiento de los compromisos aprobados aplicándose las reglas previstas en el Artículo 47 de la presente Ley.

25.8. Las declaraciones y documentación que los solicitantes aporten en el procedimiento de solicitud de compromiso de cese no podrán ser utilizadas en su contra en el expediente principal del procedimiento de investigación y sanción de las conductas anticompetitivas reconocidas. No obstante, podrán ser incorporadas al expediente principal para acreditar la responsabilidad de otros imputados, una vez aprobado el compromiso de cese por parte de la Comisión.

25.9. La aprobación del compromiso de cese no elimina ni limita la responsabilidad civil de los denunciados por los daños y perjuicios ocasionados, de ser el caso. 25.10. La Comisión podrá expedir Lineamientos estableciendo plazos, reglas y condiciones particulares para la mejor aplicación del presente artículo.”

De ahí, esta figura trascendió a la regulación de los procedimientos sancionadores de los organismos reguladores de la inversión privada en servicios públicos e infraestructura, aunque apreciamos cierto retroceso en materia de energía y minería (OSINERGMIN) quien la ha derogado²³ y en materia de telecomunicaciones (OSIPTEL) quienes han optado por una regulación autoritaria considerando que el cese de la conducta debe ser voluntario, sin negociación posible y siempre con la imposición de sanción.

En principio, la regulación del compromiso de cese en materia de servicios públicos de saneamiento lo encontramos en el Reglamento General de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las EPS aprobado por Resolución del Consejo Directivo No. 003-2007-SUNASS-CD, cuyo artículo 36 modificado por el Artículo 1 de la Resolución

²³ El Anterior Reglamento del Procedimiento administrativo sancionador aprobado por la R.C.D. No. 272-2012-OS-CD, contenía la siguiente regulación al respecto:

Artículo 33.- Compromiso de Cese de actos que constituyen infracción

Los órganos competentes para imponer sanciones, están facultados para suscribir, previa autorización expresa de la Gerencia General, los compromisos de cese o modificación de actos que constituyen infracción a que hace mención el artículo 83 del Reglamento General de OSINERGMIN, sujeto a lo siguiente:

33.1. El Administrado debe hacer una propuesta al Órgano Sancionador de OSINERGMIN, que contemple las medidas y actos a ser llevados a cabo por éste, que impliquen la cesación o, de ser el caso, la ejecución de determinados actos que acrediten el cese de la infracción.

33.2. No procederán los compromisos de cese en los cuales la presunta infracción pueda afectar la seguridad, salud, calidad, facturación, confiabilidad de las actividades reguladas, supervisadas y fiscalizadas por OSINERGMIN.

33.3. Si el Órgano Sancionador, previa opinión del Órgano Instructor, según corresponda, estima satisfactoria la propuesta solicitará a la Gerencia General autorización para suscribir un compromiso de cese que contenga las medidas y actos a ser llevados a cabo por el presunto infractor.

33.4. El compromiso de cese debe proponerse dentro del plazo fijado para formular los descargos en el procedimiento administrativo sancionador o, de ser el caso, dentro del plazo ampliatorio que conceda la autoridad. El Órgano Sancionador podrá comunicar al administrado la aceptación de su propuesta de suscripción del compromiso de cese o proceder a emitir la correspondiente resolución, dentro del plazo previsto para ello en el artículo 25 del presente Reglamento.

33.5. Una vez suscrito el compromiso de cese, OSINERGMIN suspenderá el procedimiento administrativo sancionador, el cual se reiniciará en forma automática en caso se verifique su incumplimiento, pudiendo imponerse una multa por el incumplimiento del compromiso, además de la sanción que correspondiese por la comisión de la infracción.

33.6. Verificado el cumplimiento del compromiso de cese por OSINERGMIN, se procederá al archivo del procedimiento administrativo sancionador.

33.7. No se aceptará la suscripción de compromisos de cese en el caso de infractores que sean reincidentes o de infractores que hayan incumplido con compromisos anteriores.

33.8. La facultad de OSINERGMIN de suscribir el compromiso de cese es una liberalidad de la Entidad; en tal sentido, la negativa de aceptar el compromiso no requiere de expresión de causa, no pudiendo ser objeto de recursos administrativos

de Consejo Directivo N° 016-2011-SUNASS-CD, publicada el 26 mayo 2011, expresa lo siguiente:

Artículo 36.- Compromiso de cese de actos que constituyen infracción.

Dentro del plazo fijado para formular descargos, en las acciones de supervisión o inicio de PAS, por la comisión de una infracción, la empresa presuntamente responsable podrá ofrecer un compromiso de cese de los hechos investigados. Si la Gerencia General estimara satisfactoria la propuesta, podrá suspender la supervisión o el PAS mediante la emisión de una resolución de Gerencia General en la que se detallen las medidas y actos a ser llevados a cabo por el presunto infractor, así como los respectivos plazos. Para el ejercicio de esta facultad, la Gerencia General deberá tomar en cuenta el interés público, la existencia y gravedad de los daños ocasionados por la conducta de la EPS.

Transcurrido el plazo determinado en la resolución, la GSF verificará el cumplimiento del compromiso asumido por la EPS, lo cual podrá tener como resultados:

1. Subsanación de la infracción, dentro de las acciones de supervisión:
Subsanada la infracción se emite la Resolución de Gerencia General con la cual se da por cumplido el compromiso de cese, disponiéndose el respectivo archivamiento.
2. Subsanación de la infracción dentro de un PAS:
La subsanación de la infracción concluye el PAS, para lo cual se emitirá una Resolución de Gerencia General. Sin perjuicio de ello, se registrará la conducta de acuerdo al artículo 40 del presente Reglamento
3. Incumplimiento del compromiso de cese:
Implicará la aplicación inmediata de la sanción de acuerdo a los términos establecidos en el compromiso de cese. El incumplimiento del compromiso de cese se considerará un agravante para la determinación de la multa.

A su turno, en materia de infraestructura de transporte, la regulación se encuentra en los artículos 65 y 69 del Reglamento de Infracciones y Sanciones aprobado por Resolución de Consejo Directivo No. 023-2003-CD-OSITRAN, modificado por la Resolución de Consejo Directivo No. 077-2005-CD-OSITRAN

Artículo 65: Compromiso de Cese

El presunto responsable podrá ofrecer un compromiso de cese de los hechos investigados y/o la modificación de aspectos relacionados con ellos y/o la subsanación de la infracción, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- 65.1. La infracción no consista en el incumplimiento de obligaciones que impliquen caducidad del contrato de concesión respectivo.
- 65.2. La infracción no haya generado grave daño a los usuarios, ni haya severidad en la afectación del interés público involucrado".
- 65.3. El infractor no haya cometido con anterioridad una infracción idéntica a la que es materia del procedimiento, respecto de la cual se le haya impuesto

una sanción por resolución administrativa firme o que haya suscrito un compromiso de cese, durante los dos (2) años inmediatos anteriores.

Artículo 69.- Procedimiento para el Compromiso de Cese

69.1 El compromiso de cese podrá presentarse dentro del plazo fijado en el numeral 66.5 para formular descargos en un procedimiento administrativo sancionador. El compromiso de cese deberá estar suscrito por el representante legal de la Entidad Prestadora.

69.2 El órgano instructor contará con un plazo de diez (10) días para poner en conocimiento del órgano resolutorio su evaluación de la propuesta, la misma que deberá adjuntar el documento que contenga el compromiso de cese. El órgano resolutorio contará con un plazo de diez (10) días para comunicar a la Entidad Prestadora su evaluación de la propuesta de compromiso de cese.

En caso que el órgano resolutorio estimase satisfactoria la propuesta, emitirá una resolución que apruebe la misma, y la notificará a la Entidad Prestadora. Es facultad del órgano resolutorio proponer modificaciones al Compromiso de Cese, las que deberán ponerse en conocimiento de la Entidad Prestadora, señalando el plazo para la remisión del Compromiso de Cese con las formalidades a que se contrae el numeral 69.1 del presente Reglamento. En caso en que en el plazo fijado, no se recibiera la propuesta alternativa firmada por el representante legal de la Entidad Prestadora, se procederá a la continuación del procedimiento administrativo sancionador, para efectos de lo cual la Entidad Prestadora contará con un plazo de cinco (05) Días para formular sus descargos, contados a partir del día siguiente de la fecha fijada para la remisión del Compromiso de Cese suscrito. La negativa a la firma del Compromiso de Cese que incorpore las modificaciones a las propuestas por el órgano resolutorio no acarreará consecuencias negativas para la Entidad Prestadora.

69.4 En caso que el órgano resolutorio desestimase la propuesta de compromiso de cese, en el plazo a que se refiere el párrafo anterior procederá a la devolución del expediente al órgano instructor para que continúe con el procedimiento administrativo sancionador. En dicho caso, el órgano instructor, deberá conceder un plazo no mayor de diez (10) días para que la Entidad Prestadora formule sus descargos.

69.5 La Entidad Prestadora incurrirá en infracción muy grave cuando incumpla con cualquiera de los términos establecidos en el Compromiso de Cese.”

En esta relación debemos incluir la regulación del procedimiento sancionador en materia de telecomunicaciones contenida en el Reglamento de Fiscalización, Infracciones y sanciones aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD-OSIPTEL que considera bajo el rubro de “beneficios” al cese de la infracción administrativa como condición para reducir la sanción económica entre 30 y 60% del monto base, dándole un tratamiento de allanamiento al cargo efectuado. Dicha norma establece ello de la manera siguiente:

Artículo 18.- Régimen de beneficios

La Empresa Operadora contará con los siguientes beneficios:

(i) Cuando, hasta el quinto día posterior a la fecha de comunicación del inicio del procedimiento sancionador, la Empresa Operadora acredite que se ha producido el cese de los actos u omisiones que constituyan infracción administrativa y la reversión de todo efecto derivado, el OSIPTEL reducirá la multa a imponer dentro de un rango de treinta por ciento (30%) a sesenta por ciento (60%).

En caso la reversión del efecto derivado requiera un tiempo adicional, la Empresa Operadora deberá alcanzar, dentro del plazo antes indicado, una propuesta para su culminación. El otorgamiento del beneficio estará condicionado a la aprobación que el OSIPTEL otorgue a dicha propuesta.

El incumplimiento de la propuesta para la reversión del efecto derivado constituye infracción leve, independiente de la infracción que la origina, e implica la revocación del respectivo beneficio.

Este beneficio no será aplicable en el supuesto de reincidencia en la comisión de la infracción.

(ii) La multa impuesta por el OSIPTEL que se cancele íntegramente dentro del plazo de quince (15) días contados desde el día siguiente de la notificación de la resolución que impuso la multa, será reducida en un treinta y cinco por ciento (35%) del monto total impuesto, siempre y cuando no sea impugnada.

Ahora bien, el ámbito de aplicación de estos compromisos de cese ha llegado a los procedimientos sancionadores regulados en materia de transportes y en materia sancionadora a cargo de los Ministerios de Transportes y Comunicaciones y Agricultura, respectivamente.

En materia de sanciones de transportes tenemos el artículo 129 del Reglamento Nacional de Administración de Transporte aprobado por D. S. N° 017-2009-MTC, modificado por el Artículo 1 del Decreto Supremo N° 033-2011-MTC, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 129.- Compromiso de cese o modificación de actos calificados como incumplimientos o infracciones a las que corresponda una sanción no pecuniaria. La autoridad competente a cargo de la fiscalización podrá suscribir compromisos de cese o modificación de actos que constituyen incumplimiento de las condiciones de acceso y permanencia o infracciones, sólo en aquellos procedimientos cuya sanción sea de naturaleza no pecuniaria.

Los compromisos de cese o modificación de actos están sujetos a lo siguiente:

129.1 El presunto infractor deberá solicitar la suscripción de un compromiso, haciendo una propuesta que contemple las medidas y actos a ser llevados a cabo por éste, para subsanar el incumplimiento de las condiciones de acceso y permanencia o de la infracción que sea objeto del procedimiento administrativo sancionador, incluyendo los plazos y etapas en las que ello se realizará.

- 129.2 En dicha propuesta, debe existir un reconocimiento expreso sobre la comisión u omisión del acto, así como que ésta es pasible de sanción. También debe haber un reconocimiento expreso que en caso de incumplimiento del compromiso, se acepta la aplicación de manera automática de las consecuencias previstas en los anexos 1 y 2 que forman parte del presente reglamento, según corresponda, sin perjuicio de las demás sanciones o medidas preventivas que se puedan disponer.
- 129.3 La autoridad evaluará la propuesta formulada y de ser el caso propondrá requisitos y/o medidas adicionales a las presentadas, con la finalidad de garantizar que se subsane o corrija el incumplimiento detectado.
- 129.4 El compromiso debe firmarse dentro del plazo fijado para formular los descargos o dentro del plazo para interponer los recursos administrativos en el procedimiento administrativo sancionador.
- 129.5 Una vez aceptado y suscrito el compromiso, la autoridad competente dará por concluido el procedimiento administrativo sancionador, no siendo necesario la expedición de resolución.
- 129.6 No se aceptará la suscripción de compromisos en el caso de infractores que sean reincidentes o habituales, de aquellos que hayan incumplido con convenios de fraccionamiento o de aquellos que mantengan sanciones pecuniarias impagas en ejecución coactiva.
- 129.7 El transportista solo podrá suscribir un compromiso de cese de actos durante el procedimiento administrativo sancionador mientras se encuentre vigente su autorización o autorizaciones.
- 129.8 La facultad de aceptar el compromiso es una liberalidad de la autoridad competente u órgano de línea a cargo de la tramitación del procedimiento de incumplimiento o el procedimiento administrativo sancionador; en tal sentido, la negativa a hacerlo no requiere de expresión de causa, no siendo objeto de recursos impugnativos.

En esa misma línea, el Reglamento de Infracciones y Sanciones Ambientales del Sector Agrario aprobado por D.S. No. 017-2012-AG contempla el compromiso de cese en su artículo 40 de la siguiente manera:

Artículo 40°.- Compromiso de cese de actos que constituyen infracción

El Ministerio de Agricultura, a través de la DGAAA, está facultada para suscribirlos compromisos de cese o modificación de actos que constituyen infracción leve:

- 40.1. El administrado y/o titular del proyecto o de la actividad debe hacer una propuesta al Órgano Sancionador, que contemple las medidas y actos a ser llevados a cabo por éste, que impliquen la cesación del acto que constituye la infracción o, de ser el caso, la ejecución de determinados actos que acrediten el cese de la infracción.

- 40.2. Debe existir un reconocimiento expreso de la infracción cometida, así como que es pasible de sanción. Asimismo, es necesario que la infracción materia del Compromiso no haya producido consecuencias que puedan afectar la salud y calidad del ambiente de las actividades reguladas, supervisadas y fiscalizadas por el MINAG, a través de la DGAAA.

También debe haber un reconocimiento expreso que en caso de incumplimiento del Compromiso, el administrado y titular del proyecto o de la actividad está obligado automáticamente al pago de la multa por dicho incumplimiento y/o que el MINAG ejecute la garantía otorgada, así como al pago de la multa por la infracción materia del Compromiso suscrito, sin perjuicio de las demás sanciones o medidas administrativas que se puedan disponer en el procedimiento sancionador.

- 40.3. El Órgano Sancionador, previo Informe Técnico del Órgano Instructor, según corresponda, podrá suscribir un Compromiso que contenga los acuerdos tomados, entre los cuales se deberá consignar expresamente la renuncia a impugnar administrativa y/o judicialmente las sanciones que se impongan por incumplimiento del Compromiso y por la infracción cuyo compromiso de cese se ha incumplido.
- 40.4. El Compromiso debe proponerse dentro del plazo fijado para formular los descargos en el procedimiento administrativo sancionador o el plazo ampliatorio que conceda la autoridad.
- 40.5. A requerimiento de la DGAAA, el cumplimiento del Compromiso deberá garantizarse mediante una carta fianza solidaria, irrevocable y de ejecución automática, emitida por una reconocida entidad bancaria, a satisfacción del MINAG. El requerimiento de una carta fianza estará en función de la multa que correspondiera imponerse de no haberse suscrito el Compromiso de Cese.
- 40.6. Una vez suscrito el Compromiso, el MINAG - a través de la DGAAA- suspenderá el procedimiento administrativo sancionador, el mismo que se reiniciará en forma automática en caso de incumplimiento del mismo.
- 40.7. Verificado el cumplimiento del Compromiso por el Órgano Sancionador, se procederá al archivo del procedimiento administrativo sancionador y a la devolución de la carta fianza correspondiente.
- 40.8. No se aceptará la suscripción de compromisos en el caso de infractores que sean reincidentes o de infractores que hayan incumplido con compromisos anteriores.
- 40.9. La facultad de la DGAAA de suscribir el compromiso, es una liberalidad de la Administración y como tal puede no ser conferida en todos los casos, siempre y cuando se señale los fundamentos de su denegatoria. En ese sentido, no puede ser objeto de recursos impugnativos.

Como se puede apreciar ya existe variados sectores que han incluido dentro de las formas de conclusión de sus procedimientos sancionadores los compromisos de cese que los administrados pueden proponer a las autoridades instructoras, por lo que amerita un estudio objetivo sobre su real utilidad y aplicabilidad.

5. El desuso de los compromisos de cese en los procedimientos sancionadores que lo regulan. La neofobia²⁴ administrativa y otras sin razones

Contradiendo el propósito legislativo perseguido al incorporar en diversos procedimientos sancionadores, la figura de los compromisos de cese, la administración nacional no se ha sentido inclinada a proceder bajo criterios de una administración concertada. Más bien parece que nos encontramos ante una administración desconcertada con esta nueva figura como si le restara autoridad i menoscabara el poder público, por lo que esta figura le ocasiona neofobia. Postura que se traduce en una equivocada regulación, en su tendencia al desuso, cuando no al rechazo franco a cualquier compromiso de cese. Bajo una actitud autoritaria, actúa priorizando la estrategia punitiva exclusivamente, recargándose de expedientes sancionadores, insumiendo cada vez más recursos en la instrucción de los procedimientos, en la revisión de las decisiones en la segunda instancia y en la defensa judicial de las sanciones impuestas y que dificultosamente se aplican efectivamente.

Una revisión de la normativa mencionada sumada a la praxis de los organismos que tienen prevista esta figura nos confirman una hipótesis: los compromisos de cese no son aplicados. Dicha situación, aparece propiciada también porque la regulación tiene equivocaciones que impiden su desarrollo y aplicación real. Veamos algunas de ellas.

- La regulación de plazos fugaces para que los instruidos presenten la propuesta de compromiso o incluso, para que una vez presentados se pueda concretar el acuerdo. En esa línea, se suele considerar que la propuesta debe ser presentada perentoriamente dentro del plazo para formular los descargos, cuando ello no tiene ningún fundamento lógico ni jurídico. Al recibir el cargo, la primera preocupación del instruido es organizar su defensa, reconstruir hechos, buscar asesoramiento y no precisamente construir una propuesta de compromiso de cese estimable. Para ello necesita una reflexión serena, realizar el análisis legal y de costo beneficio debido y sobre todo recabar las autorizaciones internas para plantear el compromiso. Desde la perspectiva de la administración, tampoco no hay ningún sentido que la propuesta se realice en ese término perentorio y que no pueda hacerlo después. La única situación que suele ocurrir, es que en la medida que el procedimiento sancionador haya progresado en la instrucción, le será más difícil aceptar un compromiso de cese porque el instructor ya posee la carga psicológica contra el instruido y tenderá a optar por una decisión autoritaria, pero ello no puede constituir fuente válida para proscribir una propuesta de compromiso de cese únicamente por presentarse luego del descargo.
- Considerar que la no denegatoria del compromiso de cese que decida la autoridad “pueda ser sin expresión de causa”. Ciertamente es que estamos frente a una petición graciable, pero ello no justifica la inconstitucionalidad de emitir una decisión

²⁴ Dícese del miedo irracional, anormal y persistente hacia algo nuevo.

administrativa sin expresión de causa o motivación alguna. Precisamente lo que se necesita es que la autoridad fundamente su denegatoria en alguna causal válida, como podría ser, los antecedentes del infractor presunto (ej. si es reincidente en la infracción o si antes defraudó algún compromiso de cese), porque por la materia o por la coyuntura la autoridad considere indispensable dictar un precedente sancionador como mensaje al mercado, si la infracción constituye también un delito o si fuese evidente que ningún compromiso pueda revertir los efectos de la conducta ilegal.

- Confundirlo con el allanamiento. Una de los defectos en el diseño de la regulación de la materia es confundirlo con el allanamiento al cargo cursado que es otra forma distinta posible de concluir el procedimiento sancionador. Un ejemplo de la regulación de allanamiento en materia sancionadora administrativa la podemos encontrar en la regulación del OSINFOR para el caso de conductas infractoras y se considera como atenuante de la infracción²⁵

Por el contrario, constituye un error de diseño considerar como condición para la procedencia del compromiso de cese exigir al administrado reconocer todos o algunos de los cargos imputados, ya que precisamente el compromiso de cese posee su mejor utilidad en permitir poner fin al procedimiento sin una determinación de responsabilidad pero subsanando los efectos de la acción u omisión incurrida.

- Considerar como un factor relevante para su no aceptación algunos conceptos jurídicos indeterminados como haber ocasionado “grave afectación al bienestar de alguien” o “agravio al interés público”, “afectación a la confiabilidad de las actividades reguladas”, “grave daño a los usuarios”, “severidad en la afectación al

²⁵ Reglamento del Procedimiento Administrativo Único (PAU) del OSINFOR RESOLUCION PRESIDENCIAL N° 007-2013-OSINFOR

Artículo 23.- Instrucción del PAU

Las Direcciones de Línea a través de las Subdirecciones de Regulación y Fiscalización, se encargan de la instrucción del PAU que comprende las actuaciones siguientes:

23.1.- Presentación de Descargos

El plazo para la presentación de descargos es de quince (15) días hábiles, más el término de la distancia, computados a partir del día siguiente de la notificación de la Resolución Directoral que inicia el PAU. Antes del vencimiento del plazo, el titular puede solicitar justificadamente la prórroga de dicho plazo hasta por cinco (05) días hábiles, más el término de la distancia, la misma que se entenderá concedida en caso de que no se reciba respuesta de parte del OSINFOR.

Dependiendo de las necesidades expuestas para la presentación de descargos y medios probatorios, la Dirección de Línea podrá disponer una ampliación del plazo señalado en el párrafo anterior. Las ampliaciones solicitadas, suspenden el plazo considerado para la conclusión del PAU, el cual se reanuda con la constancia de recepción de los descargos respectivos.

23.2 Conclusión Anticipada del PAU

Procede la conclusión anticipada del PAU en los casos en que el administrado se allane a los cargos por infracción a la legislación forestal y de fauna silvestre, establecidos en la respectiva Resolución de Inicio o apertura de PAU.

El allanamiento es presentado por el administrado mediante escrito con firma legalizada y debe ser resuelto por la Dirección de Línea, en un plazo no mayor de veinte (20) días hábiles contados a partir de la fecha de recepción del escrito.

La declaración de allanamiento trae consigo la imposición de sanciones por las infracciones consideradas expresamente en la Resolución de Inicio. No procede el allanamiento para la declaración de caducidad, salvo que el administrado lo haya declarado así también, de forma expresa.

Artículo 43.- Formas de conclusión del Procedimiento Administrativo Único

El Procedimiento Administrativo Único concluye:

(...)

c) Con la conclusión anticipada por allanamiento.

interés involucrado”, entre otros. Aparte de dar una amplia discrecionalidad a la autoridad para denegar el pedido de compromiso basándose en cualquiera de estas fórmulas ganzúa (aptas para todo uso), implica para la administración llegar a un grado de análisis de los hechos que difícilmente se tiene al iniciar el procedimiento sancionador donde aún persisten insuficiencias probatorias en el caso.

- La ausencia de un procedimiento apto para permitir una transparente negociación sobre el contenido del acuerdo y finalmente adoptar la decisión de aceptar el compromiso de cese. Los diseños normativos aprobados, parecen partir de la hipótesis que el compromiso debe ser planteado completa y suficiente desde el principio, sin admitir replicas ni duplicas, contrapropuestas o negociaciones abiertas sobre lo que puede o no ser el contenido del acuerdo.
- Exigir que para aprobar el compromiso de cese que deba ser planteado por todos los instruidos o requerir que cuente con la conformidad de los terceros afectados por la conducta del presunto infractor. En el primer caso no tiene sentido proceder favorablemente con los compromisos totales y no con compromisos de cese parciales (con algunos de los sujetos instruidos) porque respecto de los demás seguirá el procedimiento sancionador o incluso, podría adherirse al acuerdo adoptado o avenirse a proponer su propio acuerdo de cese. En el segundo, se otorga a otro particular un papel que no les corresponde, aprobar lo que se entienda que califique como compromiso de cese conveniente para el interés público.

6. Conclusiones

Afirma con absoluta razón el profesor Ari Sunfeld refiriéndose a la gestión pública que “las dudas en relación con la adopción de acuerdos en ciertos casos pueden surgir, mas no deben prosperar”²⁶ y que es tiempo de pensar en alternativas inteligentes a los tradicionales rituales sancionadores. Dudas que por cierto desconciertan a las entidades públicas temerosas de ejercer su discrecionalidad, de ser cuestionadas por actuar concertando con los administrados, o simplemente, atemorizadas frente a lo nuevo.

En palabras del mismo profesor que no podemos sino que hacer nuestras, afirma que se duda con frecuencia que con estos acuerdos se renuncia al poder sancionador o que la administración – en caso de las multas- pierde un derecho económico en su favor. Pero no hay renuncia alguna, porque en el derecho administrativo contemporáneo, los medios disponibles para que la administración conduzca o exija a los privados aquellos comportamientos individuales en dirección de lo que ella considera que es correcto desde la perspectiva del interés público son cada vez más amplios. Aplicar inhabilitaciones, multar, amonestar, entre otros, son algunos de esos medios, los más tradicionales por cierto. Pero la punición administrativa no es un fin en sí mismo, ni puede confundirse con ello. Es solo un simple instrumento de regulación para obtener los fines deseados. Los acuerdos de cese son nuevos instrumentos para alcanzar los mismos fines.

En esa línea creemos que es necesario revisar y potenciar el ejercicio concertado y no única y eminentemente autoritario del poder sancionador.

²⁶ ARI SUNFELD, Carlos; “As Agencias reguladoras e a arrecadação de multas”. Web Sociedade Brasileira de Direito Público http://www.sbdp.org.br/artigos_ver.php?idConteudo=91. También publicado en Valor Econômico, 17/04/2012, Opinião, p. A14