

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

EL INFORME DE CONTROL COMO PRUEBA PRECONSTITUIDA: ¿CONFLICTO CON EL DEBIDO PROCEDIMIENTO?

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

AUTORA:

Soledad Andrea Mayhuire Silva

ASESORA:

Janeyri Elizabeth Boyer Carrera

CÓDIGO DEL ALUMNO:

20183617

2018

RESUMEN

La Contraloría General de la República, es una de las entidades que impone las sanciones más gravosas en nuestro país, como es el caso de inhabilitaciones de hasta 5 años por responsabilidad administrativa funcional, por lo que resulta indispensable que durante el procedimiento sancionador se apliquen los principios establecidos, para así garantizar un debido procedimiento, pues de lo contrario, su no aplicación estaría afectando los derechos de los administrados.

Lo que se pretende con el presente trabajo académico es realizar en primer lugar un análisis del principal medio probatorio en este procedimiento, el Informe de Control, pues a raíz de este se decidirá el inicio o no de un procedimiento administrativo sancionador en materia de responsabilidad administrativa funcional. Asimismo, determinar si la naturaleza del informe de control y su carácter de prueba preconstituida, podría vulnerar las garantías que tiene el administrado de tener un debido procedimiento.

El carácter de prueba preconstituida y la presunción de veracidad que tiene el informe de control, pone en situación de desventaja al administrado, pues finalmente, la única forma de desvirtuar los cargos imputados será acreditando su inocencia o actuar diligente. A ello se suma el sustento técnico y legal con el que debe contar el informe. Estas características que tiene el Informe se encuentran en conflicto con principios que constituyen garantía del debido procedimiento, como lo son el impulso de oficio, presunción de licitud, verdad material y motivación, por lo que es obligación de la Contraloría General de la República hacer cumplir todos los parámetros establecidos para la elaboración del Informe de Control, así como la aplicación de las garantías que implican el debido procedimiento.

CONTENIDO

INTRODUCCION	4
SECCIÓN I: LA TEORÍA DE LA PRUEBA	5
1. La Teoría de la prueba en el Derecho Procesal	5
2. Actuación probatoria en la Ley del Procedimiento Administrativo General	6
3. Actuación probatoria en el Procedimiento Administrativo Sancionador de Contraloría	8
SECCIÓN II: EL INFORME DE CONTROL COMO MEDIO PROBATORIO	11
1. Las Acciones de Control	11
2. La naturaleza jurídica del Informe de Control	13
3. Parámetros para la elaboración del Informe de Control	15
SECCIÓN III: ¿CONFLICTO ENTRE LA CALIDAD DE PRUEBA PRECONSTITUIDA Y EL DEBIDO PROCEDIMIENTO?	20
1. El debido procedimiento en el procedimiento administrativo sancionador en materia de responsabilidad administrativa funcional	20
2. El Informe de Control como prueba preconstituida y el debido procedimiento	22
CONCLUSIONES	27
BIBLIOGRAFIA	29

INTRODUCCION

Cuando se habla del *Ius Puniendi* del Estado se señala que es la potestad sancionadora que tiene el Estado para castigar, manifestándose a través del Derecho Penal y del Derecho Sancionador.

Anteriormente, era frecuente referir que la aplicación del Derecho Penal era subsidiario, por lo que debía aplicarse de última *ratio*, esto por sus severas sanciones que perjudicaban evidentemente a la persona, sin embargo, con el transcurso de los años, el Derecho Sancionador ha ido adquiriendo mayor poder, demostrando así que sus sanciones pueden resultar casi tan gravosas que las impuestas por el Derecho Penal.

Un claro ejemplo, son las sanciones que impone la Contraloría General de la República, inhabilitaciones de hasta 5 años para servidores o funcionarios públicos, por la comisión de infracciones tipificadas como muy graves.

Imponer estas sanciones, exige que el proceso administrativo sancionador cumpla con los principios y garantías establecidos por ley, debiendo tener la resolución que impone la sanción debida motivación.

Es por ello que resulta importante realizar un análisis del principal medio probatorio en las infracciones por responsabilidad administrativa funcional, el Informe de Control, que de acuerdo a ley tiene la calidad de prueba preconstituida, y así poder determinar si existe un conflicto con las garantías que tiene el administrado de tener un debido procedimiento.

Asimismo, identificar bajo qué parámetros debe elaborarse un Informe de Control para garantizar las garantía individuales del administrado, teniendo en cuenta que el informe protege un interés general.

SECCIÓN I: LA TEORÍA DE LA PRUEBA

1. La Teoría de la prueba en el Derecho Procesal

En el derecho procesal existen algunas acepciones relacionadas a la prueba que forman parte de la denominada Teoría de la Prueba.

a) Definición de la prueba

Juan Orrego refiere que “de manera general, en el mundo del derecho, el término “prueba” es usado para aludir 1) a la demostración de un hecho, 2) al medio a través del cual este se demuestra y 3) a la forma como es que se hace valer ante el tribunal” (citado en Ponce 2017).

“Se entiende por prueba la actividad procedimental desarrollada con el objeto de obtener la verdad material sobre hechos que se discuten en el procedimiento y conseguir la convicción del órgano decisor y finalizar con una resolución favorable a la pretensión planteada” (Guerra 1999).

b) Finalidad de la prueba

Si bien la doctrina procesal y diferentes juristas señalan que la finalidad de la prueba es la búsqueda de la verdad, ello no siempre es posible, por lo que su finalidad es, como señala Raúl Canelo “aclarar una incertidumbre jurídica o resolver conflictos de intereses” (2017: 51).

Por ejemplo, el Código Procesal Civil peruano establece que la finalidad de la prueba es acreditar los hechos expuestos por las partes para producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.

c) Objeto de la prueba

El objeto de la prueba es el hecho o hechos controvertidos alegados en el proceso que deben ser verificados para poder emitirse un pronunciamiento.

d) Carga de la prueba

La necesidad de probar no es una obligación más si una carga. Esto implica que una de las partes deberá facilitar a quien resuelva, los medios probatorios que permitan formar una convicción sobre los hechos que alega.

El Código Procesal Civil refiere en su artículo 196 que salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

Sin embargo existe una figura denominada carga dinámica, en donde se da una suerte de “desplazamiento de la carga probatoria”, pues la carga de la prueba deberá ser asumida por quien se encuentre en mejores condiciones para hacerlo.

e) Medio de prueba y fuente de prueba

La doctrina procesal ha realizado una distinción entre medio de prueba y fuente de prueba. La fuente de prueba puede entenderse como aquello que existe en la realidad con independencia del proceso. Y el medio de prueba es la forma en que la fuente se aportará al proceso.

f) Derecho a probar

De acuerdo al Tribunal Constitucional, el derecho a probar es una de las garantías que ofrece el debido proceso. Así lo señala en su Sentencia N° 010-2002-AI/TC: “El derecho fundamental de la prueba tiene protección constitucional en la medida que se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución”.

2. Actuación probatoria en la Ley del Procedimiento Administrativo General

“El análisis de la prueba en sede administrativa requiere tener en cuenta los principios y derechos que sirven de marco y referencia para su tratamiento por parte de la autoridad administrativa” (MINJUS 2016:13).

Teniendo en cuenta ello, tenemos que dentro de las garantías que forman parte del procedimiento administrativo se encuentra el derecho a ofrecer y producir pruebas. El inciso 2) del artículo 1 del TUO de la LPAG refiere que los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo, y entre ellos se encuentra el derecho a ofrecer y a producir pruebas.

El derecho a ofrecer y producir pruebas es un derecho protegido por la ley, y está dirigido a que el administrado inmerso en un procedimiento administrativo, tenga la garantía de poder ofrecer y producir pruebas dentro de los parámetros establecidos por ley. También garantiza, que la autoridad administrativa competente se encuentre en la obligación de actuar la prueba presentada en el momento oportuno y valorar el contenido y sus alcances con relación al procedimiento administrativo peticionado o en todo caso en las cuales el administrado se encuentre inmerso. En consecuencia, el ejercicio de este derecho tenga por finalidad motivar en la autoridad competente una decisión sustentada en la aplicación de la norma y la valoración probatoria ofrecida (Morón 2017: 40-41).

Carlos Ponce Rivera, citando a Juan Carlos Morón Urbina, refiere que “la presentación de pruebas también tiene relación con el principio de verdad material que obliga a la administración a agotar todos los mecanismos necesarios a fin de encontrar la verdad de los hechos materia de evaluación” (Ponce 2017).

Una señal de ello es que en el procedimiento administrativo sancionador no existen etapas preclusivas, como sí las hay en el proceso civil. El art. 172.3 del TUO de la LPAG señala que las pruebas sobrevinientes pueden presentarse siempre que no se haya emitido resolución definitiva.

Es importante señalar que la carga de la prueba se rige por el principio de impulso de oficio, por lo que resulta una obligación de la Administración verificar dicha verdad realizando todas las diligencias probatorias necesarias.

El principio de impulso de oficio es desarrollado en el inciso 3 del artículo 1 del TUO y establece que las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones controvertidas.

El artículo 175 del TUO de la Ley N° 27444 establece que “Los hechos invocados o que fueren conducentes para decidir un procedimiento podrán ser objeto de todos los medios de prueba necesarios, salvo aquellos prohibidos por disposición expresa. En particular, en el procedimiento administrativo procede:

1. Recabar antecedentes y documentos.
2. Solicitar informes y dictámenes de cualquier tipo.
3. Conceder audiencia a los administrados, interrogar testigos y peritos, o recabar de los mismos, declaraciones por escrito.
4. Consultar documentos y actas.
5. Practicar inspecciones oculares”.

3. Actuación probatoria en el Procedimiento Administrativo Sancionador en materia de responsabilidad administrativa funcional de la Contraloría

La Ley N° 26922 que modifica la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, establece la facultad sancionadora exclusiva de la Contraloría General de la República en materia de responsabilidad administrativa funcional, para los casos derivados de los informes de control emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control, que identifiquen infracciones graves o muy graves ocurridas o culminadas a partir del 6 de abril de 2011; en cuyo caso las entidades deben inhibirse de realizar cualquier proceso de deslinde de responsabilidades.

Esto significa, que la existencia de este informe es indispensable para el inicio de un procedimiento sancionador en materia de responsabilidad administrativa funcional.

El procedimiento sancionador consta de dos instancias. La primera está conformada por la fase instructiva y la fase sancionadora, y la segunda

comprende la tramitación y resolución del recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas.

Cuando el órgano instructor recibe el informe de control, puede solicitar información complementaria o disponer la realización de las actuaciones previas que fueran necesarias para decidir sobre el inicio del procedimiento sancionador.

El inciso 3 del artículo 121 del Reglamento de infracciones y sanciones para la determinación de la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control¹, en adelante el Reglamento, establece que en caso los responsables de la elaboración del Informe, antes del inicio del procedimiento sancionador, tomen conocimiento de nueva evidencia sobre los hechos contenidos en la observación remitida al procedimiento sancionador, deberán comunicar al órgano instructor para su incorporación al expediente. Si ya se hubiera iniciado el procedimiento sancionador, la nueva evidencia podrá ser considerada como prueba de oficio.

Posteriormente, conforme al inciso 5 del artículo 74 del Reglamento, una vez iniciado el procedimiento sancionador, el órgano instructor dispondrá la actuación de los medios de prueba que sean necesarios para la comprobación de los hechos y valorarlos debidamente en su oportunidad. Es decir, dicho órgano debe ejercer el impulso de oficio y así poder arribar a la verdad material.

Asimismo, da la posibilidad que la actuación de medios probatorios se realice utilizando el sistema de videoconferencia u otros que se encuentre a disposición de la Contraloría.

Los medios de prueba se deben ofrecer en el escrito de presentación de descargos y deben ser pertinentes, conducente suficientes, lícitos y oportunos.

Una vez culminada la actuación probatoria, el órgano instructor declarará que el expediente se encuentra expedito para la emisión el pronunciamiento, lo que se notifica al administrado. En caso se presenten medios de prueba con

¹ Aprobado mediante Resolución de Contraloría N° 100-2018-CG

posterioridad a dicha notificación, el órgano instructor no está obligado a evaluar o valorarlos, sin menoscabo de su incorporación al expediente y eventual consideración en la fase sancionadora como prueba de oficio.

El órgano sancionador emite una resolución motivada en base a la documentación remitida por el órgano instructor, sin embargo, de ser necesario para resolver el procedimiento, podrá disponer la realización de actuaciones complementarias.

El artículo 123 del Reglamento establece que los órganos del procedimiento sancionador pueden disponer la actuación de las pruebas de oficio que resulten necesarias para la emisión de pronunciamiento o resolución, según fuera el caso. Sin embargo, en la fase sancionadora y segunda instancia, dicha prueba debe ser estrictamente necesaria y no debe incidir de manera significativa en la duración del procedimiento.

Es importante señalar, que de acuerdo al principio de licitud, la carga de la prueba recae en los órganos encargados del procedimiento sancionador, comprendido, entre otros, la prueba del hecho que configura la infracción, del perjuicio ocasionado y de la culpabilidad del administrado.

SECCIÓN II: EL INFORME DE CONTROL COMO MEDIO PROBATORIO

1. Las Acciones de Control

De acuerdo al artículo 10 de la Ley N° 27785, la acción de control es 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. Como consecuencia de las acciones de control se emitirán los informes correspondientes, los mismos que se formularán para el mejoramiento de la gestión de la entidad, incluyendo el señalamiento de responsabilidad que, en su caso, se hubieran identificado.

El artículo 16 de la mencionada ley ha establecido que la Contraloría es el ente técnico rector del Sistema Nacional de Control, dotado de autonomía administrativa, funcional, económica y financiera, cuya misión es dirigir y supervisar con eficiencia y eficacia el control gubernamental, orientando su accionar a la transparencia de la gestión de las entidades.

Dentro de las acciones que realiza la Contraloría General de la República, se encuentran los controles previos, que se efectúan antes de que una entidad ejecute un acto u operación. Es decir, emite opinión previa sobre la ejecución de adicionales de obra y supervisión; endeudamiento, asociación público-privada, obras por impuestos, y garantía; y en las adquisiciones con carácter de secreto militar u orden interno.

Otro tipo de control es el simultáneo, que tiene un carácter preventivo y permite evaluar el desarrollo de una o más actividades en ejecución y así alertar oportunamente a los gestores públicos sobre los hechos o situaciones adversas identificadas, con la finalidad de que adopten de inmediato las acciones

correctivas del caso que contribuyan a superar o mitigar los riesgos identificados.

El control simultáneo comprende: acción simultánea, orientación de oficio, visita de control, visita preventiva y control concurrente.

Finalmente, los controles posteriores son aquellos que se realizan con el objeto de efectuar la evaluación de los actos y resultados ejecutados por las entidades en la gestión de los bienes, recursos y operaciones institucionales.

Los servicios de control posterior pueden ser: auditoría financiera, auditoría de desempeño y auditoría de cumplimiento, entre otros que establezca la CGR. Por ejemplo, en marzo del 2018, mediante la Resolución de Contraloría N° 070-2018-CG se aprobó la Directiva N° 005-2018-CG/DPROCAL: Auditoría de cumplimiento derivada del Control Concurrente. Este es un nuevo tipo de servicio de control posterior que consiste en un examen objetivo y profesional que se activa a partir de los resultados del control concurrente y que tiene como propósito determinar en qué medida los funcionarios y servidores públicos de las entidades sujetas al ámbito del Sistema, han observado la normativa aplicable, disposiciones internas y estipulaciones contractuales en el ejercicio de la función o la prestación del servicio público y en el uso y gestión de los recursos del Estado.

De acuerdo a la Directiva N° 007-2014-CG-GCSII², “Auditoría de Cumplimiento” y “Manual de Auditoría de Cumplimiento”, la auditoría de cumplimiento es un examen objetivo y profesional que tiene como propósito determinar en qué medida las entidades sujetas al ámbito del Sistema han observado la normativa aplicable, disposiciones internas y las estipulaciones contractuales establecidas, en el ejercicio de la función o prestación del servicio público y en el uso y gestión de los recursos del Estado.

Tiene como finalidad la mejora de la gestión, transparencia, rendición de cuentas y buen gobierno de las entidades, mediante las recomendaciones

² Aprobada mediante Resolución de Contraloría N° 473-2016-CG

incluidas en el informe de auditoría, que permiten optimizar sus sistemas administrativos, de gestión y de control interno.

2. La naturaleza jurídica del Informe de Control

Como se ha señalado, el informe de control es el instrumento mediante el cual se establece la presunta responsabilidad administrativa funcional identificada luego de realizada una acción de control.

El Reglamento lo considera como un medio de prueba para fines del inicio, prosecución y resolución del procedimiento sancionador, que no requiere actuación y basta su puesta a disposición del administrado para que sea incorporado al procedimiento.

Conforme a la Ley N° 27785, los Informes de Control emitidos por el Sistema constituyen actos de la administración interna de los órganos conformantes de éste, por lo que son inimpugnables, sólo pudiendo ser revisados de oficio por la Contraloría General, 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.

Es importante hacer un énfasis a lo establecido en el artículo 125 del Reglamento, “(...) La información que contiene se presume cierta para acreditar los hechos observados y que responde a la verdad de los hechos que se afirman, salvo prueba en contrario. En ausencia de prueba adicional, el Informe posee la capacidad y virtualidad de enervar la presunción de inocencia o presunción de licitud en la actuación del administrado, para fundamentar una sanción”. (Subrayado agregado).

En el procedimiento administrativo sancionador de Contraloría, el Informe constituye el principal medio de prueba para determinar y acreditar la responsabilidad administrativa funcional del servidor o funcionario público, por lo que de ser el caso, bastaría con este medio probatorio en el procedimiento para determinar responsabilidad.

La Ley N° 27785, en su artículo 15 inciso f) señala como una de las atribuciones de la Contraloría “Emitir, como resultado de las acciones de control efectuadas, los Informes respectivos con el debido sustento técnico y legal, constituyendo prueba pre constituida para el inicio de las acciones administrativas y/o legales que sean recomendadas en dichos informes. (Subrayado agregado)

Como se advierte, la mencionada ley le ha otorgado la calidad de prueba pre constituida a los Informes de Control, para lo cual, para ser considerados como tales deberán cumplir con dos requisitos. En primer lugar, deben ser resultado de las acciones de control efectuadas, y en segundo lugar, deben contener un debido sustento técnico y legal.

Sin embargo, es necesario determinar qué debe entenderse como prueba pre constituida.

En el proceso civil, la prueba preconstituida es aquella generada antes del proceso.

En el proceso penal, una prueba preconstituida es aquella que preexiste al proceso penal, con la finalidad de asegurar o mantener la disponibilidad de las fuentes de prueba.

Por su parte, el art. 201 A del Código Penal, incorporado mediante la Ley N° 30214, establece que los informes técnicos especializados elaborados fuera del proceso penal por la Contraloría General de la República en el cumplimiento de sus funciones tienen la calidad de pericia institucional extraprocesal cuando hayan servido de mérito para formular denuncia penal en el caso establecido por el literal b) del inciso 2 del artículo 326° del presente Código o cuando habiendo sido elaborados en forma simultánea con la investigación preparatoria sean ofrecidos como elemento probatorio e incorporados debidamente al proceso para su contradicción. (...) (Subrayado agregado).

Es decir, no es considerada como una prueba absoluta, pues finalmente dependerá de la evaluación que realice el juez como a cualquier otro medio de

prueba, asimismo deberá ser sustentada por los servidores que designe la entidad autora del informe.

Y finalmente, puede entenderse a la prueba preconstituida como “prueba plena e incuestionable”, concepto que muchos autores consideran le ha brindado el Sistema Nacional de Control. Sin embargo, Juan Carlos Morón expresa que “el carácter de prueba preconstituida conferido por la ley a los informes de control se refiere al objetivo con el cual se elaboran por el auditor y no a su mérito probatorio, nos queda por entender si las recomendaciones de deslinde de responsabilidades administrativas, civiles o penales tienen carácter obligatorio o no para las autoridades receptoras de los mismos” (2011:C9).

Es decir, lo que se busca con el Informe es establecer qué hechos fueron investigados y cuál fue la opinión técnica sobre los mismos.

Evidentemente, el Informe de Control sí es una prueba preconstituida, teniéndose en cuenta la característica básica tanto en el proceso civil y el penal, que es cuándo se origina, y esto es antes del inicio de un proceso, en este caso un procedimiento. Sin embargo, el Sistema Nacional de Control decidió otorgarle características adicionales, que resultan discutibles.

3. Parámetros para la elaboración del Informe de Control

La Administración tiene la obligación de cumplir ciertas garantías y parámetros para no caer en la arbitrariedad al momento para elaborar el Informe de Control. Primero, es importante señalar que el proceso de auditoría de cumplimiento se desarrolla en tres etapas:

- i) **Planificación:** En esta etapa la comisión auditora desarrolla las actividades de acreditación e instalación de la comisión auditora, aplicación de técnicas de auditoría para el conocimiento y comprensión de la entidad, su entorno y la materia a examinar, con base en la información contenida en la carpeta de servicio; así como, la aprobación

del plan de auditoría definitivo. El Titular de la entidad deberá brindar todas las facilidades para la instalación.

- ii) Ejecución: La comisión auditora ejecuta el plan de auditoría definitivo y determina las observaciones y aspectos relevantes. En esta etapa, si advierte desviaciones de cumplimiento, comunicará de manera escrita a las personas involucradas a fin de que presenten sus comentarios en los plazos establecidos, ello a fin de garantizar el debido proceso de control. Si luego de recibidos los comentarios de las personas incluidas, no se desvirtúan las desviaciones de cumplimiento, serán incluidas en el informe de auditoría como observaciones, señalando la presunta responsabilidad administrativa funcional u otra, según corresponda.
- iii) Elaboración del informe: Una vez devuelta la documentación a la entidad, la comisión auditora elabora un informe por escrito que contiene las deficiencias de control interno, observaciones derivadas de las desviaciones de cumplimiento, las conclusiones y recomendaciones para mejorar la gestión de la entidad, incluyendo el señalamiento de la presunta responsabilidad administrativa funcional, penal o civil, según corresponda, e identificando a las personas comprendidas en los hechos, considerando las pautas del deber incumplido, la reserva, la presunción de licitud y la relación causal.

El informe debe ser redactado de forma ordenada, sistemática, lógica, concisa, exacta, objetiva, oportuna y en concordancia con los objetivos de la auditoría de cumplimiento.

El 22 de setiembre del 2017, mediante Resolución de Contraloría N° 352.2017-CG³ se dispuso modificar el sub numeral 7.1.3.1 de la Directiva N° 007-2014-CG/GCSII “Auditoría de Cumplimiento”, estableciendo que:

[...]

³ Resolución que modificada la Directiva “Auditoría de Cumplimiento” y el Manual de Auditoría de Cumplimiento, aprobados por la Res. N° 473-2014-CG

El informe, debe incluir como apéndices la relación de personas comprendidas en los hechos, los comentarios que hubieren presentado, el resultado de la evaluación de los mismos y las evidencias que sustentan el señalamiento de las presuntas responsabilidades.

Asimismo, cuando se haya identificado responsabilidad administrativa funcional, se incluye, como apéndice del informe de auditoría, el documento que sustenta dicha responsabilidad, el cual contiene el análisis jurídico correspondiente, respecto de los partícipes en los hechos de la observación, sustentando los elementos constitutivos de la infracción grave o muy grave, con la exposición de los fundamentos jurídicos aplicables. El documento es elaborado y suscrito por el abogado, el jefe y el supervisor de la comisión auditora.

Aunado a lo señalado, el Informe debe cumplir con ciertos requisitos de admisibilidad y procedencia, conforme a lo establecido en el artículo 70 del Reglamento. Estos serán evaluados por el Órgano Instructor.

Como requisitos de admisibilidad, el Informe deberá contener:

1. El nombre de la unidad orgánica u órgano responsable del servicio de control y el número del Informe.
2. La fecha de aprobación y firmas correspondientes del Informe.
3. La recomendación para que el Informe sea de conocimiento del Órgano Instructor, con los recaudos y evidencias documentales correspondientes, para evaluar el inicio del procedimiento sancionador.
4. Los nombres, apellidos, documento nacional de identidad y el último domicilio identificado en la labor de control, correspondiente a la(s) persona(s) comprendida(s) en la(s) observación(es) remitida(s) al procedimiento sancionador.
5. La indicación de la entidad en que se cometió la infracción, identificando la condición y vigencia o no del vínculo laboral con la entidad de las personas

comprendidas en la(s) observaciones remitidas al procedimiento sancionador, cualquiera sea su naturaleza o régimen legal aplicable.

6. El (los) cargo(s) desempeñado(s) y período(s) de gestión de la(s) persona(s) comprendida(s) en la(s) observación(es) remitida(s) al procedimiento sancionador, acompañando el sustento respectivo.
7. La fecha (día, mes y año) de ocurrencia de los hechos contenidos en la(s) observación(es) remitida(s) al procedimiento sancionador, o de su inicio y en su caso de su fin, si fueren de realización continuada.
8. Los anexos relacionados a la(s) observación(es) remitida(s) al procedimiento sancionador, ordenados de manera secuencial y concatenada por cada observación.

Y como requisitos de procedencia deberá contener:

1. Competencia: Los hechos y administrados involucrados en la observación remitida al procedimiento sancionador, deben encontrarse dentro de los alcances de la potestad sancionadora, conforme a lo siguiente:
 - 1.1. Competencia material: Los hechos contenidos en la observación, deben configurar infracción grave o muy grave y además no debe haber prescrito la potestad sancionadora.
 - 1.2. Competencia temporal: Los hechos contenidos en la observación deben encontrarse bajo la competencia temporal del procedimiento sancionador, considerando la fecha de su ocurrencia y su naturaleza instantánea o continuada. La incorporación de funcionarios o servidores públicos, mediante norma con rango de ley, en el ámbito subjetivo de la potestad sancionadora, alcanza únicamente a los hechos cometidos o culminados desde el momento en que se produce dicha incorporación.
 - 1.3. Competencia personal: El administrado a quien se le señale responsabilidad en la observación debe encontrarse bajo el alcance de la potestad sancionadora.

2. Coherencia: Los argumentos que fundamentan el señalamiento de responsabilidades en la observación remitida al procedimiento sancionador deben ser capaces de mostrar la existencia de indicios reveladores de la comisión de infracción grave o muy grave.
3. Acreditación: Los hechos contenidos en la observación remitida al procedimiento sancionador y la responsabilidad señalada deben estar adecuada y suficientemente acreditados, considerando, en su caso, la información y documentación acopiada en las actuaciones previas o la información complementaria proporcionada por la unidad orgánica que elaboró el Informe.

Como se advierte, no solo se exige una serie de requisitos formales, sino además, se exige que el Informe cuente con un debido sustento técnico y legal, lo que implicaría una investigación preliminar por parte del órgano encargado, pues para poder elaborar el mencionado informe deberá recabar la información y medios probatorios suficientes y apropiados para fundamentar y respaldar la conclusión y recomendación a las que se arribó.

En esta etapa preliminar, se ha otorgado al administrado la oportunidad de ejercer su derecho de defensa al permitirle presentar sus comentarios previa a la elaboración del informe, luego de comunicarle las observaciones encontradas.

SECCIÓN III: ¿CONFLICTO ENTRE LA CALIDAD DE PRUEBA PRECONSTITUIDA Y EL DEBIDO PROCEDIMIENTO?

1. El debido procedimiento en el procedimiento administrativo sancionador en materia de responsabilidad administrativa funcional

En nuestra legislación el debido proceso puede entenderse como un principio-derecho que debe ser aplicado en sede jurisdiccional. Sin embargo, ello no implica que deba ser dejado de lado en los procedimientos administrativos, pues los actos de la Administración afectan los derechos de los administrados, por lo que merecen contar con garantías adecuadas para obtener una decisión justa.

En sede administrativa, el debido procedimiento es la expresión del derecho al debido proceso reconocido en nuestra Constitución Política del Perú (MINJUS 2016:13)

Como señala Christian Guzmán Napurí, citando a Eloy Espinosa-Saldaña

Existen, evidentemente, elementos comunes a ambos ámbitos de aplicación del derecho al debido proceso, sea el jurisdiccional o el administrativo. La doctrina y la jurisprudencia incluyen el derecho de defensa, el derecho a la presentación de pruebas, el derecho a que la entidad ante la cual se sustancia el proceso emplee necesariamente el procedimiento preestablecido por la ley, la motivación de resolución emitida, el derecho a un plazo razonable para la emisión de la resolución respectiva, entre otros (2016:35).

Es decir, el debido procedimiento comprende un conjunto de garantías que la Administración deberá cumplir por ser quien conduce el procedimiento sancionador.

Como refiere la Sentencia N° 03891-2011-PA/TC en su considerando 13: “[...] Así, el debido proceso administrativo supone, en toda circunstancia, el respeto –por parte de la administración pública– de todos los principios y derechos normalmente invocables en el ámbito de la jurisdicción común o

especializada, a los cuales se refiere el artículo 139 de la Constitución (juez natural, juez imparcial e independiente, derecho de defensa, etc.)”.

El numeral 1.2. del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG señala que los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten. (Subrayado agregado)

Asimismo, el inciso 2 del artículo 246 del TUO de la LPAG establece que no se pueden imponer sanciones sin que se haya tramitado el procedimiento respectivo, respetando las garantías del debido procedimiento. Los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deben establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a autoridades distintas.

Por su parte, el Reglamento refiere en el inciso 3 de su artículo 4 que el administrado goza de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento, que comprende, entre otros, la comunicación previa y suficiente de los cargos, así como, el derecho de defensa, de ofrecer y producir pruebas, de acceso permanente al expediente del procedimiento en el que participa como administrado y de obtener una decisión motivada, fundada en derecho y ajustada a los hechos.

Asimismo, la estructura y componentes del procedimiento sancionador aseguran que el administrado sea debidamente notificado conforme al presente Reglamento, salvo aquellos actos o actuaciones de mero trámite.

No se pueden imponer sanciones sin que previamente se haya seguido el procedimiento sancionador.

2. El Informe de Control como prueba preconstituida y el debido procedimiento

En primer lugar, como ya se ha señalado, al Informe se le ha otorgado la atribución de presunción de veracidad, lo que podría quebrar el principio de igualdad de las partes, pues, mientras que el Informe goza de un valor probatorio que se presume cierto, los medios probatorios ofrecidos por los administrados apenas merecen fuerza probatoria, conllevándose un desplazamiento de la carga de la prueba. Ha sido la misma ley la que ha otorgado gran peso como medio probatorio al Informe.

Este carácter que posee, podría eximir a la Administración de recabar mayores medios probatorios, toda vez que lo expuesto en el Informe se presume cierto y resultaría suficiente para determinar responsabilidad funcional.

Se puede decir entonces, que el Informe, como prueba, se encuentra en una situación de superioridad, frente a aquellas aportadas por los administrados. Aunado a ello, “tienen un efecto inmediato de enervar la presunción de legalidad de los actos del trabajador, quien pasa necesariamente a ser considerado como presunto responsable por la comisión de los hechos de dichos informes” (Ponce 2017: 354).

En una situación similar, Danós Ordóñez señala

“Es ilustrativo reseñar que la jurisprudencia constitucional española incluso ha relativizado los alcances de un dispositivo de la Ley General Tributaria de ese país que le otorga presunción de veracidad a las actas de inspección de la administración tributaria porque considera que no puede establecerse una presunción legal <<que dispense a la administración, en contra del derecho fundamental a la presunción de inocencia, de toda prueba respecto de los hechos sancionados... >>, por tal razón las actas de inspección elaboradas por la administración tributaria, aunque ostentan valor probatorio, pueden ser libremente evaluables por la propia administración o por los jueces y tribunales en la hipótesis de que fueran cuestionadas ante el Poder Judicial”(1995:155).

Como refiere Morón Urbina,

[...] en los que el mismo que las formula concibe deliberadamente que sean empleadas en el proceso posterior que el mismo se encargará de promover. Por ello, estas clases de prueba preconstituidas suelen ser vistas con mayor desconfianza por cuanto es la misma parte quien “preconstituye” la evidencia ante la inminencia de un proceso que el mismo va a proponer su inicio y muchas veces, sin el control o intervención suficiente de la otra parte interesada (2013: 134).

Es así que estos podrían representar una visión parcial de la realidad, más aun teniéndose en cuenta que quien realiza la principal prueba es la misma Contraloría.

Sin embargo, no debe dejarse de lado que lo que busca la CGR es asegurar un correcto y eficiente empleo de los bienes y recursos públicos, siendo el Informe de Control el instrumento con el que informarán los resultados de su auditoría, por lo que la postura de Contraloría como ente garantista se encontraría justificada. Asimismo, son funcionarios públicos quienes realizan los informes.

Si bien se busca el beneficio de la sociedad en conjunto, resulta indispensable que el informe sea elaborado teniendo en cuenta ciertas garantías para el administrado, considerando las características que este posee.

Se ha señalado que el procedimiento administrativo sancionador se rige por el principio de impulso de oficio, es decir, la Administración deberá probar los hechos que imputa y así motivar su resolución. Además de ello, no puede dejarse de lado que todo se origina a partir de un Informe de Control, es decir de oficio.

Es por ello que es obligación de la Administración recabar todos los medios probatorios y realizar los actos que permitan determinar la existencia o no de la responsabilidad administrativa funcional imputada.

Este principio a su vez, tiene relación directa con el principio de verdad material, esto implica según el Reglamento, que los órganos que participan en el

procedimiento sancionador deben verificar razonablemente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual, adicionalmente al Informe y cuando sea necesario, deberán adoptar las medidas pertinentes, aun cuando no hubieran sido propuestas por el administrado.

La Primera Sala Superior de Responsabilidades Administrativas, en el Exp. N° 018-2016-CG/INSS ha establecido:

5.44. Sobre el deber de motivación de los actos administrativos, este Colegiado ya se ha pronunciado en anteriores Resoluciones, estableciendo que la motivación “comprende tanto un aspecto interno, que exige que la decisión haya sido correctamente inferida de las premisas que la sustenten, como externo, que consiste en justificar las premisas que lo fundamentan. Mientras que el primer aspecto se agota en el armazón argumentativo racional, que permite presentar a la decisión final como el resultado de decisiones antecedentes, el segundo exige que la motivación empleada sea congruente, completa y suficiente para justificar la decisión final adoptada”

No obstante, ello no implica que el administrado no deba presentar medios probatorios o se mantenga al margen del procedimiento, pues finalmente, en determinados casos podría aplicarse la carga de la prueba dinámica, en donde el administrado sería el más beneficiado al encontrarse en una mejor posición para acreditar los hechos a su favor. Además, si bien el informe goza de presunción goza de presunción de veracidad, se admite prueba en contrario.

Al margen de lo señalado en el párrafo precedente, se encuentra el principio de licitud reconocido en el Reglamento, que establece que en el procedimiento sancionador se presume que el administrado ha actuado conforme a sus atribuciones, obligaciones, competencias y otros elementos relacionados al desempeño de la función, salvo prueba en contrario. Por tanto, en el procedimiento sancionador la autoridad administrativa es quien tiene la carga de la prueba, debiendo acreditar la prueba del hecho que configura la infracción, el perjuicio ocasionado y la culpabilidad del administrado.

Por ejemplo, en la Resolución N° 150-2017-CG/TSRA-PRIMERASALA, se señala que como consecuencia de los antecedentes determinados en el Informe de Control N° 005-2015-2-0425 se instauró PAS al administrado Yarlequé Cabrera y como consecuencia se le sancionó por la comisión de la infracción descrita y especificada como “muy grave” en el literal q) del Art. 6° del Reglamento. Sin embargo, el TSRA, en su considerando 5.8 señala:

Por lo tanto, este Colegiado considera que no se ha acreditado que el administrado señor Yarlequé Cabrera, en el marco de las funciones propias a su cargo de Gerente de la Gerencia de Administración y Finanzas, haya tenido la obligación de revisar y validar la liquidación de obra previamente aprobada por la entidad, siendo que las funciones referidas a la liquidación de obra eran de competencia de la Gerencia de Edificaciones. [...] en tanto no se verifica que éste haya tenido el deber de actuar de manera diferente y mucho menos, que se haya encontrado en la posibilidad de hacerlo.

En este caso, el TRSA para resolver frente a la apelación interpuesta por el administrado, analizó los antecedentes establecidos en el Informe de Control y lo establecido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, así como en las funciones asignadas a la Gerencia de Administración y Finanzas, no resultando ser un caso tan complejo. Por lo que puede advertirse que la Administración en este caso, no hizo una adecuada valoración de los hechos, ni valoró las pruebas y argumentos que habría presentado el administrado.

Que al Informe de Control se le otorgue la presunción de veracidad, y sobre todo sea capaz de enervar el principio de licitud, genera evidentemente un conflicto, pues como ya se ha señalado, en caso no exista mayores pruebas bastaría con el Informe para imponer una sanción, por lo que en el supuesto en que la Administración no cumpliera con el impulso de oficio, se estaría dejando todo en manos del Informe.

Resulta indispensable que el Informe de Control sea elaborado con todos los parámetros establecidos y se encuentre debidamente sustentando para poder contar con estas cualidades, pues de lo contrario, tratándose de un informe

deficiente, no podría ni debería ser considerado como una prueba que pueda determinar una responsabilidad administrativa funcional y como consecuencia la imposición de una sanción.

Por lo que es responsabilidad de la CGR emitir informes conforme a los parámetros establecidos, bajo responsabilidad, así como cumplir con las garantías que debe tener el administrado para que se tome una decisión justa luego de haberse seguido un debido procedimiento.



CONCLUSIONES

- Si bien originalmente, la presente investigación inició basada en el conflicto que podría existir entre la calidad de prueba preconstituida que tiene el Informe de Control y el principio de culpabilidad, se ha podido determinar que el principio involucrado es el del debido procedimiento, pues este a su vez exige la presencia de otras garantías para poder arribar a una decisión justa por parte de la Administración.
- A comparación de los procesos civiles y penales, en donde tener la calidad de prueba preconstituida significa que la prueba fue generada o es preexistente al proceso, para los Informes de Control, esta característica implica que además que es elaborado previo a un procedimiento sancionador, la información que contiene se presume cierta, pudiendo enervar la presunción de inocencia del administrado.
- Se le ha otorgado al Informe de Control determinadas garantías debido a que su función es evidenciar cómo se está realizando el manejo de los bienes y recursos del Estado en cada Entidad, y de ser el caso, identificar una presunta responsabilidad administrativa funcional, todo ello a fin de proteger el interés general.
- Al momento de la elaboración del Informe de Control, debe tenerse en cuenta los requisitos establecidos para garantizar así la tutela de los derechos individuales del administrado, quien podría resultar injustamente perjudicado.
- Es obligación de los órganos encargados del procedimiento sancionador cumplir con las garantías que se encuentran en el debido procedimiento, como lo son el impulso de oficio, la presunción de licitud, la verdad material, el deber de motivación, entre otros.
- Si bien, se comprende la justificación de las cualidades otorgadas al Informe de Control a fin de garantizar el interés general, resulta discutible lo establecido con el Reglamento cuando señala que en ausencia de prueba adicional, el Informe posee la capacidad y virtualidad de enervar la presunción de inocencia o presunción de licitud en la actuación del administrado, para fundamentar una sanción, pues ello solo podría ser posible cuando se encuentre debidamente acreditado que el Informe ha sido elaborado teniendo en cuenta todos los parámetros establecidos, así como el

respeto de las garantías al administrado; pues, en caso el Informe sea deficiente o no se encuentre debidamente motivado, no podría tener esta calidad.

- El Informe de Control debe ser estrictamente evaluado por el Órgano Instructor en un primer momento, y a partir de él obtener los demás medios probatorios necesarios para determinar una responsabilidad administrativa funcional, cumpliéndose así como el impulso de oficio.
- Si bien el administrado puede presentar pruebas que acrediten su correcto actuar y desvirtuar así lo establecido en el Informe de Control, debe tenerse en cuenta que quien inicia el procedimiento sancionador es la Administración, por lo que es ella quien debe recabar todos los medios de prueba a fin de arribar a una resolución justa y motivada. No puede generarse perjuicios innecesarios al administrado.



BIBLIOGRAFÍA

- **BOLAÑOS SALAZAR, Elard R.**
2016 “Los principios del procedimiento administrativo sancionador desde una perspectiva constitucional”
https://www.researchgate.net/publication/304686924_Los_principios_del_procedimiento_administrativo_sancionador_desde_una_perspectiva_constitucional
- **CANELO RABANAL, Raúl B.**
2017 *La Prueba en el Derecho Procesal: Su valoración testimonial, documental, pericial y sucedáneo: doctrina, comentarios, legislación comparada y jurisprudencia*. Primera Edición. Lima: Grijley: Fondo Editorial Comunicacional
- **CHINCHAY, Mario y RAMOS, Liza**
2015 “La Ley N° 30214. Elucidación sobre la prueba preconstituida”. En *Actualidad Penal – Derecho procesal penal*. Instituto Pacífico.
<http://www.ramosdavila.pe/media/Prueba-preconstituida.pdf>
- **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**
2016 Servicios y Herramientas de Control Gubernamental
http://doc.contraloria.gob.pe/PACK_anticorrupcion/documentos/2_CONTROL_GUBERNAMENTAL_2016.pdf
- **DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge**
1995 “Los principios del procedimiento administrativo sancionador desde una perspectiva constitucional”
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15485>
- **DEXTRE FLORES, José Carlos**
2016 “Un encuentro con la auditoria gubernamental”. En *Revista Lidera*. Número 11.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/revistalidera/article/download/16896/17201>

- **DÍAZ GUEVARA, Juan José**
 2018 Naturaleza Jurídica de los Informes de Control y la necesidad de una reforma constitutiva en su estructura metodológica.
https://www.derechoycambiosocial.com/revista051/NATURALEZA_JURIDICA_DE_LOS_INFORMES_DE_CONTROL.pdf
- **ESCUELA DEL MINISTERIO PÚBLICO**
 2014 La prueba pericial, tipos y valor probatorio
https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/4197_10_la_prueba_pericial_tipos_y_valor_probatorio.pdf
- **ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy**
 2016 “Debido proceso en procedimientos administrativos, su viabilidad y las experiencias peruana y mundial sobre el particular”. En GUZMAN NAPURÍ, Christian. *Manual del Procedimiento Administrativo Sancionador*. Segunda Edición. Lima: Pacífico Editores S.A.C.
- **GUERRA CRUZ, Guillermo G.**
 1999 *El Procedimiento Administrativo*. Primera Edición. Lima: Marsol Perú Editores.
- **JALVO, Belén Marina**
 2006 *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos: Fundamentos y regulación sustantiva*. Valladolid: Editorial Lex Nova.
- **MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS**
 2013 Guía práctica sobre la aplicación del Principio – Derecho del Debido Proceso en los procedimientos administrativos
<https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/Gu%C3%ADa-del-debido-proceso-MINJUS.pdf>

- **MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS**
 2015 Guía práctica sobre el procedimiento administrativo sancionador. Primera Edición.
<https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2015/06/MINJUS-DGDOJ-Gu%C3%ADa-pr%C3%A1ctica-sobre-el-procedimiento-administrativo-sancionador.pdf>
- **MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS**
 2016 Guía práctica sobre la actividad probatoria en los procedimientos administrativos. Primera Edición.
<https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2016/12/MINJUS-DGDOJ-Guia-practica-sobre-la-actividad-probatoria-en-los-procedimientos-administrativos.pdf>
- **MORÓN URBINA, Juan Carlos**
 2011 “Los informes de control y su calidad de prueba preconstituida: La posición de la Corte Suprema al respecto”. En *Revista de Gestión Pública y Desarrollo*.
- **MORÓN URBINA, Juan Carlos**
 2013 *Control gubernamental y responsabilidad de funcionarios públicos: comentarios, legislación y jurisprudencia*. Primera Edición. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- **MORON URBINA, Juan Carlos.**
 2017 *El Procedimiento Administrativo. Criterios de interpretación y aplicación del TC y la Corte Suprema*. Primera Edición. Lima: Gaceta Jurídica.
- **PONCE RIVERA, Carlos Alexander**
 2017 “La actividad probatoria como parte del debido procedimiento en los procedimientos administrativos sancionadores”
revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/viewFile/1448/1439
- **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**
 2012 Exp. N° 3891-2011. Sentencia: 16 de enero del 2012
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/03891-2011-AA.html>