

“El Poder Contralor”

Gustavo Villegas del Solar

Abogado Ex-Alumno de la
Facultad de Derecho PUCP

Gustavo Adolfo Olivares M.

Alumno del 8vo. Ciclo de la
Facultad de Derecho PUCP

Llama la atención de los juristas y estudiosos del Derecho que en las resoluciones emitidas en vía administrativa por el Contralor General de la República, no se contemple formalmente el Principio de la Doble Instancia, es decir, el principio de que todo procedimiento o proceso puede ser conocido y resuelto en dos niveles jerárquicos sucesivos, o cuando menos —excepcionalmente— por órganos equivalentes pero ficticiamente uno superior al otro.

Precisamente, el modesto propósito del presente artículo es pretender analizar por qué podría considerarse —en caso de serlo— a la persona del Contralor como un poder resolutorio único en vía administrativa y qué explicaciones jurídicas justificarían tales atributos. Sin embargo, para comprenderlo primero debemos recordar y tener claros algunos conceptos previos.

(I) REGIMEN JURIDICO DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

La actividad administrativa es muy compleja y variada. Muchas veces los actos y los hechos de la actividad administrativa suelen confundirse por la variedad de cometidos que la administración tiene a su cargo. Esos cometidos a su vez difieren entre sí en mayor o menor grado suponiendo una actividad muy diversa de parte de la Administración.

Esta complejidad de la actividad de la administración tiene como lógica consecuencia que el régimen jurídico de la actividad administrativa no sea uniforme, así tenemos que resulta justificable, por ejemplo, tener un régimen jurídico especial en materia tributaria o que la actividad administrativa en el ámbito laboral cuente con un régimen especial. Se debe significar que nos referimos con el término de “actividad administrativa” al hecho de la actividad del Estado a través del Poder Ejecutivo.

Sin embargo, existe la actividad de control con características aparentemente administrativas, con un régimen jurídico especial, pero que no se incluye dentro de los sistemas administrativos.

(II) EL SISTEMA NACIONAL DE CONTROL

En efecto, el control exteriormente se realiza en el campo administrativo y por ello podría suponerse que se trata de una actividad administrativa expresamente asignada a un organismo estatal.

Sin embargo, “remitiéndonos al origen de los sistemas, mientras los administrativos son parte del Poder Ejecutivo, con distinta jerarquía dentro del mismo y por lo tanto sirven de una u otra forma a satisfacer una necesidad colectiva, opuesto es el caso del control cuyo origen está dado en el Poder Legislativo quien delega en el Sistema Nacional de Control esta actividad” (1); es decir, el Sistema Nacional de Control no se incluye dentro de los sistemas administrativos aunque aparentemente tenga las mismas características.

Para comprender lo que es el Sistema Nacional de Control previamente debemos comprender que el sentido del quehacer Público se traduce básicamente en 3 Sistemas: de planificación de los objetivos de desarrollo del Estado, que corresponde al Sistema Nacional de Planificación; de ejecución de los objetivos de desarrollo trazados, que corresponde al Sistema Administrativo o Poder Ejecutivo; y de control de las acciones de ejecución, que corresponde al Sistema Nacional de Control.

El Sistema Nacional de Control cuenta con un ordenamiento jurídico propio, el D.L. No. 19039 que establece la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control reglamentada mediante D.S. No. 001-72-CG.

De acuerdo al Art. 2o. del citado ordenamiento

legal, se entiende por control al conjunto de procedimientos, medidas o métodos que se aplican por los diversos organismos o entes estatales para salvaguardar los recursos humanos, materiales y financieros, asegurar el cumplimiento de las disposiciones legales pertinentes, la obtención de los resultados de la gestión pública por parte de las entidades que integran el Sector Público Nacional, así como la utilización de los fondos públicos por parte de otras entidades, cualquiera sea su naturaleza jurídica.

En sentido lato, control no solamente es Rendición de Cuentas, sino que en su verdadera dimensión busca coadyuvar a la gestión administrativa elaborando pautas para entender y evaluar a toda la administración en funcionamiento de manera integral, comprendiendo además acciones de cautela previa y de verificación posterior de la correcta aplicación de tales recursos.

Y de acuerdo al Art. 1o. de su Reglamento, el Sistema Nacional de Control está constituido por los organismos, normas, métodos y procedimientos destinados al control de las entidades del Sector Público Nacional, de las entidades mixtas o asociadas y de las entidades privadas en que tenga participación el Estado o reciban fondos públicos, en cuanto a la utilización de los mismos.

La acción del Sistema Nacional de Control recae en los campos administrativo y financiero, alcanzando inclusive al personal que sirve en las mencionadas entidades, sea cual fuere el régimen al que se encuentre sometido.

(II.1) LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

El D.L. No. 19039, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control reconoce a la Contraloría General como la Entidad Superior de Control del Sector Público Nacional, estableciéndole además su organización, atribuciones y responsabilidades.

Dentro de la estructura de nuestro sistema normativo, la Contraloría General tiene como primera norma positiva la Constitución del Estado, que en su Artículo 146o. institucionaliza al Sistema Nacional de Control como responsable de una función especializada en la Administración del Estado y la define como el "Organismo autónomo y central del Sistema Nacional de Control".

Ahora bien, contrastando la propia definición constitucional con el Artículo 11o. del D.L. No. 19039, resulta que el primero se refiere a una autonomía general o autonomía en sentido amplio, en tanto que la segunda solamente le establece una autonomía funcional.

La razón de esa discordancia, la encontramos en que el D.L. No. 19039 es cronológicamente anterior a la Carta Magna, la misma que lejos de institucionalizar lo ya plasmado, le otorga al Sistema Nacional de Control no solamente una autonomía de tipo funcional, sino también económica y administrativa.

Entiéndase por autonomía a la facultad que posee un organismo para gobernarse a sí mismo y darse sus propias normas de administración. La autonomía es de tipo funcional cuando puede garantizarse a sí misma que sus decisiones no se encuentran sometidas a otra jurisdicción o que carezcan de fuerza o jerarquía necesarias respecto de los demás órganos y poderes

del Estado; es de tipo administrativo por la necesidad de adecuar su estructura orgánica a sus funciones eminentemente técnicas; es de tipo económico cuando tiene la potestad de elaborar su propio presupuesto elevándolo directamente al Poder Legislativo para su aprobación, lo que implica desligarlo del Poder Ejecutivo, su principal sujeto de control.

Autonomía entre otras cosas, implica también, la facultad de cumplir su objetivo sin mayor limitación que la establecida por la ley.

Cabe relevar que la definición de la Contraloría General como "Organismo" importa considerarla desde ya como lo es cualquier otro organismo autónomo sea el Ministerio Público, Jurado Nacional de Elecciones, Tribunal de Garantías Constitucionales, Banco Central de Reserva, Superintendencia de Banca y Seguros, Concejo Nacional de la Magistratura o Instituto Peruano de Seguridad Social.

Respecto a su independencia, es evidente que la voluntad de los constituyentes ha sido la de dar a la Contraloría General una mayor seguridad en el ejercicio de sus funciones, impidiendo sea sometido a otro órgano, poderes o autoridad superior que tenga injerencia en su desempeño como tal. Básicamente, se busca su independencia del Poder Ejecutivo de quien depende la mayor parte de las entidades administrativas a que está facultada a fiscalizar.

Respecto a su ubicación en el Estado, es precisamente la autonomía en la fiscalización lo que obliga a enfocar a la Contraloría General de manera distinta a los demás órganos o Poderes del Estado, y especialmente del Ejecutivo, por dos razones fundamentales:

- 1) Por ser su principal objeto el control y
- 2) Por estar fuera de cualquier clasificación al interior de la administración Pública en tanto organismo del Poder Ejecutivo.

El objetivo de la Contraloría General puede apreciarse en la propia definición constitucional, entendiéndose por "supervigilancia" a la fiscalización del gasto público en sentido lato.

Mario Ubillus (2) precisa con claridad que su misión está orientada a cautelar que la gestión administrativa del Estado en su conjunto, guarde estrecha relación con sus fines y con las políticas generales correspondientes, es decir, que está fundamentalmente orientada a cautelar que no se den desviaciones en la Administración del Estado relacionadas con los objetivos que ella misma se ha trazado y que a su vez han sido debidamente priorizados por el Sistema Nacional de Planificación.

Por otro lado, permite la posibilidad de que las Empresas del Estado no sean sometidas solamente a un tipo de control burocrático, sino a un tipo de control especializado; por ejemplo, el control de la legalidad en sentido lato, se refiere a si los actos de la administración se ajustan a las disposiciones de la ley (3).

Como órgano del Sistema Nacional de Control la Contraloría General tiene jurisdicción y competencia propia. La función jurisdiccional se desenvuelve y realiza en el campo administrativo, y también comprende el comportamiento de los funcionarios y servidores responsables de la gestión de las entidades sujetas al control, teniendo en cuenta las funciones y labores de su competencia.

(II.2) EL CONTRALOR GENERAL DE LA REPUBLICA

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control reconoce a la persona del Contralor General como el funcionario Superior de Control, determinando las facultades y funciones, considerando la naturaleza reservada de sus labores.

Algunos juristas han sostenido que el Contralor General viene a ser una especie de Supremo Fiscal del gasto público, lo cual resulta muy simple porque del propio texto constitucional se desprende que no solamente le corresponde supervigilar la ejecución presupuestal del Sector Público, sino que también le corresponde supervigilar las operaciones de la deuda pública, la gestión y utilización de los bienes y recursos públicos en general (4).

Respecto de la Constitución de 1933, la de 1979 introduce una sustancial variación: el Contralor General ya no es designado por el Presidente de la República sino que es designado por el Senado a propuesta del Presidente de la República, por el término de 7 años. En cuanto a su remoción, ésta sólo es posible por el Senado y por falta grave. Por ello, el Contralor General es independiente y no está subordinado a ningún Poder Público.

Entre las facultades más importantes que le asiste, se encuentra la de dictar las normas que considere necesarias cuando así lo exijan las necesidades técnicas propias de la actividad fiscalizadora, que escapa al conocimiento de otras esferas del gobierno y porque así lo exige el mejor resguardo de los intereses del Estado. La Potestad Reglamentaria es un atributo del Poder Ejecutivo, pero excepcionalmente la jefatura del Organismo Contralor puede promulgar su propia reglamentación.

De acuerdo con su Ley Orgánica, el Contralor General tiene como una de sus funciones el de dictar Resolución Definitiva en vía administrativa declarando la responsabilidad del servidor o servidores públicos en el caso en que subsistieren reparos del informe de Auditoría no absueltos en el Proceso de Determinación de Responsabilidades.

(II.3) EL PROCESO DE DETERMINACION DE RESPONSABILIDADES

Entre las características principales propias de este proceso tenemos que:

1. Es de competencia propia y exclusiva de la Contraloría General como Organismo Superior de Control.
2. Es promovido de oficio como consecuencia de las Auditorías y Exámenes Especiales practicados por aquella.
3. Se encuentran comprendidos cualquiera de los servidores de las entidades sujetas a control.
4. Los hechos que hayan sido materia de denuncia ante el Poder Judicial, durante la ejecución de la acción de control, no formarán parte del proceso.
5. Se tendrá por agotada la vía administrativa cuando

el Contralor General emita Resolución Definitiva quedando ésta consentida; o haya sido resuelta la reconsideración planteada de oficio o a petición de parte.

Como en todo proceso, el de Determinación de Responsabilidades utiliza el término propio de "rindente" para calificar a los servidores de las entidades sujetas a control y que a su vez se encuentren comprendidos en aquel. No significa de modo alguno su responsabilidad en sí o suponer que ya lo sea (5).

Para efectos del presente trabajo, no vamos a entrar al análisis del Proceso de Determinación de Responsabilidades, lo cual podrá ser materia de un mejor y exhaustivo estudio, indicando que solamente nos limitaremos a señalar lo que interesa al objeto de este artículo, es decir, si existe o no la doble instancia administrativa.

Este proceso se rige por el Reglamento de Procedimientos aprobado por Resolución de Contralor No. 927-72-CGR de 29 de diciembre de 1972; y se distinguen claramente 3 etapas:

- 1) Sustanciación del Proceso —Aprobado el Proyecto del Pliego de Reparos que le fuera elevado conjuntamente con el informe de auditoría practicado, el Contralor General dicta el proveído de Apertura del Proceso, disponiendo que los rindentes sean notificados de acuerdo a ley al efecto de que absuelvan el Pliego de Reparos.

Este procedimiento de sustanciación está a cargo de una Comisión de Sustanciación designada por Resolución del Contralor General y se encarga de estudiar los descargos presentados por los rindentes confrontándolas con los cargos formulados.

Concluida su labor emitirá un informe analítico de los cargos y descargos; sus conclusiones contendrán un juicio calificando la naturaleza de la responsabilidad de los rindentes que en cada caso deberán responder de los mismos. También elaborarán un Proyecto de Resolución Definitiva en base a dicho informe.

Posteriormente, el informe y el Proyecto de Resolución Definitiva son elevados al Contralor General previa revisión y conformidad del Director Técnico de Control respectivo. El Contralor General podrá disponer que el Proyecto sea estudiado por su Asesoría Técnica.

En esta etapa se agota el análisis técnico y jurídico de los cargos y absoluciones materia del proceso.

- 2) Resolución Definitiva del Contralor General.— Se tiene por aprobado el Proyecto de Resolución Definitiva cuando el Contralor autoriza la Resolución con su sello y firma seguido de los miembros de la Comisión. Notificada la Resolución a los rindentes, éstos cuentan con 5 días más el término de la distancia para interponer recurso impugnativo de reconsideración ante el Contralor General. Dicho recurso puede operar también de oficio y su interposición debe sustentarse necesariamente con pruebas que contribuyan a variar total o parcialmente la responsabilidad declarada en la Resolución. La reconsideración no tiene el carácter de dilatoria porque existe el término perentorio de 4 meses para la tramitación de la etapa de sustanciación conjuntamente con la Resolución Definitiva del Contralor General, salvo algunas excepciones. Interpuesto el recurso de reconsideración, el Con-

tralor General nombra nuevamente una Comisión encargada de sustanciar el recurso interpuesto, la misma que estará integrada por personal de mayor jerarquía y que a su vez no hayan formado parte de la Comisión de Auditoría que originó el Proceso ni de la Comisión Sustanciadora que elaboró el Proyecto de Resolución Definitiva, garantizándose con ello la imparcialidad en la revisión de los actuados.

A mérito de la evaluación de la nueva Comisión, el Contralor General emite una nueva Resolución reconsiderando —si fuera pertinente— los puntos que deben ser materia de modificación o de anulación.

Emitida y consentida la Resolución Definitiva de Reconsideración, es notificada a los rindentes a fin de que tomen conocimiento del resultado final de la evaluación, no procediendo recurso alguno que impugne dicha Resolución en la vía administrativa de conformidad a lo establecido tanto en su Ley Orgánica como en su Reglamento.

- 3) Ejecución de la Resolución.— Una vez consentida por transcurrir el plazo sin que se presente recurso de reconsideración o por haberse agotado la vía administrativa, ingresa a la etapa de ejecución que comprende la notificación observando las formalidades prescritas y la publicación si fuera el caso. Agotada la vía administrativa, el rindente podrá iniciar procedimiento de contradicción de Resolución ante la Corte Suprema de Justicia, previo cumplimiento de determinados requisitos.

(III) LA DOBLE INSTANCIA O INSTANCIA PLURAL

Este principio se encuentra consagrado en el inc. 18 del art. 233 de la Constitución, como una de las garantías de la administración de justicia; siendo su rango constitucional, es de aplicación imperativa para el Poder Judicial, único Poder del Estado facultado para administrar justicia.

La doble instancia busca que todo fallo o decisión judicial sea susceptible de revisión, cuando menos en un nivel adicional, lo cual parece prudente.

Ahora bien, de acuerdo a lo expuesto, debe significarse que el Proceso de Determinación de Responsabilidades es sui géneris, por la naturaleza propia de la labor contralora y por el objeto mismo de su actividad fiscalizadora, lo que implica pues, que la Contraloría General tenga jurisdicción y competencia propia, que se realiza básicamente en el ámbito delimitado por su Ley Orgánica.

Por otro lado, debe relevarse el hecho de que en la etapa de sustanciación del proceso, sea una nueva Comisión Técnica la que estudie e investigue los descargos presentados por el rindente; y que presentado el recurso impugnativo de reconsideración por el rindente, o que proceda de oficio, sea una nueva Comisión Técnica especializada la que investigue los nuevos descargos.

Es por este hecho que se puede afirmar que materialmente sí se produce la doble instancia en la revisión de los actuados, por cuanto son miembros distintos los que integran ambas comisiones; y además, se requiere que los integrantes de la nueva Comisión —personal de mayor jerarquía— a su vez no haya participado como miembro en la Comisión de Auditoría que originó el proceso ni en la Comisión Sustanciadora que elaboró el Proyecto de Resolución Definitiva; elemento adicional en la objetividad de este segundo análisis.

Asimismo, considerando la complejidad técnica de la materia objeto de control, formalmente se garantiza mayor imparcialidad en la actuación del proceso.

Sin embargo, el hecho de que sea el Contralor General quien expida tanto la Resolución Definitiva como la Resolución Definitiva de Reconsideración, importa —en consecuencia— considerar que formalmente no se produce la instancia plural.

En efecto, la doctrina acepta que se produce la instancia plural cuando la revisión de los actuados es conocida y resuelta cuando menos en dos niveles sucesivos, uno jerárquicamente superior al otro; o equivalente cuando menos, pero ficticiamente uno superior al otro.

Empero, a pesar que la instancia plural es un principio que rige imperativamente en la administración de justicia, nada obsta para que inclusive en los procedimientos o procesos administrativos, ésta pueda ser considerada, por cuanto, rige a la actividad administrativa el principio de la legalidad, es decir, el de "sujeción de los órganos u organismos, investidos de facultades para su ejercicio, al conjunto de normas superiores formalmente reconocidas en el ordenamiento jurídico" (6).

En consecuencia, y dado que se encuentra garantizada la imparcialidad y objetividad en la revisión de la materia del proceso, sólo quedará un adecuamiento formal del Proceso de Determinación de Responsabilidades al principio de la doble instancia, significándose un avance en materia procesal administrativa.

- (1) Villegas Gustavo, Ansola Gonzalo. "Control Gubernamental". Tesis de Derecho. Lima, 1982. p. 109.
- (2) Ubillus Martino, Mario. "Organización del Sistema Nacional de Control". Misión, finalidad y funciones de sus órganos conformantes. p. 15.
- (3) Silva Cimma, Enrique. "El Control Público". Ediciones de la Contraloría General de la República. Venezuela, 1976, p. 57.
- (4) Rubio, Marcial, Bernal, Enrique. "Constitución y Sociedad Política". Mesa Redonda Editores, Lima, 1983. p. 38.
- (5) Guzman Rodríguez, Jorge. "Escribir un artículo. . . conversando". Revista Perú Control No. 16.
- (6) Gómez Mejía, Guillermo. "Los recursos administrativos". Editorial Kelly, Bogotá, 1976.