



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
Escuela Académico Profesional de Derecho

XIX PROGRAMA DE ACTUALIZACIÓN PROFESIONAL

TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL
PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO

SITUACIÓN JURÍDICA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
SANCIONADOR A CARGO DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE
LA REPÚBLICA A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EXPEDIENTE N° 0020-2015-PI/TC

PRESENTADA POR:

JENNIFER SUSAN GOICOCHEA INFANTE

Cajamarca, abril de 2021.

AGRADECIMIENTO

A mi padre, madre, abuela y hermanos,
porque se los debo.

INDICE

| | |
|---|----|
| ABREVIATURAS | 2 |
| INTRODUCCIÓN | 4 |
| I. CAPÍTULO..... | 7 |
| ASPECTOS METODOLÓGICOS..... | 7 |
| 1.1. DESCRIPCIÓN DEL TEMA | 7 |
| 1.2. JUSTIFICACIÓN | 10 |
| 1.3. OBJETIVOS | 11 |
| 1.3.1. Objetivo General..... | 11 |
| 1.3.2. Objetivo Específicos | 12 |
| 1.4. METODOLOGÍA..... | 13 |
| 1.4.1. Genéricos..... | 13 |
| 1.4.2. Propios del Derecho | 13 |
| II. CAPÍTULO..... | 15 |
| MARCO TEÓRICO LEGISLATIVO | 15 |
| 2.1. EL SISTEMA NACIONAL DE CONTROL Y LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA | 15 |
| 2.2. CLASES DE CONTROL GUBERNAMENTAL | 20 |
| 2.2.1. Servicios de control previo | 20 |
| 2.2.2. Servicios de control simultáneo..... | 21 |
| 2.2.3. Servicios de control posterior | 21 |
| 2.3. PROCEDIMIENTO SANCIONADOR BAJO COMPETENCIA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA | 22 |
| III. CAPÍTULO..... | 29 |
| DISCUSIÓN Y ANÁLISIS DE RESULTADOS..... | 29 |
| 3.1. DISCUSIÓN Y ANÁLISIS | 29 |
| 3.1.1. Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional que limita la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República | 29 |
| 3.1.2. Análisis de la Resolución de Sala Plena N° 002-2020-SERVIR/TSCE | 35 |
| IV. CAPÍTULO..... | 41 |
| CONCLUSIONES | 41 |
| V. CAPÍTULO..... | 43 |
| RECOMENDACIONES..... | 43 |

ABREVIATURAS

| | |
|-------|--|
| PAD | : Procedimiento Administrativo Disciplinario |
| PAS | : Procedimiento Administrativo Sancionador |
| TC | : Tribunal Constitucional |
| CGR | : Contraloría General de la República |
| LSC | : Ley del Servicio Civil |
| MOF | : Manual de Organización y Funciones |
| ROF | : Reglamento de Organización y Funciones |
| LOCGR | : Ley Orgánica de la Contraloría General de la República |
| OCI | : Órgano de Control Institucional |

**SITUACIÓN JURÍDICA DEL PROCEDIMIENTO
ADMINISTRATIVO SANCIONADOR A CARGO DE LA
CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA A
PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL**

EXPEDIENTE N° 0020-2015-PI/TC

INTRODUCCIÓN

Aun cuando la potestad sancionadora del Estado data de hace muchas décadas, las infracciones cometidas por sus servidores y funcionarios públicos no cesan. Muy por el contrario, en la actualidad el país vive una grave crisis institucional, y es que las estructuras administrativas del Estado se han visto afectadas por las deplorables actuaciones de sus recursos humanos, los cuales, guiados por intereses privados han utilizado a las entidades públicas para tal fin.

En la Nota de Prensa N° 381-2019-CG-GCOC: Más de dos mil funcionarios están impedidos de trabajar en el Estado, publicado en la página web de la Contraloría General de la República, se señala que un total de 2 137 funcionarios y servidores públicos se encuentran suspendidos o inhabilitados temporalmente para ejercer la función pública al haber sido sancionados administrativamente por inconducta funcional, dicha data se encontraba actualizada al 30 de abril del 2019, asimismo, señalaba que los departamentos con mayor número de personal público sancionado por la Contraloría eran Lima (436), Cusco (201), Cajamarca (146), Lambayeque (120) y Puno (108). (Contraloría General de la República, 2019)

Entre las infracciones administrativas más frecuentes figuraban: actuación parcializada en contra de los intereses del Estado, en los contratos, licitaciones, concurso de precios, subastas, licencias, autorizaciones o cualquier otra operación o procedimiento en que participe con ocasión de su cargo, función o comisión, dando lugar a un beneficio ilegal, sea propio o de tercero.

Visto ese panorama, es importante recalcar, que, si bien los empleados públicos ostentan un conjunto de derechos, estos también están obligados al cumplimiento irrestricto de un compendio de obligaciones que el Estado les impone, considerando que ellos son el reflejo de la voluntad administrativa de este. Es por ello, que cuando estos incurren en alguna conducta infractora de dichos deberes, el Estado ejerce su *ius puniendi* imputándoles no solamente responsabilidad penal

o civil, si la hubiere, sino que estos son también responsables administrativamente.

Ahora bien, el Estado ejerce su potestad administrativa sancionadora desde dos planos, uno relacionado a la responsabilidad administrativa disciplinaria, procedimiento que es seguido en primera instancia por la entidad en la que labora el servidor o funcionario público y en segunda por la Autoridad Nacional del Servicio Civil, bajo el procedimiento regulado en la Ley N° 30057 y sus normas reglamentarias; y otro que investiga la responsabilidad administrativa funcional, procedimiento que tiene a su cargo la Contraloría General de la República, debido a la potestad sancionadora que se le fuera conferida con la modificación de Ley N° 29622, Ley que modifica la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, por la Ley N° 30742 Ley de Fortalecimiento de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control.

Dicha ampliación de potestades sancionadoras otorgadas a la Contraloría General de la República, ha sido objeto de no pocos debates académicos y judiciales, muestra de ello, tenemos que el 20 de agosto de 2015 el Colegio de Abogados de Arequipa interpuso una demanda de inconstitucionalidad de dicha Ley, argumentando para ello que este acrecentamiento de facultades sancionadoras vulneraba el principio de *non bis in idem*, el principio de legalidad y el subprincipio de tipicidad o taxatividad.

Luego de que el Tribunal Constitucional emitiera la Sentencia de dicho expediente, y el apoderado del Congreso de la República solicitara formalmente la aclaración de algunos puntos resueltos, la situación jurídica del procedimiento administrativo sancionador a cargo de la Contraloría General de la República quedó en incertidumbre debido a que si bien, en el auto aclaratorio se hizo mención a algunos puntos importantes, el máximo ente de interpretación de nuestro ordenamiento jurídico se abstuvo de pronunciarse sobre el principal efecto de dicha sentencia, la imposibilidad de sancionar a aquellos funcionarios y servidores

públicos identificados en informes de control emitidos por este ente autónomo, antes de que se declarase inconstitucional la Ley en donde se encontraban recogidos los supuestos de infracción que originaban responsabilidad administrativa funcional.

En ese sentido, en el presente trabajo monográfico se analizará la situación jurídica actual de los procedimientos sancionadores a cargo de la Contraloría General de la República con posterioridad a la decisión del Tribunal Constitucional, asimismo, y a fin de complementar dicha investigación, se examinará la Resolución de Sala Plena N° 002-2020-SERVIR/TSC, misma que establece un precedente administrativo sobre deslinde de responsabilidades por nulidad del Procedimiento Administrativo Sancionador de la CGR.

Debido a ello, y para su mejor entendimiento, la presente investigación ha sido estructurada en cuatro capítulos, el primero referido a los aspectos metodológicos utilizados, el segundo capítulo que encuadra el marco teórico, el mismo que se encuentra compuesto por tres subtítulos: El Sistema Nacional de Control y la Contraloría General de la República, y, El Procedimiento Administrativo Sancionador a cargo de la Contraloría General de la República; el tercer capítulo titulado Discusión y Análisis de resultados, contiene los siguientes subtemas: Análisis de la situación jurídica del procedimiento administrativo sancionador a cargo de la Contraloría General de la República después de la sentencia del Tribunal Constitucional, y Análisis de Resolución de Sala Plena N° 002-2020-SERVIR/TSC.

I. CAPÍTULO

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. DESCRIPCIÓN DEL TEMA

La potestad sancionadora de la Administración Pública se traduce en un auténtico poder derivado del ordenamiento jurídico mediante el cual se encamina al mejor gobierno de los diversos sectores de la vida social. (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2017, pág. 11).

En ese sentido, la Administración Pública a previsto distintos procedimientos que evalúan posibles infracciones y que de comprobarse, convergen en la aplicación de sanciones; así pues, tenemos al Procedimiento Administrativo Disciplinario (PAD), el mismo que se encuentra regulado por la Ley del Servicio Civil N° 30057 y su Reglamento, en donde se establece las faltas e infracciones pasibles de comisión por parte del personal administrativo, las cuales se hallan definidas sobre la base del incumplimiento de la normativa que regula el empleo público.

Por otro lado, tenemos que los empleados públicos pueden ser sancionados administrativamente en procedimientos tramitados por la Contraloría General de la República. Ahora bien, es importante señalar que, la Ley N° 29622, Ley que modifica la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, tuvo a bien ampliar las facultades de la misma para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional; reforma que ha generado controversias al otorgarle al Sistema Nacional de Control (SNC) una potestad sancionadora que en principio no poseía. (Guzmán Napuri, 2016, pág. 439).

A fin de seguir fortaleciendo dicha potestad, el 5 de abril del 2018 se publicó en el diario oficial El Peruano la Resolución de Contraloría N° 100-2018-CG, mediante la cual se aprobó el nuevo reglamento de Infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control, avivando aún más las controversias entorno a ello.

Dicha controversia fue discutida en el Tribunal Constitucional debido a la interposición de una demanda de Inconstitucionalidad contra diversas disposiciones de la Ley N° 29622 que modificaba la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República; dicha petición fue formulada por el Colegio de Abogados de Arequipa, en donde, entre otros argumentos se sustentaba que dichas disposiciones vulneraban entre otros, los principios de *non bis in idem*, el de legalidad y el subprincipio de tipicidad o taxatividad.

El 26 de abril del 2018, el Tribunal Constitucional en sesión del Pleno Jurisdiccional, cuyo ponente fue el magistrado Sardón de Taboada, emite la Sentencia del Expediente N° 00020-2015-PI/TC y declara fundada en

parte la demanda de inconstitucionalidad; en consecuencia se declara inconstitucional el artículo 46 de la Ley N°27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, incorporada por el artículo 1 de la Ley N° 29622 en su totalidad, y por conexidad, inconstitucional la frase "que fueron referidas en el artículo 46" del primer párrafo del artículo 47.1 literal a.

El mismo día en el que se publicó dicha sentencia en el diario oficial El Peruano, el apoderado del Congreso de la República presentó formalmente una solicitud de aclaración ante el máximo intérprete de la Constitución a efectos de que se pueda precisar algunos aspectos de lo resuelto por el TC en la presente sentencia, en la cual se incluye un pedido de *vacatio sententiae*, señalando que se permita establecer un plazo a través del cual se subsanen los vacíos legales que sus efectos traerían consigo en los procedimientos administrativos sancionadores iniciados y por iniciarse, esto a fin de procurar que no queden impunes hechos graves, por falta de una autoridad competente para sustanciarlos. (Santy Cabrera, Análisis a la reciente sentencia del Tribunal Constitucional sobre la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República, 2019, pág. 23)

Posteriormente, el 11 de agosto del 2019 se publicó en el diario oficial El Peruano, el Auto Aclaratorio N° 4 respecto al expediente antes mencionado y se resolvió declarar fundado en parte el pedido de aclaración de autos, en consecuencia, aclarar la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 00020-2015-PI/TC.

Una vez que se conoció la aclaración de sentencia de inconstitucionalidad, mediante un pronunciamiento a la opinión pública, la Contraloría General de la República, manifestó su enorme preocupación ante lo resuelto por dicho ente, ya que este se abstuvo de pronunciarse respecto al marco legal

de los supuestos de infracción bajo los cuales la CGR venía ejerciendo su potestad sancionadora, siendo este el principal efecto que se desprende de la Sentencia del Expediente N° 00020-2015-PI/TC, en ese sentido, se configuró un hecho de imposibilidad jurídica para sancionar sobre las siguientes situaciones: (i) Las resoluciones que dan inicio a procedimientos sancionadores en materia de responsabilidad administrativa funcional, es decir, sobre aquellos procedimientos sancionadores que se encuentran en trámite; (ii) Los informes de control emitidos en el marco de auditorías de cumplimiento donde se haya verificado la existencia de presunta responsabilidad administrativa funcional; y, (iii) Las auditorías de cumplimiento que se encuentren actualmente en trámite.

Visto todo ello, el presente trabajo analizará la situación de los procedimientos sancionadores iniciados y que estaban por iniciarse a cargo de la Contraloría General de la República hoy por hoy, asimismo, se analizará la posibilidad del reenvío de informes de control a potestad de las Secretarías Técnicas de cada entidad, complementando tal análisis con la evaluación de lo dispuesto en Resolución de Sala Plena N° 002-2020-SERVIR/TSC, misma que establece un precedente administrativo sobre deslinde de responsabilidades por nulidad del Procedimiento Administrativo Sancionador de la CGR.

1.2. JUSTIFICACIÓN

El presente trabajo se justifica debido que recoge el análisis de los procedimientos sancionadores a cargo de la Contraloría General de la República con posterioridad a la dación de la Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente N° 00020-2015-PI/TC, situación de vital relevancia, que importa no solamente a los órganos instructores, ya sea, oficinas regionales de control, órganos de control institucional y sociedades de auditoría; sino que importa también a aquellos funcionarios y servidores

públicos cuyas conductas hayan sido objeto de investigación en un procedimiento sancionador a cargo de la CGR.

Asimismo, es importante conocer la situación actual de dicho procedimiento sancionador a cargo de la Contraloría General de la República a fin de que aquellos actos irregulares cometidos por servidores y funcionarios públicos que hayan sido identificados y que se encuentren plasmados en informes de control no queden en la impunidad, generando con ello un nivel confianza en la ciudadanía, situación que a su vez alcanza las dos finalidades de dicha potestad, la primera referida a la prevención, a fin de disuadir la comisión de actos irregulares, recuperando la credibilidad de la ciudadanía en los mecanismos de control, y, el de represión, otorgando una respuesta adecuada y proporcional al acto irregular.

Finalmente, la presente investigación se justifica ya que evalúa las implicancias que trae consigo el tránsito de informes de control a manos de las Secretarías Técnicas de cada entidad, órganos a los cuáles se ha encargo seguir con dichos procedimientos, aun cuando estos únicamente tenían a su cargo el desarrollo de procedimientos administrativos disciplinarios, y sumado a ello un breve análisis de la Resolución de Sala Plena N° 002-2020-SERVIR/TSC.

1.3. OBJETIVOS

1.3.1. Objetivo General

Determinar la situación jurídica actual de los procedimientos sancionadores a cargo de la Contraloría General de la República cuyos informes de control hubiesen sido emitidos antes o en el momento de la dación de la Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente N° 00020-2015-PI/TC que declaró inconstitucional la Ley N°27785, Ley Orgánica del Sistema

Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, incorporada por el artículo 1 de la Ley N° 29622 y su posterior Auto Aclaratorio.

1.3.2. Objetivo Específicos

- A. Evaluar si los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley N° 29622, Ley que modifica la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República afecta a los procedimientos sancionadores iniciados y que estaban por iniciarse.
- B. Determinar si es posible reenviar al ámbito del procedimiento administrativo disciplinario, las resoluciones que dan inicio a procedimientos sancionadores en materia de responsabilidad administrativa funcional, es decir, sobre aquellos procedimientos sancionadores que se encuentran en trámite.
- C. Establecer si es posible reenviar al ámbito del procedimiento administrativo disciplinario, los informes de control emitidos en el marco de auditorías de cumplimiento donde se haya verificado la existencia de presunta responsabilidad administrativa funcional.
- D. Fijar si es posible reenviar al ámbito del procedimiento administrativo disciplinario, las auditorías de cumplimiento que se encuentren actualmente en trámite.
- E. Determinar si el reenvío de informes de control a las Secretarías Técnicas no extralimita sus atribuciones conferidas según la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil.

1.4. METODOLOGÍA

Los métodos que utilizaremos en el desarrollo de la presente investigación serán:

1.4.1. Genéricos

A. Método analítico – sintético

Permitirá descomponer los presupuestos, principios, y formalidades que contiene el procedimiento administrativo sancionador que tenía a su cargo la Contraloría General de la República; así como las implicancias que trae consigo la decisión de trasladar los informes de control hacia las Secretarías Técnicas de cada entidad a fin de que estas decidan la imposición o no de un sanción, todo ello como efecto de la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 46 de la Ley N°27785 que fuera incorporado por la Ley N° 29622 que modificó la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República. De tal manera que dicho análisis nos permita determinar finalmente, bajo que supuestos es factible el reenvío de expedientes sancionadores al ámbito normativo del procedimiento administrativo disciplinario bajo lo dispuesto en la Ley del Servicio Civil N° 30057 y su Reglamento.

1.4.2. Propios del Derecho

A. Método dogmático

Para la realización de este trabajo de investigación, se tomó como fuentes formales, la Ley, La Jurisprudencia y la Doctrina, esto a fin de exponer los presupuestos y caracteres normativos del procedimiento administrativo sancionador de la Contraloría General de la República.

B. Método exegético

Será necesario la utilización de este método en la medida que se deberá interpretar tanto lo dispuesto en la Ley N° 29622 que modifica la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, respecto al procedimiento sancionador por responsabilidad funcional, así como lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente N° 020-2015-PI/TC, contrastando todo ello, con lo dispuesto en la Resolución de Sala Plena N° 002-2020-SERVIR/TSC.

II. CAPÍTULO

MARCO TEÓRICO LEGISLATIVO

2.1. EL SISTEMA NACIONAL DE CONTROL Y LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Según la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo N° 29158, en el Perú existen once sistemas administrativos, mediante los cuales se organizan las diferentes actividades de la Administración Pública, y entre ellos encuentran, por ejemplo, el Sistema de Gestión de Recursos Humanos, con su ente rector SERVIR, el Sistema de Abastecimiento, cuyo ente rector es el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, y el Sistema de Control, cuya autoridad técnica - normativa es la Contraloría General de la República.

Este último sistema administrativo tiene su origen en la época incaica, así pues, Poma de Ayala en su obra “El primer nueva crónica y buen gobierno”, señalaba que el *quipoc curaca* era aquella persona que se desempeñaba como el contador rector del incanato, asimismo, destacaba el rol del *cóndor*

chaua, cuyo significado estaba referido a que todo lo que pasaba en ese reino debería asentarse. (Díaz Guevara, 2019, pág. 17)

Asimismo, existieron los *tucuyricuy* (el que todo lo ve) quienes fungían de supervisores del cumplimiento de las órdenes del Inca y fiscalizaba la labor de los funcionarios, asimismo, estos rendían cuenta de sus gestiones valiéndose de la información rescatada de los *quipus*, una vez que se realizaba esto, se realizaba una copia del *quipu* que posteriormente serviría para preparar el informe general anual a presentarse ante el Inca. (Flores Konja)

Más adelante, en la época del Virreynato, el control pasó a manos de los conquistadores, los cuales, guiados por ánimos lucrativos, generaron un gran desorden en las cuentas del Estado, debido a ello la corona española implementó mecanismos de fiscalización, como la toma de cuentas, mediante este proceso, se establecía que las cuentas se tomarían al principio de cada año posterior al año a fiscalizar, sin embargo, este mecanismo no tuvo el éxito que se esperaba debido a la falta de especialización de los encargados. (Contraloría General de la República, 2013, pág. 46)

En 1822 se promulgó una Ley cuyo fin era el de asegurar la responsabilidad en el ejercicio de la función pública, estableciendo que todo funcionario estaría sujeto a un juicio de residencia, de manera que, al finalizar su desempeño, se revisaba su actuación y se escuchaban todos los cargos que se le hubieran imputado. En caso este hubiera resultado culpable se le imponía una sanción, que en su mayoría era la imposición de una multa. Se considera entonces a este procedimiento como el primer antecedente de sanción administrativa derivada del ejercicio de una función pública en el Perú. (Díaz Guevara, 2019, pág. 19)

Posterior a ello, la Constitución Política de la República Peruana sancionada por el Primer Congreso Constituyente del 12 de noviembre de 1823¹, establecía la creación de una Contaduría General la misma que estaba encargada de examinar y glosar las cuentas de todos productos e inversiones de Hacienda, así mismo, se dispuso la aplicación de la pena capital para el funcionario que malversara fondos por más de 10 pesos.

Es con el presidente Augusto B. Leguía y la dación de la Ley N.º 6784 del 28 de febrero de 1930, que se crea la Contraloría General de la República, disponiendo su conformación con las Direcciones del Tesoro, Contabilidad y del Crédito Público como una repartición del entonces Ministerio de Hacienda. Entre otras, la principal función de esta entidad, estaba referida al control de la Administración Pública, vigilando que ésta no contrajera obligaciones que superen las legalmente establecidas, garantizando de esta manera el equilibrio presupuestal del Estado.

Con esto se marca un nuevo hito en el control gubernamental, el cual hasta entonces estaba vinculado únicamente con aspectos contables, pasando ahora a un enfoque de control presupuestal, en ese sentido, la Contraloría General se encargaba de verificar los gastos públicos antes de que el Estado pueda establecer algún compromiso financiero.

El 16 de noviembre de 1971, mediante el Decreto Ley N.º 19039, se emite la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control, en la misma que se establece el concepto, ámbito, organización y procesos de Control de la actividad pública nacional, mediante la cual también se reconoce a la Contraloría General de la República como entidad superior de control del

¹ **Artículo 152º**

Habrá en la capital de la República una Contaduría General con un Jefe y los empleados necesarios. En ella deberán examinarse, glosarse y fenecerse las cuentas de todos los productos en inversiones de la Hacienda.

sector público nacional, se establece a su vez, el derecho a descargo, mediante el cual, ningún informe de auditoría sería considerado definitivo, sin antes se pueda, al funcionario, dar la oportunidad de presentar pruebas que deslinden su responsabilidad².

Finalmente, respecto al ámbito de control material, se establecía que serían objeto de control todas aquellas actividades públicas, sometiendo a éstas a un control previo y posterior, verificando la correcta administración de los recursos económicos y financieros, así como el balance de los resultados obtenidos producto de su gestión pública.

Es en el año 2011 donde el control gubernamental tiene un giro técnico importante, y es que además de las funciones fiscalizadoras de la Administración Pública que se le había atribuido, se confiere a la Contraloría General de la República la potestad para sancionar la responsabilidad derivada de acciones de control, cuyo similar antecedente se encontraba regulado en el Decreto Ley N° 19039.

Actualmente las atribuciones, funciones y principios que orientan el desarrollo del Sistema Nacional de Control y la Contraloría General de la República, los encontramos recogidos en la Ley N° 27785 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, y define en su artículo 12° a este sistema como el conjunto de órganos de control, normas, métodos y procedimientos, estructurados e integrados

² **Artículo 2°**

El Control comprende las acciones para cautelar previamente y verificar posteriormente la correcta administración de recursos humanos, materiales y financieros y la obtención de los resultados de la gestión pública por parte de las entidades que integran el Sector Público Nacional, así como la utilización de fondos públicos por parte de otras entidades cualquiera sea su naturaleza jurídica.

funcionalmente, destinados a conducir y desarrollar el ejercicio del control gubernamental en forma descentralizada.

Su actuación comprende las actividades y acciones en los campos administrativos, presupuestal, operativo y financiero de las entidades y alcanzan al personal que presta servicio en ellas, independientemente del régimen que las regula.

Este sistema se encuentra conformado por los siguientes órganos de control: a) La Contraloría General, como ente técnico rector, b) Todas las unidades orgánicas responsables de la función de control gubernamental de las entidades que se mencionan en el Artículo 3° de la aludida Ley, sean estas de carácter sectorial, regional institucional o se regulen por cualquier otro ordenamiento organizacional; c) Las sociedades de auditoría externa independientes, cuando son designadas por la Contraloría General y contratadas durante un periodo determinado, para realizar servicios de auditoría en las entidades: económica, financiera, de sistemas informáticos, de medio ambiente y otros.

El ejercicio de control gubernamental por el Sistema en las entidades, se efectúa bajo la autoridad normativa y funcional de la Contraloría General, la que establece los lineamientos, disposiciones y procedimientos técnicos correspondientes a su proceso, en función a la naturaleza y/o especialización de las entidades, las modalidades de control aplicables y los objetivos trazados para su ejecución.

Así pues, a lo largo de la historia política del Perú, el Sistema de Control ha sido objeto de cambios que respondían a intereses e ideologías de los jefes de gobierno en cada momento, de manera que, pasamos desde un control

gubernamental ligado únicamente a aspectos contables, hasta transformarlo en uno de enfoque presupuestal, cuya finalidad es la vigilancia de la legalidad de las actuaciones de los operadores públicos vinculados a la gestión pública a quienes se les hubiese encargado la correcta administración de recursos financieros del Estado.

2.2. CLASES DE CONTROL GUBERNAMENTAL

La Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, en su Artículo 7° determina que el control gubernamental puede ser interno o externo, el primero de ellos se realiza mediante el Órgano de Control Institucional - OCI, mientras que el segundo puede ser realizado por organizaciones privadas debidamente calificadas y autorizadas por la CGR.

El control interno comprende las acciones de cautela previa, simultánea y de verificación posterior, con la finalidad que la gestión de sus recursos, bienes y operaciones se efectúe correcta y eficientemente.

2.2.1. Servicios de control previo

Estos servicios están constituidos por aquellos procesos prestados por la CGR y los OCI, exigidos en leyes especiales y que involucran actuaciones preparatorias con la finalidad de velar por la legalidad de dichas realizaciones.

Dentro de los servicios de control previo se encuentran sujetas las siguientes acciones: autorización de presupuestos adicionales de obras y mayores servicios de supervisión; aquellos actos que involucren operaciones que comprometan la capacidad financiera del Estado; y

finalmente, cuando se tenga que opinar sobre las contrataciones con carácter de secreto militar o de orden interno.

2.2.2. Servicios de control simultáneo

Estos servicios están constituidos por aquellos procesos prestados por la CGR y los OCI, que involucran la plena ejecución del presupuesto público. Las normas que rigen este régimen de control se encuentran recogidas en la Resolución de Contraloría N° 115-2019-CG, en donde se define como modalidades de control simultáneo las siguientes: control concurrente, visita de control, orientación de oficio, y otras que se pudieran establecer.

2.2.3. Servicios de control posterior

Estos servicios están constituidos por aquellos procesos prestados por la CGR y los OCI que significa la verificación posterior de actuaciones de servidores y funcionarios públicos.

Son modalidades de este tipo de control las siguientes: auditoría de cumplimiento, auditoría de desempeño, y servicio de control específico a hechos con presunta irregularidad.

Para mayor entendimiento del presente trabajo, es oportuno realizar algunas precisiones acerca de la auditoría de cumplimiento, así pues, este régimen se encuentra regulado conforme lo determinado en la Directiva N° 007-2014-CG-GCSII “Auditoría de Cumplimiento”, aprobada mediante Resolución de Contraloría N° 473-2014-CG, en donde se indica que la auditoría de cumplimiento es un examen objetivo y profesional que tiene como propósito determinar en qué medidas las entidades han observado la normativa aplicable, disposiciones internas y estipulaciones

contractuales establecidas, en el ejercicio de la función o prestación del servicio público y en el uso y gestiona de los recursos del Estado.

El informe de control es el instrumento utilizado en este tipo de auditoría, en el cual se determinará la imputación de responsabilidad administrativa funcional, penal y civil, según fuera el caso.

2.3. PROCEDIMIENTO SANCIONADOR BAJO COMPETENCIA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

A partir de la dación de la Ley N° 27785, se atribuye a la Contraloría General de la República la facultad para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional a servidores y funcionarios públicos, teniendo como respaldo constitucional lo establecido en el artículo 82³, en donde se establece claramente sobre dicha potestad un mandato de supervisión y control, primero, sobre la licitud del proceso de ejecución del presupuesto público a cargo de empleados del Estado; y segundo, respecto de las operaciones de la deuda pública. (Dolorier Torres & Ramírez Moscoso, 2018, pág. 30)

La potestad sancionadora que la CGR ostenta se justifica con diversos argumentos, en primer lugar, se señala se le otorgó dicho poder debido a la que las recomendaciones que efectuaba el Sistema Nacional de Control, no eran debidamente implementadas, situación que originaba impunidad, cuando las entidades no iniciaban los procedimientos administrativos

³ Artículo 82

La Contraloría General de la República es una entidad descentralizada de Derecho Público que goza de autonomía conforme a su ley orgánica. Es el órgano supervisor del Sistema Nacional de Control. Supervisa la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control.

disciplinarios a sus servidores o funcionarios públicos, quedando la responsabilidad administrativa relegada.

Sumado a ello, se indica que como en todo proceso, un mismo sujeto, en este caso entidad, no puede ser juez y parte, es decir, debido que los procedimientos administrativos disciplinarios son iniciados por la propia entidad, no se garantizaba una real imparcialidad, situación que podría desencadenar en que no se realice una imputación objetiva. (Guzmán Napuri, 2016, pág. 440)

La responsabilidad administrativa atribuida a funcionarios y servidores públicos en el marco de las atribuciones sancionadoras de la Contraloría General de la República, es denominada responsabilidad administrativa funcional.

Respecto a la fundamentación constitucional de este tipo de responsabilidad administrativa, el artículo 41 de nuestra Carta Magna, establece: “La Ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública. El plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado”.

La Novena Disposición Final de la Ley N° 27785, refiere que este tipo de responsabilidad administrativa es aquella en la que incurren los servidores y funcionarios por haber contravenido el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen, se encuentre vigente o extinguido el vínculo laboral o contractual al momento de su identificación durante el desarrollo de la acción de control.

Dentro del ámbito de aplicación de este tipo de sanciones, se encuentran las instituciones señaladas en el artículo 3° de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, en donde se establece que serán entidades sujetas a control las siguientes: Gobierno Central, dentro de las cuales los tres poderes del Estado, Ejecutivo, Legislativo y Judicial; Gobiernos Regionales y Locales, unidades administrativas del Poder Legislativo, Judicial y del Ministerio Público; Organismos Autónomos, Reguladores de los servicios públicos; Empresas del Estado⁴.

El Reglamento de Infracciones y Sanciones para la determinación de la Responsabilidad Administrativa Funcional derivada de los informes emitidos por los Órganos del Sistema Nacional de Control, establece el procedimiento y las sanciones a imponerse, así pues, determinado las

⁴ **Artículo 3.- Ámbito de aplicación**

Las normas contenidas en la presente Ley y aquellas que emita la Contraloría General son aplicables a todas las entidades sujetas a control por el Sistema, independientemente del régimen legal o fuente de financiamiento bajo el cual operen. Dichas entidades sujetas a control por el Sistema, que en adelante se designan con el nombre genérico de entidades, son las siguientes:

- a) El Gobierno Central, sus entidades y órganos que, bajo cualquier denominación, formen parte del Poder Ejecutivo, incluyendo las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, y sus respectivas instituciones.
- b) Los Gobiernos Regionales y Locales e instituciones y empresas pertenecientes a los mismos, por los recursos y bienes materia de su participación accionaria.
- c) Las unidades administrativas del Poder Legislativo, del Poder Judicial y del Ministerio Público.
- d) Los Organismos Autónomos creados por la Constitución Política del Estado y por ley, e instituciones y personas de derecho público.
- e) Los organismos reguladores de los servicios públicos y las entidades a cargo de supervisar el cumplimiento de los compromisos de inversión provenientes de contratos de privatización.
- f) Las empresas del Estado, así como aquellas empresas en las que éste participe en el accionariado, cualquiera sea la forma societaria que adopten, por los recursos y bienes materia de dicha participación.
- g) Las entidades privadas, las entidades no gubernamentales y las entidades internacionales, exclusivamente por los recursos y bienes del Estado que perciban o administren.

En estos casos, la entidad sujeta a control, deberá prever los mecanismos necesarios que permitan el control detallado por parte del Sistema.

conductas constitutivas de infracciones, por ejemplo, están todas aquellas conductas que se cometen por incumplir el marco legal aplicable a las entidades y las disposiciones relacionadas a la actuación funcional del funcionario o servidor público, así como aquellas infracciones por transgresión de los principios, deberes y prohibiciones establecidas en las normas de ética y probidad de la función pública.

Asimismo, al ser este un procedimiento sancionador, el mismo se desarrolla sobre la base de un conjunto de principios que constituyen no solamente, directrices para el órgano que impone las sanciones, es decir la CGR, sino que representan, límites en el ejercicio de esta facultad, otorgando a los funcionarios y servidores públicos, garantías que permitan la observación de una estructura reglada en un procedimiento sancionador.

A propósito, el Tribunal Constitucional ha establecido que la aplicación de una sanción en el marco de un procedimiento administrativo, deberá observar ciertos principios básicos⁵, como el principio de legalidad, tipicidad

⁵ Estos principios se encuentran desarrollados en el artículo 248° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General Ley N° 27444, tal como de detalla a continuación:

Artículo 248° Principios de la potestad sancionadora administrativa

1. Legalidad. - Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.
(...)
4. Tipicidad. - Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía.

Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria. A través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados

y culpabilidad, tal cual se desprende de lo señalado en el fundamento octavo del Expediente N° 2050-2002-AA/TC:

“Es necesario precisar que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador”.

Por su parte, en la exposición de motivos de la Ley N° 29622 publicada el 10 de diciembre del 2010, se establecen como justificaciones de la existencia de la responsabilidad administrativa por inconducta funcional, primero, el hecho de que la poca diligencia de la propia entidad para iniciar procedimientos disciplinarios a sus operadores públicos a ocasionado la prescripción de algunos casos, situación que ha permitido la acentuación de un marco de impunidad, asimismo, se señala que debido a que en un procedimiento disciplinario solamente se sancionan conductas ligadas propiamente al vínculo laboral, ya sea, por incumplimiento en los horarios, jornadas de trabajo, entre otras; se ha dejado de lado aquellas conductas infractoras de las normas de derecho público o disposiciones internas establecidas en la gestión de las entidades, infracciones que son comprendidas en procedimientos donde se investiga responsabilidad administrativa funcional.

En ese sentido, el jurista peruano Díaz Guevara, señala que la función de la imposición de sanciones por responsabilidad administrativa funcional, responde no solamente a una función orientadora, sino que constituye un

el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda.

(...)

10. Culpabilidad. - La responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva.

(...)

elemento disuasivo de la conducta funcional. (Díaz Guevara, 2019, pág. 276)

Ahora bien, en el marco de este procedimiento administrativo sancionador, existen dos tipos de sanciones, la suspensión y la inhabilitación. Cabe señalar, que al igual que en el ámbito penal, el desarrollo de este procedimiento también se lleva a cabo en etapas, en dos de manera específica, la primera, que es la fase instructora, en donde el órgano competente propone una sanción que tienen carácter no vinculante, y que posteriormente será evaluada en la fase decisoria, en donde el órgano sancionador se encargará de evaluar y definir dicha sanción. En ese momento concluye la primera instancia, en caso, dicho procedimiento sea elevado a segunda instancia, es el Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas el cual podrá ratificar, reformar o revocar la sanción impuesta.

Por otro lado, siempre que se trate de un procedimiento administrativo sancionador seguido por la CGR, el bien jurídico protegido está vinculado con la relación orgánica que el servidor o funcionario público tiene con el Estado, esta relación orgánica será aquella que une al empleado público con el cargo o función de desempeña.

Por ejemplo, en el caso de un asesor legal externo en virtud de un contrato de locación de servicios, se observa que el primer elemento para ser considerado funcionario o servidor público, bajo el esquema de la responsabilidad administrativa funcional, es la vinculación contractual u orgánica, es decir, que en aquella vinculación se deben haber estipulado las obligaciones contractuales por realizar como contraprestación a favor de la entidad; no obstante, no cumple con el segundo requisito para ser considerado como funcionario o servidor público, esto es, el haber ejercido

funciones en la entidad, es decir, en este caso, el hecho de no haber ejercido una función que haya sido asignada a través del Reglamento de Organización y Funciones (ROF), Manual de Organización y Funciones (MOF), u otro documento de gestión (directiva, memorando, entre otros) de la entidad.

Por tanto, el asesor legal externo, si bien cumple con el primer requisito de estar vinculado a la entidad contractualmente, no ha cumplido con la segunda exigencia para ser considerado como funcionario o servidor público bajo la definición de la responsabilidad administrativa funcional: el haber ejercido una función determinada en la entidad.

Entonces se desprende que, no solamente basta que una persona sea considerada como funcionario y servidor público solo por tener una vinculación contractual con la entidad, sino que adicionalmente, para tal condición se le debe haber asignado funciones dentro de la estructura orgánica de la entidad, caso contrario no se le podría atribuir responsabilidad administrativa funcional, ya que para ello es condición *sine qua non*, que estas se encuentren identificadas y asignadas dentro de la estructura orgánica de la entidad. (Santy Cabrera, La responsabilidad administrativa funcional en el marco de la Contraloría General frente a la responsabilidad administrativa disciplinaria de Servir, 2017, pág. 6)

En ese sentido, se puede establecer que para la imputación de responsabilidad administrativa funcional esta vinculación no solamente deberá ser laboral o contractual, sino que es necesario que dicho empleado público realice funciones públicas debidamente establecidas en los instrumentos de gestión administrativos de una entidad, por ejemplo, el ROF o el MOF, con lo cual a esta relación se sumaría el vínculo orgánico entre el trabajador y el Estado.

III. CAPÍTULO DISCUSIÓN Y ANÁLISIS DE RESULTADOS

3.1. DISCUSIÓN Y ANÁLISIS

3.1.1. Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional que limita la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República

Con la promulgación de la Ley N° 29622, se modificó la Ley N° 27785 Ley Orgánica del Sistema de Control, se amplió las facultades sancionadoras de la CGR en materia de responsabilidad administrativa por conducta funcional.

Esta situación generó que el 20 de agosto del 2015, el Colegio de Abogados de Arequipa interponga una acción de inconstitucionalidad contra los artículos 45°, 46°, 47.1° y 51° de la Ley N° 29622, Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

El 26 de abril del 2019, el Tribunal Constitucional publicó la Sentencia N° 020-2015-PI/TC, en donde se resolvió lo siguiente:

“Fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad; en consecuencia, inconstitucional el artículo 46 de la Ley N° 27785, Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, incorporada por el artículo 1 de la Ley N° 29622, en su totalidad y, por conexidad, inconstitucional la frase “que fueran referidas en el artículo 46” del primer párrafo del artículo 47.1, literal a. de la Ley N° 27785 (...)”

En ese sentido, dicho órgano colegiado decidió por mayoría declarar inconstitucional el Artículo 46° de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, en el cual se desarrollaba el catálogo de conductas infractoras, sin embargo, el artículo 45° referido a la competencia y potestad sancionadora de la CGR, el cual también fue materia de cuestionamiento, no tuvo la misma calificación, de manera que esta facultad sancionadora atribuida a dicho ente no fue privada de constitucionalidad, pero carece de un marco habilitante para ejercerla.

Es decir, que, si bien la potestad sancionadora de la CGR no se vio afectada por la decisión del Tribunal Constitucional, esta quedó en una especie de limbo jurídico, por así decirlo, debido a que el listado de conductas infractoras en base a las cuales se sancionaba fue declarado inconstitucional, ya que, según decisión de los miembros del TC, se vulneraba el principio de legalidad y tipicidad.

A su vez, existe un cuestionamiento del tratamiento jurídico que tuvo el Tribunal Constitucional frente al principio de reserva de la ley, así pues, en el famoso artículo 46° que fuera cuestionado, se establece de manera taxativa lo siguiente: "el reglamento describe y especifica estas conductas constitutivas de responsabilidad administrativa funcional (graves o muy graves) que se encuentran en el ámbito de la potestad para sancionar de la Contraloría General"; sin embargo, el máximo ente de interpretación

jurídica de nuestro país contrapone tal premisa con lo establecido en el Artículo 40° de la Constitución Política, en donde se advierte que existe una reserva de ley para en principio, sea únicamente el legislador quien pueda regular los deberes y responsabilidades de los servidores públicos.

Frente a ello, compartimos lo señalado en el voto en contra de la magistrada Marianella Ledezma Narváez, sobretodo, cuando señala que si bien el artículo 46° de la LOCGR establece de manera general las conductas infractoras en las que se puede incurrir en materia de responsabilidad administrativa funcional, este artículo también, realiza una remisión expresa a las normas reglamentarias de dicha ley, con el fin de que en este *corpus iuris* se describan más ampliamente y se precisen las conductas pasibles de ser sancionadas en materia de responsabilidad funcional.

Consideramos entonces, que lo dispuesto en dicho artículo no vulnera en ninguno de sus extremos el principio de legalidad y los subprincipios de taxatividad y tipicidad, ya que si bien, se exige al legislador cierto grado de precisión en las premisas normativas más aun cuando se desarrollan obligaciones, tampoco se puede extremar dicha situación, debido a que resultaría imposible poder recoger con absoluta exactitud todas las conductas infractoras, por el mismo hecho de la naturaleza del lenguaje, por lo que es factible que su pudiera aceptar cierto grado de imprecisión, que luego pudiese ser resuelto mediante normas reglamentarias, tal como sucedió en este caso, pero que fuera inobservado por el TC.

En esa misma línea, el 28 de marzo de 2018 se publicó la Ley N° 30742, Ley de Fortalecimiento de la Contraloría General de la República, mediante la cual se volvió a modificar el mencionado artículo 46°, de manera que se eliminaron las frases “ordenamiento jurídico” y “normas internas de la

entidad” que primigeniamente habían sido establecidas, y que hubieran sido observadas en la demanda de inconstitucionalidad por vulnerar el principio de tipicidad, debido a que dichos enunciados constituían premisas demasiado generales, lo que no permitía identificar con precisión las conductas pasibles de sanción administrativa por parte de la CGR.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional no consideró tales modificaciones, sino que, por el contrario, fue enfático en sostener que ningún reglamento, así su fuente provenga de un Decreto Supremo o una resolución administrativa de la Contraloría General de la República, puede crear infracciones nuevas que no estén contenidas en una ley, haciendo mención aquello, al desarrollo de conductas infractoras contenidas en la Ley de Fortalecimiento cuya calidad que sigue siendo reglamentaria.

Aun cuando el TC no declaró de manera taxativa la inconstitucionalidad de Ley de Fortalecimiento, considerando lo expresamente recogido en el Código Procesal Constitucional en su artículo 78⁶, por cuestiones de conexidad dicho cuerpo normativo también tiene calidad de inconstitucional.

Compartimos lo manifestado por Quijada Tacuri, cuando señala que con la sentencia emitida por el TC no se ha establecido un adecuado desarrollo

⁶ **Artículo 78.- Inconstitucionalidad de normas conexas**

La sentencia que declare la ilegalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada, declarará igualmente la de aquella otra a la que debe extenderse por conexión o consecuencia.

del principio de tipicidad y la correcta aplicación de la colaboración reglamentaria en materia sancionadora. (Quijada Tacuri, 2019, pág. 4)

Sin embargo, aún existe la posibilidad de que el legislador pudiese emitir una norma con rango de ley que recoja los supuestos de conductas infractoras contenidas el artículo 3° de la Ley de Fortalecimiento de la Contraloría a fin de dotar de un marco jurídico legal a la potestad sancionadora que este órgano aún conserva.

Conocida la sentencia y el grave impacto que tendría sobre las facultades sancionadoras de la Contraloría, el Congreso de la República solicitó se emitiera un auto de aclaración de dicha decisión, como consecuencia de ello, se emitió el Auto N° 04, mediante el cual el TC declaró que aquellas sanciones que hubieran sido impuestas antes de la declaración de inconstitucionalidad, quedan firmes, sin embargo, debido a su falta de competencia para resolver sobre aquellos procedimientos que se encontraban en trámite, señaló que los órganos competentes se deberán avocar a ello.

Por su parte, la Contraloría luego de conocer dicho pronunciamiento, refiere que procederá a devolver los expedientes administrativos referidos a: (i) Las resoluciones que dan inicio a procedimientos sancionadores en materia de responsabilidad administrativa funcional, es decir, sobre aquellos procedimientos sancionadores que se encuentran en trámite; (ii) Los informes de control emitidos en el marco de auditorías de cumplimiento donde se haya verificado la existencia de presunta responsabilidad administrativa funcional; y, (iii) Las auditorías de cumplimiento que se encuentren actualmente en trámite; a las entidades para que estas resuelvan según sus potestades.

Esta situación generó gran incertidumbre, debido a que si bien, la CGR ya no era competente para resolver procedimientos administrativos por responsabilidad funcional, tampoco lo eran las entidades, más aún si consideramos que la potestad sancionadora de la Contraloría se presentaba como límite a la potestad disciplinaria, tal como se contempla en el artículo 5º del Reglamento de Infracciones y Sanciones para la determinación de la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control, aprobado por Resolución de Contraloría N° 100-2018-CG, en donde expresamente se establece que el inicio del procedimiento administrativo sancionador por responsabilidad administrativa funcional a cargo de la Contraloría, determina el impedimento para que las entidades inicien procedimiento para el deslinde de responsabilidades mediante un procedimiento disciplinario⁷.

Creemos firmemente, que con la decisión del Tribunal Constitucional se debilita el Sistema Nacional de Control, perpetuando así la corrupción en los órganos administrativos, permitiendo con ello, que operadores públicos cuestionados por inconductas funcionales continúen ocupando puestos en las instituciones estatales, y que de aquellos cuyas conductas estaban siendo investigadas queden impunes.

⁷ Artículo 5.- Prevalencia y autonomía de la potestad sancionadora de la Contraloría

5.1 La potestad sancionadora de la Contraloría constituye un régimen especial que prevalece frente a otras competencias concurrentes en el ámbito administrativo. Dicha prevalencia determina el impedimento para que las entidades inicien procedimientos para el deslinde de responsabilidad, por los mismos hechos y respecto de los mismos sujetos comprendidos en el procedimiento sancionador a cargo de la Contraloría, cualquiera sea la naturaleza y el fundamento de aquellos.

3.1.2. Análisis de la Resolución de Sala Plena N° 002-2020-SERVIR/TSCE

Cuando se conoció la decisión del Tribunal Constitucional, el apoderado del Congreso de la República presentó una solicitud de aclaración, la cual posteriormente fue fundando pero se no emitió declaración alguna sobre los principales efectos de dicha sentencia, debido a que según indicaba el propio TC, estos no eran competentes para pronunciarse sobre aquellas resoluciones que daban inicio a procedimientos administrativos sancionadores, y que era potestad de la Contraloría decidir sobre ellos, y únicamente podían limitarse a señalar que aquellas sanciones impuestas antes de la publicación de dicha sentencia mantenían su calidad de cosa decidida.

En atención a ello, mediante la Resolución de Contraloría N° 202-2019-GG publicada el 11 de julio de 2019, se resuelve lo siguiente:

“(…)

Artículo 1º.- Dispone que no son de aplicación las disposiciones sobre la identificación y desarrollo de la responsabilidad administrativa disciplinaria funcional, sujeta a la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República, la Directiva N° 007-2014-CG/GCSII “Auditoria de Cumplimiento” y el “Manual de Auditoria de Cumplimiento”, aprobados por Resolución de Contraloría N° 473-2014-CG y sus modificatorias, así como las contenidas en otros documentos referidos a las auditorías de cumplimiento.

(…)

Artículo 2º.- Establecer que, como efecto de lo dispuesto en el artículo 1º de la presente resolución, para todos los casos de las auditorías de cumplimiento en las que se identifiquen responsabilidades administrativas, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales a las que hubiere lugar, el procesamiento y deslinde de responsabilidades administrativas

corresponde a la entidad auditada; para lo cual a su vez se aplica lo previsto en el Anexo que forma parte integrante de la presente Resolución. (...).”.

Así pues, se precisa que en aquellos casos en donde se hubiera llevado a cabo una auditoría de cumplimiento y existiesen indicios de infracciones por responsabilidad administrativa funcional, dichos expedientes deberán ser remitidos a las entidades a las que pertenecen los funcionarios públicos investigados, con el fin de que las Secretarías Técnicas o las autoridades correspondientes procedan con el deslinde de responsabilidades conforme un procedimiento disciplinario.

Es importante tener en cuenta que el Reglamento General de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-PCM ha señalado taxativamente que en los casos en los cuales la Contraloría General de la República hubiera notificado el inicio de un procedimiento sancionador, ya no era posible el inicio de un procedimiento disciplinario por parte de la entidad.

Es decir, la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República se presentaba como un límite en para el inicio de un procedimiento administrativo disciplinario a fin de no vulnerar entre otros, el principio de *non bis in idem*.

Sin embargo, esta virtual declaratoria de nulidad de los procedimientos sancionadores a cargo de la Contraloría General de la República supondría un marco habilitante para que la propia entidad pudiera concluir aquellos procedimientos derivados de informes de control, aun cuando exista una superposición de facultades sancionadoras.

Es entonces, que a fin de establecer lineamientos que permitan de cierta forma conciliar ambas potestades, los miembros del Tribunal del Servicio Civil reunidos en sala plena emiten la Resolución N° 002-2020-SERVIR/TSC mediante la cual se establece un precedente administrativo sobre deslinde de responsabilidades por nulidad del Procedimiento Administrativo Sancionador de la Contraloría General de la República y cómputo del plazo de prescripción del Procedimiento Administrativo Disciplinario derivado de informes de control.

En dicho precedente se establece que en todo el ordenamiento jurídico únicamente existen dos supuestos de inhibición de competencia de la propia entidad para iniciar un procedimiento administrativo disciplinario, el primero que se encuentra contenido en el artículo 96° del Reglamento General de la Ley N° 30057 , en donde se establece que en los casos en donde se haya determinado la existencia de una falta derivada de un informe de control son competentes las autoridades del procedimiento administrativo disciplinario, siempre que, la Contraloría General de la República no haya notificado el inicio de un procedimiento sancionador en materia de responsabilidad funcional.

El segundo supuesto, se encuentra regulado en el artículo 5° del Reglamento de Infracciones y Sanciones para la determinación de la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control, aprobado por Resolución de Contraloría N° 100-2018-CG, en su tercer párrafo establece que la Contraloría desde el inicio del servicio de control, puede disponer el impedimento de las entidades para iniciar procedimientos de deslinde de responsabilidades por los hechos específicos materia de su evaluación.

En ese sentido, la Contraloría podía limitar la potestad para el inicio de un procedimiento disciplinario en dos momentos, ya sea al inicio de un servicio de control, en donde aún no existía un informe de control, o, cuando ya habiendo iniciado este procedimiento, y teniendo conocimiento de los hechos investigados contenidos en un informe de control, notificaba a la entidad para su inhibición.

Al respecto, el Tribunal del Servicio Civil sostiene que la potestad disciplinaria que ostentan las entidades públicas constituye una prerrogativa inherente de estas, cuyo fin único es salvaguardar los intereses de la Estado, y que aun cuando la potestad sancionadora de la Contraloría signifique un límite a las facultades disciplinarias, esto no significa una restricción absoluta para su ejercicio.

En ese sentido, y conforme advierte la interpretación realizada por el Tribunal SERVIR, este límite que hubiera tenido la potestad disciplinaria frente a la sancionadora de la Contraloría, solamente representaba una prohibición relativa, cabe preguntarnos entonces, por qué si es que, en sentido estricto, una no limitaba a la otra y ambas perseguían finalidades distintas, estas facultades punitivas no eran ejecutadas a la vez, aun, cuando de alguna forma podría existir una grave vulneración al principio de *non bis in idem*.

Ahora bien, en la Resolución de Contraloría detallada en los párrafos antecedentes, se omitió pronunciamiento respecto a aquellos procedimientos ya iniciados, sobre dicha situación la Gerencia de Gestión del Servicio Civil de la Autoridad Nacional del Servicio Civil emitió el Informe Técnico N° 1825-2019-SERVIR/GPGSC, en donde establece que ante una virtual declaratoria de nulidad de dichos procedimientos como consecuencia de la declaratoria de inconstitucionalidad, las Secretarías

Técnicas y autoridades del PAD quedarían expeditas para poder realizar el deslinde de responsabilidad a través de dicho procedimiento, superando de esta manera la restricción prevista en el numeral 96.4 del artículo 96º del Reglamento General de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil.

Ahora bien, se considera que, en aras de prevenir la impunidad, la prevalencia de potestades en este momento se tornaría inaplicable, más aún si consideramos que con lo resuelto por el Tribunal Constitucional la posibilidad de diferenciación procedimental entre ambas facultades ha desaparecido. En ese sentido, aquellas normas que en algún momento dotaban de contenido al principio de prevalencia han quedado suspendidas hasta que el legislador apruebe un nuevo cuerpo normativo en donde se establezca las conductas infractoras que determinen responsabilidad funcional.

En consecuencia, aquellas conductas que hubieran sido investigadas y que se encuentren contenidas en Informes de Control deberán ser reevaluadas por las Secretarías Técnicas o autoridades competentes, considerando que, si bien dichos informes se presentan como principal medio probatorio, en un análisis concienzudo de los mismos, estos adolecen gravemente de deficiencias probatorias y tipicidad.

Muestra de ello se tiene que según la Memoria de Gestión del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la CGR durante el periodo 2016-2017, dicho Tribunal ha resuelto en su mayoría declarando la nulidad de procedimientos por insuficiencia probatoria, que hubieran sido declarados fundados en primera instancia. (Díaz Guevara, 2019, pág. 293) Consideramos entonces, que sería oportuno repensar la metodología probatoria que se usa en el ámbito del Sistema de Control, complementando y replicando la usada en el proceso penal, modificando

los conceptos de “hallazgos” por un nuevo estadio probatorio como las nociones jurídicas de presunción, indicio, prueba y evidencia, de manera que no solamente se pueda dotar de eficacia a los procesos de auditoria, sino, que aminoraría la carga documentaria, de manera que cuando se presuma de la existencia de una conducta infractora esta pueda ser analizada diametralmente observando en algunos casos la posibilidad, por ejemplo, de convalidación de actos administrativos, lo que permitiría una imputación objetiva y responsable.

IV. CAPÍTULO

CONCLUSIONES

1. La sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente N° 0020-2015-PI/TC, si bien no elimina la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República, sí limita su actuación, debido a que elimina el catálogo de infracciones, no pudiendo esta ejercer sus funciones punitivas.
2. El catálogo de infracciones contenido en el artículo 46° de la Ley Orgánica de la Contraloría de la República que fuera cuestionado por el Colegio de Abogados de Arequipa no afecta el principio de legalidad y subprincipios de tipicidad y taxatividad, debido a que estos son desarrollados mediante normas reglamentarias y resultaría en un imposible jurídico poder determinar con exactitud todas las conductas pasibles de sanción.
3. La regla de prevalencia que existía entre la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República y la potestad administrativa de las entidades públicas ha quedado suspendida, debido a que aquellas normas

que dotaban de contenido a tales limitaciones han sido afectadas por la declaratoria de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional.

4. Aquellos procedimientos que hubieran sido declarados concluidos por imposibilidad jurídica en aplicación de los resuelto por el Tribunal Constitucional, deberán ser de conocimiento por las entidades públicas en tanto la Contraloría ponga a conocimiento dicho procedimiento o lo remita por segunda vez.
5. En los casos en donde la Contraloría General de la República hubiera comunicado de hechos materia de investigación, y aún no se hubiera iniciado un procedimiento disciplinario, son competentes para que procedan con el deslinde de responsabilidades la Secretaría Técnica o las autoridades competentes de cada entidad.
6. En caso se hubiera remitido informes de control, la Secretaría Técnica tiene la posibilidad de reevaluar el contenido de la misma, a fin de tipificar dichas conductas según las infracciones que se reconocen dentro del Procedimiento Administrativo Disciplinario.

V. CAPÍTULO RECOMENDACIONES

1. Sugerimos que el Congreso de la República ejerciendo su facultad de iniciativa legislativa presente una Ley en donde se pueda recoger las conductas infractoras en materia de responsabilidad administrativa funcional contenidas en el artículo 3° de la Ley de Fortalecimiento de la Contraloría General de la República, a fin de no seguir mermando la potestad sancionadora de la Contraloría, que se presentaba como una alternativa a la persecución penal y responsabilidad civil cuando se investiga hechos presuntamente ilegales cometidos por funcionarios y servidores públicos.
2. Recomendamos que las Secretarías Técnicas o autoridades competentes del procedimiento administrativo disciplinario, ahora más que nunca puedan actuar con total transparencia, demostrando que es posible una actuación imparcial cuando se trate de investigar conductas de sus propios funcionarios públicos.

3. Recomendamos que sería importante implementar una etapa probatoria en materia de auditorías, debido que estadísticamente se ha demostrado que aquellos procedimientos resueltos en segunda instancia por el Tribunal de Responsabilidades Administrativas son declarados nulos debido a insuficiencia probatoria y afectación al principio de tipicidad, debiendo complementar aquellos conceptos de “hallazgos” que encontramos en una auditoria de cumplimiento, por ejemplo, sean transformados a nociones jurídicas como la presunción, indicio, prueba y evidencia lo que conllevaría a formular imputaciones más exitosas.

LISTA DE REFERENCIA

Fuentes físicas

Contraloría General de la República. (2013). *La Contraloría cuenta su historia* (Primera ed.). Lima, Perú: Empresa Editora el Comercio SA.

Díaz Guevara, J. J. (2019). *La Responsabilidad Administrativa Funcional derivada del Control Gubernamental: Análisis y Descripción Metodológica - Jurisprudencial*. Lima, Perú: Instituto Pacífico.

Dolorier Torres, J., & Ramírez Moscoso, L. (2018). *La Responsabilidad Administrativa Disciplinaria y Funcional*. Lima: Gaceta Jurídica.

Flores Konja, J. V. (s.f.). El control gubernamental. 1992. Recuperado el 15 de Agosto de 2020

García de Enterría, E. (2000). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas.

Guzmán Napuri, C. (2016). *Los Procedimientos Administrativos Sancionadores en las entidades de la Administración Pública*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Huaroto Gomero, E. (2019). Principio de non bis in idem en el PAS. *Actualidad Gubernamental*, 6.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2017). *Guía práctica sobre el procedimiento administrativo sancionador* (Segunda ed.). Lima: PRODUGRAFICA E.I.RL.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2015). *Guía práctica sobre el régimen disciplinario y el procedimiento administrativo sancionador*. Lima.

Quijada Tacuri, V. H. (2019). *La potestad sancionadora de la Contraloría y la consecuencia de la sentencia del Tribunal Constitucional expediente N° 0020-2015-PI/TC*. Lima: Editorial Pacífico.

San Martín Castro, C. (1999). *Derecho Procesal Penal* (Vol. I). Lima: Grijley.

Santy Cabrera, L. V. (Septiembre de 2017). La responsabilidad administrativa funcional en el marco de la Contraloría General frente a la responsabilidad administrativa disciplinaria de Servir. *Actualidad Gubernamental*, 1-6.

Santy Cabrera, L. V. (Junio de 2019). Análisis a la reciente sentencia del Tribunal Constitucional sobre la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República. *Actualidad Gubernamental*(128), 20-26.

Fuentes virtuales

Contraloría General de la República. (27 de Mayo de 2019). *Contraloria.gob.pe: Notas de Prensa*. Recuperado de [http://www.contraloria.gob.pe/wps/wcm/connect/cgrnew/as_contraloria/prensa/notas_de_prensa/2019/lima/np_381-2019-cg?gcoc#:~:text=La%20Contralor%C3%ADa%20General%20revel%C3%B3%20que,30%20de%20abril%20del%202019\).](http://www.contraloria.gob.pe/wps/wcm/connect/cgrnew/as_contraloria/prensa/notas_de_prensa/2019/lima/np_381-2019-cg?gcoc#:~:text=La%20Contralor%C3%ADa%20General%20revel%C3%B3%20que,30%20de%20abril%20del%202019).)

Resolución de Sala Plena N° 002-2020-SERVIR/TSC. (30 de mayo 2020). *Establecen precedente administrativo sobre deslinde de responsabilidades por nulidad del Procedimiento Administrativo Sancionador de la Contraloría General de la República y cómputo del plazo de prescripción del Procedimiento Administrativo Sancionador derivado de informes de control*. Recuperado de <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/establecen-precedente-administrativo-sobre-deslinde-de-respo-resolucion-n-002-2020-servirtsc-1866873-2/>

Resolución de Contraloría N° 100-2018-CG. (5 de abril 2018). *Reglamento de Infracciones y Sanciones para la Determinación de la Responsabilidad Administrativa Funcional Derivada de los Informes emitidos por los Órganos del Sistema Nacional de Control*. Recuperado de http://dataonline.gacetajuridica.com.pe/resource_gcivil/EIPeruanoGC/05042018/05-04-2018_SE_Res_100-2018-CG.pdf

Expediente N° 00020-2015-PI/TC. (25 de abril 2018). *Caso potestad sancionadora de la CGR*. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/00020-2015-AI.pdf>

Resolución de Contraloría N° 115-2019-CG. (28 de marzo 2019). *“Servicio de control simultáneo”*. Recuperado de http://doc.contraloria.gob.pe/libros/2/pdf/RC_115-2019-CG.pdf

Resolución de Contraloría N° 473-2014-CG. (22 de octubre 2014). *Directiva N° 007-2014-CG-GCSII “Auditoría de Cumplimiento”*. Recuperado de https://doc.contraloria.gob.pe/sica/pdf/normativa/RC_473_2014_CG_manual.pdf

Informe Técnico N° 1825-2019-SERVIR/GPGSC. (22 de noviembre 2019).
*Competencia de la Secretaría Técnica y autoridades del PAD respecto de
faltas conocidas originalmente a través de un PAS que fuera declarado nulo
en virtud de la sentencia de inconstitucionalidad emitida por el Tribunal
Constitucional.* Recuperado de
https://storage.servir.gob.pe/normatividad/Informes_Legales/2019/IT_1825-2019-SERVIR-GPGSC.pdf