

INFORME NACIONAL DE PERÚ

Las categorías jurídico-administrativas del control gubernamental peruano

Orlando Vignolo Cueva¹

*Profesor de Derecho Administrativo.
Universidad de Piura*

SUMARIO. 1. Nota inicial. 2. Los datos esenciales del control gubernamental peruano. 2.1. Una definición conceptual del control gubernamental. 2.2. Las fuentes especiales infraconstitucionales del control gubernamental peruano. **3. Los sujetos auditados y su problemática. 4. Los tipos de servicios de control gubernamental con énfasis en el servicio de orientación de oficio. 5. El informe de control y su naturaleza jurídica.** 5.1. Las formas de actuación de la Contraloría General de la República. Datos iniciales. 5.2. El informe y otros actos del control gubernamental son actos jurídico-administrativos. 5.3. En específico, el informe de control y su naturaleza jurídica. 5.4. Para culminar, la naturaleza jurídica de otros actos del control. En concreto, de los actos del control simultáneo. **6. Bibliografía.**

1. Nota inicial

Poco se ha escrito en el derecho administrativo peruano sobre la Contraloría General de la República (en adelante, CGR) y su actividad jurídica. La mayo-

1. Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza (España). Abogado por la Universidad de Piura (Perú). Profesor ordinario de Derecho Administrativo de la Universidad de Piura (Perú). Socio del Estudio Vignolo y Reyes Arrese (VRA Abogados). Presidente de la Sala de eliminación de barreras burocráticas del Tribunal del INDECOPI. Director de la revista *Anuario de la Función Pública*. Correo electrónico: orlando.vignolo@udep.edu.pe. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3801-9239>.

ría de los trabajos que pueden citarse en la actualidad provienen de profesores o funcionarios públicos que pasaron por sus filas y compartieron roles en el control gubernamental². Lo poco escrito ha hecho que el control gubernamental se haya mantenido marcadamente aislado y fuera de toda comunicación con las instituciones y los principios de su ciencia jurídica matriz (el derecho administrativo), a pesar que la CGR es una Administración pública y ejercita diversas potestades administrativas habilitadas bajo el principio de legalidad. En puridad, nunca se ha podido construir la idea de un derecho administrativo del control gubernamental, que se asuma a sí mismo como una parte especial o sectorial ligada a unos principios y categorías administrativas comunes, teniendo a continuación un espacio para la singularidad, pero sin abandonar completamente lo anterior.

Todo lo anteriormente descrito ha ocasionado dos cuestiones gravitantes y muy polémicas: a) una zona de inmunidad judicial casi perpetua de la actividad de control gubernamental, alejada de lo establecido por el art. 148 de la Constitución Política del Perú (en adelante, CP); y, en segundo lugar, b) una CGR que no se siente ligada a figuras esenciales como el *procedimiento administrativo* (a pesar de que los instruye), los principios punitivos o de funcionamiento administrativo (a pesar de que los cita en sus normas propias), a la emisión de *actos administrativos* diversos (por el pavor a la impugnabilidad, a pesar de que los notifica a diario), a saber diferenciar la verdadera potestad de la actividad material o técnica, o al ejercicio y límites de la clásica potestad reglamentaria (aunque su ordenamiento cuente con una frondosa cantidad de directivas).

Existen diversas causas para explicar y superar este complejo encierro, querido por los propios y poco fustigado por los ajenos. Pero quizás lo principal está en la falta de creación de una teoría jurídico-administrativa peruana vigorosa que cumpla el doble papel de juridificación de las actuaciones de la CGR y, a la vez, de ser muralla frente a la arbitrariedad del control. Una doctrina que partiendo de explicar lo existente, con el innegable influjo de fuentes especiales (como el *soft law auditor* que se explicará luego), planteé conceptos y una toma de postura sobre los institutos esenciales de este régimen jurídico. Esto a larga debe permitir repensar las cosas en el seno de la propia CGR y, a continuación, servir de herramienta para activar la labor judicial de fiscalización sobre las diversas actuaciones del control gubernamental. Más teoría, menos arbitrariedad. Menos repetición de lo mismo, más posibilidades de cambio.

2. Por todos, se debe revisar Morón Urbina (2013). Uno de los pocos trabajos jurídicos de persona no ligada al control es el de la constitucionalista García Cobián Castro (2013).

Por otro lado, creo firmemente que la posibilidad de cambio está en superar una visión interpretativa excesivamente exegética, que solo mire los contornos propios de este ordenamiento sectorial, sin tener una perspectiva sistémica y, esencialmente, de explicación mediante muchas categorías de la parte general de derecho administrativo que resultan fundamentales para toda organización administrativa. Si se quiere, lo urgente es quebrar una mirada hacia sí mismo y de mera autocomplacencia, que incluso llega al extremo de vedar la crítica de los terceros, diluyéndola detrás de grandes problemas como la corrupción pública, la eficiencia de la gestión pública o el uso degradado de fondos públicos. Todo esto —de alguna manera— se ha venido repitiendo en mucha de la escasa doctrina existente, realizándose muchas justificaciones de oportunidad antes que jurídico-institucionales³.

Ahora bien, la deducción y la exégesis de las fuentes (normativas) del control gubernamental son claramente dominadas por una idea de autosuficiencia por parte de muchos de sus operadores involucrados, quedando la técnica de la exégesis como la reina madre de la producción científica, salvo escasísimos textos. Pero frente a esto, muchos de los primeros olvidan que “la exégesis de la ley se halla dominada por el *principio in claris non fit interpretatio*, dado que se presupone que la claridad de la norma y la completitud del sistema tornan innecesaria su interpretación. De ahí que, en rigor, en lugar de [interpretar] las leyes, esta postura considera que solo cabe, en el ámbito de los operadores jurídicos, la aplicación silogística de la ley” (Rabbi-Baldi Cabanillas, 2020: 15).

Entonces, moramos en medio de un silogismo del control gubernamental que deduce muchas respuestas obvias e irrefutables (como los servicios de control, la naturaleza de los informes de control, el carácter preconstituido de estos, entre otras cuestiones), consumándose una “conclusión diáfana” o que aparenta serlo. Dejándose aparcadas las posibilidades de explicación profunda de cara a los pilares y sostenimiento

3. Sin perjuicio de que resulta muy discutible la alusión a las potestades implícitas realizada por García Cobián Castro (2013), sí es muy criticable, siguiendo lo señalado en el párrafo principal, que por ejemplo esta autora intente justificar la potestad sancionadora del régimen de responsabilidad administrativa funcional de la CGR en “el cumplimiento de su misión institucional de control de la ejecución presupuestaria [...] la finalidad de colaboración con otros poderes y organismos autónomos para la consecución de la cautela de los recursos públicos, la prevención de la corrupción y el correcto funcionamiento de la administración pública”. Ninguno de esos argumentos, por sí mismos, son la base para permitir la implantación de una potestad sancionadora en vía administrativa, y menos aún pueden usarse como arma arrojada para saltarse los canales normales de construcción de la legalidad material de un régimen como el citado. No debe olvidarse que esta falta de argumentos punitivos llevó en el año 2019 al descalabro de este sistema sancionador ante el TCP (ver el Pleno Jurisdiccional recaído en el Exp. N.º 0020-2015-PU/TC). La historia reciente debe enseñar para no cometer los mismos errores.

de este régimen (como los límites de los servicios de control, el rol del debido proceso del control, la protección efectiva de las garantías de los auditados, el valor probatorio de los actos del control en sede jurisdiccional o administrativa, entre otros). Ni la CGR es una *raris avis*, ni nuestra CP inventó una nueva fórmula organizativa del poder público cuando puso en marcha la fundamental cláusula preceptuada en su art. 82. La CGR fue fundada por el Constituyente como tipo muy concreto de Administración pública con personalidad jurídico-pública propia. Y así debe ser tratada por quien se acerque a estudiarla.

A partir de lo explicado, debo indicar que este trabajo busca presentar los datos funcionales y de institutos esenciales del control gubernamental peruano, sin dejar de tener una mirada jurídica específica sobre ciertos asuntos problemáticos de este derecho administrativo especial. De alguna manera quisiera oponerme al silogismo auditor y administrativizar más los argumentos que brindaré a lo largo de las siguientes líneas, siempre entendiendo que, aunque puedan aparecer múltiples manifestaciones de la figura (que está en su propia esencia) (Barnés, 2019: 309) con adjetivos diversos (gubernamental, financiera, de legalidad, económico, etc.), debe entenderse que estamos ante un conjunto de potestades o funciones administrativas del control gubernamental. Haz de poderes que se apartan del control y la responsabilidad política, o del control jurídico por excelencia que es ejercido por los jueces del poder judicial y el Tribunal Constitucional del Perú (en adelante, TCP) (Morón Urbina, 2013: 64).

La visión total del instituto (Morón Urbina, 2013: 64), el descarte frente a modalidades del control a cargo de otros poderes públicos y la superación de la polisemia (Agudo González, 2018: 24)⁴ de la figura son tres claves para superar un laberinto que, con no poco esfuerzo, sí es posible desentrañar. Esto lleva necesariamente al entendimiento de que el control gubernamental es un régimen necesitado de múltiples ciencias jurídicas y no jurídicas, tanto que en la actualidad su principal herramienta técnica (la auditoría) trasciende la “mera verificación del apego al marco legal de los actos y procesos públicos” (Morón Urbina, 2013: 94). En los tiempos que corren, sus finalidades y prácticas específicas se vienen aplicando también para examinar eficacia, eficiencia, metodologías y medios para alcanzar objetivos de interés público y hasta criterios de oportunidad en la gestión propia de los sujetos auditados. Todas estas últimas manifestaciones, ejemplos muy concretos

4. El derecho peruano se ha hecho eco de esta necesidad de individualización de los tipos de control: Danós Ordóñez (2019: 309).

del amplísimo principio de *carácter integral*, regulado en el literal b) del artículo 9 de la Ley del sistema nacional de control (en adelante, LSNC)⁵.

Y todo esto, de lo cual daré cuenta en los siguientes apartados, puede marcar un claro avance de esta materia en los últimos años, pero también, si es que se aplica irreflexiva o irresponsablemente por parte de los órganos competentes, es un claro punto de inflexión negativa que puede terminar corroyéndola en sus cimientos, debido a su directo impacto respecto a principios y figuras esenciales que permiten el equilibrio institucional en la cláusula del Estado de derecho, tales como el ejercicio de la potestad discrecional habilitada jurídicamente a la Administración pública auditada, o el principio de prohibición de la coparticipación o cogestión del auditor⁶ que aparece implícitamente en muchas normas tales como el literal a) del artículo 15 de la LSNC⁷, entre otras reglas de posterior aprobación.

No debe olvidarse que, en aras de reforzar estos límites infranqueables, el Legislador peruano creó una cláusula legal de protección de la discrecionalidad administrativa aparecida en el texto original de la Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley N.º 29622. Esta surgió debido a los excesos cometidos en múltiples acciones de control por parte de la CGR y

5. En esta norma legal se ha indicado que “el ejercicio del control consta de un conjunto de acciones y técnicas orientadas a evaluar, de manera cabal y completa, los procesos y operaciones materia de examen en la entidad y sus beneficios económicos y/o sociales obtenidos, en relación con el gasto generado, las metas cualitativas y cuantitativas establecidas, su vinculación con políticas gubernamentales, variables exógenas no previsibles o controlables e índices históricos de eficiencia”.

6. Al respecto, se ha indicado que “la función fiscalizadora ejercida por los organismos de vigilancia o supervisión financiera, contable o fiscal, de ninguna manera pueden llegar a detentar poderes capaces de causar interferencia o determinar coparticipación en la actividad administrativa. En otros términos: en ningún caso las agencias de control de la gestión puramente fiscal de la administración, pueden llegar a constituir paralelamente a ésta un aparato de coadministración, pues en tal caso el poder de decisión administrativa, lógicamente se desplazaría irremediadamente hacia el coadministrador-contralor, el cual reuniría en sus manos no sólo la llave de la supervigilancia de gastos, sino los poderes de ordenador del gasto, que la fin de cuentas no podría hacerse sin su voluntad y beneplácito”. Véase Herrera Vergara (1991: 42).

7. El Legislador peruano ha preceptuado que la CGR (o el denominado sistema de control) principalmente se ocupa de “la supervisión, vigilancia y verificación de la correcta gestión y utilización de los recursos y bienes del Estado, el cual también comprende supervisar la legalidad de los actos de las instituciones sujetas a control en la ejecución de los lineamientos para una mejor gestión de las finanzas públicas, con prudencia y transparencia fiscal, conforme a los objetivos y planes de las entidades, así como de la ejecución de los presupuestos del Sector Público y de las operaciones de la deuda pública”, sin entrar en ningún tema propio de la gestión de la organización administrativa o empresa pública sometida a un servicio de control. El límite infranqueable de todo órgano de control gubernamental es siempre la propia actividad y actuación del sujeto auditado, impidiéndose por completo cualquier forma velada o manifiesta de entrada a la gestión, actividad jurídica o material, intermedia o final-decisoria ligada al fiscalizado.

órganos de auditoría interna. La norma legal en cuestión indica que en “los casos en que la legislación vigente autorice a los funcionarios expresamente algún grado de discrecionalidad para determinada toma de decisión, los órganos del Sistema Nacional de Control no pueden cuestionar su ejercicio por el solo hecho de tener una opinión distinta. Tales decisiones solo pueden observarse si fueron tomadas sin una consideración adecuada de los hechos o riesgos en el momento oportuno, o por los resultados logrados según los objetivos y metas planteados, o cuando, en los casos que la normativa permita varias”.

2. Los datos esenciales del control gubernamental peruano

Un primer dato de este instituto nos muestra una materia heterogénea a cargo monopólicamente de la CGR, merced a un progresivo posicionamiento excluyente de esta entidad administrativa y la consecuente e implícita eliminación del control interno, con algunas excepciones⁸. En ese sentido, la última década ha supuesto un avance definitivo hacia un apartamiento de otros sujetos de derecho, principalmente organizaciones administrativas y empresas públicas de todo estilo, de cualquier ejercicio de potestad o actividad técnico-material del control-auditor, apareciendo así una supremacía única y no solo superior de la citada CGR. Sobre esto presentaré algunos comentarios en líneas posteriores.

Esta última cuestión que resulta hartamente discutible respecto de lo proyectado por el artículo 82 de la CP, genera a continuación consecuencias sobre el control gubernamental, pues, a pesar de su variedad y múltiples subcategorías, este tiene una definición y ejecución estándar, con fuentes jurídicas discutidas con una sola perspectiva (a propuesta o generadas solo por la CGR) y de poco margen para la disidencia y la sana contradicción entre los órganos administrativos involucrados. Esto último, tanto que nunca se ha podido crear un sistema de recursos administrativo para sus actos finales y, de manera muy errática, solo se ha promovido una extraña revisión de

8. Me estoy refiriendo a la *supervisión* recaída sobre la ejecución de contratos administrativos, que podría considerarse como uno de los últimos controles internos en pie. Por todos los regímenes contractuales existentes, ver el numeral 10.1 del TUO LCE (Ley de Contratos del Estado), que preceptúa que la “entidad debe supervisar el proceso de contratación en todos sus niveles, directamente o a través de terceros. El hecho de que la entidad no supervise los procesos, no exime al contratista de cumplir con sus deberes ni de la responsabilidad que le pueda corresponder”. El otro control interno aún en manos de las organizaciones administrativas auditadas es la *investigación preliminar* de corte disciplinaria que viene señalada en el art. 92 de la LSC, indicándose que este órgano es el encargado de “precalificar las presuntas faltas, documentar la actividad probatoria, proponer la fundamentación y administrar los archivos emanados del ejercicio de la potestad sancionadora disciplinaria de la entidad pública”.

oficio a cargo de una Vice-contraloría⁹. Por tanto, un segundo dato esencial es que esta materia es de *aplicación monocorde* y de una *coherencia* muy sólida (cuestión que es buena y mala —a la vez— para todos los involucrados).

Por otro lado, los elementos y definición del instituto son de origen exclusivamente *legal*. En ninguna parte de nuestra vigente CP se introdujo una definición y alcance del control gubernamental. Es más, el citado artículo 82 de la Carta constitucional nos introduce en una cláusula organizativa de la CGR, permitiendo su fundación por el Constituyente, con un alto nivel de protección (merced a la autonomía citada expresamente como mecanismo de tutela frente a todos los poderes públicos) y la dotación de una cantidad importante de potestades y objetivos de interés público, tales como supervisar: “la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control”. Se trata de una disposición muy peculiar, pues origina una entidad administrativa (siendo la CGR de las pocas que han tenido este honor en nuestra teoría organizativa), de la cual solo se puede inferir un futuro régimen funcional del control gubernamental, al menos en sus objetivos constitucionales, referidos principalmente a i) la legalidad de ejecución presupuestaria pública, ii) la revisión técnico-económica del gasto público, y iii) la legalidad de las funciones de los auditados siempre en referencia a las dos primeras finalidades.

El desarrollo posterior en legislación descompuso por completo ese orden inicial de fines constitucionales del control, apareciendo expansiones a partir de la propia configuración inicial legal de este instituto. Así, de acuerdo con el art. 6 de la LSNC, el control gubernamental se define como “la supervisión, vigilancia y verificación de los actos y resultados de la gestión pública, en atención al grado de eficiencia, eficacia, transparencia y economía en el uso y destino de los recursos y bienes del Estado, así como del cumplimiento de las normas legales y de los lineamientos de política y planes de acción, evaluando los sistemas de administración, gerencia y control, con fines de su mejoramiento a través de la adopción de acciones preventivas y correctivas pertinentes”. Como se puede apreciar del citado artículo, y en medio de un amasijo muy grande de palabras, el control gubernamental verifica de manera integral, entre otros, los actos de la gestión pública, principalmente (pero no únicamente) aquellos relacionados con la administración

9. Sobre esta potestad, bastante peculiar y aplicable solo sobre informes de control, puede examinarse el artículo 24 de la LSNC y su desarrollo reglamentario previsto en la Resolución de Contraloría N.° 005-2021-CG, que aprueba la Directiva N.° 001– 2021-CG/ACA, “Revisión de oficio de Informes de Control”, modificada por la Resolución de Contraloría N.° 038-2021-CG.

adecuada de los fondos públicos, por parte de los funcionarios y servidores públicos, para el cumplimiento de las metas institucionales. Su ejercicio tiene como uno de sus fines últimos el mejoramiento de los sistemas de funcionamiento de las organizaciones administrativas y las empresas públicas (los sujetos auditados), mediante actuaciones de naturalezas y tiempos de realización muy disímiles. Esto último, evidentemente, es una ampliación del Legislador que puede terminar derivando en múltiples actuaciones del control de todo sentido y forma.

En función de lo antes indicado, este instituto —principalmente— se termina materializando alrededor de las clásicas actividades de policía administrativa, potestades consultivas y de derecho sancionador, sin perjuicio de la sumatoria incesante de otras técnicas provenientes de la actividad reglamentaria y el impulso de actuaciones jurisdiccionales y administrativas de riesgos o daños económicos respecto a responsabilidades del “personal del sector público”¹⁰ (principalmente aplicable con la incoación de pliegos de cargos disciplinarios, investigaciones preliminares con visos disciplinarios, demandas de responsabilidad civil y denuncias penales contra individuos que trabajan para los sujetos auditados). Por tanto, se puede resumir que esta materia se desenvuelve entre la denominada *alta inspección*¹¹ y otras técnicas aplicativas de las actividades administrativas regulares. Así, con estos anteriores datos, se puede entender de mejor manera la larga noción del artículo 6 de la LSNC y agrupar por categorías funcionales las potestades y actividades técnico-materiales mencionadas en otras partes de este régimen positivo (ver los artículos 15 y 22 de la LSNC).

Por otro lado, la definición legal muestra que el control gubernamental tiene una indudable finalidad *patrimonialista*. Su esencia y razón de existir están ligadas a la protección o tutela de los llamados “recursos y bienes del Estado”¹², asumiéndose que “lo controlable o fiscalizable no le está dado a un sujeto por su naturaleza jurídica, sino por la particular circunstancia de administrar recursos o bienes públicos” (Morón Urbina, 2013: 25). Esto se repite

10. El personal del sector público es un concepto que puede extraerse del régimen de control gubernamental, particularmente de la recientemente repuesta responsabilidad administrativa funcional, que es extremadamente deleznable. En este punto me remito a las críticas formuladas en Vignolo Cueva (2016: 120-121).

11. La alta inspección como supervisión y vigilancia de actividades o actuaciones de terceras entidades administrativas por parte de una organización altamente autónoma, puede ser revisada en Bermejo Vera (1998: 50-51).

12. De manera poco precisa y repetitiva, el Legislador da contenido a esta nomenclatura indicando que son recursos y bienes “sobre los cuales el Estado ejerce directa o indirectamente cualquiera de los atributos de la propiedad, incluyendo los recursos fiscales y de endeudamiento público contraídos según las leyes de la República” (ver Octava Disposición Complementaria Final de la LSNC).

abiertamente en el artículo 2 de la LSNC, cuando se señala que la CGR debe “propender al apropiado, oportuno y efectivo ejercicio del control gubernamental, para prevenir y verificar, mediante la aplicación de principios, sistemas y procedimientos técnicos, la correcta, eficiente y transparente utilización y gestión de los recursos y bienes del Estado”. En tiempos más recientes esta visión aplicable a la categoría se ha acentuado cuando el Legislador ha colocado sobre los hombros de la CGR, de una manera más declarativa antes que realista, que sus potestades y capacidades queden “orientadas a la prevención y lucha contra la corrupción” (ver el artículo 1 de la Ley de fortalecimiento de la Contraloría —en adelante, LFCGR—)¹³.

Ahora bien, sin teoría de los bienes públicos de respaldo, considero es imposible determinar el alcance de los “recursos y bienes del Estado”, menos especificar los supuestos exactos en los cuales puede manifestarse esta noción que permite dar carta de naturaleza al control gubernamental¹⁴. Así, es posible entender que esta noción instrumental es un cúmulo de cosas públicas, las cuales, teniendo siempre como eje la propiedad (o “sus atributivos”), y que luego puedan ser apropiables material o jurídicamente por algún sujeto auditado (Administración pública o empresa pública), se pondrían de los siguientes elementos: a) los bienes corpóreos del dominio

13. Esta norma legal publicada en el año 2018 continúa una senda propia del fenómeno anticorrupción, que bien puede verse previsto de una manera más ensamblada desde la suscripción de la Convención Interamericana contra la corrupción en el año 1996. Aunque los fines de este dispositivo de *soft law* sean loables y compartidos por cualquier ciudadano de bien, debo decir que su traslado a los derechos nacionales ha sido —por lo menos— penoso y tortuoso. Así, su aplicación mecánica e irreflexiva ha estropeado figuras esenciales como los conceptos de funcionarios públicos, función pública, patrimonio público, entre otros. Todo esto, a pesar de que puedan existir algunos avances destacables (como la implantación de técnicas de prevención de diversa índole); sin embargo, las fuentes jurídicas y los defensores de estos procesos han terminado creando una mitología que debe ser creída solo por existir, sin resultados tangibles y sin una disminución efectiva de los casos de corrupción pública en nuestro continente. Lamentablemente, la CGR ha sido introducida en este fenómeno, y en la actualidad está pagando las consecuencias de este soberbio mito. Mucho ayudaría al interés público y los ciudadanos si tuviéramos una CGR que se concentrara en pocos objetivos, pero bien hechos (por ejemplo, en mejorar el contenido probatorio y de evidencia de sus informes de control).

14. En este punto me adscribo por completo a la teoría de las cosas públicas que ha sido formulada por el profesor español López Ramón (2011), por la cual las primeras son las más variadas cosas apropiables sobre las que se puede “obtener ventajas de ellas. El principal de los derechos sobre los bienes es el de *propiedad*, que identifica la más completa relación de las personas con las cosas, hasta el punto de que en el propio lenguaje jurídico las palabras bien, propiedad y derecho de propiedad aparecen como sinónimas, y cuando se emplean genéricamente incluyen todos los derechos reales (propiedad, posesión, usufructo, servidumbre). El objeto de la propiedad no siempre será un bien material, aunque conviene tener en cuenta que los bienes inmateriales son una creación jurídica que permite transformar en cosas apropiables: a) los productos de la mente humana formando la propiedad intelectual e industrial o genéricamente la propiedad incorporea, y b) los diversos títulos jurídicos representativos de las relaciones económicas que podemos designar como las propiedades mercantiles”.

público y de dominio privado de titularidad pública, no importando si su régimen es de bienes estatales, municipales o de ordenación singular (como los recursos naturales o los bienes militares); b) los derechos reales distintos de la propiedad pública que puedan ser ejercitados por organizaciones administrativas; c) la propiedad mercantil corpórea e incorporal ejercida por empresas públicas, sean estatales, regionales, municipales o de capital mixto (en la parte que corresponda a la titularidad pública); d) las diversas modalidades de propiedad incorporal de titularidad pública (propiedad intelectual, marcaria, de patentes, *software*, etc.); e) los derechos de crédito de titularidad pública regulado por el régimen de actividad financiera del Estado, y, por último, f) los fundamentales fondos públicos regulados por el régimen de presupuesto público.

Ahora bien, la amplitud, diversidad y números de los bienes y recursos estatales que entran en la mirada de la CGR determina la necesidad de adaptar el control gubernamental a diversos mecanismos y ciencias que le sean útiles. Lo dicho determina que este régimen recurra siempre a dos grandes formas de subcontroles que pueden ser elegidos discrecionalmente por la CGR en el caso concreto: a) por un lado, el de legalidad (de cumplimiento “de las normas legales y de los lineamientos de política y planes de acción”), y, en segundo lugar, b) el administrativo-financiero (que implica la “supervisión, vigilancia y verificación de los actos y resultados de la gestión pública, en atención al grado de eficiencia, eficacia, transparencia y economía en el uso y destino de los recursos y bienes del Estado”) (Morón Urbina, 2013: 73). Por ende, esa mirada apriorística de que el control es difuso resulta una verdadera ficción. En este derecho administrativo especial, lo borroso se termina por revertir rápidamente, puesto que el operador-auditor o el operador-auditado debe asumir inmediatamente ante qué tipología se encuentra sometido o se está tratando de impulsar, y no quedarse solo en el concepto legal general, el laberinto de palabras que componen estas disposiciones o una interpretación básica de las normas de la LSNAC.

En otro punto, vale indicar que la ejecución del control gubernamental respecto a cada caso concreto supone siempre una obligatoria adaptabilidad del régimen ante los hechos y sujetos fiscalizados. Lo expresado viene obligado por los principios de legalidad y el carácter técnico y especializado, y, en segundo término, por la necesidad de siempre utilizar interpretaciones sistémicas por parte de los órganos competentes. Las figuras y esta técnica interpretativa son una necesidad para cada operador del control gubernamental y, además, todas las anteriores combinadas suponen siempre superar la literalidad y soledad de la regla o categoría establecida en la fuente normativa primaria de este régimen (sea la LSNAC, la propia LFCGR o las di-

rectivas por cada servicio de control), o la mera nomenclatura vacía de conceptos (como el “nombre genérico de entidades” que aparece en el art. 3 de la LSNC), para pasar a entender que los institutos del control gubernamental, y particularmente sus servicios usados para auditar o fiscalizar, siempre llenarán y completarán su contenido y objeto respectivos con las fuentes jurídicas especiales y propias de cada materia y sujeto auditado.

Así, este proceso de adaptabilidad del control gubernamental producirá tres efectos concretos sobre cada operador que se acerca al mismo: a) primero, la discriminación forzosa y constitucional¹⁵ entre los sujetos auditados para entenderlos como disímiles en naturaleza jurídica, existiendo Administraciones públicas de todo estilo, o empresas públicas de forma pública, o empresas públicas de forma privada-societaria y ciertos privados en el listado desordenado preceptuado por el citado artículo 3 de la LSNC; b) cada materia auditada tiene un segmento de fuentes singulares que aporta y se vuelve relevante para las específicas actuaciones de control gubernamental; c) por último, a partir de la importancia de la fuente especial de la materia a examen, asumir el valor capital de las normas internas y de organización de cada sujeto auditado, las cuales permitirán el despliegue lícito del principio de responsabilidad personal respecto a los individuos que trabajan para los primeros (ver el literal d] del artículo 22 de la LSNC).

Por último, como ya se puede deducir de anteriores argumentos, este régimen es el más ligado a las categorías de la lesión y el riesgo (previsible) recaídos contra el patrimonio público (“bienes y recursos del Estado”), como mecanismos fundamentales de consecución posterior de las mencionadas responsabilidades personales. El surgimiento de cualquiera de los mecanismos de responsabilidad punitiva y no punitiva gira siempre alrededor de que cada servicio de control se dirija a la probanza —al menos indiciaria— del daño (económico) ocurrido y la concretización efectiva de una escala de riesgos que siempre deberán ser extraídos del mundo organizativo y de la función pública o sistema laboral de cada sujeto auditado. Solo la evidencia probatoria puede permitir que en medio del servicio —y *a posteriori*— se quiebre o relativice parcialmente la presunción de licitud de la operación

15. No debe dejarse de tomar en cuenta que nuestra CP obliga a distinguir la función pública del personal de empresas públicas (al menos de aquellas que hayan sido creadas de forma societaria y sometidas al derecho privado); por ende, ninguna norma legal, sea organizativa, sectorial o de cualquier estilo, puede pretender unificar jurídicamente a los individuos o las organizaciones económicas de titularidad pública o del poder público en las que trabajan. Por tanto, considero que cualquier interpretación contraria a esta distinción constitucional y ontológica resulta completamente *antijurídica*. Al respecto, ver el art. 40 de la CP, que preceptúa: “No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta”.

examinada (ver el literal II del art. 9 de la LSNC)¹⁶. Además, estas dos primeras figuras son las categorías que permiten hacer ciertos los principios de materialidad y el carácter selectivo del control, en tanto, de manera respectiva, los órganos del control solo deberán ocuparse de “las transacciones y operaciones de mayor significación económica o relevancia en la entidad examinada”, y aquellas otras que “denoten mayor riesgo de incurrir en actos contra la probidad administrativa” (ver los literales k] y l] del art. 9 de la LSNC).

2.1. Una definición conceptual del control gubernamental

Los diferentes elementos que se han planteado en el anterior apartado permiten construir una definición sintética del control gubernamental peruano. Puede considerarse que este es un régimen de funcionamiento de la alta inspección pública dedicado en exclusiva a tres grandes objetivos de interés público: “supervisión, vigilancia y verificación de los actos y resultados de la gestión pública”, tomando en cuenta el uso y destino del patrimonio público de todo nuestro Estado, el cumplimiento normativo “y de los lineamientos de política y planes de acción, evaluando los sistemas de administración, gerencia y control, con fines de su mejoramiento”, y, de manera más reciente, “la prevención y lucha contra la corrupción”. Cada una de estas finalidades gigantescas determina la selección de un conjunto de ciencias, fuentes jurídicas y tipo exacto de servicio de control, incluso de una auditoría específica siempre bajo un criterio material (de obra, financiero-económica, de programa) a cargo —de manera excluyente— de los órganos de la CGR; o de manera residual en órganos que se encuentran bajo vinculación jerárquica con esta entidad administrativa superior, o, incluso, bajo un contrato de servicio técnico (como pasa con las actuaciones técnicas de las sociedades de auditoría de naturaleza privada)¹⁷.

Esta noción formulada plantea una clara superación del derecho como única ciencia de cobertura de esta materia tan relevante en los inicios republicanos, para entrar hacia actuaciones más heterogéneas propias de la intervención administrativa en el Estado social y democrático de derecho

16. Esta norma legal, tomando la vieja presunción de validez de los actos administrativos, preceptúa que, “salvo prueba en contrario, se reputa que las autoridades, funcionarios y servidores de las entidades, han actuado con arreglo a las normas legales y administrativas pertinentes”.

17. Estos privados colaboradores del control gubernamental son definidos legislativamente como las “personas jurídicas calificadas e independientes en la realización de labores de control posterior externo, que son designadas previo concurso público de méritos, y contratadas por la Contraloría General de la República para examinar las actividades y operaciones de las entidades, opinar sobre la razonabilidad de sus estados financieros, así como evaluar la gestión, capacitación y uso de los recursos asignados a las mismas” (ver el reformado artículo 20 de la LSNC).

y que se liga a los campos de la ingeniería, economía, contabilidad u otras ciencias no jurídicas, permitiendo así que estas actividades auditadas puedan ser revisadas con toda rigurosidad, amplitud, certeza y pulcritud, evitándose a toda costa la rudimentaria y antijurídica “confrontación entre el texto de las normas jurídicas y los actos sometidos a control, esto es una labor de comprobación de la corrección, de la regularidad o del cumplimiento legal, sin que el auditor contemple algún valor agregado a su análisis ni un compromiso con los objetivos permanentes de la Administración pública” (Morón Urbina, 2019: 712).

Así definido, el control gubernamental tendría un doble grupo de elementos bastante claros; por un lado (Morón Urbina, 2013: 65), los datos orgánicos (concretados en el monopolio exclusivo de la CGR sobre el régimen y otros datos organizativos que se manifiestan mediante garantías organizativas de “objetividad en su cometido, tales como la supremacía o supremacía sobre los sujetos controlados o en niveles de autonomía respecto al resto de organismos”), y por otro lado, los datos funcionales (que se involucran alrededor de objetivos legalmente establecidos y formas de actividades jurídicas y materiales bastante peculiares de la CGR y otros sujetos auditores). En este último dato, en concreto respecto a las actividades jurídicas del control, aparecen variadas actividades administrativas bastante clásicas (como la policía administrativa o la consultiva) que deben practicarse respetando el contenido jurídicamente otorgado de la discrecionalidad administrativa (y su tipología) a favor de los auditados, permitiendo que la actuación examinada del respectivo sujeto no pueda verse alterada, desconocida, mancillada, ignorada o, lo que podría ser peor, mal entendida por el auditor, puesto que deberá ser obligatoriamente receptiva de sus fuentes y datos singulares, según los términos expuestos en líneas anteriores.

Esta mirada del control gubernamental obliga a que sea también entendida como una materia de evaluación de lo existente, en marcha o por hacerse por parte de diversos auditados, jamás de coadministración y coresponsabilidad en la gestión administrativa o empresarial-pública examinada. Pero que, sin embargo, somete sus campos a las viejas figuras de la potestad administrativa (reglada o discrecional), la técnica de la empresa pública, el procedimiento administrativo (en muchos casos), la actividad material, el debido proceso, la legalidad (*positive bindung*), la teoría probatoria (en las acciones de control, principalmente), o el esencial principio de responsabilidad (que se aplica para recomendar un “posterior juzgamiento” en diferentes vías judiciales o administrativas que se abren a partir de la polémica independencia de responsabilidades). Por tanto, es un derecho administrativo especial que mantiene una conexión muy intensa con la parte

general mediante vasos comunicantes y transversales puestos a la luz y más que evidentes a los ojos de quien quiera verlas (las categorías anclas que acabo de reseñar).

En cualquier caso, esta definición, que se basa en las fuentes jurídicas vigentes, permite asegurar que las actividades del control gubernamental se agrupan en una noción conceptual debidamente delimitada, con un régimen propio que debe respetarse en cada caso concreto, guiando y ordenando así las potestades y actividades materiales o técnicas habilitadas por el ordenamiento a favor de la CGR y otros órganos auditores menores. Lo expresado muestra además la posibilidad de diferenciar, desde el principio, que el régimen del control gubernamental siempre será completamente diferente a los de las materias auditadas. Por eso, queda claro para los involucrados, bajo nuestro derecho, que todos se encuentran obligados a conocer y poner en práctica en cada supuesto concreto, al menos, dos regímenes jurídicos (el del control gubernamental y el de la operación evaluada), a fin de luego obtener un acto de control debidamente fundamentado y útil para el interés público y las mencionadas finalidades jurídicas especiales, que además respete los principios de legalidad, el carácter integral y carácter técnico y especializado del control.

2.2. Las fuentes especiales infraconstitucionales del control gubernamental peruano

En primer término, el régimen del control gubernamental ha tenido un fenómeno de expansión de materias debido al trabajo incesante del Legislador durante las últimas tres décadas (a partir de la publicación de nuestra actual CP), y por el influjo del fenómeno anticorrupción (pública). Su inicial matriz constitucional, que era bastante acotada a algunos fines esenciales, terminó siendo ampliada en actividades y objetivos por la legislación sectorial y la propia organizativa que regula la CGR, principalmente mediante la habilitación de nuevas o repuestas potestades administrativas (como la sancionadora o el acceso casi ilimitado a documentos)¹⁸, o la introducción

18. Ver la modificación literal a) del art. 22 de la LSNC, que señala que la CGR puede tener "acceso en cualquier momento y sin limitación a los registros, documentos e información de las entidades, aun cuando sean secretos; así como requerir información a particulares que mantengan o hayan mantenido relaciones con las entidades; siempre y cuando no violen la libertad individual. Dicha atribución incluye el acceso directo, masivo, permanente, en línea, irrestricto y gratuito a las bases de datos, sistemas informáticos y cualquier mecanismo para el procesamiento o almacenamiento de información, que administran las entidades sujetas al Sistema Nacional de Control" (ver el art. 3 de la LFCGR).

velada de supuestos nuevos principios (como el acceso a la información, que parece más una potestad intensa de la CGR)¹⁹.

Esta extensión determina que dicho régimen tenga en la actualidad un gran número de leyes en diferentes campos, todas necesitadas de una interpretación sistémica para dar coherencia a las respuestas jurídicas concretas. Citaré a continuación solo algunas: a) la LSNC (la más antigua y con mayor contenido jurídico general para el control gubernamental), b) la LFCGR (que amplió estructura y actividades de la CGR para buscar la “prevención y lucha contra la corrupción”), c) la Ley N.º 29622 (que reintrodujo la CGR en las actividades sancionadoras sobre el personal del sector público), d) la Ley de protección del denunciante interesado (que introdujo la figura del denunciante interesado para proteger y dar beneficios a funcionarios públicos), e) la Ley N.º 31433 (que centra su foco de atención en el control aplicado sobre las actuaciones de las municipalidades y los Gobiernos regionales del país), y, por último, f) la Ley de tipificación de la responsabilidad administrativa funcional (que tipifica las nuevas conductas infractoras tras la demolición jurídica que hizo el TCP sobre la legalidad material del régimen de responsabilidad administrativa funcional mediante el Pleno Jurisdiccional recaído en el Exp. N.º 0020-2015-PI/TC).

En segundo lugar, la CGR ha practicado su potestad reglamentaria de una manera desordenada y en números bastante amplios. Principalmente, a través del Contralor, órgano máximo de esta entidad administrativa, se han producido reglamentos para todas las materias, alcances y circunstancias coyunturales, siempre utilizando la nomenclatura de directiva. Así, existen las que se ocupan de los servicios de control (las acciones de control, principalmente), pasando por las que ven temas domésticos, las que reglamentan leyes coyunturales (para reglamentar la responsabilidad administrativa funcional), materias específicas (como las nuevas declaraciones preventivas de bienes y rentas y prevención de conflictos de interés), entre otras. En cualquier caso, la CGR ha publicado más de un centenar de directivas sin tener una codificación mínima y con pocas dosis de transparencia de cómo se ejercita su potestad reglamentaria (con mayor énfasis en aquellas que impactan sobre terceros).

19. Al respecto, ver la modificación literal m) del art. 9, que indica que la CGR tiene “acceso a la información, referido a la potestad de los órganos de control de requerir, conocer y examinar toda la información y documentación sobre las operaciones de las entidades sujetas al ámbito de control gubernamental, aunque sea secreta, necesaria para su función. Esto comprende el acceso directo, masivo, permanente, en línea, irrestricto y gratuito a las bases de datos, sistemas informáticos y cualquier mecanismo para el procesamiento o almacenamiento de información, que administran las entidades sujetas al Sistema Nacional de Control” (ver el art. 3 de la LFCGR),

Por otro lado, a lo largo de los anteriores apartados he venido citando algunos principios que aparecen positivizados en el art. 9 de la LSNC. Esta norma de enorme extensión recoge 21 categorías que quedan bajo una muy extraña regla de un tratamiento privilegiado y dominante de la CGR, puesto que los primeros “pueden ser ampliados o modificados por la Contraloría General, a quien compete su interpretación”. Considero que esta cláusula normativa desconoce la naturaleza de estas fuentes²⁰ y es atentatoria del principio de legalidad, porque permite una especie de interpretación discrecional que aparenta mostrar sentidos aplicativos, pero una lectura más detenida nos presenta una imposición disfuncional de esta técnica que puede ser planteada para derogar, inaplicar o suprimir por completo una regla-principio mediante acto administrativo. Es una situación muy polémica que considero debe ser repensada por el Legislador por la enorme inseguridad jurídica y arbitrariedad que ocasiona a la salvaguarda del interés público del control y —sobre todo— a la esfera jurídica de los propios auditados.

Ahora bien, la mayoría de “principios” que aparecen en la LSNC no son necesariamente tales. Algunos son reglas de gestión de importancia esencial, aunque sí todos son vinculantes o exigibles para las entidades administrativas del control gubernamental (particularmente cuando ejercitan potestades y tareas materiales de este especial y cualificado sector de actuación). Al respecto, bien vale la pena tomar en cuenta lo advertido por el profesor López Menudo (1992) cuando señalaba que no todos los principios tienen igual relevancia jurídica, ni algunos que son llamados como tales merecen esta condición, afirmando claramente que existe una extraña consideración del Legislador, cierta doctrina científica y algunos operadores por inflar su número:

“[...] muchos [...] no debieran ser tenidos como tales, sino acaso como meros criterios legales más o menos consolidados o como simples *regulae iuris*; y también debido al uso indiscriminado de dichos principios, sin especiales precauciones sobre su distinto valor jurídico resultante de una categorización de los mismos, que tampoco aparece claramente formulada en esa jurisprudencia, aunque creemos que ello es hoy absolutamente obligado y necesario, máxime tras el advenimiento de la Constitución, dado que no cabe atribuir a todos los principios idéntico valor” (López Menudo, 1992: 21).

En el fondo los verdaderos principios son solo aquellos que han tenido maduración y decantación de su contenido en el tiempo, posterior reconocimiento y efectiva aplicación social por parte de los destinatarios. Pero, principalmente, poseen un carácter irrefutable y absoluto que los fuerza a

20. En este punto me remito por completo a Vignolo Cueva (2019: 81 y ss.).

colocarse antes y por encima de cualquier otra fuente jurídica (otra razón más para dudar de la constitucionalidad de parte del mencionado artículo 9 de la LSNC). En otras palabras, son cosas justas por naturaleza, sin posibilidad alguna de que una postura en contrario pueda negar su existencia, valor práctico o carácter fundante en el derecho, puesto que representan su razón suprema y espíritu informador (Del Vecchio, 1979: 137).

Los anteriores conceptos sobre los principios me llevan necesariamente a clasificar y distinguir dentro del listado legal del art. 9 de la LSNC. Así, en primer lugar, tendríamos aquellos que son verdaderos principios de origen constitucional; luego estarían los que son principios de origen legal, y, por último, están aquellos que pueden entenderse como reglas de gestión del control gubernamental. Así, en el primer grupo tendríamos los principios de a) legalidad, b) el debido proceso de control, c) la autonomía funcional y, de manera cercana, por su conexión con derechos constitucionales, d) las reservas tributarias, de secretos bancarios y de identidades de los auditados. En el segundo grupo de principios, tendríamos: a) la universalidad, b) el carácter integral, c) la eficiencia, eficacia y economía, d) la oportunidad, e) la objetividad, f) la materialidad, g) el carácter selectivo del control, h) la presunción de licitud, i) la publicidad y j) la participación ciudadana. Por último, respecto a reglas de gestión tenemos: a) acceso a la información de las materias auditadas, b) el carácter técnico y especializado del control, c) la continuidad de las actividades o funcionamiento de la entidad al efectuar una acción de control, y, por último, d) la flexibilidad.

3. Los sujetos auditados y su problemática

Como había argumentado antes, los sujetos auditados bajo el control gubernamental no son todos iguales. Detrás del concepto legal incluido en este régimen aparecen distintos sujetos individuales, cada uno con vínculos jurídicos y aspectos funcionales muy diferentes entre sí (ver el artículo 3 de la LSNC). Así, aparecen dos grandes bloques de análisis jurídico en este punto. Por un lado, los sujetos auditados propiamente dichos, conformados por las organizaciones administrativas, empresas públicas y algunos privados que se acercan o gestionan los bienes y recursos del Estado. En segundo lugar, aparecen los individuos que trabajan para los auditados y que podrían verse involucrados en el señalamiento indiciario de responsabilidades y posterior deslinde, apareciendo los verdaderos funcionarios públicos y empleados de las diversas modalidades de función pública existentes, funcionarios políticamente elegidos que gobiernan las entidades administrativas territoriales, los designados directamente por los anteriores, titulares, directivos públicos

de diversas raíz y modalidad de servicio y personal privado de empresas públicas (municipales como los revisados en este caso).

Por eso, más allá de la irregular interpretación del “concepto único” que había planteado, un primer elemento que debe exigirse a cualquier órgano que ejecute los correspondientes servicios de control es siempre especificar y encuadrar el estatuto del sujeto auditado (el régimen personal, organizativo y funcional específico aplicable a este individuo), dentro del propio objeto y la anterior planificación de la actividad, a fin de no llevar adelante situaciones contrarias a la naturaleza organizativa del auditado. Esto obliga incluso a un respeto estricto de la legalidad aplicable a este (en los tres aspectos antes señalados), sin posibilidad alguna de implantar nociones, obligaciones, encuadres organizativos, deberes y potestades no asimilados a su puesto, posición y/o perfil específico. Todo lo dicho, en tanto obligación de discriminación positiva, encuentra soporte en el principio de responsabilidad (personal) y el antes citado principio del “carácter técnico y especializado del control”, bajo el cual cualquier servicio siempre debe considerar “la necesidad de efectuar el control en función de la naturaleza de la entidad en la que se incide” (ver el literal e] del art. 9 de la LSNC).

Esta primera previsión garantista y de distinción por sujetos se conecta luego con las garantías y los derechos que deben desplegarse sobre los individuos que trabajan o trabajaron para los primeros. En ese sentido, la cláusula básica que permite construir y explicar el arsenal de garantías y derechos que tienen estos particulares para afrontar las distintos servicios de control, y en particular frente a las acciones de control, proviene del reconocimiento hecho por el Legislador del citado debido proceso de control (ver el literal g] del art. 9 de la LSNC), principio de fuerte desarrollo jurisprudencial en nuestro Tribunal Constitucional y Poder Judicial que ha intentado ser singularizado a fin de garantizar “el respeto y observancia de los derechos de las entidades y personas, así como de las reglas y requisitos establecidos”. Al respecto, debe entenderse que este principio da cobertura jurídica a las formas y los procedimientos especiales (que deben ser respetados como parte de la legalidad del control gubernamental y que resultan aplicables directamente sobre las entidades administrativas auditadas), además de las propias facultades y garantías que ya en concreto serían más cercanas y sustanciales a las personas auditadas.

Sumadas a lo anterior, existen las denominadas garantías de orden especial que deben cumplirse estrictamente en las acciones de control. Por ejemplo, en toda práctica de auditorías gubernamentales (principalmente las de cumplimiento), existen cuatro atributos que deben aparecer en todo

el pliego de desviaciones y la posterior elaboración del informe de auditoría²¹. Así, la comisión auditora o el órgano pertinente debe relatar en forma ordenada y objetiva los hechos debidamente evidenciados con indicación de los respectivos atributos: condición, criterio, efecto y causa, agregando —de ser el caso— el señalamiento de la presunta responsabilidad administrativa funcional, penal o civil, e identificando seguidamente a las personas comprendidas en estos hechos fiscalizados, considerando además ciertos parámetros extra como el deber incumplido, la reserva, la ruptura indiciaria de la presunción de licitud y una cierta relación causal en la producción de daños antijurídicos. Todas estas garantías van apareciendo en las directivas específicas que regulan las principales acciones de control que tienen a su cargo la CGR y los órganos inferiores de control institucional.

Vale indicar que estos atributos son definidos por las directivas respectivas de la siguiente manera: a) la condición, entendida como los hechos que describen los errores, las deficiencias o las irregularidades detectadas, está referida a la situación advertida y debe ser sustentada con la evidencia probatoria pertinente; luego aparece b) el criterio, que implica la norma, disposición o parámetro de medición aplicable a la condición; en tercer lugar, se define c) el efecto, que está dado alrededor del perjuicio identificado o resultado adverso ocasionado como consecuencia de haberse producido la condición; finalmente, aparece el atributivo de d) la causa, que debe entenderse como la razón o motivo que dio lugar al hecho deficiente detectado. Esta se consignará cuando haya podido ser determinada y aparecerá en la fecha de la comunicación del hallazgo.

Por otro lado, existen las garantías de orden externo derivadas del carácter de investigación preliminar que poseen algunas acciones de control (particularmente los servicios de auditoría), y sus actos de control finales. Esta problemática sobre todo aparece en los denominados “informe de auditoría”²², el cual tiene carácter de prueba preconstituida y abre paso al posible inicio de un procedimiento sancionador, entre otros tipos de procesos judiciales y procedimientos aplicables al principio de responsabilidad personal. Dentro de este marco, resulta necesario respetar: a) la debida no-

21. Estas garantías especiales aparecen contempladas en el numeral 7.30 de las Normas Generales de Control Gubernamental aprobado por la Resolución de Contraloría N.° 273-2014-CG, y también en el numeral 7.1.3.1. de la Directiva de auditoría de cumplimiento aprobada por la Resolución de Contraloría N.° 473-2014.

22. Debe indicarse que el informe de auditoría expone por escrito los resultados y recomendaciones de la acción de control, con la finalidad de brindar oportunamente información al titular de la “entidad” y otras autoridades u organismos competentes que permita promover acciones de mejora, correctivas u otras necesarias en la conducción y ejecución de las actividades examinadas.

tificación en que se incluyan el carácter y los fines de la acción de control; b) la acotación del objeto investigado, en el sentido de informar al auditado de no solo “la causa de la acusación”, esto es, las acciones u omisiones que se le imputan (tiempo, lugar y circunstancias), sino también las razones que llevan a formular la imputación, los fundamentos probatorios de esta y la caracterización legal que se da a esos hechos; c) el derecho a que las actividades de auditoría tengan un contenido y una densidad mínimos, en cuanto la información correspondiente debe ser “expresa, clara, integral y suficientemente detallada”; d) el derecho a ser oído (derecho de defensa) y la oportunidad para presentar argumentos; e) la oportunidad del administrado para preparar sus alegaciones, lo cual incluye, necesariamente, el acceso a la información necesaria y antecedentes administrativos; y, por último, f) la notificación adecuada de la decisión que dicte el órgano de control y la debida motivación de esta.

Como se puede apreciar, todas estas garantías transversales al régimen de control gubernamental parten del derecho al debido proceso del cual gozan todos los sujetos de derecho en cualquier modalidad de actuación jurídica de las organizaciones del Poder público del país. Así, debido a su importancia, este derecho constitucional se encuentra reconocido como un macro derecho-garantía constitucional dentro de nuestro ordenamiento, conforme se desprende del numeral 3 del art. 139 de nuestra CP²³, el cual no solo lo limita al ámbito jurisdiccional, sino que sus facultades y mecanismos tuitivos resultan exigibles también en sede administrativa e incluso en las relaciones entre particulares (tal como ha sido referido y extendido en reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional)²⁴.

4. Los tipos de servicios de control gubernamental con énfasis en el servicio de orientación de oficio

Los servicios de control gubernamental son un conjunto heterogéneo de actividades que efectúan los órganos inferiores y la CGR para materializar los

23. “Artículo 139.— Principios de la Administración de Justicia

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...] 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación”.

24. Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.º 067-93-AA/TC (caso “Pedro Arnillas Gamio”), donde el TC señaló que “el respeto de las garantías del Debido Proceso, no puede soslayarse, de modo que también son de aplicación en cualquier clase de proceso o procedimiento privado”; Expediente N.º 292-96-AA/TC; Expediente N.º 647-96-AA/TC; Expediente N.º 684-97-AA/TC; Expediente N.º 026-97-AA/TC, entre otros.

objetivos legislativos del control gubernamental. No todas son actuaciones jurídicas, pues involucran desde la instrucción de los procedimientos administrativos especiales denominados como acciones de control sumados a actividades técnicas o materiales especializadas que tratan de examinar operaciones o asuntos de interés general concretos. En muchos de estos últimos tienen un gran valor aplicativo las ciencias contables y de auditoría (por eso el frecuente uso de normas técnicas internacionales sobre esta materia)²⁵. En muchos casos, todas estas actuaciones se ocupan principalmente del patrimonio público (los bienes y recursos del Estado), pero —en general— debido al carácter expansivo de las materias y los fines que tiene a cargo la CGR, estos servicios de control han venido introduciéndose en asuntos cada vez más complejos (como la búsqueda probatoria anticorrupción o la prevención de posibles gestiones de riesgo, “no oportunas” o antijurídicas, de las “entidades auditadas”).

Los servicios de control —como categoría general— tienen como antecedentes más remotos diversos artículos de la denominada Declaración de Lima, acuerdo de *soft law* suscrito por los representantes de todas las contralorías y entidades fiscalizadoras superiores del mundo en octubre de 1977. Así, solo por citar tres ejemplos relevantes directamente relacionados con la diversidad de actuaciones actuales de la CGR, se puede encontrar el art. 2 de este documento, que plantea un reconocimiento directo de los controles previo y posterior, o el art. 3, que recoge los controles interno y externo, o, por último, el art. 4, que preceptúa la necesidad de los controles formales y de realizaciones²⁶.

Ahora bien, como dato orgánico esencial, los servicios de control son prestados por los órganos propios de la CGR, sus órganos dependientes descentralizados denominados OCI (conforme a su competencia legal y funciones descentralizadas), así como, y solo en actividades puramente técnicas, por las sociedades de auditoría (en adelante, SOA), cuando son designadas y contratadas conforme a la normativa singular sobre la materia. Esta doble

25. En general, en nuestro país, la Junta de Decanos de los Colegios Profesionales de Contadores Públicos ha venido reconociendo un gran número de estas normas internacionales (por todas, ver la Resolución N.º 004A —2019-JDCCPP/CD). Esto, evidentemente, impacta en las fuentes y la forma de los trabajos de auditoría de la CGR; por eso, las NAGU (Normas de auditoría gubernamental) y MAGU (Manual de auditoría gubernamental) están completamente inspiradas y respetan (al menos formalmente) los principios, garantías de actuación profesional y reglas de gestión que plantean estas normas (ver, respectivamente, la repetidamente modificada Resolución de Contraloría N.º 162-95-CG y la modificada Resolución de Contraloría N.º 152-98-CG).

26. Más datos sobre la relevancia de estos productos del derecho blando del control gubernamental pueden examinarse en Morón Urbina (2013: 17-18).

participación de órganos administrativos muy distintos entre sí y de muchos privados externalizados obliga a mantener incólumes las garantías del auditado y que —principalmente— los involucrados busquen un patrón de actuación estándar tras las respectivas directivas que intentan ejecutar.

Por otro lado, el desarrollo de los servicios de control comprende la utilización de las técnicas, prácticas, métodos y herramientas de control y de gestión necesarias para el adecuado cumplimiento de unos objetivos previamente esbozados, teniendo en cuenta la naturaleza y las características particulares de las entidades, además de la materia u operación que se va a evaluar, fiscalizar o auditar. De ahí la fuerte presencia del principio de previa planificación en muchos de estos servicios, cuestión que incluso deberá ser cuidada por los funcionarios o el personal que se ocupa específicamente, y que puede ser puesta a prueba si es que algún auditado o examinado reclama algún antecedente (concretamente, si por ejemplo requiere los papeles de auditoría). De igual forma, en las prácticas de estas actuaciones se debe considerar a) su carácter integral y especializado, b) su nivel apropiado de calidad, y c) el uso óptimo de los recursos. Existen otras características y las condiciones de los servicios de control que son determinadas caso por caso en cada directiva específica, y que en este punto no vale la pena explicar.

Aunque existe una clasificación bastante extendida sobre los servicios de control, quisiera introducir una fórmula más propia del derecho administrativo general, la cual permitirá un mejor lenguaje jurídico entre todos. Así, en primer término debe entenderse que estos servicios de control son la categoría genérica que incluye las a) acciones de control (ver el art. 10 de la LSNC²⁷) y otras b) actuaciones materiales o técnicas del control gubernamental (tales como “inspecciones y verificaciones, así como las diligencias, estudios e investigaciones necesarias para fines de control” preceptuadas en el artículo 8 de la LSNC). Solo sobre los primeros servicios de control recaerá la vieja y garantista institución del procedimiento administrativo²⁸; por ende

27. El legislador peruano ha sido claro al colocar en primacía a la acción de control, definiéndola como la gran actuación jurídica de la CGR, pues la estima como “la *herramienta esencial del Sistema*, por la cual el personal técnico de sus órganos conformantes, mediante la aplicación de las normas, procedimientos y principios que regulan el control gubernamental, efectúa la verificación y evaluación, objetiva y sistemática, de los actos y resultados producidos por la entidad en la gestión y ejecución de los recursos, bienes y operaciones institucionales”. Es más, esta primacía se cierra con el señalamiento de que este tipo de servicio de control será el único que pueda producir “los informes correspondientes, los mismos que se formularán para el mejoramiento de la gestión de la entidad, incluyendo el señalamiento de responsabilidades que, en su caso, se hubieran identificado. Sus resultados se exponen al Titular de la entidad, salvo que se encuentre comprendido como presunto responsable civil y/o penal”.

28. Existen muchas definiciones sobre el procedimiento administrativo, incluso una muy difundida desde el texto legal del TUO LPAG (ver el actual art. 29 de este dispositivo), que lo

se instruiría una tramitación especial y puede llevar a la producción de un acto del control. Por otro lado, no debe olvidarse la tipología básica planteada por este régimen, basada en la temporalidad de realización de esta actuación de cara a la materia analizada:

- a) servicios de control previo,
- b) servicios de control simultáneo,
- c) servicios de control posterior.

5. El informe de control y su naturaleza jurídica

5.1. Las formas de actuación de la Contraloría General de la República. Datos iniciales

No existe actuación efectiva de una Administración pública peruana que no pueda ser entendida a la luz de alguna de las siguientes categorías; o es acto administrativo, o estamos ante actuaciones materiales o actos materiales que pueden o no tener consecuencias jurídicas sobre otros sujetos de derecho. Evidentemente existen grandes distancias conceptuales entre uno y otro instituto (incluso con regímenes muy diferentes en nuestro ordenamiento positivo), centradas fundamentalmente en que los primeros contienen verdaderas declaraciones jurídicas (porque son actos jurídicos) a diferencia del mero discurrir fáctico y cotidiano de las actuaciones materiales. Sobre esto último, en cuanto a los términos y elementos de distancia entre estos institutos, haré algunos comentarios a continuación. Sin embargo, sí debe quedar claro que las formas determinadas utilizadas por las organizaciones administrativas, debidamente tipificadas, se engloban siempre bajo cualquiera de las dos anteriores alternativas, sin que existan más opciones adicionales (salvo algunas posturas doctrinales muy específicas)²⁹.

estima como un "conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados". Para mayor análisis, entre los numerosos trabajos peruanos, puede leerse Zegarra y Baca (2011).

29. El profesor español Gallego Anabitarte propuso la actuación informal como una "forma de contraposición" a los actos administrativos y actos materiales de las Administraciones públicas. Esta postura interesante no ha tenido ninguna recepción en nuestra doctrina y fuentes positivas. Véase Gallego *et al.* (2001: 22). Existe también otra nomenclatura denominada "actos materialmente administrativos", que tuvo un gran éxito en la doctrina argentina y de otros países del continente, y que también debe ser descartada de nuestro derecho. Esta tesis no tuvo eco en la dogmática nacional, y aún menos acogida normativa o jurisprudencial relevante. Esta postura, con un nombre bastante particular, en el fondo camufla la verdadera teoría del acto administrativo y el concepto de lo que se entiende por Administración pública en un país,

La selección de cualquiera de las dos formas de actuación administrativa en un caso concreto determina la utilización de un consecuente régimen jurídico y, a continuación, la naturaleza que puede predicarse de la categoría revisada. Así, los actos del control gubernamental, en cualquiera de sus denominaciones (informe de control, informe de auditoría, informe de orientación de oficio, etc.), quedarán obligatoriamente asimilados a alguna de estas dos formas (sin posibilidad de escape o tercera posibilidad), o serán actos administrativos o, por el contrario, se les deberá considerar necesariamente como actuaciones materiales sometidas a una conceptualización y una tipología muy particulares.

Es importante resaltar que el instituto seleccionado debe nacer y también otorgar cobertura a las diversas relaciones jurídico-administrativas que luego aparecerán entre los órganos de control institucional o la CGR (a través de cualquiera de sus órganos, incluyendo los desconcentrados y *ad hoc*) y los sujetos auditados. Por ende, se trata de una forma de actuación que produce consecuencias y efectos jurídicos tangibles. Vale indicar que todas estas relaciones jurídicas nacerán de la aplicación de fuentes normativas muy singulares (propias de este derecho administrativo tan especial), y siempre mediante la ejecución de las potestades administrativas y actividades técnico-financieras de control gubernamental previamente habilitadas por el Legislador a favor de la CGR. Por último, solo esta citada participación administrativa permitirá la aparición de este tipo de relación jurídico-administrativa, la cual es calificada en doctrina como de origen legal indirecto³⁰.

Por otro lado, existe un dato fundamental, proveniente de la esencia misma del derecho administrativo, que resulta importante para justificar la selección de una u otra forma de actuación administrativa de la CGR frente a la producción o emisión de los informes de control y otros. Esto es el uso o

aplicadas sobre una parte de la actividad jurídica de poderes públicos no administrativos (tales como el Congreso de la República, Poder Judicial, Tribunal Constitucional o Ministerio Público). En estos casos, los defensores de esta supuesta "nueva categoría" propugnaban superar el acto administrativo para los poderes públicos constitucionalmente autónomos, otorgando así una respuesta a una vieja polémica doctrinal. Como bien se resumió, esta discusión se realizó entre quienes "sostenían una concepción limitada y subjetiva del Derecho Administrativo, según la cual estos actos no serían en sentido estricto actos administrativos, y quienes propugnaban una revisión formal de los límites del Derecho Administrativo, en la que lo determinante sería la materia". Véase Cid Villagrasa (2005: 430). En el derecho peruano, sobre esta última discusión no puede dejar de revisarse el trabajo pionero de Abruña Puyol (2010: 66 y ss.).

30. Como bien señalaba Entrena Cuesta, el acto administrativo determina el nacimiento de este tipo de relación jurídico-administrativa, la cual surge de manera mediata, indirecta y en aplicación posterior de una ley. Cabe reconocer entonces que el acto administrativo es un hecho jurídico por excelencia y el más importante en nuestro derecho, siendo este un dato que marcará la respuesta. Véase Entrena Cuesta (1970: 461).

no del procedimiento administrativo en las actividades de la CGR que resulten examinadas por un específico operador. Como bien se ha señalado en líneas anteriores, este ordenamiento especial ha diseñado y plasmado una serie de servicios de control que deben ser practicados por los diversos órganos de la CGR o, de manera externalizada y sin delegación de potestades (permitiendo solo la gestión de actividades técnicas)³¹, por parte de las SOA (privados contratistas de la auditoría gubernamental).

Dentro de estos servicios de control aparecen diversos procedimientos *especiales* que protocolizan y garantizan el debido proceso³² exclusivamente para permitir el despliegue de las acciones de control. Ahora bien, la tipología de esta última dependerá de la combinación de dos factores esenciales para definir su objeto y alcance. Por un lado, el tipo de órgano competente encargado de instruirlo (si es uno propio del sujeto auditado o por el contrario se trata de uno instaurado en la estructura o de manera *ad hoc* por la CGR)³³. En segundo lugar, la temporalidad o el momento en que se efectúa respecto a la materia auditada o revisada (previo, simultáneo o después de acaecidos los hechos examinados). La combinación de ambos elementos determina la selección del procedimiento respectivo para una determinada acción de control, las propias tipologías de estas tramitaciones y la consecuente producción del acto de control gubernamental que corresponda y esté previamente tipificado por el ordenamiento de la CGR.

Así, por ejemplo, la CGR ha desarrollado reglamentariamente el servicio de control simultáneo sin introducir en ninguna de sus reglas positivas la palabra procedimiento, a pesar de que este dispositivo determina la aparición de etapas o fases diversas desde el planeamiento hasta la examinación

31. Esta falta de delegación de potestades sobre las llamadas SOA aparece claramente preceptuada en el actual artículo 20 de la LSNC (reformado por el art. 3 de la LFGCR), al catalogarlas como personas jurídico-privadas, "designadas previo concurso público de méritos, y contratadas por la Contraloría General de la República para examinar las actividades y operaciones de las entidades, opinar sobre la razonabilidad de sus estados financieros, así como evaluar la gestión, captación y uso de los recursos asignados a las mismas".

32. No debe olvidarse que este principio-derecho tan relevante aparece claramente recogido en el literal g) del artículo 9 de la LSNC, presentándose como la figura que permite garantizar "el respeto y observancia de los derechos de las entidades y personas, así como de las reglas y requisitos establecidos".

33. La distinción entre órganos propios y ajenos respecto al sujeto fiscalizado, que luego permita diferenciar —respectivamente— el control interno y externo, cada vez ha ido perdiendo más brío y aplicabilidad en nuestro derecho. Todo esto, debido a las repetidas reformas legislativas que amplían las responsabilidades de la CGR (por todas, ver la Ley N.º 29555). En la actualidad es posible afirmar que los órganos de control interno (de siglas OCI), en su versión original como órganos propios de los sujetos auditados, aparecen en franca retirada. Es más, pueden catalogarse como órganos domésticos de verdadero control externo (completamente dependientes de la CGR).

periódica de lo producido (evaluación y seguimiento de las situaciones adversas detectadas), modalidades según supuestos, unas estrictas reglas de elaboración del correspondiente informe, derechos, obligaciones y garantías de los intervinientes, las potestades de los órganos competentes de la CGR, la tipificación del nombre y contenido del acto que antecedente a la finalización de este servicio (reporte de avance de situaciones adversas, informe de hito de control, informe de control concurrente, informe de visita de control y el utilizado informe de orientación de oficio), entre otras cuestiones propias de una norma procedimental o adjetiva de vía administrativa. Por eso, palabras más o menos, detrás de toda esta regulación normativa sectorial estamos ante verdaderas tramitaciones que deben estimarse como ejemplos de procedimientos especiales³⁴.

En el mismo sentido, debe quedar establecido que la mayoría de directivas de la CGR tiene como ámbito objetivo esencial la regulación de una numerosa cantidad de procedimientos especiales necesarios para guiar las múltiples acciones de control. En otras palabras, deben ser asumidos como dispositivos infralegales o reglamentarios de corte adjetivo y que intentan juridificar al máximo la actividad más relevante de la CGR ante los sujetos auditados, incluso planteando limitaciones y garantías frente al ejercicio de las correspondientes potestades administrativas de esta entidad administrativa.

Ahora bien, es evidente que el ordenamiento del control gubernamental ha intentado alejarse, camuflar, crear palabras alternativas o incluso presentar conceptos diferentes a esta noción legal, tuitiva y estándar en nuestro derecho (procesos, por ejemplo). Todo esto, a fin de evitar a toda costa que los servicios de control se sometan a esta fundamental categoría. Sin embargo, las normas reglamentarias de la CGR poco pueden hacer frente al debido proceso de control y la fuerza intensa del mencionado instituto recogido en el artículo II de la Ley de procedimiento administrativo general (en adelante, TUO LPAG), por la cual: a) sin importar la condición de la organización administrativa, se aplica obligatoriamente a todas las “actuaciones de la función administrativa del Estado y, regula todos los procedimientos administrativos desarrollados en las entidades, incluyendo los procedimien-

34. Los procedimientos especiales son definidos por la doctrina más reputada en nuestro idioma como una cadena de tramitación que tiene instrucciones singulares o diferentes, tal como claramente se puede observar en las diversas acciones de control recogidas en el ordenamiento vigente de la CGR. Así, se indicó que “la especialidad hay que buscarla en la tramitación, no en el fin público que trata de servir, pues si se atendiera al criterio de la finalidad habría que concluir que todo procedimiento es especial respecto de los demás”. Véase González Navarro (1981: 415).

tos especiales”; b) los regímenes singulares (como el del control) “que crean y regulan los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas” por el TUO LPAG; y c) que obliga a los reglamentos de procedimientos especiales a someterse a seguir “los principios administrativos, así como los derechos y deberes de los sujetos del procedimiento” preceptuados en el TUO LPAG.

Entonces, cuando se necesita y utiliza el procedimiento administrativo ante tramitaciones diversas y por parte de organizaciones administrativas de la más diversa índole (como sucede con la multicitada CGR), estamos ante una auténtica noción ordenadora de nuestro derecho público³⁵. Por ende, esta debe tener la mayor estabilidad y definición posible, sin que puedan discutirse su existencia y, menos, su virtualidad efectiva. Más allá de los perjuicios que puedan esgrimir ciertos operadores del control, lo cierto es que el procedimiento especial es la máxima forma de tutela existente en este régimen, capaz de permitir mantener el equilibrio entre las potestades a ser ejercitadas por los órganos competentes, las garantías a ser respetadas a favor de los auditados o evaluados y la búsqueda de la salvaguarda efectiva del interés público que se ve involucrado en cada acción de control. Por eso, sí se considera que, sumado a las garantías antes anunciadas, aparece flotando y siendo real un verdadero derecho al procedimiento de la acción del control.

A partir de todo lo expresado, es posible plantear que la definición jurídica de los informes y otros actos de control gubernamental quedará establecida por la combinación de cuatro elementos: a) la selección correcta de la categoría del acto administrativo; b) la utilización reglada y obligatoria de la teoría del procedimiento administrativo para su producción; c) el uso en el caso concreto de la figura de las acciones de control preceptuada en el art. 10 de la LSNC, como servicios de control altamente protocolizados y respetuosos del debido proceso de control; y por último d) la obligatoriedad de que lo producido surja de una previa relación jurídica de control gubernamental y, a continuación, sostenga o dé cobertura a *otras* relacionadas con su contenido u objeto (como la posterior fiscalización, el seguimiento de recomendaciones, entrega de información, deslinde de responsabilidades, actuaciones procesales diversas, práctica sancionadora administrativa, entre otras).

35. En este punto me remito a los postulados que esgrimió el profesor Sainz Moreno, indicando que en el lenguaje jurídico de un país “los llamados ‘conceptos instrumentales’ o ‘conceptos jurídicos ordenadores’ (‘legitimación’, ‘personalidad jurídica’, ‘nulidad’, etc.), deben tener un *significado definido*, porque su función se cumple siendo precisos”. Véase Sainz Moreno (1976: 45-46).

5.2. El informe y otros actos del control gubernamental son actos jurídico-administrativos

La catalogación de los informes de control como actos administrativos en el derecho peruano no es sencilla ni pacífica. Ni la CGR, ni la judicatura peruana, menos un sector de la doctrina, aceptan esta posición. Sin embargo, aparecen varios datos que presentaré a continuación que hacen pensar todo lo contrario. En cualquier caso, estas dudas se deben principalmente a tres factores: a) la falta de unidad en la doctrina peruana sobre lo que significa el acto administrativo; b) una contraposición conceptual e interpretativa de varios operadores nacionales (jueces, abogados y ciertos profesores de Derecho Administrativo) sobre lo que significan jurídicamente los actos internos o de administración interna y los actos de trámite de nuestras organizaciones administrativas; y finalmente, c) la confusión existente sobre las actuaciones administrativas que son impugnables judicialmente, a pesar de que nuestro vigente TEO de la LPCA es bastante claro.

Lo que sí parece completamente zanjado en nuestro derecho administrativo es que los informes y otros actos de control no son actuaciones materiales de la CGR. Es más que evidente que todas estas actuaciones están totalmente ligadas a la categoría general de los actos jurídicos y contienen una serie de declaraciones administrativas provenientes de distintos órganos de control gubernamental, siempre bajo el previo ejercicio de potestades administrativas habilitadas expresamente por el ordenamiento. Además, también debe entenderse que los actos materiales se caracterizan “por no contener en sí una declaración expresa [...] son solamente el desarrollo de una actividad. Por ejemplo [...] una felicitación, el dictado de una clase por un funcionario, la recogida de la basura por los empleados municipales, los actos de apropiación material de los bienes del deudor en un procedimiento ejecutivo” (Abruña y Baca, 2008). En cualquier caso, el TEO LPAC ha reconocido esta cuestión de manera directa (ver el numeral 1.22 de este dispositivo)³⁶.

Pero volvamos a las primeras cuestiones de discusión para explicarlas. Luego esto nos permitirá asumir una postura y calificar, así, la naturaleza jurídica del informe de control y otros actos de control gubernamental. En

36. Además, otra definición directa de la actuación material, acto material o comportamiento material de la Administración pública la califica como el “acto o conjunto de actividades fácticas o eminentemente físicas que, sin requerir una cualificación particular por parte del agente o ejecutante, resultan de la gestión de la Administración”. Véase Lexvademecum.com (diccionario jurídico en línea), última modificación 10 de noviembre de 2017. Disponible en: <http://lexvademecum.com/2017/11/10/acto-administrativo/>.

primer término, han existido dos posturas que intentan explicar las calificaciones del acto administrativo y negaciones de este aparecidas en el TUO LPAG (por todos, ver los numerales 1.1 y 1.2. de este dispositivo). Esto ha generado la existencia de dos posiciones doctrinarias que han influenciado de diversa manera a nuestros operadores. Por un lado, está la *tesis estricta* que considera los actos administrativos como actos jurídicos —exclusivamente— formados por declaraciones administrativas de voluntad, a la usanza de los negocios jurídicos del derecho civil muy estudiados en doctrina alemana³⁷. La segunda postura es la amplia que considera el acto administrativo como un acto jurídico que contiene diversos tipos de declaraciones emitidas por la Administración pública competente, pudiendo ser las primeras de voluntad, juicio, deseo o conocimiento³⁸, con lo cual existirían diversas manifestaciones en vía externa e interna, pudiendo ser muy diverso en contenido y consecuencias jurídicas. Esta última es una tesis muy influenciada por la doctrina italiana, principalmente por lo que explicó el profesor italiano Guido Zanobini durante la primera mitad del siglo pasado³⁹.

En segundo lugar, a partir de la tesis que uno escoja dentro de las dos alternativas anteriores, tanto los actos de administración interna como los actos de trámite, entre otros supuestos, quedarían dentro o fuera de la noción de acto administrativo. Normalmente, los informes de control y otros actos son incluidos apartados de los primeros en virtud del art. 24 de la LSN, regla que indica que “constituyen actos de la administración interna de los órganos conformantes de éste, y pueden ser revisados de oficio por la Contraloría General, quien podrá disponer su reformulación, cuando su elaboración no se haya sujetado a la normativa de control, dando las instrucciones precisas para superar las deficiencias, sin perjuicio de la adopción de las medidas correctivas que correspondan”.

Esto último ha sido repetido mecánicamente y con poco sustento en una reciente sentencia del TCP, indicándose lo siguiente:

“[...] los informes de control emitidos por el Sistema Nacional de Control se limitan a emitir conclusiones y recomendaciones sobre el hecho objeto de control en el ejercicio de sus funciones y atribuciones constitucionales, trasladando sus hallazgos a las instituciones competentes para el inicio de las acciones correspondientes. En otras palabras, son actos que por vocación se encuentran orientados a materializar el fun-

37. Por todos, ver el trabajo de Huapaya Tapia (2011: 149-193).

38. Por todos, ver el trabajo de Abruña Puyol (2016: 250-271).

39. La noción expresada por este fundamental doctrinario italiano apareció en Zanobini (1947: 187).

cionamiento del servicio de control y no están destinados a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta, por lo que son actos de administración interna y no actos administrativos⁴⁰.

Entonces, escogiendo la mejor alternativa que convenga a un determinado operador, muchos niegan el carácter de acto administrativo del acto interno o de administración interna del informe de control y otros productos de servicios de control, interpretando —antisistémicamente— la legislación sectorial vigente y el numeral 1.2.2 del TUO LPAG sin asumir otras reglas de este propio dispositivo (incluyendo la propia definición legal extensa de esta categoría preceptuada en su numeral 1.1). En adición, a pesar de estas cuestiones aplicativas, nadie los deja fuera del instituto del acto jurídico, dándoles así una posición especial, tanto que por ejemplo la propia legislación del control gubernamental les reconoce un sinnúmero de efectos jurídicos, tales como los siguientes:

- El artículo 7.35 de las Normas Generales de Control Gubernamental (en adelante, “NGCC”) establece que apenas recibido un informe de control “[...] el titular o los funcionarios competentes deben disponer la implementación de las recomendaciones”.
- El artículo 7.39 de las NGCC dispone que “[...] Una vez emitido, el informe debe ser comunicado al titular de la entidad y a las unidades orgánicas de la Contraloría que resulten competentes, para que se disponga la implementación de las recomendaciones formuladas y las acciones complementarias que resulten pertinentes. Las excepciones a la comunicación del informe al titular serán reguladas en la normativa específica”.
- El artículo 4.18 de las NGCC reconoce lo siguiente: “El titular de la entidad es el responsable de disponer las acciones y designar a los encargados de la implementación de las recomendaciones formuladas en los resultados de la ejecución de los servicios de control, y de mantener un proceso permanente de evaluación de los avances obtenidos hasta lograr su total implementación; informando a la Contraloría y al Órgano de Control Institucional en la oportunidad y forma que establezca la Contraloría. Caso contrario, incurrirán en infracción sujeta a la potestad sancionadora de la Contraloría, de acuerdo a la normativa sobre la materia”.

40. Sentencia del TC, recaída en el EXP. N.º 01389-2022-PA/TC, f.j. 5.

- Por otro lado, aparecen efectos directos que se presentan sobre los administrados auditados que no solo tienen que ver con el señalamiento para un deslinde individual de responsabilidad ante la entidad administrativa o empresa pública empleadora (tal como sucede con la consulta formulada), sino que convierten a estos en posibles sujetos de responsabilidad administrativa funcional, a partir de constituirse en el principal medio probatorio de este estricto régimen disciplinario a cargo de la Contraloría General de la República.
- Por último, no debe dejarse de citar la aplicación del denominado 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 (Res. de Contraloría N.º 100-2018-CG). El informe, que no se examinó en sus recomendaciones o conclusiones por parte de la entidad o empresa pública auditada, es posible de hacer surgir “infracciones graves y muy graves” en contra de los funcionarios que omitieron “estas consecuencias”.

Pero en aras de ir definiendo, creo que en la actualidad los informes y otros actos del control gubernamental tienen una posibilidad abierta en nuestro derecho de tener dos formas de explicación de su naturaleza jurídica: a) la más aceptada es la de que son *actos internos de la CGR* que producen consecuencias sobre unos determinados sujetos (las entidades administrativas, empresas públicas auditadas y los individuos que trabajan para los primeros), pero a pesar de esta inicial calificación legislativa no dejan de ser *actos jurídicos productores de unos efectos*, a partir de una específica declaración del órgano de control; b) la segunda, menos aceptada, pero importante para discernir otras cuestiones que trataré a continuación, es la que lo considera como un *acto administrativo bastante singular*, producido a partir de una serie de fases y diligencias muy protocolizadas que dan lugar a un procedimiento especial de elaboración y producción del primero. Ambas explicaciones, como se notará, tienen un acercamiento muy fuerte, y casi terminan siendo argumentaciones muy similares para el instituto analizado⁴¹.

41. Es más, si se estableciera algún nivel de estudio sobre los actos internos, derivaría en una inmensa cercanía entre estos, el acto administrativo y el acto jurídico (general). Además, cabe mencionar que los propios actos internos se clasifican en los siguientes, siendo necesario revisarlos caso por caso: a) los actos de relación interorgánica, b) los de relación intersubjetiva, c) los que producen efectos indirectos sobre los administrados (los de trámite), d) los que no producen efectos jurídico-administrativos. Por ende, no es tan sencillo sacar a *todos* estos de

5.3. En específico, el informe de control y su naturaleza jurídica

El informe de control es el acto jurídico por excelencia producido solo en algunas específicas acciones de control de la CGR. Su elaboración en secuencias y fases muy rígidas, los estrictos requisitos y formas esenciales que lo rigen, sus fuertes limitaciones mediante principios, un contenido con tendencia a la evidencia probatoria y efectos jurídicos muy diversos sobre los auditados, prueban la importancia capital de este acto. Lo indicado da lugar a que nuestro Legislador tenga muchas previsiones y por ejemplo subraye que los informes de control son los únicos que pueden señalar presuntas “responsabilidades que, en su caso, se hubieran identificado” (ver el artículo 10 de la LSNC).

Así, los informes de control son una *especie* muy concreta de acto del control gubernamental que solo se produce desde un servicio de control posterior, y más certeramente a través de la aplicación de alguna de las llamadas auditorías gubernamentales en cualquiera de sus denominaciones y modalidades (sean de cumplimiento, examen especial, financiera, de gestión u otras). Vale indicar que la auditoría —como acción de control— implica necesariamente una serie de procedimientos especiales, de fuerte aplicabilidad del principio de previa planificación y muy rigurosamente regulados por directivas de la CGR, por los cuales, mediante técnicas jurídicas, económico-financieras u otros parámetros de contraste propios de diversas ciencias, se busca “comprender la realidad administrativa [...] pero a partir de los contextos reales que en ella convergen, además de comprender en su análisis a la calidad de la propia normativa vigente basándose en los objetivos valorativos” (Morón Urbina, 2013: 93). También, en ciertos casos, la auditoría gubernamental puede ser usada exclusivamente para “un examen de conformidad a las leyes y reglamentos vigentes” (Morón Urbina, 2013: 93).

En el mismo sentido, el procedimiento de control posterior más relevante y utilizado, que produce los informes de control más completos, se denomina “auditoría de cumplimiento”, que se define en el numeral 6.1 de la Resolución de Contraloría N.º 001-2022-CG como un examen objetivo y profesional, muy sistémico, que tiene como propósito obtener y evaluar “evidencia para determinar los aspectos significativos de los actos, actividades, procesos, asuntos específicos o resultados de las operaciones financieras, presupuestarias, operativas y administrativas realizadas por las entidades y

la teoría de los actos administrativos, pues muchos de los actos internos comparten el origen declarativo y la producción de consecuencias predicables del primer instituto. Véase Abruña y Baca (2008: 111-112).

dependencias” sujetas al control gubernamental. En el mismo sentido, un elemento que resalta es la fuerte incidencia de evidencia probatoria para alcanzar un informe que pueda aportar medios para las próximas relaciones jurídicas que se establecerán a partir de su notificación (en vía administrativa, sedes judiciales o incluso en la propia mejora de la gestión de la institución). Otras modalidades de auditoría, con sus propios reglamentos, siguen esta misma tendencia a informes que tiene un fuerte valor porque adjuntan evidencia probatoria.

Pero aparecen tres cuestiones adicionales de los informes de control que saltan a la vista y que los distinguen de otros actos propios del control gubernamental. Estas son:

- a) El informe de control siempre es un acto jurídico con tres tipos de declaraciones: de voluntad, de juicio y de deseo⁴². Por un lado, están las de voluntad, que fundamentalmente se expresan en el señalamiento indiciario o preliminar de responsabilidades personales o individuales de funcionarios o personal del sector público que trabajan o trabajaron para las instituciones auditadas, existiendo una clara definición de la CGR de que se instauren actuaciones posteriores en contra de estos particulares. Estas mismas declaraciones de voluntad se pueden revisar en el cúmulo de medios probatorios que se adjuntan y pueden ser usadas en las actuaciones ulteriores antes señaladas. Estas declaraciones aparecen muchas veces reflejadas en las recomendaciones efectuadas. Por otro lado, las declaraciones de juicio están contenidas a lo largo de los argumentos, alegaciones técnico-jurídicas y conclusiones, aparecen dictámenes sobre legalidad u otras ciencias no jurídicas. Finalmente, las declaraciones de deseo se reflejan en ciertas recomendaciones y apéndices de los informes en los cuales se recogen algunas propuestas de mejoras institucionales y de gestión.
- b) El informe de control es un medio probatorio por sí mismo, pudiendo ser usado para la vía administrativa, arbitral, judicial o de gestión, junto con el resto de evidencia que pueda tener asumida en su contenido, bajo los principios de libre apreciación de la prueba, igualdad de armas, libertad probatoria y contradicción. En nuestro

42. Como bien señala el profesor Abruña, las declaraciones de voluntad producen definiciones y estabilización de una situación jurídica concreta, bajo situaciones de favorabilidad o desfavorabilidad; las de juicio son informes, dictámenes o juicios valorativos sobre una situación fáctica; y, por último, las de deseo son propuestas dadas por el órgano emisor. Véase Abruña Puyol (2016: 254).

derecho no se puede aceptar un medio como pleno solo por su mera existencia o por quien lo produce (por todos, ver el artículo 6 del TUO LOPJ, que exige la igualdad de partes y otros aplicables a la teoría probatoria).

- c) Su objeto, al ser diverso, siempre obliga a mostrar un señalamiento de responsabilidad individual; por ende, produce unas consecuencias jurídicas más estables frente a otros poderes públicos, incluso ante los jueces y árbitros, sin que esto implique una primacía probatoria de este acto del control.

5.4. Para culminar, la naturaleza jurídica de otros actos del control. En concreto, de los actos del control simultáneo

En este apartado final quisiera centrarme en las diferencias existentes entre el informe de control y otros actos del control gubernamental. Particularmente, trataré de establecer la naturaleza de los denominados informes de orientación de oficio provenientes de los servicios de control simultáneo y que se encuentran actualmente regulados por la Directiva N.º 013-2022-CG/NORM, aprobada por Resolución de Contraloría N.º 218-2022-CG. Las diferencias sustanciales, que tienen directo impacto sobre el valor probatorio que se tratará a continuación, pueden ser establecidas en las siguientes consideraciones:

- a) A diferencia de los informes de control que cierran o finalizan los procedimientos de auditoría gubernamental, los informes producidos en el control simultáneo son dictámenes o juicios intermedios que no cierran estas acciones de control. Por tanto, se trata de verdaderos actos de trámite que quedan encadenados con otras actuaciones y fases de estas tramitaciones, tales como las posteriores “comunicaciones preventivas o correctivas respecto de las situaciones adversas identificadas y comunicadas” mediante el informe de orientación de oficio (ver el numeral 6.1.8 de la Directiva N.º 013-2022-CG/NORM, aprobada por Resolución de Contraloría N.º 218-2022-CG).
- b) Los informes de orientación de oficio se basan en un control de legalidad preventivo y revisión documentaria muy básica de las denominadas situaciones adversas de una actuación en curso. Previamente, el órgano de control hace un verdadero análisis de riesgos respecto de diversas materias, mediante el señalamiento de actividades o hitos de control. Por tanto, produce efectos preventivos para que sean evalua-

dos por la institución auditada, y esta tome luego una decisión final (la cual puede implicar incluso el desistimiento, con sustento, que pueda ser comunicado al órgano de control).

- c) Los informes de orientación de oficio no tienen un gran trabajo de obtención de evidencia probatoria, a diferencia de lo que se realiza en una auditoría gubernamental y la producción de un informe de control en los servicios de control posterior. Como señala expresamente la Directiva N.º 013-2022-CG/NORM, es una acción de control que se realiza en plazos breves (ver numeral 6.1.1, literal b), del Reglamento) y bajo un análisis esencialmente documentario (ver numeral 6.1.6 del Reglamento), a fin de evaluar de manera sincrónica una actividad en marcha (con un claro enfoque preventivo).

6. Bibliografía

- Abruña Puyol, A. (2010). *Delimitación jurídica de la Administración pública en el ordenamiento peruano*. Lima: Palestra.
- (2016). Sobre el denominado concepto estricto del acto administrativo. *Revista Foro Jurídico*, 15.
- Abruña Puyol, A. y Baca Oneto, V. (2008). *Notas al curso de Derecho administrativo*, pro manuscrito.
- Agudo González, J. (2018). *La función administrativa del control. Una teoría del control orientada a la configuración de un sistema de justicia administrativa*. Madrid: Civitas.
- Barnés, J. (2019). Elementos de una teoría del control de la Administración. En AA. VV. *Control administrativo de la actividad de la Administración* (vol. 1). São Paulo: FIDA y otros.
- Bermejo Vera, J. (1998). La Administración inspectora. *Revista de Administración Pública*, 147.
- Cid Villagrasa, B. (2005). Los actos de gestión, administración y personal. *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, extra 1, 429– 461.
- Danós Ordóñez, J. (2019). El control de la Administración pública en Perú. En AA. VV. *Control administrativo de la actividad de la Administración* (vol. 1). São Paulo: FIDA y otros.
- Del Vecchio, G. (1979). *Los principios generales del Derecho*. Barcelona: Bosch.
- Entrena Cuesta, R. (1970). *Curso de Derecho administrativo*. Madrid: Tecnos.
- Gallego Anabitarte, A., et al. (2001). *Acto y procedimiento administrativo*. Madrid: Marcial Pons.
- García Cobián Castro, E. (2013). Control gubernamental del gasto público en el Estado constitucional: reflexiones a propósito de la aprobación de

- las facultades sancionadoras de la Contraloría General en materia de responsabilidad administrativa funcional. *Derecho PUCP*, 71, 443-475.
- González Navarro, F. (1981). Procedimiento administrativo común, procedimientos triangulares y procedimientos complejos. *REVL*, 211, 409-454.
- Herrera Vergara, H. (1991). Informe de ponencia sobre estructura del Estado. *Gaceta Constitucional*, 59.
- Huapaya Tapia, R. A. (2011). Propuesta de una nueva interpretación del concepto de Acto Administrativo contenido en la Ley de Procedimiento Administrativo General. En AA. VV. *Administración pública, Derecho administrativo y regulación. Estudios y cuestiones*. Lima: Ara editores.
- López Menudo, F. (1992). Los principios generales del procedimiento administrativo. *Revista de Administración Pública*, 129.
- López Ramón, F. (2011). Teoría jurídica de las cosas públicas. *Revista de Administración Pública*, 186.
- Morón Urbina, J. C. (2013). *Control gubernamental y responsabilidad de los funcionarios*. Lima: Gaceta Jurídica.
- (2019). El control administrativo sobre actos funcionales discrecionales de los servidores públicos: el caso específico de las APP. En AA. VV. *Control administrativo de la actividad de la Administración* (vol. 1). São Paulo: FIDA y otros.
- Rabbi-Baldi Cabanillas, R. (2020). *Interpretación jurídica. Teoría y práctica jurisprudencial*. Buenos Aires: Astrea.
- Sainz Moreno, F. (1976). *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas.
- Vignolo Cueva, O. (2016). Datos básicos sobre los regímenes disciplinarios comunes peruanos. En AA. VV. *Derecho Disciplinario*. Ius et Veritas-GIEP UDEP.
- (2019). *La dogmática del principio de subsidiariedad horizontal. Liberalización de sectores y el surgimiento de la Administración pública regulatoria en Perú*. Lima: Palestra.
- Zanobini, G. (1947). *Corso di diritto amministrativo*. Milán: Giuffré.
- Zegarra Valdivia, D. y Baca Oneto, V. (coords.). (2011). *La Ley de Procedimiento Administrativo General. Diez años después*. Lima: Palestra.