

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

“Discrecionalidad administrativa en el ejercicio del control gubernamental y tramitación de procedimientos sancionadores”

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

Autor:

David Abraham Gutierrez Quispe

Asesor(es):

Diego Hernando Zegarra Valdivia

Lima, 2021



A mis padres, esposa e hijos, quienes motivan cada día, e impulsan la realización de mis metas en todo ámbito de mi vida, cuya consecución no sería posible sin ese aliento y apoyo incondicional que transmiten por su calidad de personas, y que los logros obtenidos no son solo míos, sino nuestros.

RESUMEN

Los actos emitidos de la administración pública en la actualidad vienen siendo con mayor énfasis objeto de cuestionamiento por parte de la sociedad, para un sector tales actos son dictados al margen de la eficiencia y eficacia que deben orientar su fin, constituido en atender el interés público, mientras que para otros los mismos trascienden negativamente hacia actos de corrupción

En merito a lo precitado, resulta innegable la presencia de los dos escenarios precitados en nuestra coyuntura; no obstante, la diferenciación entre actos negligentes y actos de corrupción es más que relevante en un procedimiento de deslinde de responsabilidades. En este mismo sentido resultará necesario distinguir si estos considerados “actos de corrupción” realmente contiene decisiones de funcionarios y servidores públicos que contravienen el marco normativa aplicable, o si solo obedecen a decisiones adoptadas en uso de sus facultades discrecionales, cuyo reconocimiento en muchas ocasiones deviene en nulo, o en su caso entra en confusión con decisiones arbitrarias o ilegales, Por lo tanto, el presente artículo se enfocará en analizar a través de informes de control cómo es que el Sistema Nacional de Control en el ejercicio del control gubernamental y en la tramitación de procedimientos administrativos sancionadores reconoce tal potestad discrecional, evidenciándose en ocasiones imputaciones solo en base a controles de legalidad.

Palabras clave: discrecionalidad, legalidad, control gubernamental, procedimiento administrativo sancionador.

ABSTRACT

The acts issued by the public administration are currently being more and more questioned by society, for one sector such acts are dictated outside the efficiency and effectiveness that should guide its purpose, constituted in serving the public interest, while for others they transcend negatively into acts of corruption.

In view of the above, it is undeniable the presence of the two aforementioned scenarios in our situation, however, the differentiation between negligent acts and acts of corruption is more than relevant in a procedure to determine responsibilities. In this same sense, it will be necessary to distinguish whether these considered "acts of corruption" really contain decisions of public officials and public servants that contravene the applicable regulatory framework, or whether they are only decisions adopted in the use of their discretionary powers, whose recognition often becomes null and void, or in its case is confused with arbitrary or illegal decisions, Therefore, this article will focus on analyzing through control reports how the National Control System in the exercise of governmental control and in the processing of administrative sanctioning procedures recognizes such discretionary power, sometimes evidencing imputations only on the basis of legality controls.

Key words: discretionality, legality, governmental control, administrative sanctioning procedure.

ÍNDICE	Pág.
1. INTRODUCCIÓN	1
2. DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA	3
2.1. Concepto	3
2.2. Alcances y límites	7
2.3. Diferencias con los conceptos jurídicos indeterminados y la arbitrariedad	8
3. EL EJERCICIO DE LA FACULTAD DISCRECIONAL EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO NACIONAL	10
3.1. Potestades regladas y discrecionales	10
3.2. Ejercicio de la facultad discrecional en la administración pública	11
3.3. Control de la discrecionalidad administrativa	12
4. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN EL EJERCICIO DE LA FACULTAD SANCIONADORA A CARGO DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA	13
4.1. Discrecionalidad administrativa en el ejercicio de la facultad sancionadora	13
4.2. Atribuciones de la facultad discrecional en el ejercicio del control gubernamental a cargo del Sistema Nacional de Control	14
4.3. Límites a la discrecionalidad en la tramitación de procedimientos administrativos sancionadores a cargo de la Contraloría General de la República.	20
5. CONCLUSIONES	21
6. RECOMENDACIONES	22
7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	23

1. INTRODUCCIÓN

En el presente artículo, lo que se busca es, realizar un análisis sobre cómo el Sistema Nacional de Control viene asumiendo el concepto y alcances de la discrecionalidad administrativa con que cuentan los funcionarios y servidores públicos; dicho de otra forma, lo que se busca determinar es si en el ejercicio del control gubernamental y en la tramitación de los procedimientos administrativos sancionadores, el Sistema Nacional de Control reconoce y respeta las decisiones discrecionales adoptadas en la Administración pública.

La finalidad del presente trabajo es la de establecer si el ejercicio de la potestad discrecional en el ejercicio del control gubernamental y materia administrativa sancionadora, se desarrollan dentro del marco de legalidad vigente y por ende respeta los derechos de los funcionarios y servidores públicos a no ser sancionados sobre la base de imputaciones apartadas de objetividad.

Las entidades de la administración pública, en el ejercicio de sus funciones, cuentan con un marco legal aplicable que resulta de observancia obligatoria en su quehacer funcional a fin de servicio en la satisfacción de los intereses de la colectividad. En tal sentido esa sujeción de las conductas de los diferentes funcionarios y servidores públicos al ordenamiento jurídico, obedece al reconocimiento y respeto del principio de legalidad.

Por lo tanto, lo citado en el párrafo anterior, es conocido con la afirmación de que en la Administración pública solo se puede hacer lo que la ley expresamente establece; no obstante limitarse a tal aseveración, devendría en desconocer los supuestos de hechos en donde se exija pronunciamientos o actuaciones por parte de la Administración pública en casos en los cuales no existe disposiciones expresas o regladas; es precisamente en este momento, que el concepto de discrecionalidad administrativa se presenta como recurso o herramienta en la gestión pública.

En ese sentido, tal discrecionalidad administrativa, toma una connotación relevante en los casos en que la normativa no establezca la forma, modo, plazo de cómo resolver un asunto puesto a consideración de los órganos de la administración pública y que exige a esta última que el uso de la discrecionalidad en mención obedezca objetivamente al interés público, y que concurra con una distinción de actuaciones con arbitrariedad.

Sobre lo precitado, el presente artículo, se encuentra destinado a plantear algunas reflexiones relacionadas a si la atribución de recurrir discrecionalidad administrativa por parte de los órganos de las entidades públicas, vienen siendo reconocido en el desarrollo del ejercicio del control gubernamental por parte de los órganos conformantes del Sistema Nacional de Control.

De igual modo, el ejercicio del control gubernamental frente a la discrecionalidad administrativa, también será objeto de análisis en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora a cargo de la Contraloría General de la República, todo ello con la finalidad de conocer si las decisiones del órgano Contralor, vienen asumiéndose al margen del reconocimiento de tal discrecionalidad y sus alcances, que podrían resultar lesivos a los derechos y situación jurídica de los funcionarios y servidores públicos.

El presente análisis se realizará a través de conocer e identificar previamente los conceptos de discrecionalidad administrativa, mostrando la distinción de esta respecto a los conceptos jurídicos indeterminados y la arbitrariedad, así como los límites de la discrecionalidad; para luego teniendo claro estos conceptos, trasladarlos al ámbito del control gubernamental en donde a través de la revisión de contenido de informes de auditoría se determinará si la discrecionalidad administrativa de los funcionarios y servidores públicos auditados fue respetada por parte de los órganos conformante del Sistema Nacional de Control en el ámbito de dicho control gubernamental, haciéndose extensivo dicho análisis de respeto a la discrecionalidad en la tramitación de procedimientos sancionadores a cargo de la Contraloría General de la República.

2. DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

2.1. Concepto

La facultad discrecional puede ser definida como una atribución implícita que otorga el ordenamiento jurídico a los operadores de la administración a fin que resuelvan asuntos vinculadas a su quehacer funcional en donde no existe ley expresa que regule la forma de resolución de tales asuntos, dotándoseles de libertad para la adopción de tales decisiones.

En ese sentido, podemos afirmar que toda decisión adoptada por los funcionarios y servidores públicos que no necesariamente es producto del mero cumplimiento de una ley expresa, no devendría en ilegal o arbitraria, si es que obedece a un pronunciamiento debidamente sustentado y respetando los límites que el marco legal le otorga.

Al respecto, en opinión del autor DIEGO ZEGARRA VALDIVIA: “(...) *la discrecionalidad administrativa puede conceptualizarse como aquella libertad de elección que la Ley otorga a la Administración para decidir sobre aquello que estime más conveniente para el interés público de tal forma que las soluciones a la que pudiera llegar la administración serian todas ellas validas cuando se respete las circunstancias del caso concreto (...)*”.¹

En tal sentido, el Tribunal Constitucional, expone en la sentencia expedida en el expediente N.º 0090-2004-AA/TC, (fundamento jurídico n.º 8) lo siguiente:

“La discrecionalidad

8. La actividad estatal se rige por el principio de legalidad, el cual admite la existencia de los actos reglados y los actos no reglados o discrecionales.

¹ Zegarra, D. (2006). *Control judicial de la discrecionalidad administrativa: Viejo problema y nuevo excursus (sus alcances en la Doctrina Española)*. P. 8

Respecto a los actos no reglados o discrecionales, los entes administrativos gozan de libertad para decidir sobre un asunto concreto dado que la ley, en sentido lato, no determina lo que deben hacer o, en su defecto, cómo deben hacerlo (...).²

Por lo tanto, a raíz de su reconocimiento legal, debe ser utilizada como una herramienta de vital utilidad, como lo señala en este mismo sentido describe el autor MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN:³

“En consecuencia, la discrecionalidad administrativa no es incompatible con el Estado de Derecho, sino que cumple una función en coherencia con la posición constitucional del Gobierno y la Administración pública.

No toda la función de gobernar y la de administrar consiste en la mera aplicación de reglas jurídicas preestablecidas. Nunca ha sido así, ni puede serlo en realidad (...).”

Negar o pretender desconocer su reconocimiento legal equivaldría a cerrar las puertas a uno de los recursos importantes que tienen los funcionarios y servidores públicos para emitir actos administrativos o pronunciamientos, en casos donde la ley no precisa lineamientos o directrices a seguir; por lo tanto, dicho reconocimiento la enmarca dentro del ordenamiento jurídico, tal como lo señala NICOLÁS GUZMÁN BERÓN:⁴

“La discrecionalidad de la Administración pública es una derivación de las potestades que le son estatuidas por el ordenamiento jurídico. En otras palabras, la discrecionalidad no existe al margen de la ley, sino que es una consecuencia de esta.

² Sentencia del Tribunal Constitucional. (5 de julio de 2004). Sentencia recaída en el Expediente N° 0090-2004-AA/TC. Fundamento 8

³ Sánchez, M. (2011). *Función, límites y control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Ius Et Veritas. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú. P. 3

⁴ Guzmán, N. (2018). *El impacto de la tutela positiva de los Derechos Fundamentales en la discrecionalidad administrativa*. Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo. Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina. P. 10

La tutela de la persona humana por parte del Estado a través del cumplimiento de derechos fundamentales implica la existencia de un complejo de obligaciones positivas que se colocan en cabeza del Estado. De ello se derivan una serie de deberes de distinta naturaleza, que restringen la discrecionalidad de la administración pública para actuar”.

De la misma forma, reconociendo que la discrecionalidad no se ubica al margen del ordenamiento jurídico; sino por el contrario, se desprende del mismo, ya que su utilización opera sobre bases debidamente justificadas ante conceptos jurídicos que en su literalidad no resultan suficientes para la adopción de acciones en la Administración, el autor DANTE ARTECONA GULLA⁵, comparte la necesidad de tener presente su reconocimiento, al señalar que:

“La consagración de potestades discrecionales no implica pues una limitación ni un quebrantamiento del Estado de Derecho, en tanto la discrecionalidad es un fenómeno jurídico: emana de las normas constitucionales y legales (como una necesidad inherente al debido ejercicio de la función administrativa) y tiene los límites que las propias normas (y los principios de derecho, siempre presentes) le fijan (...).

Una Administración cuya actividad estuviese totalmente reglada por las normas superiores, esto es, que no tuviera ningún margen de apreciación sobre las medidas a ser adoptadas ante la verificación de determinadas circunstancias de hecho, no solamente sería incapaz de poder concretar los principios de eficacia y de eficiencia, sino que implicaría una cierta desvirtuación del régimen democrático.

⁵ Artecona, D. (2014). *Discrecionalidad y Desviación de Poder. Necesidad y Conveniencia de la Consagración Legal de Potestades Discrecionales a favor de la Administración*. Revista de la Facultad de Derecho. Universidad de la República de Uruguay, Montevideo, Uruguay. Pp. 3, 10

(...) La desviación de poder constituye un vicio del acto administrativo que resulta aplicable fundamentalmente a los actos dictados en ejercicio de potestades discrecionales”.

Por lo tanto, al existir una habilitación legal otorgada al uso de la discrecionalidad ello contribuye a una adecuada (eficiente y eficaz) administración pública, claro está siempre y cuando los funcionarios hagan uso de dichas decisiones discrecionales, debidamente motivadas o sustentadas, tal como lo refiere el autor IRIT MILKES S⁶, al señalar que:

“En algunas ocasiones, el poder discrecional de la Administración pública se ha equiparado a actuaciones arbitrarias o actuaciones que no responden propiamente al cumplimiento de intereses generales

Asimismo, en palabras de TOMAS RAMON FERNÁNDEZ⁷ se pronuncia en relación a que:

“No obstante, la existencia de la discrecionalidad no significa libertad total de decisión para la autoridad administrativa en concreto.

La construcción de la decisión administrativa, cuando se deriva del ejercicio de potestades discrecionales, comporta un ejercicio mucho más comprometido en el proceso de escogencia entre la pluralidad de posibles soluciones. A pesar de la presencia de alternativas, ellas no resultan indiferentes para la autoridad administrativa, toda vez que en la exposición de motivos de su decisión debe reflejar los fundamentos de por qué tal alternativa es la más idónea, adecuada y proporcional el caso en concreto, y

⁶ Milkes, I. (2018). Buena administración y la motivación de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades discrecionales. P. 13

⁷ Fernández, T. (2008). De la arbitrariedad de la administración. Civitas, Madrid, España

no ha atendido a actuaciones arbitrarias”.

En conclusión, el marco normativo reconoce la existencia de facultades discrecionales en la adopción de decisiones ante determinados supuestos en los cuales no se cuenta con normas expresas que orienten la conducta o forma de resolución de casos a cargo de los funcionarios y servidores públicos; no obstante, tales decisiones discrecionales deben encontrarse debidamente motivadas, que permitan justificar las causas y finalidades del uso de tal discrecionalidad.

Finalmente, la figura legal de la discrecionalidad administrativa encontraría sustento en dotar de herramientas legales a tales funcionarios, a fin de que los actos emitidos por éstos permitan la toma de decisiones acordes y razonables que cada caso amerite, permitiendo se desarrollen bajo criterios de eficacia y eficiencia de la Administración pública y en general bajo el principio de buena administración pública.

2.2. Alcances y límites

Respecto a los alcances y límites de la discrecionalidad, debemos tener presente que, al provenir tal discrecionalidad de una facultad otorgada por el marco normativo, no puede encontrarse exenta de que su alcance esté sujeta a determinados parámetros, por lo tanto, la “libertad” decisional del que se dota a los funcionarios no es ilimitada, como lo menciona el autor TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ⁸, al precisar lo siguiente:

“La reserva de una materia a la ley exige siempre inexcusablemente que sea la propia ley la que tome las decisiones básicas, esto es, la que establezca con la debida precisión los límites del poder que se delega en las autoridades

⁸ Fernández, T. (2010). *Sobre los límites Constitucionales del Poder Discrecional*. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España. P. 14

administrativas y los criterios a los que habrán de atenerse estas en su ejercicio”.

En tal sentido, toda actuación de la administración debe estar precedida de una atribución legal que le permita ello, teniendo límites establecidos en donde la discrecionalidad también se encuentra sujeta.

Por lo tanto, a diferencia de las potestades regladas, en donde la ley muestra al funcionario la acción o prohibición en forma expresa, en el caso de las potestades discrecionales existe un margen de elección, selección o búsqueda de la decisión más adecuada que emitirá tal funcionario como parte de sus funciones en donde adoptará tal decisión velando por el interés público, y que asimismo podría encontrarse orientada por el principio de buena administración (eficacia y eficiencia).

En conclusión, el límite de la discrecionalidad, la constituirá la legalidad o el principio de legalidad, toda vez que la primera no puede extralimitarse de la segunda marco legal, ya que precisamente es del ordenamiento jurídico de donde se confiere la discrecionalidad.

2.3. Diferencias con los conceptos jurídicos indeterminados y la arbitrariedad

Como se señaló anteriormente, al derivarse la discrecionalidad del marco legal, las decisiones adoptadas en el ejercicio de tal atribución, tienen que contar con una debida motivación, y sobre todo que se fundamenten en criterios de objetividad, de no ser ello así, estaríamos frente actos en donde concurriría la arbitrariedad.

En mérito a ello, si bien la discrecionalidad administrativa reviste una gran relevancia ya que sustentará y orientará la adopción de decisiones en la administración, en los casos en donde no exista norma legal expresa o específica que indique como resolver determinados casos, se debe tener que tal ejercicio discrecional debe estar orientado

a una finalidad pública y no arbitraria, como lo señala el autor VÍCTOR SEBASTIÁN BACA ONETO⁹:

“En tal contexto, tiene una importancia excepcional el estudio de la discrecionalidad y la arbitrariedad, como piedra de toque que nos permite juzgar el éxito del empeño del Derecho administrativo para reducir el ámbito de las inmunidades del Poder (...)”.

En este mismo sentido, esa libertad discrecional no puede incurrir o convertirse en arbitrariedad, al respecto tenemos que CIRO NOLBERTO GÜECHÁ MEDINA¹⁰, precisa:

“La ausencia de regulación legal no significa que las entidades públicas puedan realizar la actividad administrativa bajo el criterio de discrecionalidad absoluta, por cuanto existe un principio regulador de toda la actividad administrativa como es el de la habilitación legal, que consiste en que las autoridades y, por tal, las entidades públicas solo pueden hacer lo que les permite la ley”.

Efectuando énfasis en la distinción de los conceptos de arbitrariedad y discrecionalidad, tenemos que el profesor ORLANDO VIGNOLO¹¹, ha precisado lo siguiente:

“ [...] no se puede, no al menos desde la ciencia jurídico-administrativa, equiparar los sentidos absurdo, insensato y antisistémico de la arbitrariedad producidos a partir del ejercicio de las potestades por parte de la Administración Pública, con la posibilidad de que ésta pueda configurar

⁹ Baca, V. (2012). *La Discrecionalidad Administrativa y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. Círculo de Derecho Administrativo (CDA). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú. P. 181

¹⁰ Güecha, C. (2017). *La noción de acto administrativo: un análisis desde la discrecionalidad en la actuación de la Administración*. Revista Opinión Jurídica. Universidad de Medellín, Medellín, Colombia. P. 3

¹¹ Vignolo, O. (2011). *Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*. (1ra edición). Palestra Editores

(legítimamente) el interés general desde la ponderación de los intereses en juego por expresa y querida remisión del legislador, actividad propia de los ámbitos discrecionales en los cuales usualmente y sin mayor asombro se desenvuelve este poder público” (Vignolo, 2011, pág. 221).

Por lo tanto, se hace imprescindible la presencia de una debida motivación en la emisión de los actos derivados del uso de facultades discrecionales, ya que ello de igual modo conllevará a fundamentos de proporcionalidad o razonabilidad.

En lo que se refiere a los conceptos jurídicos indeterminados, existen diversas opiniones, de que, si tales conceptos constituyen una fuente o no de facultades discrecionales, al respecto se debe precisar que mediante los conceptos jurídicos indeterminados se establecen definiciones en forma no precisa o específica respecto a supuestos de hecho.

Sin embargo, la distinción radica en que, en el caso de la discrecionalidad, el ordenamiento jurídico confiere a la administración la libertad a fin de que a través de una debida motivación elija medidas o decisiones entre varias posibilidades de resolver determinada situación o caso, no sucediendo lo mismo en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados donde la calificación del funcionario en la búsqueda de la solución solo podrá ser una.

3. EL EJERCICIO DE LA FACULTAD DISCRECIONAL EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO NACIONAL

3.1. Potestades regladas y discrecionales

El Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General: en el ordenamiento jurídico peruano establece en su inciso 1.1 del artículo IV del Título Preliminar, el principio de legalidad, bajo la siguiente forma:

“Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas”.

En ese sentido, la legalidad debe hacerse presente en toda actuación o conducta de los funcionarios públicos, a fin que los mismos no desconozcan, restrinjan o se extralimiten en sus funciones.

En consecuencia, los actos que emitan tales funcionarios no podrán darse fuera del marco legal conferido, en ese sentido, derivados del citado marco legal se reconocen dos tipos de potestades, las potestades regladas y las potestades discrecionales.

La primera clasificación de potestades, es decir las regladas, en donde los funcionarios en la administración pública, observan el mero cumplimiento de la norma o disposición legal que se encuentra establecida expresamente.

Sin embargo, el hecho precitado no concurre en el caso de las potestades discrecionales, en donde la falta de norma o lineamiento expreso que muestre el procedimiento para resolver determinado caso, otorga una libertad al funcionario para resolver tal caso sobre una serie de posibilidades, claro está, respetando los límites y alcances de la discrecionalidad.

3.2. Ejercicio de la facultad discrecional en la administración pública

Las facultades discrecionales, también conocidas como facultades implícitas derivadas del ordenamiento jurídico, y es que su reconocimiento en muchas ocasiones fue objeto de cuestionamiento toda vez que, para algunas posturas en la administración pública, solo se puede hacer lo que se la ley expresamente establece,

por lo que, todo lo resuelto al margen de ello, tendría la presencia de riesgos altos en incurrir en ilegalidad o arbitrariedad.

No obstante a ello, debemos precisar que pese a contar con un marco normativo extenso o abundante, resulta imposible que exista leyes para regular todos los casos o situaciones de hecho que se presentan en la administración pública peruana.

Por lo tanto, al resultar insuficientes en varias ocasiones las potestades regladas, toma vital importancia dar una salida o solución para que la respuesta de la administración pública no se obstaculice en perjuicio de los administrados, surgiendo, como mecanismo o herramienta legal el uso de las facultades discrecionales.

Dado ello, el ejercicio de estas facultades discrecionales, reviste transcendencia ya que dotan de eficacia y eficiencia a la administración pública para el cumplimiento de objetivos institucionales y alcanzar metas frente los ciudadanos.

3.3. Control de la discrecionalidad administrativa

Las formas de control de discrecionalidad estarían constituidas por el uso de medidas para verificar si los emitidos en uso de las facultades discrecionales observaron determinados requisitos de validez, que de no ser así, podrían ser pasibles de nulidad.

En este sentido, la nulidad de actos discrecionales podrían obedecer a diferentes circunstancias tales como: que hayan sido emitidos por autoridad no competente, que no se haya respetado el debido procedimiento para su emisión, la desviación de poder y la violación de la ley.

4. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN EL EJERCICIO DE LA FACULTAD SANCIONADORA A CARGO DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

4.1. Discrecionalidad administrativa en el ejercicio de la facultad sancionadora

En cuanto a la discrecionalidad y a las potestades sancionadoras de la Administración, se advierte que para algunos autores tales como ROSA FERNANDA GÓMEZ GONZÁLEZ¹², la existencia de discrecionalidad en el ejercicio de poderes punitivos, permite a la Administración orientar su actividad represiva en orden a alcanzar los fines públicos que se le han encomendado:

“La atribución de potestades discrecionales en el ejercicio de los poderes sancionadores de la Administración es una determinación deliberada y consciente del legislador en el marco del orden constitucional. Toda actuación administrativa debe estar precedida por una norma habilitante que permita su ejercicio, lo cual, en el ámbito administrativo sancionador, se traduce en un cúmulo de elementos reglados y discrecionales que se entregan a la autoridad para la consecución de los fines públicos y cuya densidad regulatoria varía, dependiendo del sistema sancionatorio específico de que se trate.

En este sentido, la existencia de discrecionalidad en el ejercicio de poderes punitivos, permite a la Administración orientar su actividad represiva en orden a alcanzar los fines públicos que se le han encomendado, considerando las circunstancias específicas del caso, incluyendo su adecuación a ciertas opciones de política pública (v. gr. buen uso de los recursos públicos, eficiencia y eficacia en la gestión, generación de un efecto disuasivo,

¹² Gómez, R. (2019). *Discrecionalidad y potestades sancionadoras de la Administración*. Revista Ius et Praxis. Universidad de Talca, Maule, Chile. P. 19

establecimiento de ámbitos de tolerancia, etc.)”.

Por lo tanto, si bien se establece en los poderes sancionadores el uso de facultades discrecionales, éstas considerando la naturaleza especial de dicho ámbito, “sancionador”, debe encontrarse con mayor razón debidamente motivadas y sobre las base de criterios objetivos, ya que lo que está en discusión son principios y derechos de los administrados, tales como, el de debida motivación, razonabilidad, proporcionalidad, predictibilidad entre otros.

Asimismo, respecto a cómo ejercer un control de la discrecionalidad dentro de un procedimiento sancionador, tenemos que los autores JUAN PABLO MACASSI ZAVALA Y ELVIS EDISON SALAZAR ORTIA¹³, precisan:

“Una de las maneras de controlar la discrecionalidad radica en que la autoridad administrativa resuelva sobre la base de las premisas fácticas que componen el supuesto de hecho abstracto de la norma a aplicar. Para ello, corresponde necesariamente que la autoridad decisora fundamente en su resolución final qué hechos han sido probados sobre la base de los medios de prueba ofrecidos por la autoridad instructora y por el administrado”.

En mérito a ello, se recurre nuevamente a otra forma de controlar la discrecionalidad, pero en el marco del procedimiento sancionador, en donde es primordial la debida motivación y suficiencia en la carga probatoria.

4.2. Atribuciones de la facultad discrecional en el ejercicio del control gubernamental a cargo del Sistema Nacional de Control

¹³ Macasii, J. y Salazar, O. (2019). *El Control de la Discrecionalidad en la Supervisión y el Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA*. Circulo de Derecho Administrativo (CDA). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú. P. 12

Enfocándonos en el ejercicio de control gubernamental, tenemos que la finalidad del mismo, para el presente trabajo representado por los órganos de control institucional y la Contraloría General de la República, en opinión de EDUARDO DIAZ OCAMPO¹⁴, es:

“La finalidad del control administrativo, es garantizar una actuación regular, equilibrada, eficaz y honesta de los entes públicos y los funcionarios adscritos a ellos, a fin de cumplir adecuadamente con sus funciones y estar en aptitud de satisfacer las necesidades colectivas del Estado”.

Al respecto debemos recordar que la Ley n.º 29622 “Ley que modifica la Ley núm. 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de Responsabilidad Administrativa Funcional”, establece en su cuarta disposición complementaria final, lo siguiente:

“CUARTA.- Criterios para el ejercicio del control ante decisiones discrecionales 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 interpretaciones, la decisión se aparte de la interpretación adoptada por el órgano rector competente en la materia”.

Por lo tanto, la misma Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, reconoce la atribución discrecional que la ley

¹⁴ Díaz, E. (2018). *El control gubernamental en el sector público*. Revista Jurídica Derecho y Cambio Social. P. 7

otorga a los funcionarios públicos, no obstante a ello, se advierten los siguientes informes de control en donde dicha discrecionalidad vendría siendo cuestionada:

- a. En el caso de la Resolución N° 005-2016-CG/TSRA de 24 de octubre de 2016, emitida por el Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la Contraloría General de la República, se advierte:

N°	Nombre de administrado	Cargo en la Entidad	Hechos que se atribuyen	Sanción impuesta y fundamento del Tribunal
1	Guillermo Martín Zeballos Villone	Gerente Municipal de la Municipalidad Distrital de Cuchubamba	En su condición de Gerente Municipal, actuó parcializadamente en contra de los intereses del Estado al haber dado conformidad a la prestación del servicio de elaboración del proyecto de TUPA, a través de su firma en la Orden de Servicio N° 000058, cuando dicho servicio no había sido prestado a la Entidad, por cuanto el proyecto del Tupa recién fue prestado el 15 de setiembre de 2011, más de dos meses después, dando lugar a que el contratista se beneficie ilegalmente con el pago, sin que haya cumplido con la prestación del servicio; afectando el principio de la Buena Administración, generando un perjuicio económico ascendente a la suma de S/ 7000.00	Se declara infundada la apelación y se dicta inhabilitación para el ejercicio de la función pública por cuatro (4) años, al haber incurrido en la conducta descrita y especificada como infracción, en el inciso h) del artículo 7° del Reglamento de la Ley N° 29622, calificada como muy grave.

El hecho de que el Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la Contraloría General de la República, considere como falta grave la conducta del administrado en pagar S/ 7000.00; podría considerarse en lugar de un uso discrecional, un ejercicio arbitrario ya que antes del gerente municipal, existen otros funcionarios u áreas que debieron hacer una conformidad o filtro previo, a fin de determinar la existencia de un servicio no prestado a favor de un tercero, por lo tanto la sanción devendría de igual modo en desproporcionada; ya que además si bien no existió una conducta probada del funcionario; el impacto que generó tal monto al Estado no devendría en relevante.

- b. En el caso de la Resolución N° 002-105-2018-CG/SAN3 de 21 de diciembre de 2018, emitida por el Órgano Sancionador 3 de la Contraloría General de la República, se advierten los siguientes hechos:

N°	Nombre de administrado	Cargo en la Entidad	Hechos que se atribuyen	Sanción impuesta y fundamento del órgano Sancionador
1	Aldo Julio Mansilla Gambetta	Supervisor de Almacén de la Prestadora de Servicio de Saneamiento de Tacna S.A.	Irregularidad en el otorgamiento de la conformidad por entrega fuera de plazo de sulfato de aluminio tipo B resultante de la ADP N° 004-2015-CEP-EPS TACNA S.A que habría ocasionado inaplicación de penalidad y perjuicio a los intereses del Estado. Otorgó conformidades respecto a la primera y segunda entrega de los bienes materia de la prestación en el marco de la ejecución del Contrato N° 033-2015-300-EPS Tacna S.A de	Se resuelve imponer la sanción de un (1) año y seis (6) meses de inhabilitación para el ejercicio de la función pública, por haberse determinado la existencia de responsabilidad administrativa funcional por la conducta infractora prevista en el literal b) del artículo 46° de la Ley, descrita y especificada como infracción grave en el literal b) del

		<p>27 de mayo de 2015, a pesar que el contratista incurrió en retrasos injustificados por (02) días y un (01) día en las entregas señaladas.</p> <p>Respecto a la primera entrega suscribió Órdenes de Compra N° 1500560 y 1500563, rubricó Guía de Remisión N° 005171, así como facturas emitidas por CLARIANT (PERU) S.A. cada una por S/ 42,648.15 a razón de 30 500 kilogramos de “sulfato de aluminio tipo B”, rubricadas y registradas con el sello CONFORME, el 22 de junio de 2015, otorgando la conformidad a la entrega de prestación, a pesar que el contratista incurrió en retraso injustificado por 2 días.</p> <p>Respecto a la segunda entrega, suscribió ordene de Compra N° 1501031 y la Factura N° 005416, emitida por CLARIANT (PERÜ) S.A. por adquisición de 46 000 kilogramos de “sulfato de aluminio tipo B” por el importe de S/ 64,321.80, otorgando conformidad, sin observación a pesar que el contratista injustificadamente realizo dicha entrega</p>	<p>artículo 7° del Reglamento.</p>
--	--	--	------------------------------------

			<p>fuera de plazo, retraso de 1 día.</p> <p>Por esas acciones se imposibilitó el inicio de las acciones para el cobro de penalidades que correspondían aplicarse conforme a lo pactado en el contrato.</p> <p>Irregularidad en el otorgamiento de la conformidad por entrega fuera de plazo de Cal Hidratada resultante de la ADS N° 027-2015-CEP-EPS TACNA S.A habría ocasionado inaplicación de penalidad y perjuicio a los intereses del Estado.</p> <p>El administrado otorgó conformidad respecto a la primera entrega de bienes en el marco de la ejecución del contrato N° 66-2015-300-EPS Tacna S.A de 2 de noviembre de 2015, a pesar que el contratista incurrió en retraso injustificado de un (1) día en la entrega señalada, suscribió orden de compra y factura emitida por DOPROQUIM SRL por S/ S/ 36,988.06 por 28 560 kilogramos de cal hidratada, se imposibilitó el cobro de penalidades que</p>	
--	--	--	---	--

			correspondían aplicarse.	
--	--	--	--------------------------	--

Sin embargo, el órgano sancionador, en la resolución de sanción precisa que la conducta del administrado imposibilitó el cobro de penalidades que correspondían aplicarse; no obstante, no se advierte la cuantificación de las mismas, ya que en caso el planteamiento del órgano sancionador para aplicar la inhabilitación en la función pública haya sido la existencia de perjuicio económico como agravante, este debió estar plenamente determinado, y describir en que forma gravosa afectó los intereses de la Entidad.

Por lo tanto, se podría advertir en tal resolución un uso arbitrario de la facultad discrecional en el procedimiento sancionador respecto a la determinación de sanción.

4.3. Límites a la discrecionalidad en la tramitación de procedimientos administrativos sancionadores a cargo de la Contraloría General de la República.

Al respecto debemos recordar que la finalidad del Sistema Nacional de Control a través de su ente rector constituido por la Contraloría General de la República es cautelar el uso adecuado de los bienes y recursos del Estado, a través de diferentes tipos de control que serán utilizados dependiendo del momento u oportunidad en que se encuentre la actividad u operación a cargo de la Entidad, así como la materialidad, que estaría representada por el monto auditado o de inversión de la operación o actividad de la entidad, entre otros.

En ese sentido uno de los tipos de control, es el denominado control posterior que como su denominación indica, se realiza cuando la Entidad ya incurrió en un acto

irregular o inconducta funcional (la entidad no incurre en actos irregulares o en inconductas funcionales), que genera perjuicio el Estado.

Por lo tanto, si bien se encuentra respaldo legal para la actuación del Organismo Contralor en la identificación de responsabilidad de los funcionarios y servidores presuntamente generadores de tal perjuicio, el procedimiento administrativo sancionador no debe obedecer sin una debida motivación que busque la sanción apartada de razonabilidad, como lo opina de ALEJANDRO NIETO¹⁵, al señalar que:

“Frente al¿? principio de legalidad, que implica el deber de perseguir y sancionar las infracciones, el principio de oportunidad establece la posibilidad o permisividad de poner en marcha tales consecuencias jurídicas. O lo que es lo mismo: la Administración no está obligada por ley a castigar sino que simplemente se le autoriza a hacerlo. En los Derechos europeos el principio de oportunidad está absolutamente generalizado: en España por práctica indiscutida, lo mismo que en Francia (Mourgeon, 1967, 303 ss), y en Alemania por imperativo expreso del artículo 47.1 de la Ley Reguladora de las infracciones (OWING): La persecución de las infracciones depende de la discrecionalidad vinculada (pflicht Ermessen) de la Administración sancionadora, quien puede ordenar el archivo del expediente mientras el procedimiento sea de su competencia.

5. CONCLUSIONES

5.1. La identificación del criterio o norma transgredida a cargo de los órganos del Sistema Nacional de Control (SNC) en el ejercicio del control gubernamental a través de sus diferentes modalidades y en la tramitación de procedimientos sancionadores (PAS), en algunos casos incurriría únicamente en la verificación o control de legalidad respecto a las potestades regladas de los funcionarios y servidores públicos.

¹⁵ Nieto, A. (2008). *Derecho administrativo sancionador*. Tecnos, Madrid, España. P. 132

5.2. Los órganos del SNC, desconocerían en la emisión de algunos informes de control y en la tramitación de procedimientos sancionadores las facultades discrecionales con que cuentan de funcionarios y servidores públicos en la toma de decisión frente a sus actos de gestión, identificándose riesgos y determinándose responsabilidades únicamente sobre control de legalidad, generando vulneración a diferentes derechos de los funcionarios y servidores públicos.

5.3. La inobservancia o desconocimiento de las facultades discrecionales antes citadas, además ocasionaría temor en los funcionarios y servidores públicos en la toma de decisiones en sus entidades, situación que conllevarían en varios casos a renunciaciones y afectación a la eficiencia y dinamismo de la administración pública

6. RECOMENDACIONES

6.1. Que los órganos del Sistema Nacional de Control (SNC), reconozcan en la elaboración de sus informes; que, si las decisiones en la administración pública objeto de control provienen del ejercicio de potestad discrecionales debidamente sustentada y no ende claramente no arbitrarias, no se contaría con fundamentos para determinar una transgresión normativa y por lo tanto considerar improcedente el inicio de procedimientos sancionadores.

6.2. Que la Contraloría General de la República emita lineamientos complementarios internos hacia sus unidades orgánicas a fin que las mismas no incurran en inobservancia respecto al reconocimiento de la discrecionalidad en los actos administrativos, es decir no se dé lugar a cuestionamientos de tales actos, en base a "opiniones distintas"

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Artecona, D. (2014). *Discrecionalidad y Desviación de Poder. Necesidad y Conveniencia de la Consagración Legal de Potestades Discrecionales a favor de la Administración*. Revista de la Facultad de Derecho. Universidad de la República de Uruguay, Montevideo, Uruguay.
<https://www.redalyc.org/pdf/5681/568160366004.pdf>
2. Baca, V. (2012). *La Discrecionalidad Administrativa y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. Circulo de Derecho Administrativo (CDA). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13553/14178>
3. Díaz, E. (2018). *El control gubernamental en el sector público*. Revista Jurídica Derecho y Cambio Social.
https://www.derechoycambiosocial.com/revista047/EL_CONTROL_GUBERNAMENTAL.pdf
4. Fernández, T. (2008). *De la arbitrariedad de la administración*. Civitas, Madrid, España
5. Fernández, T. (2010). *Sobre los límites Constitucionales del Poder Discrecional*. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España. [Archivo PDF descargado]
6. Guzmán, N. (2018). *El impacto de la tutela positiva de los Derechos Fundamentales en la discrecionalidad administrativa*. Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo. Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina.
<https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones/index.php/Redoeda/article/view/9095/12560>
7. Gómez, R. (2019). *Discrecionalidad y potestades sancionadoras de la Administración*. Revista Ius et Praxis. Universidad de Talca, Maule, Chile.
<https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v26n2/0718-0012-iusetp-26-02-193.pdf>
8. Güecha, C. (2017). *La noción de acto administrativo: un análisis desde la discrecionalidad en la actuación de la Administración*. Revista Opinión Jurídica.

Universidad de Medellín, Medellín, Colombia.
<https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/2168/1865>

9. Macasii, J. y Salazar, O. (2019). El Control de la Discrecionalidad en la Supervisión y el Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA. Circulo de Derecho Administrativo (CDA). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú.
[Archivo PDF descargado]
10. Milkes, I. (2018). *Buena administración y la motivación de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades discrecionales*.
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/5703/7099>
11. Nieto, A. (2008). *Derecho administrativo sancionador*. Tecnos, Madrid, España
12. Sánchez, M. (2011). *Función, límites y control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Ius Et Veritas. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12064/12631>
13. Sentencia del Tribunal Constitucional. (5 de julio de 2004). Sentencia recaída en el Expediente N° 0090-2004-AA/TC. Fundamento 8
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00090-2004-AA.html>
14. Vignolo, O. (2011). *Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*. (1ra edición). Palestra Editores
15. Zegarra, D. (2006). *Control judicial de la discrecionalidad administrativa: Viejo problema y nuevo excursus (sus alcances en la Doctrina Española)*.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16349/16755>