

## LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA EN EL CONTROL GUBERNAMENTAL

### THE SANCTIONING POWER OF THE GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE ON GOVERNMENT CONTROL

**Luis Alberto Huamán Ordóñez<sup>(1)</sup>**

Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Perú

**Resumen:** Este artículo analiza la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal del Servicio Civil, acerca del control de la Contraloría General de la República. Hace un balance del «control judicial suficiente» en su actividad sancionadora, evidencia los aspectos débiles y puntos resaltantes. Para ello se enfoca en la actividad sancionadora de la administración, la jurisprudencia y la doctrina acerca del ejercicio punitivo de las organizaciones públicas. También, hace un estudio de las sentencias del Tribunal Supremo español y la Corte Constitucional colombiana.

**Palabras clave:** Potestad sancionadora, justicia administrativa, control gubernamental, derecho disciplinario.

**Abstract:** This article analyzes the jurisprudence of the Constitutional Court and the Civil Service Court, regarding the control of the Comptroller General of the Republic. It makes a balance of the “sufficient judicial control” in its sanctioning activity, highlights the weak aspects and outstanding points. For this, it focuses on the sanctioning activity of the administration, the jurisprudence and the doctrine about the punitive exercise of public organizations. Also, it makes a study of the judgments of the Spanish Supreme Court and the Colombian Constitutional Court.

**Key words:** Sanctioning power, administrative justice, government control, disciplinary law.

---

(1) (\*) Abogado graduado por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo - UNPRG. Miembro de la Asociación de Derecho Administrativo de Chile ADAD (Chile). Con estudios de Maestría en Gerencia Pública por EUCIM Business School (España). Maestrando en Derecho Constitucional por la Universidad Nacional de Huancavelica - UNH. ORCID: 0000-0003-2229-962. Email: e.abogados.chiclayo@outlook.com



## 1. Potestades de la administración: ubicación del control gubernamental

La actividad administrativa se enmarca, principalmente, en un conjunto de potestades jurídicas atendiendo a que la administración, como poder público, se vincula con el Derecho mediante preceptos que le habilitan su actuar al servicio del interés general (Bacigalupo Saggese, 2016).

Curiosamente, la figura de las potestades no es privativa del derecho administrativo puesto que, de acuerdo a Barra (2013), "...en el ordenamiento eclesiástico el poder y la potestad que le es inherente son sagrados, en cuanto son dedicados a unir a las criaturas con el creador" (p. 45) lo que permite advertir que la noción de potestad implica la delegación del poder no terrenal, inmanente a su omnisciencia y omnipotencia, a quien lo representa en la tierra. Es prestada del derecho canónico (Villar Palasí, 2001) con el cual guarda fuerte vinculación esta disciplina jurídica:

El concepto de potestad es tan amplio como el concepto mismo de derecho, porque la potestad es la causa originaria y eficiente del derecho. La potestad reside en la persona y es uno de sus más nobles atributos, puesto que mediante ella la persona puede ordenar autoritariamente los medios al fin, sea este el común o social, si la potestad es pública, sea el particular o individual a cuya consecución se dirige la potestad privada o dominativa. Por esta causa el Código de Derecho Canónico trata de la potestad en el libro II, que lleva por título *De personis*; y como el código se ocupa principalmente de la potestad jurisdiccional o pública, de la que, según ley ordinaria, únicamente son capaces los clérigos, el título *De potestate ordinaria et delegata* forma parte del tratado general de los clérigos (Cabrerros de Anta, 1953, p. 703).

Al adosarle buenamente el calificativo de «administrativa» implica que el quehacer de los poderes públicos se aboca única y exclusivamente a los fines de interés de la comunidad (López González, 1998), se asume que estos tienen poderes objetivos, por mandamiento del derecho, que los habilitan a ejercitar las diversas funciones administrativas de cara al interés público enfocado en diversos rubros, de alcance variado, tales como la educación, la infraestructura, la competencia, tráfico rodado, el registro de identificación y estado civil, regulación de mercados públicos a través de habilitaciones, licencias, autorizaciones, permisos, entre otras técnicas jurídicas. Nacen así, entre otras, la potestad limitadora enfocada en permitir que los particulares ejerciten sus actividades siempre de los cauces ordenados por el legislador (en aquel tiempo, el defensor de los derechos de los ciudadanos frente al poder regio, no desaparecido totalmente después de la Revolución francesa) generando, más tarde, la aparición de la potestad sancionadora con la que la administración, emanando poderes cuasi penales en cuanto no impliquen la privación de libertad del administrado (Mejía Patiño, 2008).

A través de esta última potestad, el poder público ejercita el ius puniendi llegando a adosarse, de modo obligatorio, la necesidad de contarse con un trámite previo denominado procedimiento administrativo sancionador que para el caso de nuestro derecho, con el paso del tiempo, se ha ramificado a detalle en el procedimiento administrativo sancionador en sentido estricto, el procedimiento administrativo sancionador disciplinario y el procedimiento administrativo sancionador por responsabilidad funcional dirigidos el primero y los dos últimos, respectivamente, a los administrados así como a los funcionarios y servidores públicos conforme aparece de sus consecuentes regímenes jurídicos a través del Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, la Ley N° 27444), la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil (en adelante, la Ley N° 30057) y el Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, Reglamento General de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil (en adelante, el Decreto Supremo N° 040-2014-PCM) y sus disposiciones conexas así como sobre el sustento de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República (en adelante, la Ley N° 27785), sus modificatorias y disposiciones conexas que, en su conjunto, constituyen el sólido andamiaje jurídico que expresa la potestad sancionadora de la organización pública «hacia afuera» y «hacia adentro», esto es, dirigida a los administrados como al personal de las administraciones.

## **2. La declaración de inconstitucionalidad de la regulación jurídica en materia sancionadora de la Contraloría General de la República en la STC N° 00020-2015-PI/TC**

Mediante esta sentencia, el Tribunal Constitucional cerró filas a la Contraloría General de la República para que ejercite potestades sancionadoras en el ámbito de la responsabilidad funcional.

En este aspecto, el Constitucional ingresó al análisis de diversos aspectos. No obstante, en relación al tema que constituye el soporte del presente informe, nos obligamos a detenernos, específicamente, en los referidos a los principios de imparcialidad e independencia de la actividad administrativa de corte sancionador de la aludida administración contralora.

### **2.1. Respeto de los principios de imparcialidad e independencia**

El Tribunal determina que la imparcialidad e independencia no es patrimonio de la actividad jurisdiccional (Tribunal Constitucional del Perú, sentencia del pleno recaída en el expediente N° 00020-2015-AI/TC, fdm. 12, 2018) de manera tal que tienen una fuerte proyección hacia otras parcelas del derecho incluyendo aquí, obviamente, al espacio administrativo sancionador.

Si bien es cierto tiene fuente constitucional, lo cierto es que se ha ido expandiendo, de modo provechoso, al espacio de la actividad administrativa.

En este aspecto, la imparcialidad e independencia como exteriorizaciones del debido proceso, tienen expresa presencia en la Ley N° 27785 así como fuente jurisprudencial pues el debido proceso se enfoca en quien tiene atribuciones para dirimir conflictos (Tribunal Constitucional del Perú, sentencia del pleno recaída en el expediente N° 3741-2004-AA/TC, fdm. 18, 2005) y base legislativa en el principio de imparcialidad regulado en la legislación general administrativa («Las autoridades administrativas actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándoles tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general») debiendo indicarse que se vinculan con el derecho a ser juzgado por la autoridad administrativa independiente e imparcial en los alcances de la jurisprudencia (Tribunal Constitucional del Perú, sentencia del pleno recaída en el expediente N° 00156-2012-PHC/TC, fdm. 53, 2012). No obstante, desde nuestra perspectiva, somos de la posición de que ambos principios trascienden los escenarios articulados por el Alto Tribunal para guardar pleno soporte en otros institutos tales como el debido proceso (como ya ha sido dicho) entendido en su doble expresión garantista formal y material en los términos que este mismo colegiado desarrolla en la STC N° 3075-2006-PA/TC, del 29 de agosto de 2006 (Huamán Ordóñez, 2007) es la que, precisamente, abre paso para la confirmación del derecho fundamental al debido proceso administrativo. Aún más, dichos principios se afirman, a su turno, en otros que son los de la potestad sancionadora de la Ley N° 27444 que se encuentra contenida en el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, Ley N° 27444) entendida como regulación común («Las disposiciones del presente capítulo disciplinan la facultad que se atribuye a cualquiera de las entidades para establecer infracciones administrativas y las consecuentes sanciones a los administrados») a todo procedimiento administrativo, incluyendo el de carácter sancionador por responsabilidad funcional y finalmente por el necesario tamiz del «control judicial suficiente» que garantiza que sean los tribunales de justicia los que validen el proceder de la autoridad administrativa sin que tal proceder implique interferir en los asuntos de interés público.

## **2.2. Respeto del principio de legalidad**

Antes de ingresar al análisis de este aspecto, corresponde tener en cuenta las profundas diferencias entre aquello que constituye el tipo, la tipicidad y la tipificación:

El tipo, normalmente invocado desde el derecho penal, no resulta ser una figura privativa de tal disciplina. Participa, entonces, en diversas expresiones del derecho tales como las de alcance laboral (los tipos sancionadores privados que constituyen faltas graves del artículo de la ley laboral privada, al efecto, reguladas en el Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo

Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, susceptibles de invocarse en los ámbitos privado y público), disciplinario (los de la Ley Nº 30057 y el Decreto Supremo Nº 040-2014-PCM), entre otros. De esta manera, se entiende que se trata de la abstracción de conductas potencialmente negativas precisadas por el legislador que, en mérito a tal calificación, son desaprobadas jurídicamente.

La tipicidad se concreta, a su turno, en la definición clara y precisa del tipo lo que le abre paso, sin que se quiebre la exigencia de tipicidad, para la necesaria admisión de reglas jurídicas abiertas (la famosa ley «en blanco» que aparece, por ejemplo, en la falta disciplinaria referida al incumplimiento de la ley y el reglamento del servicio civil del artículo 85º inciso a) de la Ley Nº 30057) así como las de carácter remisivo y aquellas que pueden articularse de modo analógico en cuanto favorezcan (analogía in bonam partem) la situación jurídica del particular.

Finalmente, lejos del alcance de la libre configuración del legislador, la tipificación implica el proceso abstracto de encaje del tipo a la realidad concreta que está dentro del espectro de la libre configuración de la administración cuando ejercita potestades sancionadoras.

Efectuadas estas precisiones, debe indicarse que estas son necesarias para dar cobertura argumentativa al Tribunal cuando alega el quiebre de la legalidad como fundamento para inhabilitar las potestades sancionadoras de la Contraloría (Tribunal Constitucional del Perú, sentencia del pleno recaída en el expediente Nº 00020-2015-PI/TC, f.d.m. 35 y 38, 2018). Sin embargo, corresponde dejar establecido que no se ha efectuado la necesaria digresión entre lo que constituye el tipo, la tipicidad y la tipificación en la sentencia constitucional analizada (como espacios de diferenciación entre la libre configuración del legislador y la libre configuración de la administración o lo que es lo mismo entre la discrecionalidad legislativa y la discrecionalidad administrativa) atendiendo a que se exige, impropia, una fuerte precisión de la tipicidad en el escenario administrativo sancionador por responsabilidad funcional cuando esto es viable solo en el ámbito penal. De este modo, el cristal con el cual se mira la potestad sancionadora de la Contraloría no es el que debe serle exigible atendiendo a que, en el derecho administrativo en general y en el derecho sancionador en específico, destaca la presencia de conceptos jurídicos indeterminados que ayudan a cubrir el alcance amplio y difuso de las potestades sancionadoras lo que se reduce drásticamente en asuntos penales sirviendo, al efecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español:

Se afirma que:

*«...la jurisprudencia ha distinguido en los conceptos jurídicos indeterminados tres zonas: la de certeza positiva, la de certeza negativa y el “halo o zona de incertidumbre” (Sentencia de la Sala a que tenemos el*

*honor de dirigirnos de 23 de junio de 2003, n.º rec. 2443/1999, entre otras). En relación con la tercera zona enunciada, el halo de incertidumbre, la jurisprudencia reconoce a la administración un «margen de apreciación». Así sentencia de la sala a que tenemos el honor de dirigirnos de 21 de julio de 1994 (n.º rec. 137/1992), citada en el motivo de preparación del presente recurso de casación, a cuyo tenor «Ello naturalmente sin perjuicio del margen de apreciación que a la Administración queda en razón del halo de dificultad de los conceptos jurídicos indeterminados que aquel precepto incorpora y que deriva de la existencia de una zona de incertidumbre que media entre las zonas de certeza, positiva y negativa...» (STS N.º 5330/2014, del 10 de diciembre de 2014, fdm. jur. cuarto, de la Sala Tercera Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, con base en el recurso de casación N.º 3470/2012, magistrado ponente: Francisco José Navarro Sanchis).*

En este aspecto, la confección del tipo y la tipicidad no son fundamentos suficientes para alegarse livianamente el dejarse de manera potencial (esto es ante una amenaza, que es susceptible de análisis en los procesos de amparo y no en un proceso abstracto de inconstitucionalidad) en estado de indefensión al funcionario y servidor públicos investigados por la Contraloría como incorrectamente alega el máximo intérprete de la Carta nacional (Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia del Pleno recaída en el Expediente N.º 00020-2015-PI/TC, fdm. 38, 2018). El examen que hace el colegiado es uno de tipificación, el cual no corresponde a un proceso abstracto de inconstitucionalidad sino a uno de alcance específico como lo es el amparo constitucional, de modo que este argumento es insostenible dado que el proceso volitivo desarrollado por el órgano administrativo que tiene competencias instructoras en el ámbito de la responsabilidad funcional escapa al espacio de control de la inconstitucionalidad como ya lo precisa, con argumentos analógicos, la Corte Constitucional colombiana de obligatoria invocación ante el visible dislate de nuestro Constitucional:

En el ámbito del derecho administrativo sancionador el principio de legalidad se aplica de modo menos riguroso que en materia penal, por las particularidades propias de la normatividad sancionadora, por las consecuencias que se desprenden de su aplicación, de los fines que persiguen y de los efectos que producen sobre las personas. Desde esta perspectiva, el derecho administrativo sancionador suele contener normas con un grado más amplio de generalidad, lo que en sí mismo no implica un quebrantamiento del principio de legalidad si existe un marco de referencia que permita precisar la determinación de la infracción y la sanción en un asunto particular. Así, el derecho administrativo sancionador es compatible con la carta política si las normas que lo integran -así sean generales y denoten cierto grado de imprecisión- no dejan abierto el campo para la arbitrariedad de la administración en la imposición de las sanciones o las penas.

Bajo esta perspectiva, se cumple el principio de legalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador cuando se establecen: (i) “los elementos básicos de la conducta típica que será sancionada”; (ii) “las remisiones normativas precisas cuando haya previsto un tipo en blanco o los criterios por medio de los cuales se pueda determinar la claridad de la conducta”; (iii) “la sanción que será impuesta o, los criterios para determinarla con claridad.

En la misma dirección, ha reiterado la Corte Constitucional que se realiza el principio de tipicidad en el campo del derecho administrativo sancionador cuando concurren tres elementos: (i) “Que la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa, bien porque la misma esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas; (ii) “Que exista una sanción cuyo contenido material esté definido en la ley”; (iii) “Que exista correlación entre la conducta y la sanción”. De todos modos, ha destacado la Corte Constitucional que “las conductas o comportamientos que constituyen falta administrativa, no tienen por qué ser descritos con la misma minuciosidad y detalle que se exige en materia penal, permitiendo así una mayor flexibilidad en la adecuación típica” (Corte Constitucional colombiana, sentencia C-242/10, considerando 3., 3.1.3., de 07 de abril).

Aquí corresponde indicar que obran fuertes argumentos que garantizan la posición del sujeto que está sometido a las potestades sancionadoras por responsabilidad funcional que ponemos a disposición vuestra en los siguientes términos:

La cláusula de legalidad penal no funciona, con la misma intensidad, en el ámbito sancionador administrativo incluyendo el generado por responsabilidad funcional: en este aspecto, aparece una sólida cuestión de gradualidad del principio aludido lo que se explica en la proscripción de invasión de la libertad personal a la autoridad administrativa que sí le es habilitado al juez penal.

Presencia de conceptos jurídicos indeterminados en la construcción de los tipos sancionadores administrativos: que permiten un amplio viraje de la autoridad administrativa (impensable para el juez penal) en la identificación de la conducta infractora para, en base a elementos reglados y discrecionales, determinar el proceso de tipificación asumido como competencia de la autoridad sancionadora.

En el ámbito administrativo, por la propia dinámica del tráfico administrativo, no es viable que las faltas o contravenciones se depositen en una ley: tal escenario aparece con la atenuación del principio de legalidad, que marcha consonante con la propia dinámica del tráfico administrativo, al punto tal que estamos ciertamente ante la presencia de la disminución de intensidad de dicho principio en sede sancionadora.



Descarte de la responsabilidad objetiva en el ámbito sancionador: que obliga a que la autoridad administrativa sancionadora deba identificar la conducta infractora llegando a la necesidad inquebrantable de asociarla al dolo o culpa de quien es materia de investigación en atención a los principios de culpabilidad y de presunción de licitud exigibles al contexto de los investigados.

### **3. ¿Qué nos dice la jurisprudencia constitucional extranjera sobre los alcances de la potestad sancionadora administrativa?**

A diferencia del Tribunal, que no acierta en la identificación de las potestades sancionadoras por responsabilidad funcional en específico y de las potestades sancionadoras en general, la Corte Constitucional colombiana hace ya buen tiempo viene desarrollando sólidos argumentos que tenemos a bien citar como los expresados en las precisiones siguientes:

El legislador en ejercicio de su libertad de configuración normativa, puede tipificar las conductas constitutivas de transgresión al orden jurídico, a través de tipos abiertos “*numerus apertus*”, caracterizados por descripciones amplias y genéricas en cuya textura abierta no se agotan los términos de su propia prescripción, sino que admiten la acumulación o inclusión de nuevas categorías, que permiten un amplio margen de adecuación por parte del operador sancionatorio. Del mismo, el legislador puede estipular las conductas antijurídicas en el sistema “*numerus clausus*”, que se caracterizan porque las normas que las regulan impiden que se pueda alterar la descripción inicialmente determinada.

Dado que la naturaleza especial de los asuntos regulados en el campo administrativo normalmente no versa sobre situaciones que impliquen una incursión en el núcleo duro de los derechos fundamentales y ante la imposibilidad de contar con un listado detallado de comportamientos donde se subsuman todas aquellas conductas que están prohibidas, el legislador sancionatorio está facultado para tipificar las conductas en el sistema “*numerus apertus*”, sin que en ningún caso pueda permitir que el grado de oscilación de la norma sancionatoria sea completamente indeterminado (Corte Constitucional colombiana, sentencia C-699-15, considerando 8., de 18 de noviembre).

Como se puede advertir, el Constitucional colombiano goza de mayor fortaleza en la construcción de su argumentación y en la adecuada utilización de las categorías del derecho sancionador ya que tiene una histórica tradición enfocada en equilibrar el interés público con la posición jurídica del particular que es lo que carece nuestro Tribunal en materia sancionadora, bisoño en estos temas que lo llevan a la emisión de veredictos reñidos contra las nociones más elementales del derecho administrativo.

#### **4. ¿Qué podemos concluir al respecto hasta ahora?**

Del examen de la sentencia sometida a examen, puede identificarse un amplio conjunto de puntos flacos que hacen dudar de la capacidad del Constitucional de resolver, de manera solvente, sobre temas de derecho administrativo más aún cuando estos son desarrollados por la administración contralora como lo es la Contraloría General de la República.

En este aspecto, como hemos podido apreciar, el Constitucional confunde tipicidad con tipificación, pese a las profundas diferencias detalladas de nuestra parte, llegando incluso a incluir a esta última figura como parte de un juicio de inconstitucionalidad lo que, ciertamente, es impropio para este tipo de procesos constitucionales. De la misma manera, se olvida que los tipos sancionadores son abiertos e impregnados vivamente de conceptos jurídicos indeterminados lo que no acontece con el tema penal debiendo hacerse la precisión de que esto se explica, además, en la intensidad con la cual se ejerce el poder punitivo estatal: atenuado en el ámbito sancionador al punto tal que se prohíbe abiertamente a los poderes públicos el privar de libertad al administrado y fortísimo en el escenario penal al traducirse, entre otras muchas fórmulas jurídicas, en la privación de libertad de quien es investigado y posteriormente castigado.

Aún más, en el análisis de las pretensiones materia del proceso de inconstitucionalidad, no ha sido argumento de defensa de la parte demandante ni el sustento de la decisión del Tribunal, el que los tipos sancionadores sean ambiguos lo que sí hubiera implicado un juicio de constitucionalidad sobre el tipo y la tipicidad que, dado su alcance abstracto, encajan perfectamente en el ámbito de un proceso abstracto de supremacía de la carta nacional.

Finalmente, aparece una fuerte confusión entre la libre configuración legislativa y la libre configuración de la administración que se muestra imprecisa en la sentencia del Tribunal Constitucional de manera tal que el colegiado analiza impropriamente la discrecionalidad de los poderes públicos cuando, antes bien, el espacio de análisis propicio para un proceso de inconstitucionalidad debe enfocarse, de modo obligatorio, en el estudio de las razones del legislador para la construcción del tipo y la tipicidad, esto es, en la libre configuración del legislador.

#### **5. Resolución de Sala Plena N° 002-2020-SERVIR/TSC. Deslinde de responsabilidades por nulidad del procedimiento administrativo sancionador de la Contraloría General de la República y cómputo del plazo de prescripción del procedimiento administrativo disciplinario derivado de informes de control**

Además de la sentencia constitucional antes analizada, el control gubernamental ha sido sometido a escrutinio jurídico esta vez por un órgano administrativo como lo es el Tribunal del Servicio Civil quien entiende, a diferencia del Constitucional, que es necesario que la administración deba contar con las herramientas necesarias para el control del buen desempeño del personal al servicio de la administración ya que la atenuación de la responsabilidad funcional no debe derivar en la liberación de responsabilidad de las conductas del personal al servicio de la administración.

En dicho orden de ideas, es propósito nuestro proceder al escrutinio de la posición de este tribunal administrativo en cuanto concierne al control gubernamental.

### **5.1. Prevalencia del procedimiento sancionador por responsabilidad funcional sobre el procedimiento administrativo - disciplinario y el estado de la cuestión del control gubernamental**

El legislador, previendo profundos roces futuros entre la potestad sancionadora en clave disciplinaria y la potestad sancionadora por responsabilidad funcional, regula en el Decreto Supremo N° 040-2014-PCM que es reglamento de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil la cláusula de prevalencia del procedimiento sancionador por responsabilidad funcional teniendo como punto de partida un informe de control. De este modo, el artículo 96° inciso 96.4. de la regulación reglamentaria determina, de manera gráfica, que la autoridad contralora tiene un fortísimo rango competencial de mayor proximidad sobre la falta cometida por el servidor o funcionario públicos aun en contextos donde los bienes jurídico - administrativos involucrados puedan o no ser los mismos (lo que aparece como un escenario de atenuación del *ne bis ídem* aun cuando su fundamento sea no legal sino, antes bien, reglamentario) lo que nos podría hacer dudar de su efectividad si se procede a realizar su contrastación con la jurisprudencia del Constitucional.

Aquí, a diferencia del escenario punitivo - penal, no se hace digresión en este punto. La teoría de la prevalencia, aunque de origen reglamentario, sirve para que no sea la administración donde se comete la falta por responsabilidad funcional quien juzgue al infractor, sino que se produzca la derivación de las competencias sancionadoras a un órgano administrativo externo. Tal derivación no se traduce en la pérdida de las habilitaciones jurídicas propias de la potestad sancionadora en clave disciplinaria sino, antes bien, en la condición suspensiva que opera en ellas mientras se mantienen en pie las de la Contraloría General de la República lo que se hace con el propósito de evitarse violentar el *ne bis in ídem* que, igualmente, se proyecta en el espacio punitivo no penal.

De este modo, la tendencia es reducir intensamente, a un grado mínimo, la presencia de conflictos competenciales (previstos en la ley administrativo - general) que, desde una perspectiva enteramente formal o instrumental, adquieran mayor peso que el ejercicio de las potestades sancionadoras de la administración investigadora lo que explica, en buena cuenta, la condicionalidad del supuesto de hecho de la técnica de la prevalencia, materia de análisis, que se enfatiza buenamente en el artículo 5° de la Resolución de Contraloría N° 100-2018-CG, que aprueba el Reglamento de infracciones y sanciones para la determinación de la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control así como la plena exigencia de inactividad formal (validada en clave reglamentaria, como se advierte) que se requiere a la autoridad disciplinaria tal como emana del señalado artículo 5° de la regulación reglamentaria de la Contraloría:

Artículo 5° Resolución de Contraloría N° 100-2018-CG, Reglamento de infracciones y sanciones para la determinación de la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control. - Prevalencia y autonomía de la potestad sancionadora de la Contraloría: «5.1. La potestad sancionadora de la Contraloría constituye un régimen especial que prevalece frente a otras competencias concurrentes en el ámbito administrativo. Dicha prevalencia determina el impedimento para que las entidades inicien procedimientos para el deslinde de responsabilidad, por los mismos hechos y respecto de los mismos sujetos comprendidos en el procedimiento sancionador a cargo de la Contraloría, cualquiera sea la naturaleza y el fundamento de aquellos.

Las autoridades de las entidades deben inhibirse de efectuar actuaciones previas o iniciar procedimiento por los hechos antes referidos, hasta la culminación del procedimiento sancionador por responsabilidad administrativa funcional a cargo de la Contraloría, bajo responsabilidad.

El inicio o culminación de procedimientos por las entidades no impide que la Contraloría inicie procedimiento sancionador, por los mismos hechos y respecto de las mismas personas, para la debida determinación y sanción de la responsabilidad administrativa funcional que corresponda, en el ámbito de su competencia.

Los órganos del Sistema, desde el inicio del servicio de control, pueden disponer el impedimento de las entidades para iniciar procedimientos de deslinde de responsabilidades por los hechos específicos materia de su evaluación, conforme a las disposiciones que regulan dichos servicios.

En caso este impedimento hubiera sido constituido durante el proceso de control, con el inicio del procedimiento sancionador se comunica a la entidad correspondiente, la confirmación y continuidad del mismo.

El procesamiento y las sanciones por responsabilidad administrativa funcional son independientes de los procesos y sanciones por responsabilidad civil, penal o de cualquier otra naturaleza que, con diferentes intereses o bienes jurídicos protegidos, pudieran establecerse o determinarse en cada caso. Solo por disposición judicial expresa se pueden suspender, modificar o eliminar los efectos de las sanciones por responsabilidad administrativa funcional.

En caso la disposición judicial expresa recaiga sobre procedimientos en trámite, aquella determinará su suspensión o la corrección de los actos a que hubiera lugar. En cualquier caso, la suspensión del procedimiento por decisión judicial expresa acarrea la suspensión de los plazos de prescripción y los plazos del procedimiento, incluyendo el de caducidad».

### **5.2. El carácter unitario del *ius puniendi* en la tutela de lo público**

Un aspecto rescatado por el Tribunal del Servicio Civil se aboca a la defensa de la unidad del *ius puniendi* ya que se entiende que, merced a él, es viable concretar la habilitación del castigo estatal. Desde dicha perspectiva, llegamos a asumir que no hay confrontación entre las diversas expresiones del poder punitivo entregado a la administración como organización racional de cara a los intereses públicos. Importa aquí fuertemente la finalidad de la actividad administrativa de perseguir y encarar a los ilícitos administrativos, sean estos disciplinarios o por responsabilidad funcional, que se materializa -a fin de cuentas- con las potestades sancionadoras aplicables al personal al servicio de la administración aun cuando se produzca el laxamiento (saludable o no, es otra cuestión) del *ne bis in idem* en sede administrativa.

### **5.3. ¿Cabe la inaplicación de las potestades sancionadoras de la administración, dictada por el Tribunal del Servicio Civil, en función al veredicto contenida en la STC N° 00020-2015-PI/TC?**

El Tribunal administrativo establece como permisible que se pueda proceder, en el escenario de la prevalencia antes aludido, a cerrar espacio a las potestades sancionadoras por responsabilidad funcional. En principio, aparece un descuidado -por decirlo menos- uso de la terminología administrativa propiciado por la sentencia del Constitucional que arrastra a la desventura a la decisión de este tribunal administrativo.

Las potestades dadas a la administración emanan del derecho objetivo y de la entera naturaleza vicarial de los poderes públicos.

Las potestades constituyen, en consecuencia, la propia esencia de las organizaciones jurídico - públicas (Machi y Machi, 2017) atendiendo a los fines públicos interesan a la comunidad (La Becca, 2020) puesto que las atribuciones dadas a los poderes públicos constituyen expresión de su capacidad de transformación de la realidad en ejercicio de la actividad administrativa (Artecona Gulla, 2011) que es, entonces, consustancial a su calidad de poderes públicos. No se puede hablar, en consecuencia, de poderes públicos sin potestades.

#### **5.4. Prevalencia temporal de las potestades disciplinarias**

Para el TSC, opera -en función de la sentencia constitucional que incide sobre las competencias de la administración contralora- el retorno al carácter determinante de las atribuciones administrativo - disciplinarias; obviamente, tal escenario no opera sine die sino que se sujeta a los alcances de la discrecionalidad del legislador. Se entiende, por consiguiente, que hasta que no opere la intervención del parlamento en la definición de los tipos sancionadores por responsabilidad funcional, la potestad disciplinaria del servicio civil opera en buena cuenta. En dicha concepción, se asume que el Tribunal del Servicio Civil se obliga a determinar lineamientos de relevancia para que el ejercicio de la actividad disciplinaria sea el conducto idóneo para la identificación de las conductas del personal constitutivas de responsabilidad funcional:

Principalmente, si conforme lo expuesto precedentemente, la potestad administrativa disciplinaria se convierte en el instrumento exclusivo para sancionar inconductas funcionales graves incurridas por servidores públicos en el uso de los recursos públicos, esto hasta que la Contraloría recupere competencia para instaurar procedimiento administrativo sancionador por los hechos contenidos en un informe de control.

En consecuencia, corresponde al Tribunal emitir algunos criterios que deben tomar en cuenta las entidades para el ejercicio de su potestad administrativa disciplinaria por hechos derivados de un informe de control:

i) En los casos que la Contraloría haya declarado la conclusión del procedimiento administrativo sancionador por imposibilidad jurídica, en virtud de la aplicación de la Sentencia de fecha 25 de abril de 2018, recaída en el proceso de inconstitucionalidad signado con expediente N° 00020-2015-PI/TC y su aclaratoria, corresponde que la entidad ejerza su potestad disciplinaria cuando la Contraloría pone a conocimiento este hecho o remite por segunda vez el informe de control indicando esta situación.

ii) Asimismo, en caso no se haya tramitado un procedimiento administrativo disciplinario, corresponde a las entidades ejercer su potestad disciplinaria cuando los órganos del sistema nacional de control, en el marco de un servicio de control,

comuniquen a la entidad que determinados hechos están siendo o serán materia de investigación, revisión o análisis de acuerdo a sus atribuciones como órgano de control, para que la entidad, a través de su secretaría técnica y autoridades del procedimiento administrativo disciplinario, realice el deslinde de responsabilidad o no.

iii) En la medida que el informe de control constituye un insumo para justificar el ejercicio de la potestad administrativa disciplinaria, la precalificación de la conducta infractora a cargo de la secretaría técnica de la entidad debe evaluar su contenido y reconducir sus conclusiones, esto con la finalidad de subsumir los hechos acreditados en dicho documento dentro de las faltas del régimen disciplinario aplicable al servidor investigado.

iv) En caso la secretaría técnica ejerza, eventualmente, su facultad de declarar “no ha lugar a trámite” la denuncia o reporte vinculado a un informe de control, esta decisión debe garantizar el derecho a la motivación en sede administrativa, siendo necesario que se desvirtúe las consideraciones contenidas en el informe de control expresando un razonamiento suficiente, coherente y congruente (Tribunal del Servicio Civil, Resolución de Sala Plena N° 002-2020-SERVIR/TSC, establecen precedente administrativo sobre deslinde de responsabilidades por nulidad del procedimiento administrativo sancionador de la Contraloría General de la República y cómputo del plazo de prescripción del procedimiento administrativo disciplinario derivado de informes de control, fdm. 36-37, 2020).

En virtud a tales lineamientos, estamos ante un espacio de reforzamiento del ejercicio de potestades sancionadoras de la administración sobre su personal que, si bien parecen ensombrecer la proyección expansiva de la naciente responsabilidad funcional, obligan a reconfigurar los alcances del control gubernamental atribuibles a los poderes públicos. Recuérdese, en este punto, que la responsabilidad funcional como espacio de control del desempeño de servidores y funcionarios públicos, tiene pocos años de existencia en nuestro Derecho de manera que bien podría decirse, sin temor a equívoco, que estamos ante su verdadero «bautizo de fuego» ante el «control judicial suficiente» del que viene siendo objeto. Nos encontramos, en esencia, ante un espacio de colaboración entre las técnicas del control gubernamental y el derecho disciplinario auspiciado judicialmente que obliga a dotar, a las secretarías técnicas de las administraciones públicas, de la logística necesaria para asumir este nuevo reto de manera que tales órganos administrativos de apoyo de las autoridades instructiva y sancionadoras del procedimiento disciplinario evalúen tanto el aspecto subsuntivo como ponderativo de la imputación disciplinaria a efectuarse en el escenario del derecho disciplinario analizando el rechazo de la imputación efectuada de manera justificada, como última razón.

## 6. El control gubernamental ante los Tribunales de Justicia y administrativos: la necesidad de ver más allá del horizonte

Como se ha sometido a análisis en el presente estudio, el control gubernamental como un instrumento de fiscalización de inconductas de naturaleza funcional se enfrenta a múltiples retos que se abocan a conciliar la actividad sancionadora entregada por el legislador a la Contraloría General de la República y la posición jurídica de los administrados que, bajo los mimbres de servidor y funcionario públicos, son sometidos al necesario procedimiento sancionador a través del cual se evaluará su adecuado proceder en el ámbito de la gestión pública. Si bien, parece que nos encontramos ante un escenario sombrío para el control gubernamental, es necesario ver más allá lo que nos lleva a sostener que este es un momento trascendental enfocado en reafirmar el ejercicio de potestades sancionadoras de la administración respecto de las conductas funcionales del personal al servicio de las organizaciones jurídico - públicas.

### Referencias

ARTECONA GULLA, D. (2011). 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*, (30).

BACIGALUPO, Se, M. (2016). Las potestades administrativas y la vinculación de su ejercicio al ordenamiento jurídico. Potestades regladas y discrecionales. En Alonso Regueira, E. M. (Dir.). *El control de la actividad estatal: Discrecionalidad, División de Poderes y Control Extrajudicial*. Buenos Aires: Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

BARRA, R. C. (2016). Órgano, oficio, competencia y potestad en el ordenamiento canónico. En Alcocer Mendoza, J. P. (Coord.). *Temas actuales de Derecho canónico*. UNAM.

CABREROS DE ANTA, M. (1953). Concepto de potestad ordinaria y delegada. *Revista Española de Derecho Canónico*, 8(24).

HUAMÁN ORDÓÑEZ, L. A. (2007). Del uso al abuso de la discrecionalidad administrativa. A propósito de la STC N° 3075-2006-PA/TC, *Diálogo con la Jurisprudencia*, (103).

LA BECCA, J. (2020). El ejercicio de potestades discrecionales en la actividad sancionatoria de la Administración y su control judicial (especial referencia a la



determinación y graduación de las sanciones). *El Derecho. Revista de Derecho Administrativo*, (8).

LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I. (1998). El principio de proporcionalidad en Derecho Administrativo. *Cuadernos de Derecho Público*, (148).

MACHI, L., & MACHI, E. (2017). Aplicación de los principios de "ética de la función pública" y de "imparcialidad en el ejercicio de la función" en situaciones en que la administración ejerce potestades discrecionales. *Revista Derecho Público*, (51).

MEJÍA PATIÑO, O. A. (2008). Reseña histórica del Derecho Administrativo sancionador. *Novum Jus*, 2(1).

VILLAR PALASÍ, J. L. (2001). *Técnicas remotas del Derecho Administrativo*. Instituto Nacional de Administración Pública.

## **Sentencias**

### **Del Tribunal Constitucional del Perú**

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (2005). Sentencia recaída en el Expediente N° 3741-2004-AA/TC. Ramón Hernando Salazar Yarlenque contra la Municipalidad de Surquillo. 14 de noviembre.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (2006). Sentencia recaída en el Expediente N° 3075-2006-PA/TC. Escuela Internacional de Gerencia High School of Management - Eiger contra Microsoft Corporation y Macromedia Incorporated y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección a la Propiedad Intelectual, INDECOPI. 29 de agosto.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (2012). Sentencia del Pleno recaída en el Expediente N° 00156-2012-PHC/TC. César Humberto Tineo Cabrera contra el vocal supremo instructor, señor Pedro Guillermo Urbina Ganvini y contra el vocal supremo de la sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, señor Hugo Antonio Molina Ordoñez. 08 de agosto.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (2018). Sentencia del Pleno recaída en el Expediente N° 00020-2015-PI/TC. Caso potestad sancionadora de la Contraloría General de la República. Colegio de Abogados de Arequipa contra el Congreso de la República sobre demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra

diversas disposiciones de la Ley N° 29622, que modifica la Ley N° 27785, 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. 25 de abril.

### **Del Tribunal Supremo español**

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL. (2014). Sentencia 5330/2014, del 10 de diciembre.

### **De la Corte Constitucional colombiana**

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. (2010). Sentencia C-242, de 07 de abril.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. (2015). Sentencia C-699-15, de 18 de noviembre.

### **Del Tribunal del Servicio Civil**

TRIBUNAL DEL SERVICIO CIVIL. (2020). Resolución de Sala Plena N° 002-2020-SERVIR/TSC, Establecen precedente administrativo sobre deslinde de responsabilidades por nulidad del Procedimiento Administrativo Sancionador de la Contraloría General de la República y cómputo del plazo de prescripción del Procedimiento Administrativo Disciplinario derivado de informes de control.