

## El control gubernamental en los tiempos del Covid-19<sup>(\*)</sup>

### Government control in the times of Covid-19

Juan José Díaz Guevara <sup>(1)</sup>

---

**Sumario:** Introducción. **I.** Control gubernamental y metodología. **II.** Retos del control gubernamental en el contexto de la pandemia Covid-19. – Conclusiones. - Referencia bibliográfica. – Jurisprudencia. – Legislación.

**Resumen:** En el presente artículo, el autor hace una reflexión sobre el rol del Sistema Nacional de Control Gubernamental y su ente rector durante el Estado de Emergencia, no solo como fiscalizador del uso de los recursos públicos y operaciones de deuda pública, sino como promotor del equilibrio de poderes en estados de excepción conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional, en este contexto expone el método de la auditoría estatal, estableciendo las singularidades y características de los servicios de control, señalando sus limitaciones y principales retos en el contexto del Estado de Emergencia derivado de la pandemia Covid-19.

**Palabras clave:** estado de emergencia, deuda pública, fiscalización, auditoría estatal, control, contraloría.

---

<sup>(\*)</sup> Recibido: 06/05/2020 | Aceptado: 11/05/2020 | Publicación en línea: 15/05/2020.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

<sup>1</sup> Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Docente Universitario y de Post Grado, Exmagistrado, especialista en control gubernamental, proyectos de inversión pública, Derecho Administrativo y Contrataciones del Estado, así como en Derecho Procesal Penal, certificado por la Escuela Nacional de la Magistratura - Nivel Superior. Autor de libros y artículos académicos en materia de gestión pública, control gubernamental, Derecho Penal y Procedimiento Administrativo Sancionador.  
[jjdiazg@gmail.com](mailto:jjdiazg@gmail.com)

**Abstract:** In the present article, the author reflects on the role of the National System of Government Control and its governing body during the State of Emergency, not only as an auditor of the use of public resources and public debt operations, but also as a promoter of the balance of powers in states of exception, as pointed out by the Constitutional Court. In this context, he presents the method of state audit, establishing the singularities and characteristics of the control services, pointing out their limitations and main challenges in the context of the State of Emergency derived from the Covid-19 pandemic.

**Keywords:** state of emergency, public debt, auditing, state audit, control, comptroller.

---

## **Introducción.**

Desde la construcción de la teoría del Estado, siempre se admitió la idea de que el “Leviatán” de Hobbes, suponía el ejercicio de un poder restrictivo de libertades de los ciudadanos a efectos de alcanzar el bienestar y paz general; en ese modo se concibió que la teoría del Estado de Derecho constituía el mejor antídoto contra la barbarie derivada de un estado de libertad absoluto conforme lo establecía Emmanuel Kant.

Ahora bien, una vez definida la Teoría del Estado, a través del tiempo esta construcción ha merecido diferentes enfoques como la teoría del Estado de Derecho, pasando a las teorías de Estado de Bienestar, Estado Regulador y hoy se acepta la Teoría del Estado Constitucional de Derecho, pues conforme ha establecido el propio Tribunal Constitucional peruano (TC) “el tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual, la Constitución no era más que una mera carta política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto.. Bajo tal perspectiva, la supremacía normativa de la Constitución de 1993 se encuentra recogida en sus dos vertientes: tanto aquella objetiva, conforme a la cual la Constitución preside

el ordenamiento jurídico (artículo 51°), como aquella subjetiva, en cuyo mérito ningún acto de los poderes públicos (artículo 45°) o de la colectividad en general (artículo 38°5) puede vulnerarla válidamente.”<sup>(2)</sup>

En este contexto, considerando la fuerza normativa constitucional, es necesario establecer que el artículo 137° de la Constitución Política, establece que en cuanto a los Estados de Excepción, el Estado de emergencia, se da en el contexto, de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación”, siendo que a la fecha se ha decretado dicho Estado de Excepción a mérito del DS N° N° 044-2020-PCM que declara Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del Covid-19 que azota al mundo, estado de excepción que viene siendo prorrogado.

El mencionado dispositivo constitucional deja en claro que “En esta eventualidad, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio...no excede de sesenta días. Su prórroga requiere nuevo decreto. En estado de emergencia las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno si así lo dispone el Presidente de la República”.

Sin embargo pese, a que existe la viabilidad de declarar en Estado de Emergencia derivado de la pandemia Covid-19 y en ese modo restringir determinados derechos constitucionales, se debe tener en cuenta que el Estado peruano se rige por el principio de equilibrio de poderes, teoría respecto de la cual, “el Tribunal Constitucional ha precisado que la distribución de poderes, o de funciones desde una perspectiva más amplia, no se reduce a tomar en cuenta tan solo a los tres "poderes del Estado", sino que deben considerarse también relevantes para el contrapeso y control del poder los órganos constitucionales autónomos”<sup>(3)</sup>, dentro de ellos, la Contraloría General de la República (CGR).

En esa medida, la declaración del Estado de Emergencia y su temporalidad, no supone la interrupción del ejercicio y competencias de los demás poderes del Estado. Esto último resulta muy importante resaltar, pues ante la inexistencia de una norma con rango de ley que establezca estándares procedimentales y normativos que rijan el Estado de Emergencia, lo cierto es que, en la praxis, se da sin lugar a dudas un empoderamiento del poder ejecutivo titular de la actividad administrativa y quien tiene a cargo la

---

<sup>2</sup> Expediente N° 5854-2005-PA/TC

<sup>3</sup> Expediente N° 0006-2018-P1/TC

ejecución del gasto público, pues este maneja a su criterio las políticas públicas a efectos de afrontar el Estado de Emergencia.

Con preocupación, ya se advierte en doctrina que en estos estados de excepción, “es notoria la ausencia de previsiones acerca del control político parlamentario sobre el Estado de emergencia ... al respecto, ... el Reglamento del Congreso ... contiene normas que regulan en detalle el control político que debe ejercer el Parlamento sobre la legislación delegada, los decretos de urgencia y los tratados ejecutivos (artículos 90° a 92°), lo que hace más llamativa la omisión que aquí se refiere”<sup>(4)</sup>, no obstante, la propia doctrina advierte que en estos casos, “Existen un conjunto de principios que deben orientar la proclamación del estado de emergencia y el ejercicio de los consiguientes poderes extraordinarios por el Ejecutivo. Entre ellos, destacan dos que resultan esenciales y que, en cierto modo, compendian a todos los demás: el de necesidad y temporalidad (o transitoriedad). Se sigue de esto, desde luego, que durante el estado de emergencia el Estado constitucional y democrático de Derecho no desaparece”<sup>(5)</sup>

A medida de que en un Estado de Emergencia, como el decretado por el Covid-19, el Estado Constitucional de Derecho no desaparece y en esa medida sigue rigiendo el principio de equilibrio de poderes y el deber de control del gasto público, el rol de la CGR se vuelve más estelar ante la debilidad del rol fiscalizador que ostenta el poder legislativo en estos casos, sumado a lo cual, en el contexto peruano se tiene como antecedente el cierre de un congreso obstructivo en enero del presente año<sup>(6)</sup>, para luego haberse dado nuevas elecciones congresales, siendo que a la fecha se tiene un legislativo novísimo y cuya legitimidad es débil en términos políticos.

En esa medida, si bien hemos concebido que el Estado Constitucional de Derecho es el mejor antídoto de la barbarie, creemos que el control gubernamental del gasto público, constituye el mejor antídoto contra la corrupción, bajo este contexto, ante el debilitamiento del rol fiscalizador del Congreso de la República en Estados de Emergencia, el rol de la CGR ente rector del Sistema Nacional de Control (SNC) no solo se vuelve importante en la lucha contra funcionarios y servidores corruptos, sino determinante; en

---

<sup>4</sup> Siles, A. (2017). Problemática constitucional del estado de emergencia en Perú: algunas cuestiones fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Año 15, N° 2, p. 133

<sup>5</sup> Siles, A. (2017). Ob.Cit. p. 156

<sup>6</sup> Mediante Decreto Supremo 165-2019-PCM, el presidente de la República del Perú disolvió el Congreso de la República y convocó a elecciones generales en enero de 2020.

esa medida el presente artículo tratará de abordar los principales retos del control gubernamental en el periodo de lucha contra el Covid-19.

## **I. Control gubernamental y metodología.**

Los artículos 81° y 82° de la Constitución Política del Perú, establecen aspectos centrales del rol de la Contraloría General de la República (CGR) dentro de la estructura del contrato social peruano. En dichos preceptos constitucionales, se le asigna a la CGR, dos roles fundamentales: analizar la Cuenta General de la República para su presentación por parte del Presidente de la República ante el poder legislativo y supervisar la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control. En suma, auditar la cuenta general de la república, así como el gasto público, incluido operaciones de deuda estatal.

En cuanto a la Cuenta General de la República, que, conforme los alcances de la Ley del Sistema Nacional de Contabilidad (Ley N° 28708), es elaborada por la Dirección Nacional de Contabilidad Pública, conviene establecer su trascendencia, pues constituye el documento de gestión bajo el cual las entidades públicas, informan sobre sus acciones económicas-financieras contrastadas con el cumplimiento de sus metas presupuestales y objetivos institucionales, lo que permite por un lado tener la mayor certeza en cuanto al gasto de inversión y gasto social; y, en dicho contexto constituye, un sistema de información fidedigno para el planeamiento y la toma de decisiones político económicas por parte del Estado y facilitar el control y la fiscalización de la gestión pública. Es tal la importancia de su elaboración conforme a los estándares legales, que la propia legislación de la materia establece un régimen de responsabilidades para el titular del pliego presupuestario o la máxima autoridad individual o colegiada de la entidad pública y los Directores Generales de Administración, los Directores de Contabilidad y de Presupuesto o quienes hagan sus veces, en caso de su incumplimiento.

Por su parte, el control gubernamental, conforme los parámetros de la Ley N° 27785 Orgánica de la CGR y del SNC, constituye “la supervisión, vigilancia y verificación de los actos y resultados de la gestión pública, en atención al grado de eficiencia, eficacia, transparencia y economía en el uso y destino de los recursos y bienes del Estado, así como del cumplimiento de las normas legales y de los lineamientos de política y planes de acción, evaluando los sistemas de administración, gerencia y control, con fines de su mejoramiento a través de la adopción de acciones preventivas y correctivas pertinentes. El control gubernamental es interno y externo y su desarrollo

constituye un proceso integral y permanente”, en suma, el control gubernamental, es el control de legalidad de los actos públicos por parte del SNC para fines preventivos, correctivos y sancionatorios, este último umbral a mérito de los alcances de la Ley N° 29622 que otorgó potestad sancionadora a la CGR en materia de responsabilidad administrativa funcional identificada en los informes de control (entiéndase informes de auditoría pública), lamentablemente su marco de tipificación fue declarado inconstitucional por el TC y ello ha resultado una seria limitación del control gubernamental.

A fin de desarrollar este control de actos públicos, las Normas Generales de Control Gubernamental aprobadas por aprobadas mediante Resolución de Contraloría N° 273-2014-CG (NGCG) establecen que los servicios de control (entiéndase auditoría estatal para los fines del presente) “constituyen un conjunto de procesos cuyos productos tienen como propósito dar una respuesta satisfactoria a las necesidades de control gubernamental que corresponde atender a los órganos del Sistema”, dentro de estos servicios encontramos al control previo, simultáneo y posterior, aspectos metodológicos que es importante establecer y diferenciar a efectos de poder trazar los principales retos y competencias, que tiene el SNC encabezado por la CGR, durante el periodo de emergencia derivado de la pandemia Covid-19 que azota al mundo, esto es fundamental pues a veces el desconocimiento de ello da a lugar a que se le exija más al ente rector del control gubernamental (específicamente a sus auditores), a quienes consideramos la reserva moral de la gestión pública.

Los servicios de control previo constituyen el conjunto de procesos prestados por la CGR y los Órganos de Control Institucional (OCIs), exigidos en leyes especiales y que involucran actos preparatorios en regímenes excepcionales de gasto o endeudamiento público, definidos en las NGCG vigentes. A la fecha, se ha establecido dentro de los servicios de Control Previo el autorizar presupuestos adicionales de obra y mayores servicios de supervisión<sup>(7)</sup>, así como operaciones de deuda pública siendo que la CGR tiene el deber de informar sobre las operaciones que en cualquier forma comprometan el crédito o capacidad financiera del Estado, a través de un serio, legal, técnico y metódico análisis de los mercados de crédito internacional que influyen, según su manejo y tendencias, en la disponibilidad de nuestros recursos

---

<sup>7</sup> sobre el particular, mediante Resolución de Contraloría N° 147-2016-CG del 13 de mayo de 2016 se aprobó la Directiva N° 011-2016-CG-GPROD denominada “Servicio de Control Previo de las Prestaciones Adicionales de Obra”, y mediante Resolución de Contraloría N° 596-2014-CG del 22 de diciembre de 2014 se aprobó la Directiva N° 012-2014-CG-GPROD “Control Previo de las Prestaciones Adicionales de Supervisión de Obra”

públicos o en su esquema de endeudamiento. Finalmente, respecto del control previo, la CGR, tiene el rol de opinar sobre las contrataciones con carácter de secreto militar o de orden interno.<sup>(8)</sup>

En cuanto a los servicios de control simultáneo, son aquellos que involucran la plena ejecución regular de presupuesto público antes de que el procedimiento administrativo relacionado concluya. Su marco normativo se encuentra definido primigeniamente en la Directiva N° 017-2016-CG-DPROCAL “Control Simultáneo” aprobada por Resolución de Contraloría N° 432-2016-CG, cuerpo normativo que lo define como aquel control gubernamental “que se realiza a actos, hechos o actividades de un proceso en curso, correspondiente a la gestión de la entidad, con el objeto de alertar oportunamente al Titular de la entidad sobre la existencia de hechos que ponen en riesgo el resultado o el logro de sus objetivos, a fin de que la entidad defina las acciones que correspondan para el tratamiento de estos. El ejercicio del control simultáneo no conlleva a la injerencia en los procesos de dirección y gerencia a cargo de la administración de la entidad, no supone la conformidad de los actos de la gestión ni limita el ejercicio del control posterior por parte de los órganos del Sistema”.

Por modificatoria de la Resolución de Contraloría N° 066-2018-CG, publicada el 28 febrero 2018, se definieron como modalidades del control simultáneo, las siguientes: (i) Acción simultánea. – Modalidad que consiste en evaluar el desarrollo de una o más actividades en ejecución de un proceso en curso, así como verificar y revisar documental y físicamente que se realice conforme a la normativa aplicable, disposiciones internas y estipulaciones contractuales. (ii) Orientación de oficio. - cuando toma conocimiento de la presencia de situaciones que puedan conllevar a la entidad a incurrir en errores, omisiones o incumplimientos en el desarrollo de una o más actividades de un proceso en curso, de los cuales se puede tomar conocimiento a través de la misma entidad u otras fuentes. Su desarrollo no

---

<sup>8</sup> Sobre el particular, para ejercer esta función de control previo externo, se emitió la Directiva N° 007-2001-CG/B140 aprobada por Resolución de Contraloría N° 046-2001-CG de 19.ABR.2001 denominada “ Emisión de opinión previa de la Contraloría General de la República en caso de adquisiciones con carácter de secreto militar u orden interno exoneradas de Licitación Pública, Concurso Público o Adjudicación Directa”, modificada posteriormente por Resolución de Contraloría N° 105-2001-CG del 18 de julio de 2001. En este dispositivo, se establece, entre otros, que, si los funcionarios de la entidad responsable de la adquisición y contratación que requieren de la opinión previa de la Contraloría General de la República, inician el proceso de selección respectivo sin contar con este requisito, o habiéndolo solicitado hubiese sido denegada, o la ejecutan en condiciones que exceden los términos a lo solicitado cuando la entidad se acoja al silencio administrativo positivo; asumirán por este proceder responsabilidad civil y/o administrativa según sea el caso; sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar.

se encuentra sujeto a plazos. (iii) Visita de control. - que consiste en presenciar actos o hechos relacionados a la recepción por parte de la entidad de bienes y prestación de servicios en general, o los que ejecuta la entidad en los que por disposición legal requiera la presencia de los órganos del Sistema o los referidos al estado y mantenimiento de la infraestructura pública, con el propósito de constatar que estos se realicen conforme a la normativa aplicable, disposiciones internas y estipulaciones contractuales. (iv) Visita Preventiva. – que consistía en verificar una o más actividades vinculadas a la prestación de servicios públicos, así como los servicios al ciudadano, que las entidades tienen a su cargo en el marco de sus competencias funcionales, con el propósito de comprobar que la prestación se realice conforme a la normativa aplicable, disposiciones internas y estipulaciones contractuales. (v) Control Concurrente. – Es una modalidad de control simultáneo incorporada a la metodología del control gubernamental a mérito de lo dispuesto en la Resolución de Contraloría N° 066-2018-CG, publicada el 28 febrero 2018 y consiste en evaluar por hitos de control, una o más tareas o actividades de un proceso en curso seleccionado, con el objeto de alertar oportunamente al Titular de la entidad y a las instancias competentes sobre la existencia de situaciones adversas que afectan o podrían afectar el resultado o el logro de los objetivos del proceso en curso materia de control, a fin que se adopten las acciones correctivas que correspondan.”<sup>(9)</sup> Cabe acotar que dentro de una descripción metodológica, una modalidad especial de control concurrente se rigió por la Directiva N° 005-2017-CG-DPROCAL “Control Concurrente para la Reconstrucción con Cambios<sup>(10)</sup>”, aprobada por Resolución de Contraloría N° 405-2017-CG, definiéndose este tipo como aquella evaluación que se realiza a una o más tareas o actividades de un proceso en curso seleccionado, con el objeto de alertar oportunamente al Titular de la entidad y a las instancias competentes sobre la existencia de situaciones adversas que afectan o podrían afectar el

---

<sup>9</sup> Lineamiento incorporado a mérito de la Resolución de Contraloría N° 066-2018-CG, publicada el 28 febrero 2018.

<sup>10</sup> Según esta norma se establece que en el marco de la Ley N° 30556 se declaró de carácter prioritaria, de interés nacional y necesidad pública la implementación y ejecución de un plan integral para la rehabilitación, reposición, reconstrucción y construcción de la infraestructura de uso público de calidad, incluyendo salud, educación, programas de vivienda de interés social y reactivación económica de los sectores productivos, con enfoque de gestión de riesgos de desastres, que incluya intervenciones que en conjunto tienen alto impacto económico, social y ambiental, como consecuencia de acciones que califiquen como nivel de emergencia 4 y 5 en las zonas de riesgo alto y muy alto, de conformidad con la legislación sobre la materia, así como las intervenciones de alcance nacional en dichas zonas. Las contrataciones de bienes, servicios, obras y consultorías que se ejecuten en el marco de la Ley N° 30556 se someten al control gubernamental, con el fin de garantizar un control eficaz sin afectar el dinamismo de su ejecución.

resultado o el logro de los objetivos del proceso en curso materia de control, a fin que se adopten las acciones correctivas que correspondan. El control concurrente para la reconstrucción con cambios es una modalidad de control simultáneo que se aplica a los procesos en curso siguientes: (i) Proceso de contratación de bienes, servicios, obras y consultorías, en el marco de la Ley N° 30556, (ii) Cualquier tipo de intervención, operación, transacción, proyecto, programa u otro, en el que se utilicen o gestionen recursos públicos en el marco de la Ley N° 30556 y (iii) El control concurrente para la reconstrucción con cambios, puede ser desarrollado por cualquier órgano del Sistema, bajo la supervisión de la Contraloría y está a cargo de una comisión de control. Este control concurrente se concentra en el cumplimiento de la legalidad, más no en decisiones técnicas sobre las que tienen discrecionalidad los funcionarios, en el marco de los procesos regulados por la Ley N° 30556. En tal sentido, los funcionarios responsables de tomar decisiones que impliquen el ejercicio de discrecionalidad, se sujetan a lo establecido en la Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29622, la cual señala que en los casos en que la legislación vigente autorice a los funcionarios expresamente algún grado de discrecionalidad para determinada toma de decisión, los órganos del Sistema no pueden cuestionar su ejercicio por el solo hecho de tener una opinión distinta. Tales decisiones solo pueden observarse en alguno de los supuestos siguientes: (i) Si fueron tomadas sin una consideración adecuada de los hechos o riesgos en el momento oportuno; o, (ii) Por los resultados logrados según los objetivos y metas planteados; o, (iii) Cuando, en los casos que la normativa permita varias interpretaciones, la decisión se aparte de la interpretación adoptada por el órgano rector competente de la materia.

Respecto de este régimen de control simultáneo, a la fecha mediante Resolución de Contraloría N° 115-2019-CG se modificaron las Normas de Servicios de Control Simultáneo”, de las Normas Generales de Control Gubernamental, aprobadas mediante Resolución de Contraloría N° 273-2014-CG, y modificadas por Resolución de Contraloría N° 431-2016-CG, definiéndose entre otros, como las únicas modalidades de control simultáneo: (i) Control concurrente<sup>(11)</sup>, (ii) Visita de control<sup>(12)</sup>, (iii)

---

<sup>11</sup> Definiéndola como la modalidad del servicio de control simultáneo que, se realiza a modo de acompañamiento sistemático, multidisciplinario, y tiene por finalidad realizar la evaluación, a través de la aplicación de diversas técnicas, de un conjunto de hitos de control pertenecientes a un proceso en curso, de forma ordenada, sucesiva e interconectada, en el momento de su ejecución.

<sup>12</sup> Que según esta modificatoria es la modalidad del servicio de control simultáneo, en la cual se aplica principalmente, las técnicas de inspección u observación de una actividad o un único hito de control que forma parte de un proceso en curso, en el lugar y momento de su ejecución.

Orientación de oficio<sup>(13)</sup> y (iv) Otras que se establezcan, eliminándose los alcances de la visita preventiva y la acción de control simultáneo en sentido estricto.

Por otro lado, el cierre metodológico de la auditoría estatal lo hace el control posterior, cuyos servicios comprende a la auditoría financiera<sup>(14)</sup>, de desempeño<sup>(15)</sup>, de cumplimiento<sup>(16)</sup> y el Servicio de Control específico a hechos con presunta irregularidad<sup>(17)</sup>, siendo que solo a través de estos dos

---

<sup>13</sup> Definida como la modalidad del servicio de control simultáneo por la cual se efectúa principalmente la revisión documental y el análisis de información vinculada a una o más actividades de un proceso en curso.

<sup>14</sup> De acuerdo a la Directiva N° 005-2014-CG/ AFIN “Auditoría Financiera Gubernamental” y “Manual de Auditoría Financiera Gubernamental-MAF” aprobada mediante Resolución de Contraloría N° 445-2014- CG del 03 de octubre de 2014, la auditoría financiera es “el examen a los estados financieros de las entidades que se practica para expresar una opinión profesional e independiente sobre la razonabilidad de estos, de acuerdo con el marco de información financiera aplicable para la preparación y presentación de información financiera. Tiene como finalidad incrementar el grado de confianza de los usuarios de los estados financieros, y se constituye, igualmente, en una herramienta para la rendición de cuentas y la realización de la auditoría a la Cuenta General de la República. Incluye la auditoría de los estados financieros y la auditoría de la información presupuestaria

<sup>15</sup> De acuerdo a la Directiva N° 008-2016- CG/GPROD “Auditoría de Desempeño” y el “Manual de Auditoría de Desempeño”, aprobada mediante Resolución de Contraloría N° 122-2016- CG del 04 de mayo de 2016, la auditoría de desempeño es “un examen de la eficacia, eficiencia, economía y calidad de la producción y entrega de los bienes o servicios que realizan las entidades con la finalidad de alcanzar resultados en beneficio del ciudadano. Se orienta hacia la búsqueda de mejora continua en la gestión pública, considerando el impacto positivo en el bienestar del ciudadano y fomentando la implementación de una gestión por resultados y la rendición de cuentas. Su análisis puede adquirir un carácter transversal, dado que examina la entrega de bienes o prestación de servicios públicos, en las que pueden intervenir diversas entidades de distintos sectores o niveles de gobierno”

<sup>16</sup> De acuerdo a la Directiva N° 007-2014- CG-GCSII “Auditoría de Cumplimiento” y “Manual de Auditoría de Cumplimiento”, aprobada mediante Resolución de Contraloría N° 473-2014- CG del 22 de octubre de 2014, 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 incluidas en el informe de auditoría, que permiten optimizar sus sistemas administrativos, de gestión y de control interno

<sup>17</sup> Como hemos sostenido, “La definición de este tipo de servicio de control posterior resulta ser una de las últimas modificatorias en materia de control gubernamental, y que, a nuestra opinión, busca aliviar la derogación de la Directiva de Auditoría de Cumplimiento derivada de control concurrente, y promover mayores indicadores de control con fines punitivos. Según la Resolución N° 198-2019-CG del 01 de julio de 2019, se define a este tipo de servicio como la intervención oportuna, puntual y abreviada con el objeto de verificar la existencia de hechos con evidencias de presunta irregularidad e identificar las posibles responsabilidades, civiles,

últimos métodos la CGR puede determinar responsabilidades de índole penal, civil y/o administrativa de los funcionarios y/o servidores del Estado que incurren en corrupción y/o infracciones administrativas que causa perjuicio al Estado.

Expuesto en modo sucinto la metodología del control gubernamental que ejerce el SNC, podríamos centrar el rol de la CGR en un contexto preventivo contra la corrupción a través de los servicios de control previo y simultáneo, mientras que el ente rector del SNC además tiene un rol represivo ante las infracciones identificadas en sus informes de auditoría de cumplimiento y de servicio específico a hechos con presunta irregularidad. En suma, la CGR tiene el rol de prevenir la corrupción y de verificar un hecho de corrupción consumado y tramitar las responsabilidades a que hubiere lugar ante las instancias competentes.

## **II. Retos del control gubernamental en el contexto de la pandemia Covid-19.**

### **2.1 El control gubernamental como fiscalizador de la deuda pública:**

La deuda pública, constituye un tema relevantemente jurídico dentro de un contexto histórico, vale decir no es un asunto de mero trámite, su constitución exige el máximo rigor y control por las autoridades y el deber de determinación de responsabilidades y de indemnización de quienes la alteran negligente o dolosamente.

En este contexto, el TC ha señalado que “el Perú previó, desde su independencia, honrar la deuda pública. (...) Las diversas disposiciones

---

penales y administrativas. Si bien de este tipo de control puede emerger un procedimiento administrativo sancionador por responsabilidad administrativa funcional, el desarrollo de este tipo de servicio de control posterior, depende en sí de la existencia previa de un servicio de control simultáneo cualquiera sea, cuya aprobación dependerá de la evaluación y definición de la carpeta respectiva a cargo del encargado del equipo de planeamiento, lo cual demanda tiempo; por otro lado, la principal limitación que encuentra este tipo de control, es el régimen de aprovisionamiento de la información por parte de la entidad auditada, la cual por imperio de la ley debe ser original a efectos de su fedatación o legalización, ello entendiéndose que su desarrollo involucra en teoría 05 días hábiles de planificación, 30 días hábiles de ejecución y 10 días hábiles para la elaboración del informe, en un escenario donde para efectos de atribución de responsabilidades debe haber descargo del auditado en estricto respeto a su derecho constitucional de defensa. Toda esta delimitación de tiempo podría generar excesos de imputación penal en el seno del control gubernamental. De lo expuesto, abogamos que, por un orden metodológico, de los servicios de control posterior, la auditoría de cumplimiento califica en mejor modo como fuente de un procedimiento administrativo sancionador por responsabilidad administrativa funcional” A mayor detalle: Díaz, J. (2019). La responsabilidad administrativa funcional derivada del control gubernamental: análisis y descripción metodológica y jurisprudencial. Instituto Pacífico. Lima.

constitucionales, según se advierte, no hicieron diferencia alguna entre la deuda pública interna y la externa, de manera que una y otra tenían amparo en los textos respectivos. La deuda pública externa, en franco incremento, es más o menos de conocimiento del país a través de la información que, periódica y oficialmente, proporciona el Banco Central de Reserva del Perú. El pago de esa deuda se programa en el Presupuesto de la República. Sin embargo, no hay ningún registro de la deuda interna, ni se conoce a cuánto asciende la devengada y exigible, ni la que pueda tener tal naturaleza en el futuro inmediato o mediato. La historia no debe repetirse, sobre todo cuando ha causado inmenso daño a la población. Por ello, se insiste en que resulta imperativo e inexcusable que se abra un registro de tal deuda, en el que conste el origen, la preferencia legal para la amortización y el pago, así como todos los otros datos que permitan conocer con claridad las obligaciones asumidas por el Tesoro Público. (...) Los presupuestos del Estado Social y Democrático de Derecho exigen, no sólo el cumplimiento de las sentencias judiciales por parte del Estado, sino también conocer el origen de las obligaciones, los motivos por los que no fueron canceladas oportunamente y la responsabilidad de los operadores estatales que intervinieron en la generación de dicha obligación (...). Es necesario establecer la responsabilidad solidaria de los funcionarios públicos con el Estado, respecto de los actos administrativos que dispongan, celebren o ejecuten. La impunidad penal y la irresponsabilidad civil han permitido que la República haya sido gobernada de manera inescrupulosa (...)"<sup>(18)</sup>

En esa medida, el control gubernamental cuenta con un marco normativo propio a efectos de fiscalizar el legal y adecuado nivel de deuda pública más aún si es el auditor de la cuenta general de la república y por ende tiene

---

<sup>18</sup> En Expedientes N.º 015-2001-AI/TC, N.º 016-2001-AI/TC y EXP. N.º 004-2002-AI/TC. El TC acota que, “el artículo 19º de las Bases de la Constitución Peruana, del 17 de diciembre de 1822, que dispuso literalmente: “La Constitución reconoce la deuda del Estado, y el Congreso establecerá los medios convenientes para su pago, al paso que vaya liquidándose”. La primera Constitución, de 1823, declaró que era facultad del Congreso (artículo 60º, inciso 8) “establecer los medios de pagar la deuda pública al paso que vaya liquidándose”. En términos similares, la Constitución de 1825 concedió a la Cámara de Tribunales la facultad de autorizar al Poder Ejecutivo para negociar empréstitos y adoptar arbitrios para extinguir la deuda pública (artículo 43º, inciso 3). Y las Constituciones de 1828 (artículo 48º, inciso 10), 1834 (artículo 51º, inciso 10), 1839 (artículo 55º, inciso 22), 1860 (artículo 59º, inciso 7), 1867 (artículo 59º, inciso 8), 1920 (artículo 83º, inciso 7) y 1933 (artículo 123º, inciso 8), declararon que era atribución del Congreso “Reconocer la deuda nacional, y fijar los medios para consolidarla y amortizarla”. La Constitución de 1979 (artículo 141º) dispuso que “El Estado sólo garantiza el pago de la deuda pública que contraen los gobiernos constitucionales, de acuerdo con la Constitución y la ley”. Dicho precepto está repetido en el artículo 75º de la Constitución de 1993.”

herramientas técnico operativas que le permiten conocer la razonabilidad del endeudamiento del tesoro público.

Sobre el particular, mediante Resolución de Contraloría N° 157-99-CG del 17 de diciembre de 1999 se aprobó a "Guía para la Auditoría al Estado de la Deuda Pública" y su correspondiente "Guía del Auditado", que tiene dentro de sus objetivos contribuir a la eficiencia y eficacia de la tarea de los informes de auditoría al "Estado de la Deuda Pública" y a las Operaciones de la Deuda Pública. Según este dispositivo, la utilización del crédito público ha sido planteada como un requerimiento imprescindible para impulsar el crecimiento económico y el bienestar social de los países especialmente de los países en vías de desarrollo, aspecto que no admite discusión. Dentro de este contexto define a "deuda pública" como "*La deuda pública es el monto de las obligaciones financieras del Estado, derivadas de los empréstitos y de las adquisiciones impagas con personas naturales, jurídicas, nacionales o extranjeras. La deuda pública incluye obligaciones contraídas por organismos públicos como el gobierno central, empresas públicas, gobiernos locales o regionales pudiendo ser directa, avalada y/o garantizada*". Entre las modalidades de Deuda Pública tenemos: (i) Deuda Pública Interna, que es la deuda contraída con personas naturales y jurídicas dentro del país. Los bonos de gobierno adquiridos por personas naturales, empresas e inversionistas institucionales como las AFP del país constituyen deuda interna. Los bonos de gobierno, son obligaciones de renta fija emitidos por el Estado con el objeto de levantar recursos financieros. El bono tiene un valor nominal y establece el pago de interés periódico hasta su vencimiento, momento en el cual el inversionista recupera su capital invertido. (ii) Deuda Pública Externa, que es aquella deuda contraída por el Estado con agentes económicos del exterior. La mayor parte es de mediano y largo plazo. Está compuesta principalmente por la deuda con gobiernos, con la banca internacional, con organismos multilaterales y proveedores. (iii) Deuda con Gobiernos, que es la deuda contraída con los países industrializados, miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Obedece a dos razones: los préstamos efectuados por estos países para proyectos de inversión y programas de desarrollo y asimismo los montos de la deuda impaga a sus proveedores, quienes se cubrieron con seguros oficiales de crédito a la exportación, (iv) Deuda con la Banca Internacional, la cual proviene de los créditos otorgados por bancos comerciales a entidades del Estado. Los préstamos son dirigidos a financiar actividades productivas y comerciales o para refinanciamiento de deudas y o cancelación a otros acreedores, (v) Deuda con Organismos Multilaterales, la misma que proviene de préstamos del Banco Mundial (BM), Banco Interamericano de Desarrollo (BID), del Fondo Monetario Internacional

(FMI) y de la Corporación Andina de Fomento (CAF). En este punto los préstamos concertados con el BM, BID y CAF son por lo general para obras de infraestructura económica y social y para actividades vinculadas a la modernización del Estado y reformas estructurales; y (vi) Deudas Comerciales, que son deudas con proveedores, proviene de los compromisos impagos con los proveedores extranjeros. Estos créditos por lo general se cubren del riesgo comercial y si el seguro es oficial se encuentran cubiertos por sus gobiernos quienes en adelante se convierten en acreedores del país. Una parte de la deuda, del país, recientemente reestructurada corresponde a este concepto. Todo lo señalado, hace imprescindible un control de estas operaciones sobre todo en el extremo de los bonos soberanos que se emiten a razón de actos de gestión propios de funcionarios del Ministerio de Economía y Finanzas, que según lo señalado por la CGR al 2017 “suman S/ 7,567 millones y US\$ 792 millones en bonos globales”<sup>19</sup>).

Bajo este contexto, a la fecha, a razón de la pandemia Covid-19, el gobierno mediante Resolución N° 136-2020-EF/52 del 15 de abril de 2020, aprobó la emisión externa de bonos para financiar el Apoyo a la Balanza de Pagos, así como el pre financiamiento de los requerimientos financieros del Sector Público No Financiero para el Año Fiscal 2021, en el marco de la aprobación contenida en los artículos 6° y 8° del Decreto de Urgencia N° 016-2019, Decreto de Urgencia para el Endeudamiento del Sector Público para el Año Fiscal 2020, por US\$ 3 000 000 000,00 (TRES MIL MILLONES Y 00/100 DOLARES AMERICANOS).

En esa medida los alcances de la emisión de bonos por tres mil millones de dólares constituye la acción de endeudamiento más trascendental de los últimos 30 años consecuentemente todos los actos preparatorios y ejecutorios del referido préstamo deberán ser minuciosamente controlados a efectos de garantizar que desde su inicio dicha acción de endeudamiento era razonable en términos presupuestarios, caso contrario a futuro podría generar determinación de responsabilidades en todos los órganos y operadores que consumaron o dieron viabilidad a dicha acción de deuda pública.

En el mismo sentido, el régimen de deuda interna debe ser minuciosamente fiscalizado a tenor de la política de subsidios y otras que el ejecutivo ha implementado vía decreto supremo a efectos de afrontar la situación de emergencia derivada del Covid-19, entre ellas:

- ✓ Decreto de Urgencia N° 050-2020: Decreto de Urgencia que dicta medidas extraordinarias en materia económica y financiera para la adquisición de equipos de protección personal - EPP que permitan

---

<sup>19</sup> Fuente Diario Gestión del 26/06/2017.

reforzar la respuesta sanitaria para la atención de la emergencia producida por el Covid-19.

- ✓ Decreto de Urgencia N° 049-2020: Decreto de Urgencia que dicta medidas complementarias destinadas al financiamiento de la micro y pequeña empresa para la reducción del impacto del Covid-19 en la economía peruana
- ✓ Decreto de Urgencia N° 048-2020: Dictan medidas extraordinarias con la finalidad de adquirir bienes y servicios necesarios para el alojamiento en cuarentena y alimentación de las personas que deban desplazarse dentro del país a consecuencia de la declaración del Estado de Emergencia Nacional por el Covid-19.
- ✓ Decreto de Urgencia N° 046-2020: Decreto de Urgencia que dispone medidas extraordinarias para el financiamiento del traslado de personas y distribución de donaciones y modifica el Decreto de Urgencia N° 045-2020 en el marco de la Emergencia Sanitaria a nivel nacional por la existencia del Covid-19.
- ✓ Decreto de Urgencia N° 043-2020: Decreto de Urgencia que dicta medidas extraordinarias con la finalidad de adquirir bienes y servicios necesarios para el alojamiento en cuarentena y alimentación de las personas que deban desplazarse dentro del país a consecuencia de la declaración del Estado de Emergencia Nacional por el Covid-19.
- ✓ Decreto de Urgencia N° 042-2020: Decreto de Urgencia que establece medidas extraordinarias destinadas a coadyuvar a disminuir la afectación de la economía peruana de los hogares en situación de pobreza o pobreza extrema en los ámbitos rurales frente al Covid-19.
- ✓ Decreto de Urgencia N° 041-2020: Dictan medidas que promueven la reactivación de la economía en el Sector Agricultura y Riego mediante la intervención de Núcleos Ejecutores.
- ✓ Decreto de Urgencia N° 39-2020: Decreto de Urgencia que dicta medidas complementarias para el Sector Salud en el marco de la Emergencia Sanitaria por los efectos del Coronavirus (Covid-19). Anexo N°1: "Financiamiento para implementación de Equipos de Respuesta Rápida"  
Anexo N°2: "Financiamiento para implementación de los Equipos de Seguimiento Clínico"
- ✓ Decreto de Urgencia N° 35-2020: Decreto de Urgencia que establece medidas complementarias para reducir el impacto en la economía nacional del aislamiento e inmovilización social obligatorio dispuesto en

la declaratoria de Estado de Emergencia Nacional, así como para reforzar sistemas de prevención y respuesta sanitaria como consecuencia del Covid-19.

- ✓ Decreto de Urgencia N° 33-2020: Decreto de urgencia que establece medidas para reducir el impacto en la economía peruana, de las disposiciones de prevención establecidas en la declaratoria de estado de emergencia nacional ante los riesgos de propagación del Covid-19. Anexo N° 1: Adquisición y distribución de productos de primera necesidad de la Canasta Básica Familiar por Gobierno Local. Anexo N° 2: Fondos y depósitos en cuenta a transferir a favor del Tesoro Público.
- ✓ Decreto de Urgencia N° 30-2020: Dictan medidas complementarias y temporales para la autorización a ESSALUD para el uso de inmuebles para la prevención y atención de la emergencia producida por el Covid-19.
- ✓ Decreto de Urgencia N° 29-2020: Dictan medidas complementarias destinadas al financiamiento de la micro y pequeña empresa y otras medidas para la reducción del impacto del Covid-19 en la economía peruana.
- ✓ Decreto de Urgencia N° 28-2020: Dictan medidas extraordinarias en materia económica y financiera para la adquisición de pruebas de diagnóstico para la prevención y control del Covid-19.
- ✓ Decreto de Urgencia N° 05-2020: Decreto de Urgencia que establece una asistencia económica para contribuir a la protección social y el desarrollo integral de las víctimas indirectas de feminicidio.

Todo este régimen de deuda interna, debería proyectarse a una focalización de control posterior, pues respecto de esta el TC conforme hemos explicado anteriormente, ya ha mostrado preocupación y posición férrea a fiscalizar oportunamente este registro de deuda interna a fin de que se permita conocer con claridad las obligaciones asumidas por el Tesoro Público, siendo expresa su posición de determinarse responsabilidades en caso de negligencia en dicho manejo.

## **2.2 El control gubernamental como ente fiscalizador de la realidad operativa del sector salud.**

De acuerdo a la Directiva N° 008-2016- CG/GPROD “Auditoría de Desempeño” y el “Manual de Auditoría de Desempeño”, aprobada mediante Resolución de Contraloría N° 122-2016- CG del 04 de mayo de 2016, la auditoría de desempeño es “un examen de la eficacia, eficiencia, economía y calidad de la producción y entrega de los bienes o servicios que realizan

las entidades con la finalidad de alcanzar resultados en beneficio del ciudadano. Se orienta hacia la búsqueda de mejora continua en la gestión pública, considerando el impacto positivo en el bienestar del ciudadano y fomentando la implementación de una gestión por resultados y la rendición de cuentas. Su análisis puede adquirir un carácter transversal, dado que examina la entrega de bienes o prestación de servicios públicos, en las que pueden intervenir diversas entidades de distintos sectores o niveles de gobierno”.

Bajo este contexto, el SNC, deberá verificar en modo real, la capacidad operativa del sistema de salud pública, lo cual comprenderá hacer un análisis y su verificación tanto de la información pública pasiva del sistema como la activa derivada de la pandemia, ello dentro de un soporte fiscalizador a efectos de garantizar que los datos y estadísticas sobre la lucha contra el Covid-19 emitidas por el ejecutivo son reales.

Sobre el particular, la CGR, ha informado que “supervisará más de cien establecimientos de salud a nivel nacional con la finalidad de verificar la capacidad y prestación del servicio de salud, en el marco del control concurrente a la emergencia sanitaria Covid-19. (...) Los resultados del operativo permitirán disponer de un panorama real sobre la capacidad de respuesta de los establecimientos de salud ante la presencia de casos de coronavirus. Pero lo más importante es que identificará oportunidades de mejora que contribuyan a mejorar la capacidad y eficiencia en la prestación de un servicio tan esencial en la emergencia sanitaria como son los servicios de salud. Las intervenciones tienen un carácter propositivo, por ello, los hechos observados en el operativo serán comunicados oportunamente a los directivos del hospital y al Ministerio de Salud, en su calidad de ente rector, a fin de que adopten las medidas correctivas de manera prioritaria. Cada establecimiento de salud, deberá presentar un Plan de Acción en un plazo de diez días donde deben precisar las medidas y los plazos en los cuales levantarán las observaciones de la Contraloría General. Si bien el control concurrente no identifica responsabilidades a los gestores públicos, las autoridades del sector Salud tendrán la valiosa oportunidad de implementar mejoras en beneficio de los pacientes afectados por el Covid-19. La Contraloría General emitirá un informe de orientación de oficio a cada establecimiento de salud con las situaciones adversas identificadas, las cuales constituyen oportunidades de mejora para los gestores públicos.”<sup>(20)</sup>

---

<sup>20</sup> En línea, al 30.04.2020.

[https://www.contraloria.gob.pe/wps/wcm/connect/cgrnew/as\\_contraloria/prensa/notas\\_de\\_prensa/np\\_215-2020-cg-gcoc](https://www.contraloria.gob.pe/wps/wcm/connect/cgrnew/as_contraloria/prensa/notas_de_prensa/np_215-2020-cg-gcoc)

Consideramos positivo dicho ámbito de gestión, que deberá complementarse con un nivel de información cuyos resultados sean dados a la ciudadanía a efectos de que ésta pueda ejercer su rol de fiscalización ciudadano, contribuyéndose a una gestión de transparencia en el sector salud; lógicamente el ente rector del sistema deberá garantizar la seguridad de los auditores a quienes deberá provisionar de toda la indumentaria necesaria para que ejerzan sus labores con absoluta seguridad, todo ello dentro del marco de la Ley N° 29783 de seguridad y salud en el trabajo y normas concordantes.

### **2.3 El control gubernamental y la necesidad de adecuar sus métodos ante el Covid-19**

El Covid-19 cambiará la concepción de mundo. A partir de la existencia y propagación de este virus causará repulsión social al ver a una persona sin mascarilla quirúrgica como fiel realidad de lo que antes se creía ciencia ficción. En el mismo modo que las relaciones sociales, las relaciones laborales cambiarán drásticamente y con ello el ejercicio de competencias gubernamentales, entre ellas el ejercicio de la auditoría de Estado.

En esa medida, si desde su estructuración primaria el control gubernamental era mayormente preventivo y el control posterior se desarrollaba en menor grado, consideramos que esta regla metodológica podría variar ante los riesgos que supone la pandemia global del Covid-19, toda vez que ninguna política pública puede estar por sobre los derechos fundamentales de los operadores gubernamentales.

En este contexto, el ente rector del control gubernamental deberá evaluar la necesidad de ejecutar por ejemplo el control preventivo de un gasto extraordinario ya autorizado por el Ejecutivo como el contenido el de canastas de alimentos a los más necesitados, en este extremo por ejemplo deberá hacerse una análisis del riesgo de contagio del (os) auditor (es) y el costo beneficio del gasto que irroga desplazar a auditores para el control de la entrega de dichas canastas o si es que sería suficiente que dicho control lo ejerza la ciudadanía a través de los canales de denuncia respectiva, máxime si queda el escenario de fiscalización posterior.

Considerando la metodología del control gubernamental expuesta precedentemente, consideramos que es el control posterior con una debida focalización de operaciones, constituye el método de auditoría más adecuado a fin de determinar la legalidad y ejecución del gasto autorizado en el régimen de emergencia.

Además de este escenario, consideramos que la pandemia del Covid-19 va a exigir la implementación del trabajo remoto en determinadas acciones relacionadas al control gubernamental y actividades o servicios relacionados.

En este punto existe avance significativo pues en el ente rector del control gubernamental ya se cuenta con normativa relacionada a dicho escenario.

Definitivamente, el Covid-19, ha invertido la metodología del control gubernamental, de una labor presencial de sus operadores, deberá pasarse a un régimen de trabajo remoto siempre y cuando lo exija la situación en particular, por otro lado, si el control preventivo era la regla y el control posterior un régimen de excepción o por decirlo así se ejecutaba en menor grado, hoy por el riesgo de vida, deberá orientarse a un control posterior en gabinete, para lo cual la provisión de información deberá ser un asunto de coordinación entre las gerencias auditoras y las gerencias auditadas, sobre todo de las del poder ejecutivo pues este no es el dueño del interés público, sino una especie de gerente, el cual está en constante control gubernamental de su gestión dentro del contexto de equilibrio de poderes, régimen al cual, conforme ha señalado el TC, deben contribuir los organismos autónomos.

#### **2.4 El control gubernamental, discrecionalidad y Estado de Emergencia.**

Al ser el control gubernamental un control de legalidad, deberá prestar singular atención en el tema de la discrecionalidad en la ejecución del gasto público y respecto de la trascendencia de determinados requisitos formales a efectos de contratar proveedores.

Un aspecto central de este régimen son las contrataciones directas en situación de emergencia. El artículo 27 literal b) del Texto Único Ordenado de la Ley de 30225 de Contrataciones del Estado (LCE) aprobado por Decreto Supremo N° 082-2019-EF establece la situación de emergencia como una causal de contratación directa, vale decir sin la exigencia regular del proceso de selección previo. En este contexto, el artículo 100 de su Reglamento desarrolla dicha causal, previendo como supuestos de hecho para invocarla: (1) Acontecimientos catastróficos, (2) situación que afecte la defensa nacional, (3) grave peligro de que las anteriores situaciones se produzcan, y (4) emergencia sanitaria, declarada por el ente rector

El literal b) del artículo 100 del Reglamento de la LCE aprobado por Decreto Supremo N° 344-2018-EF especifica como acontecimientos catastróficos los de carácter extraordinario ocasionados por la naturaleza conocidos en doctrina administrativa y civilista como los “hechos de Dios” o por fuerza mayor que son acciones humanas generadoras de daños contra una determinada colectividad.

Asimismo, constituyen desastres naturales los de origen hidrológico, meteorológico, geofísico y biológico, incluyéndose en esta última a las pestes, epidemias e infecciones, conforme el Plan Nacional de Gestión del

Riesgo de Desastres PLANAGERD 2014-2021, aprobado por Decreto Supremo N° 034-2014-PCM.

En esa medida no debe existir duda en que el Covid-19, al ser una pandemia establecida como tal por el ente rector en salud mediante Decreto Supremo N° 008-2020-SA que definió por dicho virus el estado de emergencia sanitaria a nivel nacional, constituye evidentemente un escenario del acontecimiento catastrófico a que la LCE y que por ende habilita directamente como causal de contratación directa por situación de emergencia, lo que permitirá a las oficinas de logística o quien haga sus veces ante el requerimiento de áreas usuarias contratar de manera directa bienes, servicios y obras necesarias para atender lo que sea necesario.

Al ser un escenario de emergencia, en determinadas contrataciones y considerando ámbitos de gestión, el control gubernamental deberá contemplar la discrecionalidad del operador logístico como motor de atención de la emergencia, consecuentemente en determinados umbrales de auditoría deberá contemplar la figura de la discrecionalidad en caso de vacíos, defectos de la normativa y sobre todo en el régimen de omisión de requisitos de forma, bajo la regla de la conservación del acto administrativo que contempla la Ley N° 27444 del procedimiento administrativo general de aplicación supletoria en el marco de las contrataciones del Estado.

Por ello podría darse comúnmente que, en las contrataciones directas en situación de emergencia, el proveedor seleccionado no cuente con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP); o que no cuente con RNP, ámbito se excepcionalidad sin duda pero que realmente puede ocurrir, este escenario en un contexto de emergencia no puede prohibir y limitar contratación debido a la lógica misma de la causal.

Ahora bien, otro aspecto que operativamente se hace singular en contextos de emergencia es lo relacionado al pago adelantado en situaciones de emergencia, quienes hemos trabajado en logística gubernamental lo sabemos. Esto es importante porque la regla general es que el pago se ejecuta luego de emitida la conformidad por parte del área usuaria, sin embargo, excepcionalmente el artículo 39° del TUO de la LCE posibilita el pago por adelantado, cuando dicho pago sea condición de mercado para la entrega de los bienes o la prestación de los servicios, previo otorgamiento de una garantía, la misma que por ley deberá constituirse por el mismo monto del pago.

En ese sentido si bien existe discrecionalidad del operador administrativo en procesos de emergencia, existen dispositivos taxativos y reglados en el marco de las contrataciones que el control gubernamental deberá diferenciar

en modo prudente a efectos de determinar responsabilidades, dentro de un marco de análisis del instituto de la discrecionalidad administrativa, a efectos de distinguir acciones discrecionales de acciones abiertamente parcializadas a favor de contratistas en desmedro del erario nacional.

Lo señalado precedentemente resulta fundamental pues la Cuarta disposición final de la Ley N° 27785 modificada por Ley N° 29622, establece que ““En los casos en que la legislación vigente autorice a los funcionarios expresamente algún grado de discrecionalidad para determinada toma de decisión, los órganos del Sistema Nacional de Control no pueden cuestionar su ejercicio por el solo hecho de tener una opinión distinta. Tales decisiones solo pueden observarse si fueron tomadas sin una consideración adecuada de los hechos o riesgos en el momento oportuno, o por los resultados logrados según los objetivos y metas planteados. Solo pueden ser observados cuando en los casos que la normativa permita varias interpretaciones, la decisión se aparte de la interpretación adoptada por el órgano rector competente en la materia””.

Por otro lado, el Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la CGR, amparándose en jurisprudencia del TC ha establecido como niveles de discrecionalidad “(i) Discrecionalidad mayor, “donde el margen de arbitrio para decidir no se encuentra acotado o restringido por concepto jurídico alguno. Por ende, el ente administrativo dotado de competencias no regladas se encuentra en la libertad de optar plenariamente”; la cual, sin embargo, “está sujeta al control político y, residualmente, al control jurisdiccional, en cuanto a la corroboración de su existencia institucional o legal, su extensión espacial y material, tiempo de ejercicio permitido, forma de manifestación jurídica y cumplimiento de las formalidades procesales”, (ii) Discrecionalidad intermedia, “donde el margen de arbitrio se encuentra condicionado a su consistencia lógica y a la coherencia con un concepto jurídico indeterminado de contenido y extensión” y (iii) Discrecionalidad menor, en la cual “el margen de arbitrio se encuentra constreñido a la elección entre algunas de las variables predeterminadas por la ley”<sup>(21)</sup>.

## **2.5 Impulso a la potestad sancionadora de la CGR**

En el Perú, la potestad sancionadora de la CGR fue cuestionada, por el Colegio de Abogados de Arequipa quien demandó su inconstitucionalidad, litis materializada en el Expediente N° 00020-2015-PI/TC.

---

<sup>21</sup> Resolución 006-2013-CG/TSRA.

Si bien en la referida causa el TC ratificó la competencia de potestad sancionadora de la CGR en materia de responsabilidad administrativa funcional evidenciada en los informes de auditoría, el supremo interprete de la constitución, optó por declarar la inconstitucionalidad del artículo 46° de la LO modificada por la Ley N° 29622, norma que reglaba como conductas infractoras en materia de responsabilidad administrativa funcional, a las siguientes: (a) Incumplir las disposiciones que integran el marco legal aplicable a las entidades para el desarrollo de sus actividades, así como las disposiciones internas vinculadas a la actuación funcional del servidor o funcionario público, (b) Incurrir en cualquier acción u omisión que suponga la transgresión grave de los principios, deberes y prohibiciones señalados en las normas de ética y probidad de la función pública, (c) Realizar actos persiguiendo un fin prohibido por ley o reglamento y (d) Incurrir en cualquier acción u omisión que importe negligencia en el desempeño de las funciones o el uso de estas con fines distintos al interés público. Vale decir, no dejo duda de la constitucionalidad de la potestad sancionadora, pero definió como inconstitucional el marco de tipicidad por el cual se procesó y sancionó a muchos funcionarios y servidores del Estado sobre los cuales pesaba serios indicios de corrupción, es más en cuanto a los procesados se legitimó un manto de sospecha sobre ellos ante la conclusión de los procedimientos administrativos sancionadores (PAS) en trámite por los efectos de dicha sentencia de fecha 25 de abril de 2019 contenida en el Expediente N° 00020-2015-PI/TC.

Esto obligó que desde el año pasado la CGR presente ante el poder legislativo el Proyecto de Ley N° 4267/2018-CG asignado a mérito del Oficio N° 857-2019-CG/DC del 29 de abril de 2019, propuesta legislativa tendiente a superar los lineamientos de la sentencia de inconstitucionalidad sobre la tipicidad de infracciones por responsabilidad administrativa funcional.

Como hemos advertido, “En dicha propuesta ...se vuelve a recurrir en la descripción de ... conceptos indeterminados como “perjuicio al Estado”, “perjuicio del Estado”, lo cual dará mayor margen de imputación en el seno del control gubernamental en un contexto de apreciación subjetiva, lejano a la objetividad que por ley demanda el control gubernamental, fuente de esta institución jurídica. Bajo este contexto, debemos reflexionar que el tema de la reserva de ley conviene definirlo atendiendo el régimen de actividad probatoria que se tiene en la auditoría gubernamental como fuente de imputación de responsabilidad administrativa funcional y el régimen de actividad probatoria que tendrán los órganos del PAS máxime si estos cuentan con prerrogativa de prueba de oficio. La necesidad de prescindir de

los conceptos indeterminados como “perjuicio al Estado”, “perjuicio del Estado”, se justifica en que su vaguedad solo contribuye a conclusiones subjetivas de los auditores, de quienes instruyen y de quienes sancionan. De persistir en conceptos indeterminados para la identificación del perjuicio como elemento estructural de la responsabilidad administrativa funcional, se pone en riesgo al aparato administrativo no solo respecto a un régimen de abuso del poder de la auditoría gubernamental y para el cual se cuenta incluso con un marco de represión<sup>(22)</sup>, sino además caer en la arbitrariedad de la sanción administrativa de esta índole, en esa medida el perjuicio dentro de este régimen especial, insistimos, solo podría ser el perjuicio económico y/o el perjuicio al servicio público (relacionado a la restricción o impedimento de actividades inherentes a la entidad por infracción del funcionario o servidor público), ambos debidamente evidenciados. (...) en cuanto a este tema, resultará importante redefinir el concepto de función pública para fines de control gubernamental y en este contexto delimitar en mejor modo quienes podrían estar afectos a este régimen especial”<sup>(23)</sup>.

En ese modo, un reto puntual del ente rector del control gubernamental es fomentar niveles de coordinación a efectos de que se mejore y apruebe en el menor tiempo posible el nuevo marco legal de tipificación de infracciones por responsabilidad administrativa funcional, lo cual es fundamental para hacer más eficaz el control de legalidad del gasto público.

### **Conclusiones.**

1. Al ser el control gubernamental, un control de legalidad de los actos de gestión pública con principal incidencia en los actos de gastos de recursos públicos, el régimen de gestión impuesto por efecto de la pandemia Covid-19, determinaría la priorización del control posterior por sobre el control previo o simultáneo, a efectos de disminuir el riesgo de los auditores y personal del SNC. En el mismo sentido, se deberá priorizar el sistema de teletrabajo cuando la línea funcional de determinadas áreas adscritas al SNC lo permita.
2. La focalización del control gubernamental en tiempos del COVID deberá focalizarse en operaciones de mayor significancia económica conforme los principios establecidos en la Ley N° 27785, así como en expedientes administrativos de contratación directa por causal de emergencia, con una especial fiscalización y/o análisis del régimen de deuda pública.

---

22

23, pp. 312-313.

3. El control gubernamental necesita urgentemente la aprobación de una nueva ley que regule los tipos infractores por responsabilidad administrativa funcional, a efectos de que el procedimiento sancionador sea el mejor complemento de los servicios de auditoría.

### **Referencia bibliográfica**

Díaz, J. (2019). La responsabilidad administrativa funcional derivada del control gubernamental: análisis y descripción metodológica y jurisprudencial. Instituto Pacífico. Lima

Siles, A. (2017). Problemática constitucional del estado de emergencia en Perú: algunas cuestiones fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Año 15, N° 2.

### **Jurisprudencia**

Expediente N° 5854-2005-PA/TC

Expediente N° 0006-2018-P1/TC

Expediente N.º 015-2001-AI/TC

Expediente N.º 016-2001-AI/TC

Expediente N.º 004-2002-AI/TC

Resolución 006-2013-CG/TSRA

### **Legislación**

Ley N° 27785 de la CGR y del SNC.

Resolución de Contraloría N° 147-2016-CG del 13 de mayo de 2016 que aprueba la Directiva N° 011-2016-CG-GPROD denominada “Servicio de Control Previo de las Prestaciones Adicionales de Obra”.

Resolución de Contraloría N° 596-2014-CG del 22 de diciembre de 2014 que aprueba la Directiva N° 012-2014-CG-GPROD “Control Previo de las Prestaciones Adicionales de Supervisión de Obra”

Resolución de Contraloría N° 046-2001-CG de 19.ABR.2001 que aprueba la Directiva N° 007-2001-CG/B140 denominada “Emisión de opinión previa de la Contraloría General de la República en caso de adquisiciones con carácter de secreto militar u orden interno exoneradas de Licitación Pública, Concurso Público o Adjudicación Directa”, modificada posteriormente por Resolución de Contraloría N° 105-2001-CG del 18 de julio de 2001.

Resolución de Contraloría N° 066-2018-CG, publicada el 28 febrero 2018.

Resolución de Contraloría N° 445-2014- CG del 03 de octubre de 2014 que aprueba Directiva N° 005-2014-CG/ AFIN “Auditoría Financiera Gubernamental” y “Manual de Auditoría Financiera Gubernamental-MAF”

Resolución de Contraloría N° 122-2016- CG del 04 de mayo de 2016 que aprueba la Directiva N° 008-2016- CG/GPROD “Auditoría de Desempeño” y el “Manual de Auditoría de Desempeño”.

Resolución de Contraloría N° 473-2014- CG del 22 de octubre de 2014 que aprueba la Directiva N° 007-2014- CG-GCSII “Auditoría de Cumplimiento” y “Manual de Auditoría de Cumplimiento”.

Resolución N° 198-2019-CG del 01 de julio de 2019, que aprueba la Directiva de Servicio de control específico.

Resolución de Contraloría N° 206-2019-CG, entre otros.